



PANTHÉON-ASSAS
UNIVERSITÉ
PARIS

BANQUE DES MÉMOIRES

Master de Droit pénal et sciences pénales
Dirigé par les Professeurs Agathe LEPAGE et Edouard VERNY
2024

L'enfant à naître en droit pénal

Eve TREPS

Sous la direction de Madame le Professeur Agathe LEPAGE

À Mina.

REMERCIEMENTS

Je tiens en premier lieu à remercier Madame le Professeur Agathe Lepage, chargée de la direction de ce mémoire, pour sa pédagogie, sa disponibilité ainsi que pour ses sages conseils.

Je souhaite également exprimer toute ma reconnaissance à ma famille ainsi qu'à Ruben pour leur soutien et leur écoute indéfectibles.

Enfin, ma gratitude va à celles et ceux avec lesquels j'ai partagé ces cinq années d'élévation intellectuelle et d'amitié, en particulier Olivia, Myriame, Ferdaouss, Auryane et Marion.

SOMMAIRE

Un plan détaillé figure à la fin de l'ouvrage

Première partie – La protection pénale de l'enfant à naître refusée	15
<u>Titre 1 – L'inexistence de l'homicide involontaire sur l'enfant à naître</u>	15
Chapitre 1 – La constitution du délit d'homicide involontaire	15
Chapitre 2 – La condition de la naissance en vie	20
<u>Titre 2 – La subordination de la protection de la vie à la naissance en vie en dysharmonie avec l'ordre juridique</u>	32
Chapitre 1 – Les fondements contestables de la solution	32
Chapitre 2 – L'ambiguïté entourant la notion de personne, catalysée par la jurisprudence	41
Seconde partie – La protection pénale de l'enfant à naître délicate	50
<u>Titre 1 – L'évolution de la <i>ratio legis</i> de l'IVG : de la vie prénatale à la liberté procréative de la femme</u>	50
Chapitre 1 – La liberté procréative de la femme enceinte prépondérante sur le droit à la vie de l'enfant à naître	50
Chapitre 2 – <i>A contrario</i> une pénalisation spécifique des tiers	68
<u>Titre 2 – Le droit à l'IVG, d'apparence incompatible avec la protection pénale de l'enfant à naître</u>	77
Chapitre 1 – La crainte politique sous-jacente de la remise en cause du droit à l'IVG	77
Chapitre 2 – La protection pénale de la vie prénatale, délicate entreprise du droit prospectif	82

PRINCIPALES ABRÉVIATIONS

AJ fam.	Actualité juridique famille (Dalloz)
AJ pénal	Actualité juridique pénale (Dalloz)
Ass.	Assemblée du Conseil d'État
Ass. Plén.	Assemblée plénière de la Cour de cassation
Bull. crim.	Bulletin des arrêts de la chambre criminelle de la Cour de cassation
C.	Contre
Cass.	Cour de cassation
CCNE	Comité consultatif national d'éthique
CE	Conseil d'État
CESCR	Comité des droits économiques, sociaux et culturels
CESE	Conseil économique, social et environnemental
Chron.	Chronique
CIDE	Convention internationale des droits de l'enfant
Civ. 1re	Première chambre civile de la Cour de cassation
CJUE	Cour de justice de l'Union européenne
CNCDH	Commission nationale consultative des droits de l'Homme
CNGOF	Collège national des gynécologues et obstétriciens français
Coll.	Collection
Com.	Chambre commerciale de la Cour de cassation
Comm.	Commentaire
CommEDH	Commission européenne des droits de l'Homme
Concl.	Conclusions
Cons. const.	Conseil constitutionnel
ConvEDH	Convention européenne des droits de l'Homme
CourEDH	Cour européenne des droits de l'Homme
Crim.	Chambre criminelle de la Cour de cassation
D.	Recueil Dalloz

DDHC	Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen
Dir.	Direction
Dr. fam.	Revue de droit de la famille (LexisNexis)
Dr. pén.	Revue de droit pénal (LexisNexis)
Éd.	Édition
Fasc.	Fascicule
Gaz. Pal.	Gazette du Palais (Lextenso)
GPA	Gestation pour autrui
HCE	Haut Conseil à l'égalité entre les hommes et les femmes
<i>Ibid</i>	Au même endroit
IMG	Interruption médicale de grossesse
<i>Infra</i>	Ci-dessous
IVG	Interruption volontaire de grossesse
JCl. Civil.	JurisClasseur Civil Code (LexisNexis)
JCP G.	La Semaine Juridique, édition générale (LexisNexis)
JOAN	Journal officiel de la République française (débat Assemblée nationale)
JORF	Journal officiel de la République française (lois et décrets)
JO Sénat	Journal officiel de la République française (débat Sénat)
Jur.	Jurisprudence
<i>Loc. cit.</i>	À l'endroit précédemment cité
Not.	Notamment
N°	Numéro
Obs.	Observations
OMS	Organisation mondiale de la santé
<i>Op. cit.</i>	À l'ouvrage précédemment cité
P.	Page
PIDCP	Pacte international relatif aux droits civils et politiques
Pp.	Pages
Rapp.	Rapport
RDSS	Revue de droit sanitaire et social (Dalloz)
Rec. Lebon	Recueil du Conseil d'État (Lebon)
Rev. pénit.	Revue pénitentiaire et de droit pénal (Dalloz)

Rev. sc. crim.	Revue de science criminelle et de droit pénal comparé (Dalloz)
RHDFE	Revue historique de droit français et étranger (Dalloz)
RTD civ.	Revue trimestrielle de droit civil (Dalloz)
S.	Suivants
Spéc.	Spécialement
<i>Supra</i>	Ci-dessus
T.	Tome
T. corr.	Tribunal correctionnel
V.	Voir
Vol.	Volume

« Gentils fœtus, ah ! que vous êtes
Heureux d'avoir rangé vos têtes
Loin de nos humaines tempêtes !

Heureux, sans vice ni vertu ;
D'indifférence revêtu,
Votre coeur n'a jamais battu.

Et vous seuls, vous savez, peut-être,
Si c'est le suprême bien-être
Que d'être mort avant de naître ! »

— Maurice Mac-Nab, « Les fœtus », *Poèmes mobiles* (1886).

INTRODUCTION

1. « Naître ou n’être pas ». – Selon l’élégante formule du Professeur Jean-Yves Chevallier, « naître ou n’être pas, voilà l’alternative subtile qu’imposent les hauts magistrats de la chambre criminelle »¹. Au titre de l’article 221-6 du code pénal sanctionnant l’homicide involontaire, la jurisprudence conditionne en effet le bénéfice de la protection pénale à la naissance en vie. L’épineuse question du traitement juridique de l’enfant conçu se trouve par ailleurs au cœur de l’actualité juridique et politique. Le 10 février 2023, l’humoriste Pierre Palmade se rendait coupable d’un accident de la circulation mettant fin à la grossesse d’une femme enceinte de six mois². L’enfant n’étant pas né vivant, la qualification d’homicide involontaire a été écartée. Ce drame n’a pas manqué de raviver l’indignation en ce que l’atteinte involontaire à la vie de l’enfant à naître demeure impunie. Avant d’entamer tout développement, il est essentiel de définir et de circonscrire l’objet de cette étude puisque celui-ci peut revêtir diverses significations.

2. L’enfant à naître. – La notion d’enfant à naître renvoie en premier lieu à celle d’enfant. En droit, l’enfant — du latin *infans* (« qui ne parle pas ») — recouvre plusieurs acceptions. Il désigne d’une part un état provisoire : celui de la personne dans son jeune âge. D’autre part, ce terme envisage un état permanent : celui de la personne appréhendée au regard de son lien de filiation l’unissant à ses parents³. Malgré sa présence notable au sein du code pénal⁴, du code civil⁵ ainsi que de la Convention internationale des droits de l’enfant (CIDE)⁶, le terme d’enfant, ambigu et imprécis, est mis de côté au profit du terme de mineur⁷ qui désigne sans équivoque la personne âgée de moins de dix-huit ans⁸.

Plus particulièrement, la législation fait aussi référence à l’enfant à naître. Il en va ainsi du code pénal qui consacre la protection de l’embryon humain aux articles 511-15 à 511-25-1 et qui interdit la

¹ Jean-Yves Chevallier à propos de Cass. crim., 30 juin 1999, n° 97-82.351, Bull. crim. 1999 n° 174 p. 511, « Naître ou n’être pas ». La chambre criminelle et l’homicide du fœtus, *Droit et actualité, Mélanges offerts à Jacques Béguin*, LexisNexis, 2005, p. 135.

² Xavier Labbé, Affaire Palmade : et si l’on personnifiait l’enfant conçu ?, Lextenso, Actu juridique, 15 février 2023.

³ Gérard Cornu, *Vocabulaire juridique*, Association Henri Capitant, PUF, coll. Quadrige, 14^{ème} éd., 2021, p. 398.

⁴ V. par exemple les articles 211-1, 227-6, 227-13, 227-17-1, ou encore R. 645-5 du code pénal.

⁵ Il est fait mention du terme « enfant » dans près de trois-cents articles au sein du code civil.

⁶ CIDE, adoptée le 20 novembre 1989 aux Nations unies, signée le 26 janvier 1990 et ratifiée le 7 août 1990 par la France. Elle reconnaît des droits à l’enfant et proclame la notion d’intérêt supérieur de l’enfant.

⁷ V. par exemple le chapitre VII du livre II du code pénal, intitulé « Des atteintes aux mineurs et à la famille ».

⁸ Seuil établi en droit civil par la loi n° 74-631 du 5 juillet 1974 fixant à dix-huit ans l’âge de la majorité (JORF du 7 juillet 1974), identique à la majorité pénale posée par la loi du 12 avril 1906 modifiant les articles 66, 67 du code pénal, 340 du code d’instruction criminelle et fixant la majorité pénale à l’âge de dix-huit ans (JORF du 14 avril 1906).

gestation pour autrui (GPA) à l'article 227-12, conjointement à l'article 16-7 du code civil⁹. En outre, l'article 16-4 alinéa 3 du code civil et les articles 214-2, 511-1 et 511-1-2 du code pénal visent à interdire toute intervention ayant pour but de faire naître un enfant génétiquement identique à une autre personne vivante ou décédée. Le code de la santé publique, lui aussi, fait mention de l'enfant à naître¹⁰, notamment dans le cadre des dispositions relatives à l'assistance médicale à la procréation (articles L. 2141-1 à L. 2143-9), aux recherches sur l'embryon humain et les cellules souches embryonnaires humaines (articles L. 2151-1 à L. 2151-11) ou encore à l'interruption volontaire de grossesse (articles L. 2211-1 à L. 2223-2). Cette acception d'enfant à naître est alors indépendante de la jeunesse et de la filiation. Elle désigne un individu de l'espèce humaine conçu, mais qui n'est pas encore né, recouvrant tant bien l'embryon¹¹ que le fœtus. En tout état de cause et par souci de simplicité rédactionnelle, les termes d'enfant à naître et de fœtus seront utilisés indifféremment pour nommer l'être humain de la conception¹² à la naissance, nonobstant son stade de développement. Cette notion exclut à l'évidence la progéniture qui ne serait pas humaine mais animale. En outre, nous centrerons notre étude sur l'enfant à naître *in utero*, écartant ainsi les questions relatives à l'embryon *in vitro* telles que la procréation médicalement assistée (PMA)¹³ ; la conception de l'embryon à des fins thérapeutiques, plus communément appelée le procédé du « bébé-médicament »¹⁴ ; ainsi que les recherches et expérimentations scientifiques opérées sur les cellules-souches embryonnaires¹⁵. Si ces questions sont intéressantes en ce qu'elles sont le signe d'une réification accrue de l'embryon *in vitro*¹⁶, elles nous porteraient à mener des développements en marge de notre préoccupation centrale.

⁹ Article 16-7 du code civil issu de la loi n° 94-653 du 29 juillet 1994 relative au respect du corps humain, JORF n° 175 du 30 juillet 1994 : « Toute convention portant sur la procréation ou la gestation pour le compte d'autrui est nulle ».

¹⁰ En des termes tels que « fœtus », « embryon », « enfant à naître » ou tout simplement « enfant ».

¹¹ Le stade d'embryon est le premier état de développement de l'enfant *in utero*. Selon le CCNE, dans un avis n° 89 du 22 septembre 2005, ce dernier devient un fœtus aux alentours des deux mois suivant la fécondation.

¹² C'est-à-dire dès la fécondation de l'ovocyte : v. CJUE, grande chambre, 18 oct. 2011, Brüstle c. Greenpeace, D. 2012, 410, note J.-C. Galloux.

¹³ La PMA, désormais codifiée aux articles L. 2141-1 et s. du code de la santé publique, a été encadrée par la loi n° 94-654 du 29 juillet 1994 relative au don et à l'utilisation des éléments et produits du corps humain, à l'assistance médicale à la procréation et au diagnostic prénatal (JORF n° 175 du 30 juillet 1994) qui vise à limiter la logique de fabrication de l'être humain et de l'eugénisme. Le législateur a estimé que le meilleur remède pour éviter cet écueil était de calquer au plus près le régime de la PMA sur la procréation charnelle. La loi n° 2021-1017 du 2 août 2021 relative à la bioéthique (JORF n° 0178 du 3 août 2021) a ensuite largement ouvert l'accès à la PMA.

¹⁴ Ce procédé a été autorisé à titre expérimental par la loi n° 2004-800 du 6 août 2004 relative à la bioéthique (JORF n° 182 du 7 août 2004), puis pérennisé sous l'égide de la loi n° 2011-814 du 7 juillet 2011 relative à la bioéthique (JORF n° 0157 du 8 juillet 2011). Il est prévu à l'article L. 2131-4-1 du code de la santé publique.

¹⁵ V. Cons. const., n° 2013-674 DC, 1er août 2013 : la recherche sur l'embryon et les cellules souches embryonnaires est autorisée sous certaines conditions, notamment si l'embryon ne fait plus l'objet d'un projet parental. Puis, la loi n° 2021-1017 du 2 août 2021 relative à la bioéthique (JORF n° 0178 du 3 août 2021) a opéré un véritable renversement de principe en faisant primer la recherche sur le respect accordé à la vie de l'embryon.

¹⁶ On note ainsi une véritable différence de traitement entre l'embryon *in vitro* et l'embryon *in vivo*. En ce sens, v. Cons. const., n° 94-343/344 DC, 27 juillet 1994 : le principe du respect de tout être humain dès le commencement de sa vie et le principe d'égalité ne sont pas applicables aux embryons *in vitro*, permettant ainsi leur destruction.

3. L'acception d'enfant à naître, indépendante de la personnalité juridique. – Si l'enfant à naître est une « personne humaine potentielle dont le respect s'impose à tous »¹⁷, une « promesse d'homme »¹⁸, cette potentialité ne suffit pas à lui accorder la personnalité juridique. En effet, l'enfant conçu est certes un être humain mais il n'est pas pour autant apte à être titulaire de droits subjectifs. Le code civil fait l'objet d'une division tripartite héritée du droit romain distinguant les *personae* (« personnes »), les *res* (« choses »), et les *actiones* (« actions »). Or, la *summa divisio* séparant les personnes des biens rend parfois difficile la catégorisation de certaines entités juridiques particulières au sein de ce système dichotomique. Selon la célèbre formule du Doyen Cornu, « les biens [se trouvent] après les personnes : [ils sont] d'emblée distingués des personnes, mais, à elles, aussitôt rattachés. Comme si personnes et biens constituaient les bases inséparables, les colonnes jumelles de l'ordre élémentaire qu'institue le droit civil : l'être et l'avoir »¹⁹. Ainsi, le code civil impose une différence de régime entre les sujets de droit, titulaires de la personnalité juridique, et les objets de droit, n'en bénéficiant pas.

Traditionnellement, l'acquisition de la personnalité juridique rime avec la vie humaine. Dès lors, le droit est amené à définir le moment marquant le commencement de la vie. La personnalité juridique s'acquiert par la naissance de l'être humain avant de disparaître à sa mort. En outre, l'enfant doit être vivant : il doit respirer au moins une fois en dehors de l'utérus. Cette vérification s'opère à l'aide des épreuves des docimasies respiratoires et digestives et grâce à un examen microscopique des poumons. Enfin, il doit être viable²⁰. La viabilité suppose quant à elle que l'enfant dispose des organes nécessaires, suffisamment constitués et opérationnels pour lui permettre de vivre en dehors de l'utérus maternel. Il doit donc avoir la capacité naturelle de vivre en autonomie. En vertu des recommandations de l'Organisation mondiale de la santé (OMS) auxquelles la circulaire du 22 juillet 1993 relative à la déclaration des nouveau-nés décédés à l'état civil²¹ s'est d'ailleurs conformée, la viabilité est présumée au moyen de deux critères alternatifs : une durée de gestation d'au moins vingt semaines de grossesse et un poids d'au moins 500 grammes. Cela explique que l'enfant né vivant mais non viable est considéré comme n'ayant jamais existé.

Cependant, par le jeu d'une fiction juridique et en vertu de l'adage *infans conceptus pro nato habetur, quoties de commodis ejus agitur*²², la personnalité juridique peut rétroagir au jour de la conception de l'enfant si ce dernier naît vivant et viable et dès lors qu'il en va de son intérêt. Elle lui permet de devenir sujet de droit en disposant ainsi de droits subjectifs mais cela lui permet également de disposer d'un patrimoine. Madame la Professeure Martine Herzog-Evans, assimilant l'humanité et la personnalité juridique, estime

¹⁷ CCNE, 22 mai 1984, avis n° 1 sur les prélèvements de tissus d'embryons et de fœtus humains morts, à des fins thérapeutiques, diagnostiques et scientifiques, p. 1.

¹⁸ Ammar Guesmi, *La protection pénale de l'enfant avant sa naissance*, 2003, 1ère éd., thèse, Université Panthéon-Assas.

¹⁹ Gérard Cornu, *Droit civil, Les biens*, Domat-Montchrestien, 13e éd., 2007, n° 1.

²⁰ Articles 725 alinéa 1 et 906 alinéa 3 du code civil.

²¹ Circulaire DGS n° 50 du 22 juillet 1993 relative à la déclaration des nouveau-nés décédés à l'état civil.

²² Signifiant littéralement « l'enfant conçu est réputé né chaque fois qu'il y va de son intérêt ». Cette règle, tirée des articles 725 et 906 du code civil et érigée en principe général du droit (Cass. Civ. 1re, 10 déc. 1985, n° 84-14.328, Bull. civ. 1985, 1, n° 339 p. 305), est tantôt conçue comme une fiction juridique de naissance, ou bien comme un mécanisme conférant une personnalité juridique sous condition suspensive ou résolutoire.

que, lorsque le droit refuse la personnalité juridique au fœtus, il lui dénie *de facto* son état d'Homme²³. Toutefois, le Professeur Pierre Murat rétorque qu'« il n'y a pas nécessairement de contradiction entre l'aveu que l'embryon seulement conçu est un être humain et le fait qu'il ne soit pas tenu pour sujet de droit ; cette position est l'expression d'un choix rationnel »²⁴.

4. Le droit pénal. – Dans sa conception du pacte social, Thomas Hobbes suppose que les êtres humains doivent sortir d'un état de nature où règne la violence et l'insécurité perpétuelles, « la guerre de tous contre tous »²⁵. Pour assurer leur sécurité, les Hommes aliènent leurs libertés individuelles et s'en remettent alors à une puissance inégalée sur Terre, le Léviathan ou l'Etat. C'est ainsi que naît le contrat social, cette association entre les Hommes consistant à s'unir en société et à se donner des lois. Selon la formule de Max Weber, l'Etat a le monopole de la violence légitime²⁶.

La puissance de l'Etat donne alors un cadre aux citoyens afin de vivre en société et ce notamment au moyen du droit pénal, opérant une mise en balance entre d'une part la sécurité et la prévention des atteintes à l'ordre public et d'autre part les libertés individuelles. Selon le Professeur Cornu, le droit pénal est une « branche du droit ayant pour objet traditionnel la prévention et la répression des infractions »²⁷. Selon les Professeurs Merle et Vitu, dans un but de prévention générale, ce droit réprime les comportements antisociaux²⁸, consciencieusement et objectivement incriminés par la loi au moyen de la création d'infractions. Dans le même sens, Paul Ricœur estime qu'il « représente une des conquêtes les plus remarquables de la rationalité au plan des transactions sociales livrées à la violence »²⁹. Enfin, conformément à l'article 5 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen (DDHC) de 1789, « la loi n'a le droit de défendre que les actions nuisibles à la société ». En vertu du principe de nécessité³⁰, le droit pénal est donc subsidiaire et ne peut intervenir que dans les hypothèses les plus graves portant atteinte aux valeurs essentielles de la société.

Ses objectifs se dévoilent à l'article 130-1 du code pénal explicitant les buts de la peine, incarnation de la réaction sociale engendrée par la délinquance. La sanction pénale cherche en effet à assurer la protection de la société, prévenir la commission de nouvelles infractions, restaurer l'équilibre social dans le respect des intérêts de la victime tout en sanctionnant l'auteur de l'infraction et en favorisant son amendement, son insertion ou sa réinsertion. Le droit pénal a donc une vocation pacificatrice des rapports sociaux.

²³ Martine Herzog Evans, *Homme, homme juridique et humanité de l'embryon*, RTD civ., 2000, p. 65.

²⁴ Pierre Murat, *Décès périnatal et individualisation juridique de l'être humain*, RDSS, 1995, p. 467.

²⁵ Thomas Hobbes, *Léviathan ou Matière, forme et puissance de l'Etat chrétien et civil*, 1651.

²⁶ Max Weber, *Le Savant et le Politique*, 1919.

²⁷ Gérard Cornu, *Vocabulaire juridique*, Association Henri Capitant, PUF, coll. Quadriga, 14^{ème} éd., 2021, p. 756.

²⁸ Roger Merle et André Vitu, *Traité de droit criminel*, t. 1, éd. Cujas, 1997.

²⁹ Paul Ricœur, *Le juste, la justice et son échec*, L'Herne, 2005, p. 28.

³⁰ Article 8 de la DDHC.

C'est un droit sanctionnateur, comme l'atteste son étymologie. Au terme latin *directum* (« ce qui est juste », « justice », « règles du droit ») s'ajoute le terme *poena* (« peine »). La notion autonome de matière pénale se révèle à l'aide des trois critères posés par la décision Engel contre Pays-Bas³¹. Au moyen d'une approche tantôt cumulative tantôt alternative, la Cour européenne des droits de l'Homme (CourEDH) estime que des sanctions sont qualifiées, au sens de l'article 6, de sanctions pénales en fonction de la classification de l'infraction au regard du droit national, de la nature de l'infraction et du but de la sanction, ainsi qu'au vu de la nature et du degré de gravité de la sanction. La matière pénale est alors régie par des principes fondamentaux qui lui sont propres tels que le droit à un procès équitable³² ; la présomption d'innocence³³ ; les droits de la défense³⁴ ; l'égalité devant la loi³⁵ ; la légalité criminelle, emblème de la légitimité du droit pénal, et son corollaire : le principe de l'interprétation stricte de la loi pénale³⁶.

En outre, le droit pénal général énonce des principes généraux applicables à toutes les infractions tandis que le droit pénal spécial étudie les caractéristiques propres à chaque infraction. À eux deux, ils forment le droit pénal de fond ou substantiel, s'opposant au droit pénal de forme. Même si notre étude relève davantage du droit pénal spécial que du droit pénal général, l'un ne va pas sans l'autre en ce que le premier met en œuvre les principes posés par le second.

Enfin, le code pénal constitue l'instrument principal de mise en œuvre de la protection pénale par la loi. Mais des dispositions issues d'autres codes bénéficient également du pouvoir sanctionnateur inhérent à la matière répressive. La peine, marqueur du droit pénal, sanctionne parfois le non-respect de dispositions qui ne sont pas issues du code pénal. C'est pourquoi notre étude ne se bornera pas à étudier les infractions présentes au sein de ce code. Nous analyserons en particulier des dispositions répressives contenues au sein du code de la santé publique.

5. L'enfant à naître en droit pénal. – Il s'agira donc de s'intéresser à la protection pénale de l'enfant à naître au regard des atteintes portées à sa vie, plus particulièrement sous l'angle de l'homicide involontaire et de l'avortement. Nous excluons ainsi les questions relatives au traitement de l'enfant à naître au sein d'autres branches du droit, comme en droit civil (personnalité juridique, établissement d'un acte d'enfant sans vie³⁷, statut du cadavre fœtal et incidences sur sa sépulture...). De surcroît, nous évinçons d'ores et déjà l'étude de la protection pénale de l'enfant à naître qui serait trop indirecte. Ainsi, nous ne nous pencherons pas sur la protection acquise de fait par l'intermédiaire de la prohibition de la

³¹ CourEDH, Cour plénière, Engel c. Pays-Bas, 8 juin 1976, n° 5100/71 et autres.

³² Article préliminaire du code de procédure pénale et article 6 § 1 de la ConvEDH.

³³ Article préliminaire du code de procédure pénale, article 6 § 2 de la ConvEDH et article 9 de la DDHC.

³⁴ Article préliminaire du code de procédure pénale et article 6 § 3 de la ConvEDH.

³⁵ Article 6 de la DDHC et article 1er de la Constitution du 4 octobre 1958.

³⁶ Articles 111-2, 111-3 et 111-4 du code pénal, articles 5, 7 et 8 de la DDHC et article 7 de la ConvEDH.

³⁷ Sur ce sujet, v. Jean-René Binet, L'acte d'enfant sans vie, un contentieux en gestation ?, JCP G. 2010 ; Pierre Murat, La réforme de l'inscription à l'état civil de l'enfant prématurément perdu : entre progrès et occasion manquée, *Études sur la mort*, 2001, n° 119, pp. 183-192.

GPA³⁸, interdit justifié par les principes d'indisponibilité et de non-patrimonialité du corps humain ou encore par le principe d'indisponibilité de l'état civil et qui repose en premier lieu sur la crainte d'une forme de commercialisation du corps de la femme et de « contractualisation de la procréation »³⁹. Nous n'étudierons pas non plus la protection pénale acquise par l'intermédiaire des dispositions relatives à la protection de l'espèce humaine⁴⁰ prohibant notamment l'eugénisme et le clonage puisqu'ici il ne s'agit pas tant de protéger une personne humaine, de chair et de sang, comme le fœtus mais le génome humain, l'intégrité de l'espèce humaine⁴¹.

6. Les atteintes à la vie de l'enfant à naître à travers l'histoire du droit pénal. – Le fait de causer la mort de l'enfant dans le sein de sa mère était déjà réprimé par le code d'Hammurabi⁴² en son article 209 énonçant que « si un homme a frappé une fille d'homme libre et a fait tomber son intérieur [l'a fait avorter], il paiera pour son fruit dix sicles d'argent ». Si la vie prénatale est prise en considération, la sanction est supérieure en cas d'homicide commis sur une personne née.

Durant l'Antiquité, l'avortement est pratiqué, comme l'abandon, comme une méthode de régulation des naissances. Si en Grèce antique les pratiques abortives ne sont pas réprimées, à Rome, l'avortement est sanctionné lorsqu'il viole l'autorité du *pater familias* si celui-ci n'y avait pas consenti⁴³. Il faut attendre le début du III^e siècle, marqué par l'influence croissante du christianisme, pour que l'avortement résultant d'une faute non intentionnelle devienne, avec l'avortement volontaire, une infraction pénale. Cependant, la répression se fondait sur le critère d'animation du fœtus et dépendait ainsi du degré de développement de ce dernier. En vertu de la théorie aristotélicienne, l'avortement s'apparentait à un homicide lorsque l'enfant à naître était suffisamment formé et dès lors qu'il avait donc été doté d'une âme⁴⁴. L'animation du fœtus constituait le point de départ de sa protection pénale. Toutefois, ce critère est progressivement abandonné et devient, non plus le critère de la répression, mais une circonstance aggravante⁴⁵.

Au Moyen-Âge, plus précisément au XIII^e siècle, émerge une infraction d'atteinte involontaire à la vie de l'enfant à naître : l'encis. Il correspond au « fait de frapper ou de maltraiter une femme

³⁸ V. CE, Ass., Assoc. Les Cigognes, 22 janv. 1988, n° 80936 ; articles 16, 16-1, 16-5 et 16-7 du code civil, articles 227-12 et 227-13 du code pénal, article L. 2141-8 du code de la santé publique.

³⁹ CE, section du rapport et des études, étude adoptée en assemblée générale le 28 juin 2018 en vue d'éclairer les débats sur la révision de la loi de bioéthique.

⁴⁰ Cette protection est scindée en deux : les crimes sont situés dans le livre II relatif aux personnes (aux articles 214-1 à 215-3) tandis les délits figurent dans le livre V relatif aux autres crimes et délits (aux articles 511-1 à 511-1-2).

⁴¹ Alain Sériaux, L'humanité au tourniquet de la peine, *Mélanges offerts à R. Gassin*, 2007, p. 315.

⁴² Texte juridique retrouvé en Mésopotamie, daté d'environ 1750 av. J.-C.

⁴³ Roland Crahay, Les moralistes anciens et l'avortement, *Antiquités classiques*, 10-1, 1941, p. 11.

⁴⁴ Philippe Caspar, La problématique de l'animation de l'embryon. Survol historique et enjeux dogmatiques, *Nouvelle revue théologique*, 113, 1991, p. 4.

⁴⁵ Henri-François d'Aguesseau, *Œuvres complètes du chancelier. Essai sur l'état des personnes*, éd. Pardessus, Paris, 1819, t. 9, p. 605.

enceinte au point d'entraîner soit sa mort, soit son avortement »⁴⁶. Cette incrimination fait de la vie utérine une valeur pénalement protégée⁴⁷ avant de disparaître au XV^e siècle.

Sous l'Ancien-Régime, au regard des lois ecclésiastiques, l'avortement constitue un homicide, puni de la peine de mort. L'édit de Henri II de 1556 institue en ce sens un système de prévention en imposant aux filles et aux veuves enceintes de déclarer leur grossesse à l'autorité de justice⁴⁸.

Puis, la protection pénale de l'enfant à naître se détache de l'incrimination de l'homicide pour faire place à une infraction spécifique : l'avortement. Les codes pénaux de 1791⁴⁹ et de 1810⁵⁰ ont désigné l'avortement comme « un crime contre les personnes ». Réprimé par l'article 317 ancien du code pénal de 1810, il était conçu comme une variante de l'homicide dont la *ratio legis* était l'atteinte à la vie de l'enfant à naître. Par une loi du 27 mars 1923⁵¹, l'avortement devint un délit afin d'éviter le recours à la clémence des jurés des cours d'assises qui prononçaient des acquittements trop fréquents. Sous le régime de Vichy, la répression est considérablement renforcée par la loi du 15 février 1942 qui appréhende l'avortement comme un crime contre l'État, la Nation et la famille et qui est passible de la peine de mort. Même si la loi est abrogée à la Libération, l'avortement n'en restera pas moins un délit pendant plus de trois décennies. En ce qui concerne l'incrimination d'homicide involontaire, elle ne s'applique définitivement plus à l'enfant à naître. En ce sens, le 9 novembre 1951, la cour d'appel de Paris⁵² estime que le délit d'homicide involontaire ne peut être retenu que s'il est établi que l'enfant a vécu après sa naissance.

Mais progressivement, la protection pénale de l'enfant à naître renoue avec l'incrimination de l'homicide involontaire. En témoignent trois arrêts rendus dans les années 1990 par les cours d'appel de Douai⁵³, de Bordeaux⁵⁴, et de Lyon⁵⁵ qui retiennent le délit à l'égard du fœtus. Cet élan est rapidement brisé par la jurisprudence de la Cour de cassation....

⁴⁶ Yves-Bernard Brissaud, *L'infanticide à la fin du Moyen-Âge, ses motivations psychologiques et sa répression*, RHDFE, 1972, pp. 229-256.

⁴⁷ Elodie Hartmann, *Le droit pénal face à la maternité criminelle (XII-XXI^e siècles)*, 2011, thèse, Université de Strasbourg, p. 49.

⁴⁸ Jean de Viguierie, *Quelques précisions sur l'histoire de l'avortement en France sous l'Ancien Régime, la Révolution et l'Empire*, RHDFE, vol. 91, n° 3, juillet-septembre 2013, p. 523.

⁴⁹ Code pénal de 1791, partie II, titre II, section I « Crimes et attentats contre les personnes », article 17.

⁵⁰ Code pénal de 1810, livre III, titre II « Crimes contre les particuliers », chapitre I « Crime et délits contre les personnes », section II « Blessures et coups volontaires non qualifiés meurtres, et autres crimes et délits volontaires », article 317.

⁵¹ Loi du 27 mars 1923 modifiant les dispositions de l'article 317 du code pénal sur l'avortement, JORF du 29 mars 1923, p. 3122.

⁵² CA de Paris, 9 novembre 1951, Gaz. Pal., 1952, 1, 236.

⁵³ CA de Douai, 2 juin 1987, Gaz. Pal., 1989, 1, 145, note J.-P. Doucet, JCP G. 1989, II, 21250, note X. Labbé, Rev. sc. crim., 1989, p. 319, obs. Levasseur.

⁵⁴ CA de Bordeaux, 20 mars 1996, Juris-Data, n° 045257.

⁵⁵ CA de Lyon, 13 mars 1997, D. 1997, p. 557, note E. Serverin ; JCP G. 1997, 2, 22955.

7. L'enfant à naître, digne de la protection de la personne humaine ? – Encore aujourd'hui, les problématiques soulevées par la question du statut de l'enfant à naître, en ce qu'il est l'incarnation de l'humanité naissante, attisent les passions et sont au cœur de débats politiques, scientifiques voire bioéthiques, moraux et religieux. En ce qui nous concerne, il s'agit aussi d'un enjeu juridique, en particulier en droits civil, pénal, de la santé publique et de la bioéthique. De manière générale, le *nasciturus*, l'enfant à naître, est considéré comme un être en marge au statut âprement discuté. L'identité de cette entité interroge, singulièrement au regard des atteintes à sa vie. En effet, « comment imaginer que celui qui n'est pas encore né puisse se plaindre d'être déjà mort ? »⁵⁶.

Placée sous le signe de l'humanisme, la réforme du code pénal a consacré le premier des livres de droit pénal spécial aux infractions commises contre les personnes⁵⁷. Mais « 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 »⁵⁸. Que recouvre alors la personne humaine désignée au sein du titre II du livre II⁵⁹ ? L'enfant à naître est-il une personne au sens du droit pénal ?

Le fait de causer la mort d'autrui a toujours été sanctionné par le droit, en témoigne le code d'Hammurabi. Aujourd'hui, le code pénal condamne en principe tout comportement, volontaire ou non, menant au décès d'autrui⁶⁰. Pourtant, la sanction de l'atteinte à la vie par le droit pénal n'est pas un principe absolu. En vertu du principe de l'interprétation stricte de la loi pénale⁶¹, la Cour de cassation exclut l'application de l'article 221-6 en cas d'atteinte involontaire portée à la vie de l'enfant à naître en exigeant la condition de la naissance en vie⁶². *A contrario*, elle retient la qualification lorsque l'enfant naît vivant et décède *ex utero*, même s'il n'est pas viable⁶³. Ainsi, dès lors que l'enfant est né vivant, cela est suffisant pour le faire entrer dans la catégorie de la personne humaine protégée au nom du titre II du livre II. En outre, la chambre criminelle a refusé de transmettre au Conseil constitutionnel une QPC qui soutenait l'inconstitutionnalité de l'article 221-6 du code pénal tel qu'interprété par la Cour de cassation⁶⁴. Il apparaît également peu probable que la protection de l'enfant à naître émane de la Cour européenne des droits de l'Homme puisque cette dernière, dans une décision *Vo contre France* du 8 juillet

⁵⁶ Emmanuel Dreyer, *Droit pénal spécial*, 3ème éd., 2016, p. 17.

⁵⁷ Livre II : « Des crimes et délits contre les personnes » (articles 211-1 à 228-1).

⁵⁸ Pierre Murat, Réflexions sur la distinction être humain/personne juridique, *Dr. fam.*, septembre 1997, p. 4. V. également Agathe Lepage et Patrick Maistre du Chambon, Les paradoxes de la protection pénale de la vie humaine, *Mélanges dédiés à Bernard Bouloc*, D., 2006, p. 613 et s., et spéc. p. 618. V. encore François Rousseau, La victime des infractions contre les personnes : personne humaine ou personne juridique ?, *Rev. pénit.* 2012, p. 805 et s.

⁵⁹ Titre II du livre II : « Des atteintes à la personne humaine » (articles 221-1 à 228-1).

⁶⁰ De tels comportements peuvent toutefois échapper au prononcé d'une peine en cas de cause d'irresponsabilité objective ou subjective ou encore en cas d'obstacle procédural paralysant l'exercice des poursuites.

⁶¹ Article 111-4 du code pénal.

⁶² V. notamment Cass. crim., 30 juin 1999, n° 97-82.351, Bull. crim. 1999 n° 174 p. 511 ; Cass. Ass. Plén., 29 juin 2001, n° 99-85.973, Bull. crim. 2001 n° 165 p. 546 ; Cass. crim., 25 juin 2002, n° 00-81.359, Bull. crim. 2002 n° 144 p. 531.

⁶³ Cass. crim., 2 déc. 2003, n° 03-82.344, Bull. crim. 2003 n° 230 p. 931 ; Cass. crim., 24 juin 2014, n° 13-84.542, Inédit.

⁶⁴ Cass. crim., 12 juin 2018, n° 17-86.661, Inédit.

2004, a estimé qu'il n'était ni souhaitable ni possible de répondre dans l'abstrait si l'enfant à naître est une personne, et ce malgré la consécration à l'article 2 de la Convention européenne des droits de l'Homme (ConvEDH) du « droit de toute personne à la vie »⁶⁵. Cette position jurisprudentielle a été extrêmement critiquée par la doctrine. En effet, l'homicide involontaire protège la valeur sociale de la vie humaine et non la naissance en vie ni la personnalité juridique. Si « la vie du sujet de droit commence à la naissance », « la vie de l'être humain débute dès la conception »⁶⁶. Il ne peut être nié que l'enfant *in utero* est un être humain en vie. L'absurdité de la solution est également décriée : non seulement elle ne tient pas compte du degré de développement du fœtus mais la doctrine souligne aussi que le critère de la naissance en vie est dépendant du hasard. Depuis plus d'une vingtaine d'années, l'état du droit en la matière reste inchangé malgré quelques tentatives infructueuses d'évolution⁶⁷. Si cette atteinte à la vie humaine demeure impunie, c'est parce que le fœtus, tant qu'il n'est pas né vivant, n'est pas « autrui ». Il n'est pas une personne au sens du droit pénal et ne bénéficie donc pas de la protection pénale de la personne humaine au regard du titre II du livre II du code pénal.

8. Personne ou chose ? – Selon le Professeur Malaurie, « c'est sur la différence entre la personne et la chose que se jouera le XXI^e siècle »⁶⁸. En effet, le fœtus apparaît comme une entité inclassable au sein de la *summa divisio* séparant les personnes et les biens. Il semble donc difficilement pouvoir être rangé dans la catégorie des choses⁶⁹, sans pour autant pouvoir prétendre au statut de personne. Il n'est qu'une « personne potentielle » selon un avis du Comité consultatif national d'éthique (CCNE) du 22 mai 1984⁷⁰, ou encore une « personne humaine en devenir », un « projet de personne » pour reprendre les termes de nombreuses décisions de justice rendues à son égard. Cette dénomination nébuleuse, aussi vraie soit-elle, n'emporte aucune conséquence juridique⁷¹. A ce titre, le législateur se

⁶⁵ CourEDH, grande chambre, Vo c. France, 8 juillet 2004, n° 53924/00.

⁶⁶ Xavier Labbé, Respect et protection du corps humain, L'enfant conçu « *ex utero* », chose sacrée ?, JCl. Civil, Fasc. n° 50, n° 102.

⁶⁷ V. l'amendement présenté par M. Claude Gaillard au sujet d'une proposition de loi relative à la protection pénale de l'enfant à naître contre les atteintes involontaires à la vie, déposé à l'Assemblée nationale le 6 février 2002, n° 3572. V. le premier amendement présenté par M. Jean-Paul Garraud au sujet du projet de loi renforçant la lutte contre la violence routière du 26 février 2003 (n° 638). V. l'amendement présenté par M. Jean-Paul Garraud au sujet d'une proposition de loi portant création d'un délit d'interruption involontaire de grossesse, déposé à l'Assemblée nationale le 14 mai 2003, n° 837.

⁶⁸ Philippe Malaurie, cité par Mme l'Avocat Général Dominique Commaret, dans ses concl., Dr. pén. 2002, chron. n° 31, p. 8.

⁶⁹ À tout le moins, il ne peut faire l'objet d'une patrimonialisation, v. CourEDH, grande chambre, Parillo c. Italie, 27 août 2015, n° 46470/11 : l'embryon ne peut, à l'instar des biens, acquérir une portée économique et patrimoniale.

⁷⁰ CCNE, 22 mai 1984, avis n° 1 sur les prélèvements de tissus d'embryons et de fœtus humains morts, à des fins thérapeutiques, diagnostiques et scientifiques, p. 1.

⁷¹ François Terré et Dominique Fenouillet, *Droit civil, les personnes, la famille, les incapacités*, 6ème éd., D., 1996, p. 23 : « il est clair que juridiquement, une personne existe ou n'existe pas et qu'on ne peut, au sujet de cette existence, imaginer des demi-mesures ».

garde bien de définir son statut⁷². Ainsi, relever que cette « personne par anticipation »⁷³ interroge la dichotomie chose/personne est un truisme : le fœtus est un véritable « alien juridique »⁷⁴.

En quête d'identité juridique, le fœtus ne jouit pas d'un ensemble cohérent de règles de droit commun qui garantirait une protection s'apparentant à un véritable statut. Exclu du bénéfice de la protection pénale offerte aux personnes, il ne fait l'objet que de dispositions résiduelles. Il apparaît soit qu'il est protégé au travers d'incriminations spécifiques que ne le visent que partiellement et dans un contexte médical déterminé soit qu'il est indirectement appréhendé par l'intermédiaire de sa mère dont il est *pars viscerum matris* (« un morceau des entrailles de sa mère »)⁷⁵. Il n'est pas protégé pour lui-même.

9. Les obstacles à la protection de la vie utérine. – Si le droit pénal voyait en l'enfant à naître une personne, l'interruption volontaire de grossesse (IVG) constituerait un meurtre, bien qu'autorisé par la loi. Nous décelons là aussi un enjeu de taille : l'IVG, que la loi « Veil » du 17 janvier 1975⁷⁶ a partiellement dépénalisée, est un obstacle à la protection pénale du fœtus en ce qu'elle est une atteinte indéniable mais justifiée à sa vie. Il apparaît alors que la solution de la Cour de cassation est motivée par la crainte politique sous-jacente de la remise en cause du droit à l'IVG. Pourtant, la législation relative à l'avortement constitue une exception au principe de la dignité humaine posé par l'article 1er de la loi du 17 janvier 1975 disposant que « la loi garantit le respect de tout être humain dès le commencement de sa vie » ainsi que par l'article 16 du code civil⁷⁷ selon lequel « la loi assure la primauté de la personne, interdit toute atteinte à la dignité de celle-ci et garantit le respect de l'être humain dès le commencement de sa vie »⁷⁸. Si la Cour de cassation avait reconnu au fœtus une protection pénale au titre de l'homicide involontaire, elle n'aurait fait que déployer ce principe sans remettre en cause l'exception qu'est l'IVG. Malgré cela, la crainte politique et juridique de remise en cause du droit à l'avortement n'est pas illusoire. En outre, sa *ratio legis*, autrefois portée sur la protection du fœtus, a fait l'objet d'un glissement en raison des réformes successives⁷⁹ et est désormais centrée sur la protection de la liberté procréative

⁷² Dans les dernières lois de bioéthique, le législateur n'a pas pris position quant au statut juridique du fœtus.

⁷³ Astrid Marais, Chapitre 10. L'embryon, une chose particulière, *Journal international de bioéthique et d'éthique des sciences*, 2017/4 (Vol. 28), pp. 155-163.

⁷⁴ Florence Bellivier, *Droit des personnes*, Domat droit privé, LGDJ-Lextenso éd., 2015, n° 221 et s. et not. 232.

⁷⁵ Par exemple, il n'existe pas de meurtre sur l'enfant à naître, n'étant pas « autrui ». Est uniquement retenu le meurtre commis à l'égard de la femme enceinte aggravé du fait de sa particulière vulnérabilité apparente ou connue de l'auteur et due à un état de grossesse (221-4 3°). Le fœtus bénéficie alors d'une protection indirecte car c'est bien la femme enceinte qui est reconnue victime de l'infraction. Il existe cependant une infraction spécifique d'atteinte volontaire à la vie du fœtus, l'interruption forcée de grossesse (article 223-10 du code pénal, reproduit à l'article 2222-1 du code de la santé publique) mais qui est circonscrite aux actes médicaux : v. *infra* n° 141 et s.

⁷⁶ Loi n° 75-17 du 17 janvier 1975 relative à l'interruption volontaire de la grossesse, JORF du 18 janvier 1975.

⁷⁷ Tel qu'issu de la loi n° 94-653 du 29 juillet 1994 relative au respect du corps humain, JORF n° 175 du 30 juillet 1994.

⁷⁸ Principe repris expressément à l'article L. 2211-1 du code de la santé publique.

⁷⁹ V. loi n° 2001-588 du 4 juillet 2001 relative à l'interruption volontaire de grossesse et à la contraception, JORF n° 0156 du 7 juillet 2001 ; loi n° 2014-873 du 4 août 2014 pour l'égalité réelle entre les femmes et les hommes, JORF n° 0179 du 5 août 2014 ; loi n° 2022-295 du 2 mars 2022 visant à renforcer le droit à l'avortement, JORF n° 0052 du 3 mars 2022.

de la femme. Désormais, la liberté de recourir à l'IVG est inscrite dans la Constitution⁸⁰. Comment concilier d'une part le droit à l'IVG et d'autre part une éventuelle protection pénale de la vie prénatale ?

10. Problématique et plan. – Ces interrogations nous invitent à rechercher et à expliquer les raisons faisant obstacle à la protection pénale de l'entité particulière qu'incarne l'enfant à naître, au titre des atteintes à sa vie. La question impose de montrer que, d'une part, la protection pénale de l'enfant à naître est aujourd'hui refusée (Partie 1) et que, d'autre part, loin d'être impossible, celle-ci demeure délicate (Partie 2).

⁸⁰ Loi constitutionnelle n° 2024-200 du 8 mars 2024 relative à la liberté de recourir à l'interruption volontaire de grossesse, JORF n° 0058 du 9 mars 2024.

Première partie

LA PROTECTION PÉNALE DE L'ENFANT À NAÎTRE REFUSÉE

11. – La jurisprudence a refusé la caractérisation de l'homicide involontaire sur l'enfant à naître (titre 1) mais cette solution de subordination du respect de la vie à la naissance en vie apparaît en dysharmonie avec l'ordre juridique (titre 2).

Titre 1 – L'inexistence de l'homicide involontaire sur l'enfant à naître

12. – Le délit d'homicide involontaire (chapitre 1) voit son champ d'application limité : il ne s'applique qu'à la condition de la naissance en vie (chapitre 2).

Chapitre 1 – La constitution du délit d'homicide involontaire

13. – Il s'agira d'évoquer les évolutions législatives du délit d'homicide involontaire (section préliminaire), ses éléments constitutifs (section 1) ainsi que sa répression (section 2).

Section préliminaire – Les évolutions législatives

14. – Au sein du titre II du livre II du code pénal⁸¹, l'homicide involontaire fait partie du chapitre II, plus précisément de la deuxième section nommée « Des atteintes involontaires à la vie de la personne ». L'agent qui commet un homicide involontaire porte atteinte à la vie de la victime du fait d'un comportement non conforme à celui qu'il aurait dû adopter. Toutefois, il n'a aucunement souhaité causer un dommage à la victime. L'auteur a eu la volonté d'adopter son comportement — à défaut, son

⁸¹ Titre II du livre II : « Des atteintes à la personne humaine » (articles 221-1 à 228-1).

irresponsabilité peut être recherchée sur la base des causes de non-imputabilité — en revanche il ne souhaitait pas la survenance du résultat.

15. – En vertu de l'article 121-3 du code pénal qui détermine l'élément moral des infractions en fonction de leur gravité (crime, délit, ou contravention), le principe est qu'il n'y a point de crime ou de délit sans intention de le commettre. Toutefois, en vertu du deuxième alinéa de ce même article, « lorsque la loi le prévoit, il y a délit en cas de mise en danger délibérée de la personne d'autrui ».

A noter que la loi du 13 mai 1996⁸² a modifié l'article relativement aux délits non intentionnels. Cette loi a inséré un nouvel alinéa en vertu duquel, « il y a également délit lorsque la loi le prévoit en cas d'imprudence, de négligence ou de manquement à une obligation de prudence ou de sécurité prévue par la loi ou les règlements⁸³, sauf si l'auteur des faits a accompli les diligences normales compte tenu le cas échéant de la nature de ses missions ou de ses fonctions, de ses compétences ainsi que du pouvoir et des moyens dont il disposait ». En somme, une infraction non intentionnelle peut constituer un délit en cas de comportement volontaire anormal ou fautif par rapport à celui qu'aurait eu une personne diligente, et si cette attitude a causé un résultat non voulu ou non recherché par l'agent. Jusqu'alors, la jurisprudence avait tendance à apprécier le comportement de l'agent *in abstracto*, faisant preuve de davantage de sévérité que si elle avait jugé *in concreto*. Le législateur a ainsi voulu pousser le juge à apprécier concrètement les faits. Néanmoins, le juge est resté ferme.

16. – En raison de pressions des décideurs publics souhaitant que leur responsabilité pénale soit caractérisée plus difficilement, une deuxième loi a vu le jour. La loi dite « Fauchon » du 10 juillet 2000⁸⁴ a modifié l'article 121-3 en ajoutant un alinéa — ne valant que pour les personnes physiques — qui prévoit une différence majeure entre d'une part le comportement de l'agent qui a causé directement le dommage et d'autre part le comportement de celui qui a indirectement causé le dommage. Jusqu'à cette loi, n'importe quelle faute, quelle que soit sa gravité, pouvait engager la responsabilité pénale de son auteur quand la faute avait causé la mort d'autrui (ou une atteinte à son intégrité physique ou psychique en cas de blessures involontaires). Désormais, en vertu de l'alinéa 4, en cas de causalité indirecte, la faute exigée pour retenir la responsabilité pénale est plus grave : une faute qualifiée est nécessaire. Cette dernière recouvre deux types de fautes : la violation manifestement délibérée d'une obligation particulière de prudence ou de sécurité prévue par la loi ou le règlement ; et la faute caractérisée exposant autrui à un risque d'une particulière gravité que l'auteur du comportement ne pouvait ignorer. Ainsi, le législateur a opéré une dépénalisation des fautes simples en cas de causalité indirecte. Cette

⁸² Loi n° 96-393 du 13 mai 1996 relative à la responsabilité pénale pour des faits d'imprudence ou de négligence, JORF n° 112 du 14 mai 1996.

⁸³ Désormais « le règlement », et ce depuis la loi n° 2000-647 du 10 juillet 2000 tendant à préciser la définition des délits non intentionnels, JORF n° 159 du 11 juillet 2000.

⁸⁴ Loi n° 2000-647 du 10 juillet 2000 tendant à préciser la définition des délits non intentionnels, JORF n° 159 du 11 juillet 2000.

législation s'inscrit alors dans un mouvement de dépenalisation des agissements des auteurs indirects ayant commis une faute simple.

17. – Le délit d'homicide involontaire a fait l'objet d'évolutions législatives ces dernières années. Il s'agira maintenant de détailler brièvement ses éléments constitutifs (section 1).

Section 1 – Les éléments constitutifs

18. – Les éléments constitutifs recouvrent l'élément légal (§ 1), l'élément matériel (§2) et l'élément moral (§3).

§ 1 – L'élément légal

19. – L'homicide involontaire est défini à l'article 221-6 du code pénal, disposant que « le fait de causer, dans les conditions et selon les distinctions prévues à l'article 121-3, par maladresse, imprudence, inattention, négligence ou manquement à une obligation de prudence ou de sécurité imposée par la loi ou le règlement, la mort d'autrui constitue un homicide involontaire puni de trois ans d'emprisonnement et de 45 000 euros d'amende ». L'article poursuit qu' « en cas de violation manifestement délibérée d'une obligation particulière de prudence ou de sécurité imposée par la loi ou le règlement, les peines encourues sont portées à cinq ans d'emprisonnement et à 75 000 euros d'amende ».

Concernant son élément moral ainsi que le caractère direct ou non du lien de causalité au sein de l'élément matériel, il faut se reporter à l'article 121-3 du code pénal.

20. – L'étude de l'élément légal nous conduit à examiner l'élément matériel (§ 2).

§ 2 – L'élément matériel

21. – L'élément matériel se divise en trois conditions : la nécessité d'un comportement (A), la nécessité d'un résultat (B), ainsi qu'un lien de causalité certain, direct ou indirect (C).

A – La nécessité d'un comportement

22. – L'agent adopte volontairement un comportement anormal ou fautif par rapport à celui qu'aurait eu une personne diligente, en ce qu'il correspond à une maladresse, une imprudence, une inattention, une négligence ou un manquement à une obligation de prudence ou de sécurité imposée par la loi ou le règlement. Le comportement qui a causé le résultat dommageable peut reposer sur un

acte de commission comme sur un acte d'omission. A noter que la matérialité du comportement se confond avec l'état d'esprit de l'agent (et ainsi avec l'élément moral).

23. – Si un comportement est nécessaire, un résultat l'est également (B).

B – La nécessité d'un résultat

24. – L'homicide involontaire est une infraction matérielle puisqu'il nécessite la survenance du résultat pour être constitué. Ce n'est pas l'imprudence, le seul comportement fautif qui est sanctionné mais le résultat dommageable qu'est l'atteinte *effective* à la vie de la victime. C'est d'ailleurs seulement à compter du moment où le dommage s'est manifesté voire cristallisé que la prescription commence à courir⁸⁵.

En fonction de la gravité du résultat atteint, différentes qualifications d'atteintes involontaires à la vie ou à l'intégrité physique ou psychique existent. En ce qui concerne l'homicide involontaire, le résultat nécessaire est donc la mort de la victime. Il apparaît ainsi que la gravité de l'infraction dépend essentiellement de la gravité du résultat, et non de la faute.

25. – Si un résultat est nécessaire, doit être caractérisé en outre un lien de causalité certain ainsi que direct ou indirect (C).

C – Un lien de causalité certain, direct ou indirect

26. – D'une part, le lien de causalité doit être certain. La production du résultat doit ainsi être la conséquence certaine du comportement adopté par l'agent.

D'autre part, le lien de causalité peut être direct ou indirect. En vertu de l'article 121-3 alinéa 4 du code pénal, il est direct lorsque l'acte est déterminant dans la survenance du résultat. Il est indirect lorsque « les personnes physiques n'ont pas causé directement le dommage mais ont créé ou contribué à créer la situation qui a permis la réalisation du dommage ou n'ont pas pris les mesures permettant de l'éviter ». La causalité est donc indirecte quand l'acte commis par l'agent n'a pas causé de manière immédiate ou exclusive le résultat dommageable. Dans la réalisation du dommage, l'acte commis par l'agent n'est pas survenu seul, d'autres facteurs entrant en compte. Depuis la loi dite « Fauchon » s'appliquant aux personnes physiques, si la causalité est directe, n'importe quelle faute — mineure ou grave — à l'origine du résultat dommageable suffit à engager la responsabilité pénale. A l'inverse, si la causalité est indirecte, seule une faute présentant une certaine gravité (selon les critères précisés par la

⁸⁵ Cass. crim., 4 novembre 1999, n° 99-81.279, Bull. crim. 1999 n° 248 p. 775 : la prescription de l'action publique ne court que du jour où l'infraction, objet de la poursuite, est constituée dans tous ses éléments, impliquant que le délit d'homicide involontaire n'est caractérisé qu'au jour du décès de la victime.

loi) permet d'engager la responsabilité pénale.

27. – L'étude de l'élément matériel nous conduit à examiner l'élément moral (§ 3).

§ 3 – L'élément moral

28. – L'élément moral correspond tantôt à une faute simple, tantôt à une faute qualifiée (délibérée ou caractérisée).

Si le lien de causalité est direct, il suffit donc de rapporter la preuve d'une faute simple. La faute d'imprudence ordinaire constitue un simple écart de comportement au regard du comportement attendu d'un individu ordinaire normalement prudent et diligent placé dans la même situation. Cela correspond à une faute de maladresse, d'inattention, d'imprudence, de négligence, ou de manquement à une obligation de prudence ou de sécurité prévue par la loi ou le règlement. En vertu de l'article 121-3, « il doit être établi que l'auteur des faits n'a pas accompli les diligences normales compte tenu le cas échéant de la nature de ses missions et de ses fonctions, de ses compétences ainsi que du pouvoir et des moyens dont il disposait ».

Si le lien de causalité est indirect, il faut alors rapporter la preuve d'une faute d'imprudence qualifiée — une faute délibérée ou une faute caractérisée. D'une part, la faute de mise en danger délibérée est plus difficile à prouver en ce qu'elle correspond à la violation d'une obligation particulière de sécurité ou de prudence prévue par la loi ou le règlement, violation assortie d'un dol éventuel. Ce dernier est la volonté assumée de l'agent d'exposer autrui à un risque sans pour autant désirer la survenance des conséquences de ce risque. Ainsi, la faute délibérée ne révèle pas une simple défaillance — contrairement à la faute simple — puisqu'elle suppose une adhésion, une détermination à la commission de la faute. L'obligation particulière est alors violée en connaissance de cause avec une détermination de celui qui la viole à ne pas s'y plier. D'autre part, la faute caractérisée ayant exposé autrui à un risque d'une particulière gravité que l'agent ne pouvait ignorer correspond quant à elle à une faute grave, devant avoir exposé autrui à un risque d'une particulière gravité et traduisant le fait que l'auteur a eu ou aurait dû avoir connaissance du risque auquel il exposait autrui. Le comportement de l'agent est inadmissible en ce qu'il révèle une défaillance, une imprudence particulièrement grave par rapport à un devoir général de prudence ou de sécurité.

29. – Après avoir évoqué les éléments constitutifs du délit, il s'agira maintenant d'évoquer sa répression (section 2).

Section 2 – La répression

30. – La répression s’opère en fonction du résultat. Dans le cas d’un homicide involontaire, l’auteur s’expose à une peine de trois ans d’emprisonnement et de 45 000 euros d’amende⁸⁶.

Il existe par ailleurs des circonstances aggravantes telle la faute délibérée qui rehausse la répression, exposant ainsi l’agent à une peine de cinq ans d’emprisonnement et de 75 000 euros d’amende⁸⁷. D’autre part, la conduite d’un véhicule terrestre à moteur⁸⁸ prévoit également une aggravation de la peine en ce qu’elle devient une peine de cinq ans d’emprisonnement et de 75 000 euros d’amende. Les peines sont portées à sept ans d’emprisonnement et à 100 000 euros d’amende si cet homicide involontaire déjà aggravé a été commis avec l’une des circonstances aggravantes prévues aux 1° à 6° de l’article 221-6-1. Les peines sont portées à dix ans d’emprisonnement et 150 000 euros d’amende si deux ou davantage des circonstances aggravantes mentionnées à l’article 221-6-1 sont caractérisées. Enfin, lorsque l’homicide involontaire est commis par le truchement d’un chien, la peine encourue est de cinq ans d’emprisonnement et de 75 000 euros d’amende⁸⁹. Les peines sont portées à sept ans d’emprisonnement et à 100 000 euros d’amende si cet homicide involontaire déjà aggravé a été commis avec l’une des circonstances aggravantes prévues aux 1° à 7°. Les peines sont portées à dix ans d’emprisonnement et 150 000 euros d’amende si deux ou davantage des circonstances aggravantes mentionnées à l’article 221-6-2 sont caractérisées.

31. – Une fois la constitution du délit d’homicide involontaire détaillée, il s’agira de comprendre en quoi ce délit voit son champ d’application limité : il ne s’applique en effet qu’à la condition de la naissance en vie (chapitre 2).

Chapitre 2 – La condition de la naissance en vie

32. – Tandis que la jurisprudence dénie la protection pénale au mort-né (section 1), elle accorde une protection pénale à l’enfant né vivant (section 2).

Section 1 – La protection pénale de l’enfant mort-né, déniée par la jurisprudence

33. – L’absence de protection pénale du mort-né se manifeste à deux échelles : au niveau de la jurisprudence de la chambre criminelle de la Cour de cassation (§ 1) ainsi qu’au niveau de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l’Homme (§ 2).

⁸⁶ Alinéa 1er de l’article 221-6 du code pénal.

⁸⁷ Alinéa 2 de l’article 221-6 du code pénal.

⁸⁸ Article 221-6-1 du code pénal.

⁸⁹ Article 221-6-2 du code pénal.

§ 1 – La jurisprudence de la chambre criminelle de la Cour de cassation

34. – La question de l'applicabilité ou de la non applicabilité de la qualification d'homicide involontaire à l'enfant à naître s'est notamment posée en matière de fautes médicales et d'accidents de la circulation.

Un premier arrêt du nom de Golfier fut rendu par la chambre criminelle de la Cour de cassation le 30 juin 1999⁹⁰ concernant un médecin qui avait causé la mort d'un fœtus âgé de 20 à 24 semaines et dont les juges du fond avaient souligné qu'il était en parfait santé. Le médecin avait en effet confondu deux patientes ayant le même nom et avait essayé de retirer un stérilet à une femme enceinte, provoquant la mort du fœtus *in utero*. Pour relaxer le prévenu du chef d'homicide involontaire sur le fœtus, la chambre criminelle avait cassé — sans renvoi — la décision des juges du fond en se prononçant en ces termes : « attendu que la loi pénale est d'interprétation stricte, [...] les faits reprochés au prévenu n'entrent pas dans les prévisions des articles 319 ancien et 221-6 du code pénal ».

En excluant ainsi l'application de la qualification d'homicide involontaire, la chambre criminelle avait remis en question l'arrêt précédemment rendu dans la même affaire par la cour d'appel de Lyon le 13 mars 1997⁹¹ qui avait accordé une protection pénale à l'enfant à naître. Selon la cour d'appel, la loi pénale ne devait pas distinguer entre les différentes étapes successives de la vie humaine. La cour avait en effet considéré que l'enfant à naître avait la qualité de personne humaine. En vertu de cela, il bénéficiait de la protection pénale des personnes. La cour avait relevé que le simple fait que le fœtus ait été en vie suffisait à lui accorder le statut de victime, sans considération pour le critère de la viabilité. Elle s'exprimait en ces termes : « la loi consacre le respect de tout être humain dès le commencement de la vie, sans qu'il soit exigé que l'enfant naisse viable⁹², du moment qu'il était en vie lors de l'atteinte qui lui a été portée ». La cour avait toutefois rappelé que cette règle vaut « sous réserve des dispositions relatives à l'interruption volontaire de la grossesse et de celles relatives à l'avortement thérapeutique ».

La jurisprudence de la cour d'appel de Lyon s'inscrivait à l'époque dans le sillage de décisions semblables parmi les juridictions du fond⁹³. Dans cette tendance, un arrêt rendu par la cour d'appel de Douai le 16 mai 1882⁹⁴ retenait l'homicide involontaire du dernier des jumeaux, lors d'un accouchement effectué par une sage-femme, au motif que l'enfant était encore en vie une demi-heure avant son expulsion complète. La cour se prononçait en ces termes : « on ne saurait soutenir que l'homicide d'un enfant naissant, c'est-à-dire commis pendant l'accouchement même, ne tombe pas sous le coup de la

⁹⁰ Cass. crim., 30 juin 1999, n° 97-82.351, Bull. crim. 1999 n° 174 p. 511, D. 1999, Jur. p. 710, note D. Vigneau ; Rev. sc. crim. 1999, p. 813, obs. Y. Mayaud ; JCP G. 2000, 2, n° 10231, note G. Fauré ; Dr. pén. 2000, comm. 3, obs. M. Véron ; Gaz. Pal. 1999, 2, p. 676, note Th. Bonneau, et chron. p. 139, obs. J.-P. Doucet ; D. 2000, chron. p. 181, G. Roujou de Boubée et B. de Lamy ; Dr. pén. 2000, chron. 12, M.-L. Rassat.

⁹¹ CA de Lyon, 13 mars 1997, D. 1997, p. 557, note E. Serverin ; JCP G. 1997, 2, 22955.

⁹² La cour explique que la loi ne doit accorder aucune distinction en vertu de ce critère qui est une « notion scientifiquement incertaine [...] dépourvue de toute portée juridique ».

⁹³ V. CA de Douai, 2 juin 1987, Gaz. Pal., 1989, 1, 145, note J.-P. Doucet, JCP G. 1989, II, 21250, note X. Labbé, Rev. sc. crim., 1989, p. 319, obs. Levasseur et CA de Bordeaux, 20 mars 1996, Juris-Data, n° 045257.

⁹⁴ CA de Douai, 16 mai 1882, S., 1883, 2, p. 153.

loi ». Elle poursuivait : « pour n'avoir pas encore respiré, l'enfant n'en a pas moins vécu de la vie intra-utérine ; sa mort même est la preuve de son existence antérieure ».

Toutefois, depuis le 30 juin 1999, la protection pénale de l'enfant à naître est niée, en raison de la nécessité du critère de la naissance en vie. Selon l'élégante formule du Professeur Jean-Yves Chevallier à propos de cette jurisprudence, « naître ou n'être pas, voilà l'alternative subtile qu'imposent les hauts magistrats de la chambre criminelle »⁹⁵.

35. – Un arrêt fut ensuite rendu par l'Assemblée plénière de la Cour de cassation, le 29 juin 2001⁹⁶, à propos d'une femme enceinte ayant été victime d'un accident de la circulation causé par une personne conduisant en état d'ivresse. Le fœtus était décédé *in utero* dans les jours suivants. Les juges avaient alors considéré que le fœtus n'était pas pénalement protégé au titre des infractions contre les personnes et qu'ainsi le fait poursuivi ne constituait aucune infraction pénale. Le pourvoi fut donc rejeté au motif que « le principe de la légalité des délits et des peines, qui impose une interprétation stricte de la loi pénale, s'oppose à ce que l'incrimination prévue par l'article 221-6 du code pénal, réprimant l'homicide involontaire d'autrui, soit étendue au cas de l'enfant à naître dont le régime juridique relève de textes particuliers sur l'embryon ou le fœtus ». La Cour de cassation semble maladroitement avancer que l'article 221-6 ne s'applique pas car d'autres textes s'appliqueraient. Elle opère ainsi un renvoi implicite à la section 3 « De la protection de l'embryon humain » (articles 511-15 et suivants) située au sein du chapitre Ier « Des infractions en matière d'éthique biomédicale », lui-même compris dans le titre Ier du livre V du code pénal. Or, ces textes de bioéthique visant partiellement le fœtus dans un contexte médical déterminé ne répondent pas à la délicate question que la Cour de cassation tente d'esquiver.

Cette décision est pour le moins ambiguë. La Cour estime en effet que l'enfant à naître n'est pas « autrui », affirmant implicitement qu'il n'est pas une personne. Toutefois, ce n'est pas explicitement en ces termes que la Cour s'exprime puisqu'elle se retranche derrière le principe de légalité des délits et des peines. Deux interprétations sont alors possibles : soit ce refus d'application découle d'un processus de qualification excluant l'objet en cause — l'enfant à naître — du champ d'application de l'infraction, confortant l'idée qu'il n'est pas une personne (c'est l'interprétation la plus commune) ; soit cela témoigne d'une interprétation plus radicale de la valeur sauvegardée : « l'embryon est bien une personne mais le législateur n'a pas entendu sanctionner l'atteinte à la vie de *cette* personne »⁹⁷. Tout porte à croire que le caractère lapidaire des motivations de la Cour est intentionnel, le sujet de l'identité du fœtus étant

⁹⁵ Jean-Yves Chevallier, *op. cit.*, p. 135.

⁹⁶ Cass. Ass. Plén., 29 juin 2001, n° 99-85.973, Bull. crim. 2001 n° 165 p. 546, JCP G. 2001, 10569, rapp. P. Sargos, concl. J. Sainte-Rose, note M.-L. Rassat ; JCP G. 2002 1, 101, n° 21, obs. P. Murat ; Gaz. Pal. 2001, 2, 1456, note Th. Bonneau ; Gaz. Pal. 2002, 1, 85 concl. J. Sainte Rose ; Gaz. Pal. 2002, 2, 998, note S. Monnier ; Dr. pén. 2001, chron. n° 34, obs. L. Demont ; RTD civ. 2001, 560 obs. J. Hauser ; Rev. sc. crim. 2002, 97, obs. B. Bouloc.

⁹⁷ Lisa Carayon, *La catégorisation des corps : étude sur l'humain avant la naissance et après la mort*, 2016, thèse, Université Panthéon-Sorbonne, pp. 142-143.

particulièrement sensible. Personne ou non, il n'en demeure pas moins que l'enfant à naître n'est pas protégé au titre de l'homicide involontaire, délit applicable aux personnes.

36. – Malgré cela, les juges du fond ont tenté de résister comme en témoignent les précédents d'un arrêt de la chambre criminelle de la Cour de cassation du 25 juin 2002⁹⁸. En effet, une femme enceinte se trouvant au terme de sa grossesse, s'était rendue dans une clinique afin d'accoucher et a été placée sous surveillance. Celle-ci avait signalé une anomalie du rythme cardiaque du fœtus à la sage-femme qui avait néanmoins refusé d'appeler le médecin. L'anomalie était toujours présente le lendemain matin, et ce jusqu'à l'arrêt complet du rythme cardiaque du fœtus, qui décéda *in utero* en raison d'un manque d'oxygène. Le 19 janvier 2000, la cour d'appel de Versailles⁹⁹ avait alors déclaré la sage-femme coupable d'homicide involontaire sur l'enfant à naître en s'adonnant à une appréciation *in concreto* de la viabilité de l'enfant pour justifier la constitution de l'infraction. Elle estimait que « si les fautes relevées n'avaient pas été commises, [l'enfant] avait la capacité de survivre par lui-même, disposant d'une humanité distincte de celle de sa mère ». Mais une fois de plus, c'était sans compter sur la cassation — sans renvoi — de la décision par la chambre criminelle, rappelant que « le principe de la légalité des délits et des peines, qui impose une interprétation stricte de la loi pénale, s'oppose à ce que l'incrimination d'homicide involontaire s'applique au cas de l'enfant qui n'est pas né vivant ». L'enfant vivant *in utero* mais qui vient au monde mort-né ne dispose pas d'une protection pénale équivalente à celle d'un enfant né vivant.

37. – La chambre criminelle de la Cour de cassation entérina son raisonnement dans un arrêt rendu le 4 mai 2004¹⁰⁰ concernant une femme, dont la grossesse arrivée au terme, s'était rendue à l'hôpital afin d'accoucher. Toutefois, des anomalies du rythme cardiaque du fœtus avaient été décelées. Malgré l'aggravation de celles-ci, ce n'est que plusieurs heures plus tard que le médecin procéda par césarienne à l'extraction de l'enfant déjà décédé. La sage-femme fut poursuivie pour homicide involontaire en raison de sa faute consistant en le fait d'avoir tardé à appeler le médecin. Elle fut relaxée par les juges du fond, ayant considéré qu'elle n'avait pas commis de faute. Par une substitution de motifs, la Cour de cassation a, quant à elle, considéré qu'elle avait pourtant bel et bien commis une faute pénale mais que l'arrêt n'encourait pas pour autant la censure puisque « l'enfant, n'étant pas né vivant, les faits [n'étaient] susceptibles d'aucune qualification pénale ».

38. – Dans une autre affaire, un auteur d'un accident de la route, sous l'empire de l'alcool et de substances, avait causé la mort d'un fœtus dans le sein de sa mère enceinte de 30 semaines. A la barre

⁹⁸ Cass. crim., 25 juin 2002, n° 00-81.359, Bull. crim. 2002 n° 144 p. 531, Dr. Pén., 2002, comm. 93, M. Véron, L'enfant en train de naître ; D. 2002, p. 3099 note J. Pradel.

⁹⁹ CA de Versailles, 19 janvier 2000, cité dans Cass. crim., 25 juin 2002.

¹⁰⁰ Cass. crim., 4 mai 2004, n° 03-86.175, Bull. crim. 2004 n° 108 p. 418, D. 2004 p. 3097 note J. Pradel ; Dr. pén. 2004, comm. 124, note M. Véron.

du tribunal, le prévenu évoque « d'importants sentiments de culpabilité à l'évocation de l'accident », exprimant avoir conscience qu'il a provoqué la mort d'un fœtus « dont il ne veut pas que soit contestée la qualité d'être humain à part entière ». Il reconnaît entièrement sa responsabilité morale — puisque sa responsabilité juridique n'existe donc pas sur le fondement de l'article 221-6 — et considère le fœtus comme une véritable personne. Le Professeur Yves Mayaud estime que pour les parents de cet enfant à naître, son existence propre n'est pas une « simple vue de l'esprit » ou un concept théorique mais un ressenti que l'on peut, à bien des égards, qualifier de légitime¹⁰¹. Selon les conclusions d'une expertise psychologique, « il est essentiel de permettre aux parents de donner toute la place à cet enfant mort en l'inscrivant dans une histoire au sein d'une famille et par là assurer leur rôle de parents en deuil »¹⁰². Que ce soit le juge d'instruction, qui a courageusement défendu que soit retenue la qualification d'homicide involontaire, ou le tribunal correctionnel de Tarbes¹⁰³, qui a retenu la culpabilité du prévenu pour homicide involontaire sur l'enfant à naître, tous ces acteurs ont fait preuve d'indépendance institutionnelle et intellectuelle en tentant de se défaire de la jurisprudence constante de la Cour de cassation. En effet, selon l'argument avancé par le tribunal correctionnel de Tarbes dans sa décision du 4 février 2014, « la réalité de l'atteinte mortelle, du fait de l'auteur de l'accident, portée à l'existence propre d'un fœtus de 30 semaines en bonne santé, est ainsi attestée par les constatations médicales. Conjugée aux considérations humaines unanimement partagées, elle apparaît conforme aux principes juridiques et ne saurait être contestée par des prises de position purement doctrinales ». Malgré cet effort d'opposition, le parquet général interjeta appel, donnant lieu à la décision de la cour d'appel de Pau du 5 février 2015¹⁰⁴, appliquant, au nom du principe de la légalité des délits et des peines, la solution consacrée par l'Assemblée plénière de la Cour de cassation du 29 juin 2001.

39. – Bon nombre de décisions se sont inscrites dans le même mouvement, décisions au cours desquelles la chambre criminelle n'a cessé de rappeler sa jurisprudence constante. En vertu du principe de l'interprétation stricte de la loi pénale, la Cour estime qu'il y a lieu d'écarter l'application de l'article 221-6 du code pénal¹⁰⁵ mais également de toute autre infraction pénale. En ce sens, elle estime dans un arrêt du 20 novembre 2018 que « les circonstances de la mort de l'enfant dans le ventre de sa mère ne constituent ni un homicide involontaire, ni aucune autre infraction pénale »¹⁰⁶.

40. – Notons par ailleurs que la chambre criminelle, le 12 juin 2018¹⁰⁷, a refusé de transmettre au Conseil constitutionnel une QPC qui soutenait l'inconstitutionnalité de l'article 221-6 du code pénal.

¹⁰¹ Yves Mayaud, *Infractions contre les personnes*, Rev. sc. crim., vol. 1, n° 1, 2015, pp. 83-91.

¹⁰² Conclusions de l'expertise psychologique citées par Yves Mayaud, *op. cit.*

¹⁰³ T. corr. de Tarbes, 4 févr. 2014, n° 12021000029, JurisData n° 2014-013013, Dr. fam. 2014, n° 7-8, juillet 2014, comm. 127, note A. Mirkovic.

¹⁰⁴ CA de Pau, 5 février 2015, n° 14/00480, D. 2015.

¹⁰⁵ Cass. crim., 27 juin 2006, n° 05-83.767, Inédit.

¹⁰⁶ Cass. crim., 20 novembre 2018, n° 17-86.661, Inédit.

¹⁰⁷ Cass. crim., 12 juin 2018, n° 17-86.661, Inédit.

Selon les requérants, cet article réprimant l'homicide involontaire, tel qu'interprété par la Cour de cassation et « en ce qu'il ne réprime pas, l'atteinte portée à l'enfant à naître, privant ainsi le fœtus de toute protection », est, sous l'angle des droits et libertés garantis par la Constitution, en particulier le préambule de la constitution du 27 octobre 1946 qui garantit le droit au respect de l'être humain dès le commencement de sa vie, entaché d'incompétence négative.

Selon la chambre criminelle de la Cour de cassation, la question ne présentait pas un caractère sérieux. En premier lieu, il apparaît que « le principe du respect de l'être humain dès le commencement de sa vie, qui tend à assurer le respect du principe constitutionnel de sauvegarde de la dignité de la personne humaine, n'impose pas que les actes involontaires ayant entraîné une interruption de grossesse soient pénalement sanctionnés ». De surcroît, la Cour souligne que la protection de l'enfant à naître est déjà assurée par d'autres dispositions législatives.

41. – Très récemment, l'humoriste Pierre Palmade a commis un accident de la circulation mettant fin à la grossesse d'une femme enceinte de six mois. Le parquet de Melun avait ouvert une enquête pour homicide involontaire, relançant l'épineux débat relatif à la non-applicabilité de l'article 221-6 à l'enfant à naître. En l'espèce, selon trois experts sollicités par la juge d'instruction, l'enfant était viable mais il n'était pas vivant à la naissance. La qualification d'homicide involontaire n'a donc pas été retenue et n'a pas pu faire l'objet d'un débat devant un tribunal correctionnel, la condition de la naissance en vie faisant défaut¹⁰⁸.

42. – Ainsi, l'exclusion du fœtus du champ d'application de l'infraction d'homicide involontaire est motivée par l'interprétation de la notion d'« autrui », que la Cour de cassation assimile à la notion de personne, et par la nécessité, pour être considéré comme telle, d'une naissance en vie. En effet, le droit pénal semble définir une personne au moyen de l'unique critère de la naissance en vie, faisant fi de l'élément de la viabilité également requis en droit civil. Pour être considéré comme la victime d'un homicide involontaire, l'enfant doit naître vivant : c'est-à-dire avoir respiré, ne serait-ce que brièvement, en dehors de l'utérus. L'absence de protection pénale du mort-né se manifeste aussi à l'échelle de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme (§ 2).

§ 2 – La jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme

43. – Si les juges français s'opposent à la protection pénale de l'enfant à naître au titre de l'article 221-6 du code pénal, il apparaît également peu probable que la protection de l'enfant à naître émane de la Cour européenne des droits de l'Homme.

¹⁰⁸ Affaire Pierre Palmade : le parquet demande un procès pour homicide et blessures involontaires, *Le Monde*, 4 mars 2024.

En effet, cette dernière a rendu le 8 juillet 2004 une décision *Vo contre France*¹⁰⁹ faisant suite à l'affaire du stérilet ayant donné lieu à l'arrêt de la chambre criminelle du 30 juin 1999¹¹⁰. A ce titre, elle a estimé qu'il n'était ni souhaitable ni possible de répondre dans l'abstrait si l'enfant à naître est une personne, et ce malgré la consécration à l'article 2 de la Convention européenne des droits de l'Homme du « droit de toute personne à la vie », droit dont la requérante estimait avoir subi une violation. La Cour avait alors déclaré que, même dans le cadre d'une interprétation évolutive de la Convention — qui est « un instrument vivant, à interpréter à la lumière des conditions de vie actuelles » — le point de départ du droit à la vie relève de la marge d'appréciation laissée aux Etats, et ce, en raison d'une absence de consensus européen au sein des Etats membres quant à la définition à la fois scientifique et juridique des débuts de la vie. La Cour a souligné que « l'enfant à naître n'est pas privé de toute protection » et que l'obligation positive des Etats d'assurer une telle protection n'imposait pas nécessairement « un recours de nature pénale ». En définitive, « la vie du fœtus est intimement liée à la vie de la femme qui le porte et ne saurait être considérée isolément ». Certes, « la potentialité de cet être et sa capacité à devenir une personne [...] doivent être protégées au nom de la dignité humaine », pour autant « de la potentialité à l'effectivité il y a, pour le juriste, un pas important », ne permettant pas de voir en l'être humain *potentiel* qu'incarne l'enfant à naître une personne à proprement parler disposant d'un droit à la vie.

La Cour fait ici mention du principe de la dignité humaine, dont elle estime l'enfant à naître titulaire. Ce principe, consacré à l'article 1er de la Charte des droits fondamentaux et supposant la qualité humaine de celui qui en bénéficie est censé être un droit intangible. Pourtant, il fait l'objet de dérogations en ce qui concerne le cas de l'enfant à naître puisque ce dernier est le sujet d'atteintes à sa vie qui ne sont pas réprimées. Il apparaît alors que soit le fœtus n'est pas réellement titulaire de la dignité soit cette dignité n'est pas intangible¹¹¹. En tout état de cause, la Professeure Muriel Fabre-Magnan souligne que « si l'on admet que l'embryon est titulaire d'une dignité humaine il ne peut être mis en balance aucun autre droit ou liberté fondamentale »¹¹². « Cette conception de la dignité serait donc incompatible avec une législation sur l'interruption volontaire de grossesse pour convenance personnelle, de même qu'avec une législation autorisant la recherche sur l'embryon [...]. Comment considérer que l'enfant à naître peut être titulaire d'une dignité qu'il détiendrait au nom de sa personnalité humaine et admettre des législations qui portent atteinte à sa vie »¹¹³ ?

¹⁰⁹ CourEDH, grande chambre, *Vo c. France*, 8 juillet 2004, n° 53924/00.

¹¹⁰ Cass. crim., 30 juin 1999, n° 97-82.351, Bull. crim. 1999 n° 174 p. 511.

¹¹¹ Anne-Claire Arrighi, *La condition pénale de l'enfant avant sa naissance : de la non-reconnaissance à la protection*, 2015, thèse, Université de La Rochelle, p. 37.

¹¹² Muriel Fabre-Magnan, *Introduction générale au droit, Droit des personnes. Méthodologie juridique*, PUF, coll. Licence droit, 2011, p. 147.

¹¹³ Anne-Claire Arrighi, *op. cit.*, *loc. cit.*

Après une jurisprudence hésitante, la Cour européenne des droits de l'Homme a ensuite adopté une position plus prononcée. Dans la décision *Evans* contre Royaume-Uni du 10 avril 2007, elle a considéré que les embryons « ne peuvent se prévaloir du droit à la vie protégé par l'article 2 »¹¹⁴.

44. – Si la jurisprudence refuse de protéger pénalement l'enfant mort-né au titre des atteintes à sa vie, elle accorde une protection pénale à l'enfant né vivant (section 2).

Section 2 – La protection pénale de l'enfant né vivant, accordée par la jurisprudence

45. – Que ce soit en droit français par le biais de la jurisprudence de la chambre criminelle de la Cour de cassation (§ 1), ou en droit comparé (§ 2), la jurisprudence protège pénalement l'enfant né vivant.

§ 1 – La jurisprudence de la chambre criminelle de la Cour de cassation

46. – *A contrario*, la Cour de cassation accorde une protection pénale à l'enfant né vivant même s'il n'est pas viable. Dans une énième affaire, à la suite d'un accident de la circulation dont fut victime une femme enceinte de huit mois, une césarienne avait eu lieu immédiatement, permettant à la femme de donner naissance à un enfant qui décéda une heure plus tard. Le 2 décembre 2003, la Cour de cassation avait alors considéré que l'auteur de l'accident de la circulation était coupable d'homicide involontaire sur la personne de l'enfant né vivant, confirmant *a contrario* sa jurisprudence constante¹¹⁵. En effet, l'enfant mort-né n'aurait pas bénéficié de cette protection.

Cette décision fut réitérée par la suite, notamment dans un arrêt du 24 juin 2014¹¹⁶. A la suite d'une césarienne pratiquée trop tardivement par une gynécologue, un enfant né vivant décéda quelque temps plus tard. La chambre criminelle a alors qualifié d'homicide involontaire l'atteinte à la vie de l'enfant décédant *ex utero*.

47. – Ainsi, la jurisprudence de la chambre criminelle de la Cour de cassation accorde une protection pénale à l'enfant né vivant, de la même manière que la jurisprudence d'autres pays (§ 2).

¹¹⁴ CourEDH, grande chambre, *Evans* c. Royaume-Uni, 10 avril 2007, n° 6339/05.

¹¹⁵ Cass. crim., 2 déc. 2003, n° 03-82.344, Bull. crim. 2003 n° 230 p. 931, JCP G. 2004, 10054, note M. L. Rassat ; JCP G. 2004, 4 1105, note J. Pradel ; D. 2004 p. 449, note J. Pradel ; Dr. fam. 2004 comm. 26 note B. De Lamy ; Dr. pén. 2004 comm. 18 note M. Véron.

¹¹⁶ Cass. crim., 24 juin 2014, n° 13-84.542, Inédit, Rev. sc. crim. 2015, p. 416, obs. P. Mistretta.

§ 2 – Une jurisprudence similaire en droit comparé

48. – Au sein des systèmes juridiques étrangers, la protection pénale de l'enfant né vivant est largement accordée. En outre, il existe une quasi-unanimité quant à l'exclusion de l'enfant à naître du champ d'application de l'infraction d'homicide involontaire.

Le Canada fait état d'un vide juridique en la matière¹¹⁷. La jurisprudence a exclu la possibilité d'étendre l'infraction au cas du fœtus. En 2007, une proposition de loi visant la création d'une incrimination spécifique en cas de décès du fœtus par la faute d'un tiers a été déposée mais n'a pas fait l'objet d'une seconde lecture au Parlement¹¹⁸.

Le Royaume-Uni prône la règle de *common law* du « né vivant » (« *born alive rule* ») qui exclut du champ d'application de la loi pénale l'enfant à naître, l'homicide pouvant uniquement être caractérisé envers un enfant décédant *ex utero*.

À l'instar de la France, la Suisse, l'Italie ou encore le Luxembourg ne consacrent pas pénalement l'homicide involontaire du fœtus. A noter toutefois qu'au sein de ces trois législations, la personnalité juridique commence à l'accouchement, permettant une protection pénale du fœtus plus en amont qu'au sein de la législation française qui conditionne cette protection à la naissance en vie. En effet, en Italie, l'infraction d'homicide involontaire s'applique de manière très restreinte au fœtus. En vertu d'un arrêt rendu par la Cour de cassation italienne du 10 avril 1979, le statut de personne s'obtient lorsque le fœtus se détache de l'utérus. Dès lors, l'infraction n'est caractérisée qu'à partir du moment où l'accouchement a commencé. Elle concerne donc l'enfant mort *in utero* seulement dans le cas où le décès du fœtus a été engendré entre le détachement de l'utérus et l'expulsion définitive¹¹⁹.

Si certains systèmes, telle la législation allemande, considèrent pourtant que l'embryon humain doit être protégé dès sa conception, ces positions de principe ne permettent pas une réelle protection pénale du fœtus en cas d'homicide involontaire. A titre d'exemple, la Cour constitutionnelle allemande est hostile à la qualification d'homicide involontaire du fœtus. En ce sens, elle a confirmé, le 29 juillet 1988¹²⁰, une décision de non-lieu envers un médecin qui avait involontairement causé la mort d'un fœtus en raison d'un diagnostic erroné, jugeant que le texte d'incrimination ne s'appliquait qu'à un être humain déjà né.

49. – D'autre part, certains pays, bien que n'appliquant pas l'homicide involontaire à l'enfant à naître, ont doté leur législation d'infractions spécifiques incriminant l'atteinte involontaire à la vie

¹¹⁷ Marie Rieu, *L'homicide involontaire du fœtus à l'aune du droit comparé*, 2023, mémoire sous la dir. du Professeur Philippe Conte, Université Panthéon-Assas.

¹¹⁸ Bill C-484, Unborn Victims of Crime Act, 2007.

¹¹⁹ Jerry Sainte-Rose, Michèle-Laure Rassat et Pierre 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, n° 99-85.973, Bull. crim. 2001 n° 165 p. 546, JCP G. n° 29, 18 juillet 2001, 2, 10569.

¹²⁰ La protection pénale de l'enfant à naître varie d'un pays à l'autre, *Le Monde*, 29 juin 2001.

prénatale. L'Espagne accorde une protection pénale à l'enfant décédé *in utero* par la faute d'un tiers sans pour autant retenir l'incrimination de droit commun d'homicide involontaire. À ce titre, elle prévoit une infraction spécifique d'avortement provoqué par une imprudence grave, prévu à l'article 146 du code pénal espagnol et puni d'une peine d'emprisonnement de trois à cinq mois ou une amende de six à dix mois. Cette incrimination exclut la responsabilité pénale de la femme enceinte.

Dans le même sens, en Belgique, le 22 février 2024, le Parlement fédéral a modifié l'article 79 du code pénal en inscrivant la « perte de grossesse » au sein des atteintes à l'intégrité des personnes¹²¹, cette atteinte pouvant être intentionnelle comme involontaire.

En outre, la loi italienne du 22 mai 1978 relative à l'avortement incrimine en son article 17 le fait de provoquer par imprudence une interruption de grossesse. Elle prévoit une peine de trois mois à deux ans d'emprisonnement¹²².

50. – Enfin, si l'exclusion de l'enfant à naître du champ d'application de l'infraction d'homicide involontaire a été unanimement retenue par les pays européens, certains systèmes juridiques ont adopté une position contraire. Aux Etats-Unis, certains Etats appliquent la règle de *common law* du « né vivant » ou répriment les blessures volontaires ou involontaires commises sur le fœtus en fixant une condition de viabilité¹²³, tandis que de nombreux Etats répriment les atteintes à la vie du fœtus sous couvert de la qualification d'homicide, volontaire ou non¹²⁴. Cet élan répressif est postérieur à la décision Dobbs¹²⁵ de la Cour suprême des États-Unis du 24 juin 2022 estimant que la Constitution ne confère pas de droit à l'avortement, renversant ainsi le précédent Roe v. Wade¹²⁶.

51. – En somme, le délit d'homicide involontaire voit son champ d'application limité : il ne s'applique en effet qu'à la condition de la naissance en vie.

52. Conclusion du titre 1. – La Cour de cassation accorde ou non la protection pénale de la personne humaine en fonction de ce critère. Ainsi, elle n'applique pas au fœtus une protection digne d'une personne parce que, par définition, ce dernier n'est pas encore né. Puisque la caractérisation de l'homicide involontaire est donc subordonnée à la naissance en vie, ce délit ne s'applique pas à l'enfant à naître. Il apparaît alors qu'« on ne peut pas tuer quelqu'un [...] parce qu'il n'est pas encore né »¹²⁷.

¹²¹ Réforme du Code pénal belge : la « perte de grossesse » considérée comme une atteinte à l'intégrité de la personne, *Institut européen de bioéthique*, 3 mai 2024.

¹²² Jerry Sainte-Rose, Michèle-Laure Rassat et Pierre Sargos, *op. cit.*

¹²³ *Ibid.*

¹²⁴ Who Do Fetal Homicide Laws Protect? An Analysis for a Post-Roe America, site internet de l'organisation Pregnancy Justice, 18 août 2022 : <https://www.pregnancyjusticeus.org/resources/who-do-fetal-homicide-laws-protect-an-analysis-for-a-post-ro-america/>.

¹²⁵ Cour suprême des Etats-Unis, Dobbs v. Jackson Women's Health Organisation, 24 juin 2022.

¹²⁶ Cour suprême des Etats-Unis, Roe v. Wade, 22 janvier 1973.

¹²⁷ Virginie Larribau-Terneyre, *Droit civil. Introduction. Biens. Personnes. Famille*, D., coll. Sirey, 20ème éd., 2018, pp. 308-309.

Toutefois, cette solution impliquant de subordonner le respect de la vie à la naissance en vie apparaît en dysharmonie avec l'ordre juridique (titre 2).

Titre 2 – La subordination de la protection de la vie à la naissance en vie en dysharmonie avec l’ordre juridique

53. – La solution consacrée par la jurisprudence de la Cour de cassation consistant à subordonner la protection de la vie à la naissance en vie apparaît en dysharmonie avec l’ordre juridique, d’une part en ce qu’elle repose sur des fondements contestables (chapitre 1), et d’autre part parce qu’elle catalyse l’ambiguïté entourant la notion de personne (chapitre 2).

Chapitre 1 – Les fondements contestables de la solution

54. – La Cour de cassation use du principe de l’interprétation stricte de la loi pénale comme d’un argument d’autorité (section 1) et entretient une confusion quant à la valeur sociale protégée par l’incrimination de l’homicide involontaire (section 2).

Section 1 – L’argument d’autorité du principe de l’interprétation stricte de la loi pénale

55. – La doctrine s’est livrée à un débat quant au respect ou non du principe de l’interprétation stricte par la Cour de cassation (§ 1), mais dans tous les cas, l’intérêt de cet argument peut être nuancé (§ 2).

§ 1 – Le débat doctrinal quant au non-respect du principe par la Cour de cassation

56. – Deux conceptions opposées sont avancées : une partie de la doctrine estime que le principe de l’interprétation stricte a été violé et y voit une interprétation restrictive (A), tandis qu’une minorité de la doctrine conçoit que le principe a été respecté, et ce au moyen d’une interprétation *in favorem* (B).

A – La violation du principe : la perception d’une interprétation restrictive

57. – Le principe de la légalité des délits et des peines¹²⁸ qui commande au législateur d’édicter des lois claires et précises a pour corollaire le principe de l’interprétation stricte de la loi pénale, inscrit à l’article 111-4 du code pénal. Ce principe est expressément consacré par le Conseil constitutionnel¹²⁹ et impose au juge de ne rien ajouter ni enlever à la loi. Le philosophe des Lumières Montesquieu

¹²⁸ Articles 111-2, 111-3 et 111-4 du code pénal, articles 5, 7 et 8 de la DDHC et article 7 de la ConvEDH.

¹²⁹ Cons. const., n° 1996-377 DC, 16 juillet 1996 ; Cons. const., n° 1999-408 DC, 22 janvier 1999.

définissait ainsi l'office du juge : « les juges de la nation ne sont que la bouche qui prononce les paroles de la loi, des êtres inanimés, qui n'en peuvent modérer ni la force ni la rigueur »¹³⁰.

Afin de motiver son refus d'inclure le fœtus dans le champ d'application de l'homicide involontaire, la Cour de cassation rappelle son devoir de respecter le principe de l'interprétation stricte de la loi pénale, auquel, pourtant, celle-ci ne semble pas toujours fidèle. A titre d'exemple, elle a considéré que le cadavre humain pouvait être victime d'une tentative d'homicide volontaire¹³¹. En outre, elle associe la personne morale à une personne. Elle est « autrui » en ce qu'elle peut être victime d'infractions, par exemple d'une dénonciation calomnieuse¹³². En outre, la personne morale, qui bénéficie par ailleurs de l'application de l'article 8 de la ConvEDH garantissant le droit au respect de la vie privée et familiale, du domicile et de la correspondance¹³³, peut être la victime d'une violation de domicile¹³⁴. Cela est le signe d'une évolution de la protection pénale de la personne humaine. Autrefois axée sur la vie et le corps de la personne, elle s'étend aujourd'hui à une « conception extracorporelle » de la personne « tournée vers la dignité et la personnalité »¹³⁵.

58. – En ce qui concerne la solution de la Cour de cassation posant le principe de l'inexistence de l'homicide involontaire sur l'enfant à naître, une partie de la doctrine estime que le principe de l'interprétation stricte a été violé. Elle y voit une interprétation restrictive en ce qu'il n'est pas donné sa pleine signification au texte, réduisant ainsi le champ d'application de l'article. En effet, malgré la réunion de tous les éléments constitutifs du délit, la Cour de cassation exige la condition de la naissance en vie pour que l'homicide involontaire soit caractérisé. N'est-ce pas aller au-delà de l'interprétation stricte ? N'est-il pas plus juste de parler d'interprétation *restrictive* ? À la lecture de l'article 221-6 du code pénal, la Cour de cassation a donc estimé que le terme « autrui » ne recouvrait pas l'enfant à naître puisque ce dernier n'est, par définition, pas encore né. Or, cela relève entièrement de son étroite interprétation du terme « autrui ». En ajoutant la condition de la naissance en vie que la loi ne mentionnait pas, la Cour de cassation prend en compte des considérations étrangères à la définition légale de l'infraction pour la qualifier. Est pourtant consacrée au sein du code pénal une protection de la personne (...tout court), le texte n'exigeant en aucun cas une condition supplémentaire de naissance en vie.

¹³⁰ Charles Louis de Secondat, baron de La Brède et de Montesquieu, *De l'esprit des lois*, 1748.

¹³¹ Cass. crim., 16 janvier 1986, n° 85-95461, Bull. crim. 1986 n° 25 p. 58, JCP G. 1986, 2, 20 7774, note G. Roujou de Boubée ; D. 1986, p. 265. note D. Mayer : « il n'importe pour que soit caractérisée la tentative d'homicide volontaire, que la victime fût déjà décédée, cette circonstance étant indépendante de la volonté de l'auteur et lesdites violences caractérisant un commencement d'exécution au sens de l'article 2 du Code pénal ».

¹³² Cass. crim., 22 juin 1999, n° 98-80.593 et 96-86.525, Bull. crim. 1999 n° 142 p. 386, JurisData n° 1999-002987, D. 2000, somm. p. 355, obs. Y. Mayaud.

¹³³ CourEDH, Société Colas Est c. France, 16 avril 2002, n° 37971/9 ; D. 2003, 1541, obs. A. Lepage. Cette solution est reprise en droit interne : v. Cass. com., 30 mai 2007, n° 06-11.314, Bull. civ. 4, n° 147.

¹³⁴ Cass. crim., 23 mai 1995, n° 94-81.141, Bull. crim. 1995 n° 193 p. 524.

¹³⁵ Agathe Lepage et Haritini Matsopoulou, *Droit pénal spécial*, 2015, pp. 12-13.

59. – Sur la base d’une interprétation littérale, il pourrait parfaitement être défendu que le terme « autrui » désigne l’autre, l’*alter ego*, autrement dit l’autre que l’auteur de l’homicide involontaire¹³⁶, soit la victime — sous réserve, peut-être, que celle-ci soit humaine et vivante au moment de l’atteinte, ce qui est sans conteste le cas du fœtus. Selon J. Sainte-Rose, alors Avocat Général à la Cour de cassation, il semble que « c’est, de toute évidence, à l’être de chair et de sang, à la personne biologique ou physique que le code pénal accorde sa protection »¹³⁷. Il poursuit en soulignant que la chambre criminelle a ainsi opéré une véritable « dépenalisation jurisprudentielle ». Elle ne se serait pas livrée « à une interprétation stricte mais restrictive de l’article 221-6 du code pénal » car « c’est elle qui a exclu l’enfant à naître du champ d’application dudit article »¹³⁸. Pourtant, si les règles de l’interprétation stricte de la loi pénale prohibent une interprétation large du texte, elles n’imposent pas au juge répressif de limiter l’application de la loi aux seules hypothèses prévues par le législateur, puisqu’il peut les étendre à des hypothèses que le texte n’avait pas pu prévoir — si toutefois, elles entrent dans la formule légale¹³⁹, ce qui serait sans conteste le cas ici. Une approche excessivement rigide de la loi pénale ne permettrait pas à cette dernière de s’adapter aux évolutions de la société, de prendre en compte les faits nouveaux, et d’admettre par exemple le vol d’électricité¹⁴⁰. La lettre de l’article ne fait donc aucune différence entre l’être humain né vivant et l’être humain décédant *in utero* et force est de constater que la Cour de cassation ne peut invoquer une interprétation téléologique puisqu’on ne retrouve pas une telle volonté dans les travaux préparatoires du législateur. Pourtant, « là où la loi ne distingue pas, nous ne devons pas non plus distinguer »¹⁴¹.

60. – La solution retenue par la Cour de cassation semble même contraire à la volonté apparente du législateur. Pour déterminer la raison d’être de la loi pénale, il est possible de rechercher la volonté subjective du législateur, notamment en prenant en compte ce qui a pu être exprimé lors de l’adoption du texte (examen des travaux préparatoires, exposé des motifs, débats parlementaires, présentation du projet par son auteur...). Selon Madame le Professeur Dominique Fenouillet, il est aussi permis de procéder à une recherche objective de la raison d’être de la loi, en déterminant la fonction qui lui est impartie par le système juridique¹⁴².

¹³⁶ Jean Michaud, cité par Jerry Sainte-Rose, Michèle-Laure Rassat et Pierre Sargos, *op. cit.* : le terme « autrui » « désigne de façon générale un autre, un autre que celui qui a commis le délit ».

¹³⁷ Jerry Sainte-Rose, Une dépenalisation jurisprudentielle : l’enfant à naître ne peut jamais être victime d’un homicide, *Dr. fam.*, n°10, octobre 2015, étude 13, n°11.

¹³⁸ Jerry Sainte-Rose, *op. cit.*, n° 20.

¹³⁹ Bernard Bouloc, *Droit pénal général*, 28ème éd., D., 2023, p. 150.

¹⁴⁰ Cass. crim., 3 avril 1912, S. 1913. I. 337, note J.-A. Roux.

¹⁴¹ *Ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus.*

¹⁴² Dominique Fenouillet, « Les données acquises de la science et l’expérience générale des mères » au soutien de « la vie distincte de l’enfant *in utero matris* dès avant la naissance ». Un avis de Jean Carbonnier sur le statut pénal de l’enfant à naître, *L’Année sociologique*, vol. 57, n° 2, 2007, pp. 473-518 : « Il ne suffisait donc pas d’avancer, comme l’avait fait le conseiller rapporteur, que rien dans les travaux préparatoires ne permettait de penser que l’application de l’homicide involontaire à l’embryon avait été envisagée par le législateur pour écarter cette solution. Il convenait plus largement de rechercher quelle était la fonction de l’infraction d’homicide involontaire pour déterminer si l’enfant à naître rentrait dans les prévisions du texte ».

Il paraît alors opportun de rappeler l'exposé des motifs du code pénal de 1994 estimant que « les textes de 1810, de façon significative, privilégiaient la défense de l'État et le respect de la propriété individuelle. Sans négliger la sauvegarde des institutions républicaines et de la paix publique, sans méconnaître la nécessité de protéger les biens et les échanges économiques, il demeure que le nouveau code pénal doit prendre pour fin première la défense de la personne humaine et tendre à assurer son plein épanouissement en la protégeant contre toutes les atteintes, qu'elles visent sa vie, son corps, ses libertés, sa sûreté, sa dignité, son environnement. Pour exprimer les valeurs de notre temps, le nouveau code pénal doit être un code humaniste, un code inspiré par les Droits de l'Homme »¹⁴³. L'interprétation étriquée et littérale de l'article 221-6 opérée par la Cour de cassation semble ainsi contraire à l'interprétation téléologique de l'article, au vu notamment de l'exposé des motifs du code pénal, attestant d'une inspiration humaniste — comme en témoigne par ailleurs l'ordre des livres mettant la personne au premier plan. Le nouveau code pénal, centré sur la protection de la personne humaine, avait donc vocation à protéger l'enfant à naître, dont on ne peut ignorer l'humanité.

Toutefois, il est possible d'arguer qu'aucun élément des travaux préparatoires du code pénal de 1994, ne permet d'affirmer avec certitude qu'il ait été envisagé d'appliquer l'incrimination générale d'homicide involontaire à l'atteinte involontaire à la vie prénatale. En effet, lorsque le législateur estime qu'une incrimination concerne l'enfant à naître, il sait parfaitement le préciser, comme en témoigne l'article 227-12 du code pénal incriminant celui qui dans un but lucratif ou par don, promesse, menace ou abus d'autorité provoque l'abandon d'un enfant né ou « à naître »¹⁴⁴.

61. – En somme, qu'elle ait enlevé à la loi en excluant le fœtus du champ d'application de l'infraction ou qu'elle ait ajouté à la loi en imposant un critère supplémentaire et essentiel à la caractérisation du délit, la Cour de cassation, sur laquelle pèse l'obligation de ne rien enlever ni ajouter aux textes répressifs, ne semble pas avoir respecté le principe de l'interprétation stricte de la loi pénale. Mais si une partie de la doctrine estime ainsi que le principe a été violé et y voit une interprétation restrictive, une minorité de la doctrine conçoit que le principe a été respecté, et ce au moyen d'une interprétation *in favorem* (B).

B – Le respect du principe : une interprétation *in favorem*

62. – Le principe de l'interprétation stricte de la loi pénale interdit au juge de procéder à un raisonnement analogique¹⁴⁵, sauf s'il s'agit d'une analogie *in favorem*, c'est-à-dire profitant à la personne poursuivie. Le doute doit profiter à l'accusé (*in dubio pro reo*).

¹⁴³ Exposé des motifs du projet de réforme du code pénal : Le bicentenaire du code pénal 1810-2010, colloque organisé par le Sénat, le 25 novembre 2010.

¹⁴⁴ Jerry Sainte-Rose, Michèle-Laure Rassat et Pierre Sargos, *op. cit.*

¹⁴⁵ Cass. crim., 28 novembre 1972, n° 72-90.372, Bull. crim. 1972 n° 363 p. 920 : « Il n'appartient pas au juge, en raisonnant par voie d'analogie de suppléer au silence de la loi et de prononcer des peines en dehors des cas limitativement prévus par le législateur ».

Ainsi, convenir que l'enfant à naître peut être victime du délit d'homicide involontaire poserait un problème du point de vue de la légalité criminelle, selon Madame le Professeur Danièle Mayer¹⁴⁶. Tandis que nous défendions ci-avant la thèse selon laquelle la Cour de cassation, refusant une telle incrimination, se montrait peu respectueuse du principe de l'interprétation stricte de la loi pénale, le Professeur estime plutôt que la Cour a lu l'article 221-6 à la lumière d'une interprétation *in favorem*, avec la préoccupation de préserver le caractère libéral du droit pénal, soucieux de s'effacer devant le doute, en particulier lorsque la question fait l'objet d'une discussion sociétale. Elle relève que « le doute sur le contenu de l'incrimination profite au citoyen... Certes la référence aux valeurs peut guider l'interprétation d'un texte pénal, mais seulement à condition que celles-ci soient suffisamment bien établies pour faire l'objet d'un quasi-consensus. À partir du moment où, au contraire, il y a une discussion sociétale, le souci des juristes doit être de préserver ce qui donne à un droit pénal son caractère libéral, à savoir sa volonté de s'effacer devant l'incertitude »¹⁴⁷. En somme, le doute profite à l'accusé, en particulier si la question est débattue au sein même de la société.

63. – Si la doctrine s'est livrée à un débat quant au respect ou non du principe de l'interprétation stricte par la Cour de cassation, dans tous les cas, l'intérêt de cet argument peut être nuancé (§ 2).

§ 2 – L'intérêt de l'argument du principe de l'interprétation stricte nuancé

64. – Pour reprendre l'avis de Madame le Professeur Dominique Fenouillet, invoquer le principe de légalité criminelle n'est pas d'une grande aide en ce qu'il dépend de la conception qu'on se fait du terme « autrui ». Selon elle, « invoquer ici le principe de légalité n'est judicieux que si l'on considère que l'enfant à naître n'est pas cet « autrui » protégé par la loi pénale : dans ce cas, en effet, appliquer la qualification d'homicide involontaire revient bien à « étendre » la loi pénale. Mais la question était justement celle de savoir si l'enfant à naître pouvait être considéré comme cet « autrui » protégé par la loi pénale ! Répondre à cette question imposait de définir le terme « autrui » puis de rechercher si « l'enfant à naître » pouvait être désigné comme tel. Et sur ce point, le principe de légalité n'était pas d'un grand secours »¹⁴⁸.

65. – Ainsi, la Cour de cassation use du principe de l'interprétation stricte de la loi pénale comme d'un argument d'autorité. En outre, elle entretient une confusion quant à la valeur sociale protégée par l'incrimination de l'homicide involontaire (section 2).

¹⁴⁶ Danièle Mayer, citée par Jerry Sainte-Rose, Michèle-Laure Rassat et Pierre Sargos, *op. cit.*

¹⁴⁷ *Ibid.*

¹⁴⁸ Dominique Fenouillet, *op. cit.*

Section 2 – La confusion quant à la valeur sociale protégée

66. – La valeur sociale protégée par l’incrimination de l’homicide involontaire est la vie humaine (§ 1) et non la naissance en vie, valeur sociale effectivement protégée dépendante du hasard (§ 2).

§ 1 – La valeur sociale protégée par l’homicide involontaire : la vie humaine

67. – La valeur sociale protégée par l’article 221-6 du code pénal n’est ni la personnalité juridique — qui s’acquiert par la naissance de l’enfant en vie et viable — ni, comme le consacre la Cour de cassation, la naissance en vie. De manière générale, c’est la vie humaine que le droit pénal entend défendre¹⁴⁹. Selon le Doyen Carbonnier, « la vie suffit, dans sa nudité biologique, vue comme un phénomène, non comme essence, valeur, ou même droit subjectif »¹⁵⁰. Consulté par la Cour de cassation, il ajoute que la solution se trouve dans la loi pénale elle-même : « la vie est dans l’article 221-6 à travers son antithèse la mort [...] plus expressive que n’en serait l’affirmation positive »¹⁵¹. Ce que punit le texte, c’est l’atteinte à la vie d’un être humain, « 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 »¹⁵². Le terme « homicide » est issu du latin *homo* (« l’Homme ») et *caedere* (« tuer »). Cela devrait mener à croire que la protection pénale doit s’étendre à tous les êtres humains, c’est-à-dire dès la vie intra-utérine. Soulignons toutefois que le terme d’homicide renferme en lui une ambiguïté étymologique. La composante *homo* a pour racine indo-européenne le terme *humus* (« terrestre, né de la terre »), associant ainsi l’être humain à une personne née.

Quoi qu’il en soit, la Cour de cassation aurait pu considérer qu’en vertu de la vie humaine, valeur sociale protégée par l’article 221-6, il n’y a pas lieu d’écarter celle de l’enfant à naître. Il n’en est rien. Selon Madame le Professeur Agathe Lepage, il semblerait même que le droit pénal soit « parfois plus protecteur de la vie privée que de la vie tout court »¹⁵³.

L’infraction commise à l’égard du fœtus devrait donc être constituée puisque, même s’il n’est pas un sujet de droit selon le droit civil, il est bien doté d’une vie humaine, et ce depuis la conception — comme le précise la lettre de l’article premier de la loi de 1975¹⁵⁴. Le rapport rédigé par J. Sainte-Rose, M.-L. Rassat et P. Sargos soulève que « compte tenu de la primauté donnée à la vie humaine, la gravité

¹⁴⁹ Malgré l’atteinte portée à la vie humaine, le suicide n’est plus incriminé. Toutefois, la provocation au suicide d’autrui est pénalisée à l’article 223-13 du code pénal. V. Agathe Lepage, *Suicide et droit pénal*, *Mélanges en l’honneur du professeur Jacques-Henri Robert*, LexisNexis, 2012, p. 399 et s.

¹⁵⁰ Jean Carbonnier, Note sur l’arrêt de la cour d’appel de Metz du 3 septembre 1998 (homicide involontaire). Texte inédit - 16 mars 2001, *L’Année sociologique*, vol. 57, n° 2, 2007, pp. 519-525.

¹⁵¹ Jean Carbonnier, cité par Jerry Sainte-Rose, Michèle-Laure Rassat et Pierre Sargos, *op. cit.*

¹⁵² Gérard Cornu, *op. cit.*, p. 517.

¹⁵³ Agathe Lepage, *Réflexions de droit pénal sur la loi du 6 août 2004 relative à la protection des personnes à l’égard des traitements de données à caractère personnel*, *Dr. pén.*, n° 3, mars 2005, étude 5.

¹⁵⁴ « La loi garantit le respect de tout être humain dès le commencement de la vie [nous soulignons] ».

de la peine encourue indiquant l'importance attachée à la valeur protégée, il paraît impossible de traiter de la même façon l'imprudence dont a été victime une femme enceinte qui a été blessée mais sans qu'un dommage ait été causé à sa grossesse et la faute ayant ou non provoqué des blessures personnelles à une femme enceinte mais qui est à l'origine de la disparition de l'enfant qu'elle portait »¹⁵⁵, d'autant que dans les cas de fautes médicales, il n'y a souvent qu'une seule victime : le fœtus.

68. – En incriminant l'homicide involontaire, le législateur n'a pas eu en vue de protéger la seule personne née en vie, mais plutôt de protéger, de manière plus large, la vie des êtres humains. Le délit est en effet incriminé au commencement de la section 2 relative aux atteintes involontaires à la vie (articles 221-6 à 221-7), section faisant elle-même partie du chapitre 1er nommé « des atteintes à la *vie* de la personne [nous soulignons] ». Ainsi, en adoptant cette solution et en refusant l'argument *a rubrica*¹⁵⁶, la Cour de cassation contrevient à la valeur sociale protégée par le texte et semble en protéger une autre, celle de la naissance en vie. Bien que la valeur sociale protégée par une infraction soit parfois empreinte d'une certaine subjectivité, ne relève-t-il pas, au sein d'un ordre juridique cohérent¹⁵⁷, de la fonction même de l'incrimination de l'homicide involontaire de protéger la vie ?

69. – Ce droit à la vie est d'ailleurs protégé par l'article 2 de la ConvEDH, l'article 3 de la DDHC, ainsi que par l'article 6 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques (PIDCP), reconnaissant l'existence, pour toute personne, d'un droit à la vie protégé par la loi. Il ne semble pas que l'enfant à naître doive en être privé¹⁵⁸.

La Convention internationale des droits de l'enfant, du 26 janvier 1990, énonce en son article 6 que « les États parties reconnaissent que tout enfant a un droit inhérent à la vie [...] et assurent dans toute la mesure du possible la survie et le développement de l'enfant ». En outre, dans son préambule, figure la disposition suivante : « 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 *sa naissance* [nous soulignons] ». Cette convention a été ratifiée par la France mais sous la réserve de l'application des dispositions françaises relatives à l'interruption volontaire de grossesse.

¹⁵⁵ Jerry Sainte-Rose, Michèle-Laure Rassat et Pierre Sargos, *op. cit.*

¹⁵⁶ L'argument *a rubrica* permet de justifier l'interprétation de dispositions à la lumière des intitulés dans lesquels elles sont contenues. Sa pertinence est néanmoins relativisée, v. Charlotte Dubois, Le plan du code pénal, outil d'interprétation des incriminations ? De la pertinence de l'argument *a rubrica* en droit pénal, D. 2022, p. 1477.

¹⁵⁷ « Puisqu'il faut considérer par principe que notre droit présente une cohérence d'ensemble et constitue un tout » : Jean Pradel, La seconde mort de l'enfant conçu (à propos de l'arrêt d'Assemblée plénière du 29 juin 2001), comm. de Cass. Ass. Plén., 29 juin 2001, n° 99-85.973, Bull. crim. 2001 n° 165 p. 546 : D. 2001, chron. 2907, n°14.

¹⁵⁸ Ludovic Demont, comm. de Cass. Ass. Plén., 29 juin 2001, n° 99-85.973, Bull. crim. 2001 n° 165 p. 546 : Dr. pén. 2001, chron. n°34, p. 6.

En outre, la loi du 17 janvier 1975 relative à l'interruption volontaire de grossesse¹⁵⁹, pose dans son article premier le principe du respect de l'être humain dès le commencement de sa vie, désormais rappelé par l'article 16 du code civil dans la rédaction issue de la loi du 29 juillet 1994¹⁶⁰. L'article 2211-1 du code de la santé publique reprend expressément ce principe.

Le Conseil constitutionnel a affirmé à deux reprises le principe du respect de tout être humain dès le commencement de la vie, et ce dans deux décisions. Il le fait tout d'abord dans une décision du 15 janvier 1975¹⁶¹ à propos de la loi sur l'IVG puis, dans une décision du 27 juillet 1994¹⁶² à propos des lois bioéthiques, décision dans laquelle il établit une véritable différence de traitement entre l'embryon *in vitro* et l'embryon *in vivo*, les Sages ayant jugé que le principe du respect de tout être humain dès le commencement de sa vie n'était pas applicable à l'embryon *in vitro*.

La Cour de cassation¹⁶³ et le Conseil d'Etat¹⁶⁴ reconnaissent également l'existence du droit à la vie du fœtus puisqu'ils vérifient que les dispositions relatives à l'IVG ne heurtent pas le droit à la vie posé par l'article 2 de la ConvEDH ainsi que par l'article 6 du PIDCP.

Ce droit, n'étant toutefois pas absolu, est susceptible de se voir apporter des limitations, comme l'a rappelé la Commission européenne des droits de l'Homme. En effet, dans une décision X. contre Royaume-Uni¹⁶⁵, elle affirme que l'embryon n'est pas une personne mais elle lui applique malgré tout les dispositions de la Convention afin de poser que l'avortement entre dans le champ des exceptions prévues par l'article 2.

70. – La Cour de cassation ne s'égare-t-elle donc pas en excluant le fœtus du champ d'application d'une infraction pénale protégeant la valeur fondamentale de la vie, niant ainsi la réalité scientifique qu'incarne le caractère vivant d'un fœtus ? Ainsi, la valeur sociale protégée par l'homicide involontaire est la vie humaine, et non la naissance en vie, valeur sociale effectivement protégée dépendante du hasard (§ 2).

¹⁵⁹ Loi n° 75-17 du 17 janvier 1975 relative à l'interruption volontaire de la grossesse, JORF du 18 janvier 1975.

¹⁶⁰ Loi n° 94-653 du 29 juillet 1994 relative au respect du corps humain, JORF n° 175 du 30 juillet 1994.

¹⁶¹ Cons. const., n° 74-54 DC, 15 janvier 1975, D. 1975, 529, note L. Hamon.

¹⁶² Cons. const., n° 94-343/344 DC, 27 juillet 1994, D. 1995, 237, note B. Mathieu.

¹⁶³ Pour la Cour de cassation, « eu égard aux conditions [...] posées par le législateur, l'ensemble des dispositions [...] relatives à l'interruption volontaire de grossesse, [...] ne sont pas incompatibles avec les stipulations conventionnelles précitées » : Cass. crim., 27 novembre 1996, n° 96-80.223 et n° 95-85.118, Bull. crim. 1996 n° 431 p. 1245 ; Cass. crim., 5 mai 1997, n° 96-81.462, Bull. crim. 1997 n° 168 p. 560.

¹⁶⁴ Pour le Conseil d'Etat, « eu égard aux conditions ainsi posées par le législateur, les dispositions issues des lois des 17 janvier 1975 et 31 décembre 1979 relatives à l'interruption volontaire de grossesse, prises dans leur ensemble, ne sont pas incompatibles avec les stipulations précitées de la ConvEDH et du PIDCP » : CE, Ass., 21 décembre 1990, n° 105743 105810 105811 105812, D. 1991, 283 ; Rec. Lebon, p. 369, concl. B. Stirn.

¹⁶⁵ CommEDH, X. c. Royaume-Uni, 13 mai 1980, n° 8416/79, décisions et rapports, vol. 19, p. 244 : selon une formule soucieuse de se prononcer le moins possible, la commission estime que « si l'on admet que cette disposition s'applique à la phase initiale de la grossesse, l'avortement se trouve couvert par une limitation implicite du « droit à la vie » du fœtus pour, à ce stade, protéger la vie et la santé de la femme ».

§ 2 – La naissance en vie, valeur sociale effectivement protégée dépendante du hasard

71. – La naissance en vie — valeur sociale protégée en l’occurrence — est susceptible d’émerger de manière totalement aléatoire. En effet, cette solution n’est pas d’une logique infaillible en ce qu’elle repose sur le hasard, et non sur la gravité de la faute commise ni sur le comportement adopté par l’agent. À titre d’exemple, elle est ainsi dépendante du temps que mettront les secours à arriver et de leur possibilité de procéder plus ou moins rapidement à une césarienne. La différence de traitement apparaît alors inouïe entre une femme enceinte de neuf mois dont l’enfant est mort *in utero* — du fait d’une attente trop longue des secours par exemple — et une femme dont l’enfant a vécu quelque temps après sa naissance. Dans la première situation, il n’y aura aucune qualification pénale applicable au fœtus et les faits demeureront impunis tandis que dans le second cas, un homicide involontaire sera constitué.

72. – Cette différence de traitement entre l’enfant mort *in utero* et l’enfant mort *ex utero* engendre, selon le Professeur Yves Mayaud, une rupture d’égalité arbitraire en termes de responsabilité pénale¹⁶⁶. Le critère de la naissance en vie, vie à laquelle la simple atteinte suivie d’un résultat devrait consommer l’infraction, se heurte à un manque de rationalité, car il y aura alors ou non homicide involontaire en considération de circonstances tenant au hasard, ou du moins qui sont imprévisibles. Il demeure par ailleurs paradoxal de « soutenir qu’il ne peut y avoir d’homicide involontaire d’un enfant qui naît mort au prétexte que l’homicide n’atteint que les personnes vivantes alors que cet enfant serait né vivant s’il n’avait été tué avant de naître à cause de la faute non intentionnelle commise par la personne poursuivie »¹⁶⁷.

73. – La critique principale est qu’ainsi l’auteur du comportement fautif a intérêt à ce que le fœtus meure *in utero*. Or, dans le cadre d’une faute médicale, on imagine bien la dangerosité de cette décision, et ce notamment au vu du manque cruel de personnel dans les services hospitaliers. Le personnel soignant pourrait être tenté, dans le cas où une anomalie serait détectée, de repousser la césarienne dans le temps, comme ce fut le cas en l’espèce dans l’arrêt rendu par la chambre criminelle du 4 mai 2004¹⁶⁸.

74. – Ainsi, la solution consacrée par la jurisprudence de la Cour de cassation consistant à subordonner le respect de la vie à la naissance en vie apparaît en dysharmonie avec l’ordre juridique puisqu’elle repose sur des fondements contestables. En outre, elle catalyse l’ambiguïté entourant la notion de personne (chapitre 2).

¹⁶⁶ Yves Mayaud, Dimension humaine de l’atteinte (protection pénale du fœtus), Répertoire de droit pénal et de procédure pénale, Violences involontaires : théorie générale, février 2022 (actualisation en mars 2022), D. n° 11 à 61.

¹⁶⁷ Jerry Sainte-Rose, Michèle-Laure Rassat et Pierre Sargos, *op. cit.*

¹⁶⁸ Cass. crim., 4 mai 2004, n° 03-86.175, Bull. crim. 2004 n° 108 p. 418, D. 2004 p. 3097 note J. Pradel ; Dr. pén. 2004, comm. 124, note M. Véron.

Chapitre 2 – L’ambiguïté entourant la notion de personne, catalysée par la jurisprudence

75. – L’acception pénale de la notion de la personne apparaît variable (section 1). La confusion notionnelle de la personne est alors source d’incohérences (section 2).

Section 1 – La variabilité de l’acception pénale de la notion de personne

76. – La variabilité de l’acception pénale de la notion de personne se comprend par l’influence de l’approche civiliste de la personne juridique sur la notion de personne en droit pénal (§ 1). Or, cette influence entre en contradiction avec la jurisprudence antérieure de la chambre criminelle offrant au cadavre humain la protection pénale des personnes (§ 2).

§ 1 – L’influence de l’approche civiliste de la personne juridique sur la notion de personne en droit pénal

77. – En droit pénal, la définition de la personne est source d’hésitations. Le Professeur Jacques-Henri Robert met en avant une certitude : « le sujet de droit capable de supporter la responsabilité pénale est une personne humaine douée d’intelligence et de volonté »¹⁶⁹. Mais plus précisément, la personne au sens du droit pénal correspond-elle à la personne juridique ou à l’être humain ? Pour bénéficier de la protection pénale de la personne humaine au regard du titre II du livre II du code pénal, la jurisprudence de la Cour de cassation relative à l’homicide involontaire¹⁷⁰ semble exiger de l’être humain qu’il présente en outre la condition de la naissance en vie. Une personne au sens du droit pénal peut donc être regardée comme un être humain né vivant¹⁷¹, excluant le fœtus du champ d’application du livre II du code pénal, et ce malgré le rangement de dispositions applicables au fœtus au sein de subdivisions utilisant le terme de « personne »¹⁷². Une telle désignation ne doit pas permettre d’analyser ces subdivisions comme normatives¹⁷³. D’autre part, en droit civil, la notion de personne renvoie à celle de personnalité juridique. Pour être sujet de droit, il faut être né vivant et viable.

78. – En ajoutant le critère de la naissance en vie, le raisonnement de la Cour de cassation conduit à créer une confusion entre « personne juridique » au sens du droit civil et « personne humaine » or « en droit pénal, c’est autour de la personne humaine, d’une personnalité de chair et de sang et non de droit,

¹⁶⁹ Jacques-Henri Robert, Préface in Jacques-Henri Robert, Stamatios Tzitzis, *La personne juridique dans la philosophie du droit pénal*, éd. Panthéon-Assas, 2003, p. 7.

¹⁷⁰ V. Cass. crim., 30 juin 1999, n° 97-82.351, Bull. crim. 1999 n° 174 p. 511 ; Cass. Ass. Plén., 29 juin 2001, n° 99-85.973, Bull. crim. 2001 n° 165 p. 546 ; Cass. crim., 25 juin 2002, n° 00-81.359, Bull. crim. 2002 n° 144 p. 531.

¹⁷¹ Malgré quelques exceptions relatives notamment à la personne décédée (v. *infra* n° 80 et s.) et à la personne morale (v. *supra* n° 57).

¹⁷² On songe par exemple au sous-titre II « Des crimes contre l’espèce humaine » (articles 214-1 à 215-3) du titre Ier du livre II du code pénal incriminant des atteintes commises contre les *personnes*.

¹⁷³ Florence Bellivier, *Droit des personnes*, Domat droit privé, LGDJ-Lextenso éd., 2015, n° 217 : ces subdivisions sont seulement descriptives. L’usage de l’interprétation *a rubrica* est donc exclu.

que tout paraît tourner »¹⁷⁴. Sans pour autant exiger que les conditions de la personnalité juridique soient remplies — la Cour de cassation faisant fi de la viabilité¹⁷⁵ — il n'en demeure pas moins que la nécessité du critère de la naissance en vie semble influencée par l'approche civiliste de la notion de personne. La personnalité juridique est pourtant une notion propre au droit civil. Ainsi, selon le Professeur Seuvic, « la protection de la vie de l'être humain [...] n'a pas à être conditionnée par les préoccupations civilistes déterminant l'octroi de la personnalité juridique. Cette personnalité juridique, comme le montre son octroi aux personnes morales [...] est un mécanisme juridique qui règle le commerce juridique ; il ne faut pas en faire une condition de la protection pénale de l'humain »¹⁷⁶.

En outre, la personnalité juridique est l'aptitude à être titulaire de droits subjectifs. Il en résulte que l'unique conséquence de son défaut devrait être l'inaptitude à être titulaire de droits subjectifs¹⁷⁷. Malgré l'opposition de nombreuses juridictions du fond et de la majorité de la doctrine, « compte tenu de la similitude des termes employés en droit civil et en droit pénal, la tentation est forte d'aligner sur la personne au sens où l'entendent les civilistes la personne objet du délit d'homicide involontaire »¹⁷⁸.

En se fondant notamment sur la place de l'article 221-6 au sein du code pénal et sur les nombreuses références à la notion de personne dans les intitulés du chapitre, du titre et du livre où cet article est inséré, certains auteurs vont même jusqu'à établir une relation stricte entre la personnalité juridique et la personne humaine pénalement protégée, estimant ainsi que pour que le délit d'homicide involontaire soit caractérisé, il ne suffit pas que la victime soit un être vivant, elle doit en outre être dotée de la personnalité juridique. Or l'enfant à naître n'a pas une telle qualité puisque par définition il n'est pas encore né¹⁷⁹.

Étonnamment, en droit civil, le législateur a attribué des conséquences juridiques à l'existence de l'être avant sa naissance, et ce contrairement au droit pénal. En effet, en vertu de l'adage *infans conceptus pro nato habetur*, est consacrée la protection de l'enfant conçu. Le droit ne s'est pas contenté d'y voir un être humain, il l'a tenu pour né. Comment le droit civil peut-il reconnaître de tels bénéfices à l'être avant sa naissance tandis que le droit pénal lui refuse la protection de sa vie ?

Le droit pénal, protecteur de valeurs fondamentales, doit demeurer indifférent à la personnalité juridique et ne peut être assujéti à des considérations d'ordre civiliste. Il conviendrait donc de pleinement distinguer le sujet de droit de l'être humain¹⁸⁰. Il ne peut y avoir identité nécessaire entre la

¹⁷⁴ Guillaume Beaussonie, Les bornes de la personnalité juridique en droit pénal, Dr. fam., 2012, n° 9, p. 18.

¹⁷⁵ Si initialement la Cour de cassation semble mentionner le critère de viabilité (Cass. Ass. Plén., 29 juin 2001, n° 99-85.973, Bull. crim. 2001 n° 165 p. 546), elle l'écarte explicitement par la suite (Cass. crim., 25 juin 2002, n° 00-81.359, Bull. crim. 2002 n° 144 p. 531).

¹⁷⁶ Jean-François Seuvic, Variations sur l'humain, comme valeurs pénalement protégées, in *Éthique, droit et dignité de la personne. Mélanges Christian Bolze*, Economica, 1999, pp. 339-385, spéc. p. 370.

¹⁷⁷ Aude Bertrand Mirkovic, *La notion de personne, étude visant à clarifier le statut juridique de l'enfant à naître*, 2003, n° 651.

¹⁷⁸ Jerry Sainte-Rose, Michèle-Laure Rassat et Pierre Sargos, *op. cit.*

¹⁷⁹ Christine Desnoyers et Laurent Dumaine, obs. sous Cass. crim., 30 juin 1999, n° 97-82.351, Bull. crim. 1999 n° 174 p. 511.

¹⁸⁰ Daniel Vigneau, Faut-il naître vivant et viable pour mourir en homme ? Dr. fam., 2000, n° 11, chr., p. 7.

victime d'un homicide involontaire et la personne au sens du droit civil au vu de la différence de vocation entre ces deux disciplines.

79. – Ainsi, la notion de personne en droit pénal est sous l'influence de l'approche civiliste de la personne juridique. Or, cette définition, en ce qu'elle exige la condition de la naissance en vie, entre en contradiction avec la jurisprudence antérieure de la chambre criminelle qui voit en le cadavre humain une personne humaine digne d'une protection pénale (§ 2).

§ 2 – Une définition en contradiction avec la jurisprudence antérieure : le cas du cadavre humain

80. – Si dans ses décisions concernant le fœtus, la Cour de cassation dessine de façon sous-jacente l'acception pénale de la notion de personne, ce n'est pas sans se contredire avec sa jurisprudence antérieure. Lorsque la Cour motive son refus de considérer le fœtus comme une victime d'homicide involontaire, c'est parce que ce dernier ne répond pas aux critères de la personne qui doit être née en vie.

Pourtant, dans l'affaire *Perdereau*, la Cour a considéré qu'un être humain décédé pouvait être victime d'une tentative d'homicide volontaire¹⁸¹. L'infraction d'homicide volontaire, tout comme l'infraction d'homicide involontaire, est contenue dans un chapitre nommé « Des atteintes à la vie de la personne », ce qui signifie bien qu'elle ne s'applique également qu'aux personnes, c'est-à-dire aux humains nés et surtout vivants. Pour pouvoir être reconnu victime d'une atteinte à sa vie, encore faut-il être en vie, et avoir ainsi la capacité de mourir, ce qui est sans conteste le cas du fœtus mais pas du cadavre. Madame le Professeur Rassat s'interroge : « comment peut-on comprendre qu'un enfant qui n'est pas né ne soit pas une personne mais qu'un homme déjà mort en soit encore une ? »¹⁸².

La protection de l'humain n'apparaît ici pas limitée par le principe de l'interprétation stricte de la loi pénale, pourtant, c'est ce même principe qui est invoqué quelque temps plus tard par la Cour de cassation pour nier la qualité de victime à l'être humain avant la naissance. Le principe semble à géométrie variable.

Le propos peut être modérément infléchi dans la mesure où, dans l'affaire *Perdereau*, l'auteur pensait la victime vivante, rendant ainsi l'infraction d'homicide volontaire impossible. Du point de vue de l'esprit de l'agent, l'élément moral du meurtre était présent en l'absence de connaissance de la mort de la victime. En raison du désistement involontaire de l'agent, le raisonnement s'est situé sur le plan de la tentative. D'autre part, contrairement au fœtus, un être humain décédé, est né et a vécu : il a donc été une personne et cette qualité semble perdurer malgré sa mort. Il existerait donc une forme de

¹⁸¹ Cass. crim., 16 janvier 1986, n° 85-95461, Bull. crim. 1986 n° 25 p. 58, JCP G. 1986, 2, 20 7774, note G. Roujou de Boubée ; D. 1986, p. 265. note D. Mayer : « il n'importe pour que soit caractérisée la tentative d'homicide volontaire, que la victime fût déjà décédée, cette circonstance étant indépendante de la volonté de l'auteur et lesdites violences caractérisant un commencement d'exécution au sens de l'article 2 du code pénal ».

¹⁸² Michèle-Laure Rassat, La victime des infractions contre les personnes, obs. sous Cass. crim., 30 juin 1999, n° 97-82.351, Bull. crim. 1999 n° 174 p. 511.

continuité du statut de personne. Le fœtus quant à lui, n'a pas encore acquis ce statut, et cette acquisition n'est d'ailleurs que potentielle.

81. – Ainsi, la notion de personne en droit pénal est sous l'influence de l'approche civiliste de la personne juridique en exigeant la condition de la naissance en vie mais cette définition entre en contradiction avec la jurisprudence antérieure de la chambre criminelle qui voit en le cadavre humain une personne humaine. L'acceptation pénale de la notion de la personne apparaît donc variable. La confusion notionnelle de la personne est alors source d'incohérences (section 2).

Section 2 – Les incohérences dues à la confusion notionnelle de la personne

82. – Du fait de cette confusion, la protection pénale du vivant apparaît inégale comme en témoigne le cas des animaux (§ 1). En outre, cette inégalité se révèle au sein même de la protection pénale de l'enfant à naître, comme le montrent quelques infractions (§ 2).

§ 1 – Une protection pénale du vivant inégale : le cas des animaux

83. – Le choix de l'impunité de l'atteinte mortelle involontaire subie par le fœtus est d'autant plus surprenant que les animaux bénéficient davantage d'une protection pénale.

Dans la continuité de la loi du 10 juillet 1976 sur la protection de la nature¹⁸³ qui définissait l'animal comme un « être sensible », depuis la loi du 16 février 2015 relative à la modernisation et à la simplification du droit et des procédures dans les domaines de la justice et des affaires intérieures¹⁸⁴, les animaux, tout en restant soumis au régime des biens, sont considérés comme des « êtres vivants doués de sensibilité », formulation reprise à l'article 515-14 du code civil. Désormais, même s'ils demeurent envisagés comme des biens meubles par nature¹⁸⁵ ou comme des biens immeubles par destination¹⁸⁶, ils ne sont plus des biens comme les autres.

La première chambre civile de la Cour de cassation elle-même, dans un arrêt du 9 décembre 2015¹⁸⁷, a considéré à propos d'un chien que ce dernier « était un être vivant, unique et irremplaçable, et un animal de compagnie destiné à recevoir l'affection de son maître sans aucune vocation économique », appuyant ainsi sur la prise en compte de la particularité du statut de l'animal. Dans un arrêt du 28 juin 2017¹⁸⁸, dans lequel une société et son gérant étaient poursuivis pour des faits de pollution d'eau par du chlore, la Cour de cassation a maintenu leur condamnation sur le fondement de

¹⁸³ Loi n° 76-629 du 10 juillet 1976 relative à la protection de la nature, JORF du 13 juillet 1976.

¹⁸⁴ Loi n° 2015-177 du 16 février 2015 relative à la modernisation et à la simplification du droit et des procédures dans les domaines de la justice et des affaires intérieures, JORF n° 0040 du 17 février 2015.

¹⁸⁵ Article 528 du code civil.

¹⁸⁶ Article 524 du code civil.

¹⁸⁷ Cass. Civ. 1re, 9 déc. 2015, n° 14-25910, Bull. civ., JurisData n° 2015-027487.

¹⁸⁸ Cass. crim., 28 juin 2017, n° 16-82.973, Inédit.

la faute caractérisée prévue à l'article 121-3 alinéa 4 du code pénal, laissant supposer, selon la formulation du Professeur Robert, que « les crustacés sont autrui »¹⁸⁹. Si les animaux sont dans une certaine mesure « autrui », il apparaît contradictoire d'affirmer que l'enfant à naître ne l'est pas du tout.

En outre, par une ordonnance du 1er décembre 2020, le juge des référés du Conseil d'Etat a même consacré pour la première fois un « droit à la vie » de l'animal¹⁹⁰.

Enfin, depuis la réforme du code pénal, l'animal est protégé non plus au titre des infractions contre les propriétés mais au sein du livre V du code pénal¹⁹¹, livre particulièrement hétérogène qui incrimine, entre autres, les sévices graves ou actes de cruauté commis à l'égard des animaux, non loin d'ailleurs de la protection de l'embryon humain située aux articles 511-15 à 511-25-1. En refusant de placer ces incriminations d'atteintes à l'intégrité ou à la vie de l'animal au sein du livre III¹⁹² relatif aux biens, le législateur fait le choix symbolique de considérer cet être non plus comme un bien mais pour lui-même¹⁹³. On peut par ailleurs s'étonner que la vie d'un animal domestique soit pénalement protégée contre les atteintes involontaires¹⁹⁴ alors que celle de l'enfant à naître ne l'est toujours pas.

84. – Du fait de cette confusion, la protection pénale du vivant apparaît inégale comme en témoigne le cas des animaux. Cette inégalité concerne aussi la protection pénale de l'enfant à naître comme le montre le cas de quelques infractions (§ 2).

§ 2 – Une protection pénale de l'enfant à naître inégale : le cas de quelques infractions

85. – La chambre criminelle prend en considération la vie *in utero*, et ce à travers plusieurs décisions. A titre d'exemple, la chambre criminelle a admis que l'enfant à naître puisse être la victime du délit de non-assistance à personne en danger¹⁹⁵. En effet, elle n'a pas censuré la condamnation d'un médecin pour la commission de ce délit à l'égard d'une femme enceinte mais également de son fœtus. Cette infraction formelle d'abstention est réprimée à l'alinéa 2 de l'article 223-6 du code pénal et fait mention d'une « *personne* en péril [nous soulignons] ». Elle requiert donc explicitement que le péril soit subi par une personne. En l'espèce, pour éviter de se déplacer, un médecin avait prescrit à une femme enceinte un traitement différant l'accouchement alors qu'une césarienne aurait dû être pratiquée immédiatement. L'enfant né vivant était atteint de troubles graves et irréversibles du système nerveux provoqués par des souffrances aiguës subies avant l'accouchement¹⁹⁶. Le devoir de solidarité consacré

¹⁸⁹ Jacques-Henri Robert, Les crustacés sont autrui, Dr. pén., n° 11, novembre 2017, comm. 164.

¹⁹⁰ CE, ordonnance référés, 1er décembre 2020, n° 446808, Inédit au Rec. Lebon.

¹⁹¹ Livre V : « Des autres crimes et délits » (articles 511-1 à 522-2).

¹⁹² Livre III : « Des crimes et délits contre les biens » (articles 311-1 à 324-9).

¹⁹³ V. par exemple l'article 521-1 du code pénal.

¹⁹⁴ Article R. 653-1 du code pénal.

¹⁹⁵ En ce sens, v. Jean Pradel, Michel Danti-Juan, *Droit pénal spécial*, 2ème éd., Cujas, 2001, n° 160.

¹⁹⁶ Cass. crim., 2 avril 1992, n° 90-87.579, Bull. crim. 1992 n° 140 p. 366, Rev. Sc. Crim., Non-assistance à l'enfant à naître, 1993, p. 326, obs. Levasseur.

par le code pénal et consistant en l'obligation de porter secours s'impose à l'égard du fœtus en péril alors même qu'au moment de la consommation de l'infraction, l'enfant vivait de la vie intra-utérine. Paradoxalement, si l'auteur avait causé la mort de l'enfant avant qu'il ne naisse, ce dernier n'aurait pu bénéficier d'aucune protection pénale au vu de la jurisprudence constante de la Cour de cassation.

Toutefois, le médecin avait été condamné par les juges du fond et le pourvoi ne portait que sur l'action civile, à l'instar de nombreuses décisions semblables. La question de l'application de ce délit au fœtus n'avait pas été contestée devant la chambre criminelle. Il demeure donc difficile de conclure avec certitude à une « divergence de jurisprudence entre les délits d'homicide involontaire et d'abstention de porter secours, puisque la Cour de cassation ne s'est pas prononcée sur l'application de ce délit à l'enfant à naître »¹⁹⁷.

86. – Dans la même logique, la chambre criminelle a admis que l'enfant à naître puisse être la victime du délit de violences involontaires. La Cour a confirmé la condamnation d'un médecin pour blessures involontaires à l'égard d'un fœtus. En l'espèce, il avait tardé à se rendre au chevet de la parturiente et sa négligence était à l'origine des souffrances néo-natales ayant causé un grave handicap à l'enfant¹⁹⁸.

La chambre criminelle a, une fois de plus, approuvé la condamnation d'une sage-femme déclarée coupable de blessures involontaires à l'égard d'un enfant à naître en raison de sa faute consistant en le fait d'avoir avisé tardivement le médecin des anomalies enregistrées dans le rythme cardiaques du fœtus, alors atteint de séquelles graves et irréversibles du système nerveux en raison d'une importante asphyxie fœtale¹⁹⁹.

Plus récemment, un obstétricien a été déclaré coupable de blessures involontaires ayant entraîné une incapacité totale de travail supérieure à trois mois dès lors qu'il a commis une faute ayant contribué à causer à l'enfant des lésions irréversibles à l'origine d'un lourd handicap et dont les séquelles ont été constatées après sa naissance²⁰⁰.

87. – Le fœtus est alors reconnu victime d'atteintes commises contre les personnes, comme les délits de blessures involontaires et moins certainement de non assistance à personne en danger, figurant tous deux, à l'instar du délit d'homicide involontaire, au sein du titre 2 intitulé « des atteintes à la personne humaine » du livre 2 relatif aux crimes et délits commis contre les personnes.

Cette jurisprudence reconnaissant au fœtus le statut de victime de blessures involontaires et de non-assistance à personne en danger doit être analysée en comparaison de la jurisprudence constante

¹⁹⁷ Didier Rebut, Répertoire de droit pénal et de procédure pénale, Omissions de porter secours - Entrave aux mesures d'assistance, octobre 2003 (actualisation en août 2018), D. n° 42.

¹⁹⁸ Cass. crim., 9 janvier 1992, n° 91-81.544, Inédit.

¹⁹⁹ Cass. crim., 25 septembre 1996, n° 95-81.552, Inédit.

²⁰⁰ Cass. crim., 2 octobre 2007, n° 07-81.259, Bull. crim. 2007, n° 234, AJ pénal 2008 p. 32, obs. S. Lavric ; RDSS 2008. 67, obs. Hennion-Jacquet ; JCP G. 2008, 2, 10027, note Valette-Ercole ; Rev. sc. crim. 2008, p. 337, obs. Y. Mayaud.

relative à l'homicide involontaire, refusant de condamner un auteur lorsque l'enfant n'est pas né vivant. Ainsi, non seulement le refus de caractérisation de l'homicide involontaire à l'égard du fœtus contrevient au principe de l'égalité en ce qu'il réserve un traitement différent à des fœtus au même stade de développement selon que leur mort est advenue avant ou après la naissance²⁰¹, mais surtout, il apparaît en dissonance avec l'ordre juridique français en ce que la valeur sociale protégée par les incriminations des blessures involontaires et de la non-assistance à personne en danger, l'intégrité physique, est moins importante que celle de la vie, valeur sociale fondamentale protégée par l'incrimination de l'homicide involontaire. Selon le rapport rédigé par J. Sainte-Rose, M.-L. Rassat et P. Sargos, « il serait donc surprenant que le droit pénal qui a montré la voie en assurant le respect de l'intégrité physique de l'être humain marque un mouvement de recul en ce qui concerne la vie même de l'enfant à naître »²⁰². L'homicide involontaire est pourtant une infraction de même nature et supposant le même élément moral que celle des blessures involontaires. Surtout, c'est une incrimination de plus grande gravité en ce qu'elle sanctionne une atteinte portée à la vie.

Enfin, le délit d'homicide involontaire ne sera caractérisé que lorsque l'enfant décède *ex utero* des suites de ses blessures. En somme, « l'infraction visée par l'article 221-6 du code pénal devient de la sorte tributaire de celle de blessures involontaires »²⁰³ et donc de la capacité du fœtus à survivre conjuguée à la gravité de ses blessures. Le délit de l'homicide involontaire est rattaché à celui des blessures involontaires. Si toutefois, par malheur, le fœtus meurt *in utero* du fait de l'atteinte qui lui aura été portée, aucune poursuite ne pourra être engagée.

88. – Ainsi, l'ambiguïté entourant la notion de personne a été catalysée par la jurisprudence qui en a adopté une conception variable à l'origine de diverses incohérences.

89. Conclusion du titre 2. – En définitive, la solution consacrée par la jurisprudence de la Cour de cassation consistant à subordonner la protection de la vie à la naissance en vie apparaît en dysharmonie avec l'ordre juridique puisqu'elle repose sur des fondements contestables et parce qu'elle catalyse l'ambiguïté entourant la notion de personne.

²⁰¹ « Aujourd'hui, un enfant naissant à 5 mois et demi de grossesse ou après pourra bénéficier de soins de la part du personnel médical afin de pouvoir poursuivre son existence, et une atteinte à sa vie pourra être qualifiée d'homicide : en revanche, l'enfant ayant atteint le même stade d'évolution ou un stade plus avancé et mourant dans le ventre de sa mère des suites d'un acte engageant fortement la responsabilité d'un tiers ne sera pas considéré comme victime d'un homicide. Ainsi, deux êtres humains décédés alors qu'ils avaient atteint le même stade de développement ne recevront pas la même reconnaissance d'un point de vue juridique, selon qu'ils ont perdu la vie dans le ventre ou en dehors du ventre de leur mère » : proposition de loi n° 1887 « visant à étendre la qualification d'homicide aux violences ou négligences ayant causé le décès in utero d'un fœtus viable », 21 novembre 2023, présentée par M. Fabien Di Filippo.

²⁰² Jerry Sainte-Rose, Michèle-Laure Rassat et Pierre Sargos, *op. cit.*

²⁰³ *Ibid.*

90. Conclusion de la première partie. – La sanction de l’atteinte à la vie par le droit pénal n’est pas un principe absolu. En vertu du principe de l’interprétation stricte de la loi pénale, la Cour de cassation exclut l’application de l’article 221-6 en cas d’atteinte involontaire portée à la vie de l’enfant à naître en exigeant la condition de la naissance en vie. Ainsi, le fœtus n’est pas titulaire de la protection des personnes humaines au regard du titre II du livre II. Si la protection pénale de l’enfant à naître est refusée, c’est parce que se dressent devant elle plusieurs obstacles, la rendant extrêmement délicate (partie 2).

Seconde partie

LA PROTECTION PÉNALE DE L'ENFANT À NAÎTRE DÉLICATE

91. – Il demeure délicat d'accorder à l'enfant à naître la protection due à la personne humaine au vue de l'évolution de la *ratio legis* de l'IVG (titre 1) et au vue du caractère de prime abord incompatible du droit à l'IVG avec la protection pénale de l'enfant à naître (titre 2).

Titre 1 – L'évolution de la *ratio legis* de l'IVG : de la vie prénatale à la liberté procréative de la femme

92. – La *ratio legis* de l'IVG a fait l'objet d'une évolution. En effet, elle visait autrefois la protection du droit à la vie de l'enfant à naître mais désormais, la liberté procréative de la femme apparaît prépondérante (chapitre 1). Cette évolution se traduit également et *a contrario* par une pénalisation spécifique des tiers (chapitre 2).

Chapitre 1 – La liberté procréative de la femme enceinte prépondérante sur le droit à la vie de l'enfant à naître

93. – La prépondérance de la liberté procréative de la femme enceinte sur le droit à la vie de l'enfant à naître se manifeste par la dépénalisation de l'avortement (section 1), autrefois incriminé (section préliminaire), ainsi que par la dépénalisation de l'auto-avortement (section 2).

Section préliminaire – Avant la loi « Veil » : la pénalisation de l'avortement

94. – L'atteinte volontaire à la vie prénatale a longtemps fait l'objet d'une incrimination (§ 1) avant que divers facteurs nourrissent le débat en faveur de la dépénalisation de l'avortement (§ 2).

§ 1 – L'incrimination de l'atteinte volontaire à la vie prénatale

95. – L'avortement était autrefois réprimé par l'article 317 ancien du code pénal de 1810. Il était conçu comme une variante de l'homicide dont la *ratio legis* était l'atteinte à la vie de l'enfant à naître. C'est ainsi que le code pénal de 1810²⁰⁴, tout comme celui de 1791²⁰⁵, a appréhendé l'avortement comme « un crime contre les personnes ». L'avortement, alors défini comme un crime, était jugé par une cour d'assises, et puni d'une peine de réclusion. Il réprimait le fait de subir, de pratiquer ou d'aider un avortement, nonobstant le consentement de la femme enceinte. Le fait de procurer un avortement ou de se le procurer était puni de la peine de réclusion. Toutefois, les membres du corps médical « qui auront indiqué ou administré » des moyens pour parvenir à un avortement étaient, quant à eux, passibles de la peine de travaux forcés. L'avortement était donc pénalisé, avec pour seule exception l'avortement thérapeutique, autorisé par une loi de 1852.

96. – Cet article 317 ancien a fait l'objet de plusieurs évolutions. La loi du 31 juillet 1920²⁰⁶ a également réprimé « la provocation à l'avortement et la propagande anticonceptionnelle ». En effet, la répression de l'avortement a été renforcée dans le contexte de la politique nataliste de la fin de la Première Guerre mondiale. La simple incitation à l'avortement et la propagande anticonceptuelle étaient donc prohibées. N'était plus seulement puni l'acte en tant que tel mais le discours incitant les femmes à mettre fin à leur grossesse. Si ce discours aboutissait à un avortement, celui-ci devenait un crime, les dispositions de l'article 317 du code pénal s'appliquant.

²⁰⁴ Code pénal de 1810, livre III, titre II « Crimes contre les particuliers », chapitre I « Crime et délits contre les personnes », section II « Blessures et coups volontaires non qualifiés meurtres, et autres crimes et délits volontaires », article 317 : « Quiconque, par aliments, breuvages, médicaments, violences, ou par tout autre moyen, aura procuré l'avortement d'une femme enceinte, soit qu'elle y ait consenti ou non, sera puni de la réclusion. La même peine sera prononcée contre la femme qui se sera procuré l'avortement à elle-même, ou qui aura consenti à faire usage des moyens à elle indiqués ou administrés à cet effet, si l'avortement s'en est ensuivi. Les médecins, chirurgiens et autres officiers de santé, ainsi que les pharmaciens qui auront indiqué ou administré ces moyens, seront condamnés à la peine des travaux forcés à temps, dans le cas où l'avortement aurait eu lieu ».

²⁰⁵ Code pénal de 1791, partie II, titre II, section I « Crimes et attentats contre les personnes », article 17 : « Quiconque sera convaincu d'avoir par breuvage, par violence ou par tous autres moyens, procuré l'avortement d'une femme enceinte, sera puni de vingt années de fers ».

²⁰⁶ Loi du 31 juillet 1920 réprimant la provocation à l'avortement et à la propagande anticonceptionnelle, JORF du 1 août 1920.

Par une loi du 27 mars 1923²⁰⁷, l'avortement, autrefois un crime devint un délit, ainsi jugé par les tribunaux correctionnels, et ce dans un but répressif : cela évitait en effet le recours à la clémence des jurés, prononçant des acquittements jugés trop fréquents.

Sous le régime de Vichy, la répression est considérablement renforcée par la loi du 15 février 1942. L'avortement est alors considéré comme un crime contre l'État, la Nation et la famille et est passible de la peine de mort. Même si la loi est abrogée à la Libération, l'avortement n'en restera pas moins un délit pendant plus de trois décennies.

97. – Malgré une incrimination longue de plusieurs siècles, divers facteurs nourrissent le débat en faveur de la dépénalisation de l'avortement (§ 2).

§ 2 – Les facteurs de la dépénalisation de l'avortement

98. – Selon Messieurs les Professeurs Jean Pradel et Michel Danti-Juan, la dépénalisation de l'avortement s'est justifiée par « le désir d'émancipation de la femme par l'effet duquel doit exister un choix entre continuation de la grossesse (morale) et interruption de la grossesse (liberté) »²⁰⁸.

En ce sens, la promulgation de la loi « Neuwirth » du 28 décembre 1967²⁰⁹ supprime les effets de la loi de 1920 en dépénalisant la propagande anticonceptionnelle. En outre, elle légalise pour la première fois l'utilisation de la pilule. Ce moyen de contraception permet de diminuer le nombre d'avortements clandestins.

Le 5 avril 1971 paraît une pétition intitulée « Manifeste des 343 » dans *Le Nouvel Observateur* demandant la dépénalisation de l'avortement. Ce manifeste, écrit par Simone de Beauvoir, est signé par 343 femmes, dont de nombreuses personnalités comme l'avocate Gisèle Halimi qui admettent avoir eu recours à l'avortement clandestin malgré la répression prévue à l'article 317 du code pénal de 1810. Cet appel à la dépénalisation de l'avortement est justifié au nom de la libre disposition de son corps, du droit à l'intégrité physique (en raison notamment des risques médicaux et sanitaires engendrés) et de la liberté procréative. Le 20 novembre de la même année, plus de 40 000 personnes manifestent à Paris en faveur du droit à l'avortement.

En 1972, le procès de Bobigny relance le débat au sein de l'opinion publique. Marie-Claire Chevalier, une femme mineure victime d'un viol avorte clandestinement avec l'aide de sa mère, Michèle Chevalier. En vertu de l'ancien article 317 du code pénal, la jeune femme est poursuivie pour avoir eu recours à un avortement. Sa mère et deux de ses collègues sont inculpées pour complicité. La faiseuse d'anges est mise en cause pour avoir pratiqué l'avortement. Défendues par Maître Gisèle Halimi, le

²⁰⁷ Loi du 27 mars 1923 modifiant les dispositions de l'article 317 du code pénal sur l'avortement, JORF du 29 mars 1923, p. 3122.

²⁰⁸ Jean Pradel et Michel Danti-Juan, *Droit pénal spécial*, 5ème éd., Cujas, 2010, p. 46.

²⁰⁹ Loi n° 67-1176 du 28 décembre 1967 relative à la régulation des naissances et abrogeant les articles L. 648 et L. 649 du code de la santé publique, JORF du 29 décembre 1967.

procès prend une tournure politique et prône la légalisation de l'IVG. L'affaire connaît un véritable retentissement médiatique et de nombreuses célébrités ainsi que des médecins apportent leur soutien aux prévenues. L'audience de Marie-Claire Chevalier, du fait de sa minorité au moment des faits, se tient à huis clos, au tribunal pour enfants de Bobigny le 11 octobre 1972. Des associations féministes comme le « Mouvement de Libération Féminine » et « Choisir » soulignent l'inégalité de traitement entre les femmes, les plus riches d'entre elles ayant les moyens de recourir à l'avortement à l'étranger, et les plus précaires risquant leur vie en avortant clandestinement²¹⁰. Le jugement, rendu en audience publique, prononce la relaxe de la jeune femme considérée comme ayant souffert de « contraintes d'ordre moral, social, familial, auxquelles elle n'avait pu résister »²¹¹. Le 8 novembre 1972, le procès des femmes majeures a lieu. Michèle Chevalier est condamnée à 500 francs d'amende avec sursis tandis que ses deux collègues sont relaxées. La faiseuse d'anges est condamnée à un an d'emprisonnement avec sursis. Le ministère public interjette appel de la décision mais laisse le délai de prescription s'écouler²¹². C'est déjà le signe d'une dépénalisation *de facto*.

99. – C'est dans ce contexte en faveur de la dépénalisation que sous l'égide de la loi « Veil », l'avortement est dépénalisé par la loi (section 1).

Section 1 – La dépénalisation de l'avortement

100. – La loi consacre un régime général sous le signe d'une réification tempérée de l'enfant à naître (§ 1) ainsi qu'un régime spécial plus permissif accentuant la réification de l'enfant à naître en raison d'un impératif de santé maternelle ou fœtale (§ 2).

§ 1 – Le régime général : une réification tempérée de l'enfant à naître

101. – Si la loi « Veil » opère en premier lieu une conciliation entre la liberté procréative de la femme et la vie prénatale (A), la liberté procréative de la femme deviendra de plus en plus importante, au point de prévaloir (B).

A – La loi « Veil » : la conciliation entre liberté procréative de la femme et vie prénatale

102. – La loi du 17 janvier 1975²¹³, dite « Veil », a encadré la dépénalisation partielle de l'avortement en France et constitue une avancée majeure en faveur du droit des femmes à disposer de

²¹⁰ « L'Angleterre pour les riches, la prison pour les pauvres ! », slogan scandé par les associations évoquées et cité par Catherine Valenti, *Bobigny, le procès de l'avortement*, Larousse, 2010.

²¹¹ Gisèle Halimi, *La cause des femmes*, Grasset, 1973.

²¹² Association Choisir, *Avortement, une loi en procès : l'affaire de Bobigny*, Gallimard, 1972.

²¹³ Loi n° 75-17 du 17 janvier 1975 relative à l'interruption volontaire de la grossesse, JORF du 18 janvier 1975.

leur corps et de leur fécondité. Préparée par Simone Veil, ministre de la Santé sous la présidence de Valéry Giscard d'Estaing, et initialement prévue pour une période de cinq ans à titre expérimental, la loi fut reconduite sans limite de temps par la loi du 31 décembre 1979²¹⁴, dite « Pelletier ». Ainsi, les libertés procréative, sexuelle et de disposition de son corps sont devenues une valeur sociale, consacrée par la loi « Veil ».

103. – Toutefois, n'est consacré le droit de disposer librement de son fœtus que dans les strictes limites de la loi. Est ainsi opérée une mise en balance des intérêts entre le droit à la vie du fœtus et la liberté de la femme enceinte. L'avortement est conçu comme une exception au principe du respect de la vie humaine, la loi « Veil » mentionnant dans son article 1er que « la loi garantit le respect de tout être humain dès le commencement de la vie » (c'est-à-dire dès la conception). Plus précisément, l'avortement est une permission de la loi ne remettant pas en cause le principe de la protection de la vie prénatale. A cette époque, il demeure une infraction, sauf lorsque la loi en dispose autrement²¹⁵ — la dépenalisation n'étant que partielle. De la loi de 1975 résultait un équilibre, un compromis, entre la possibilité pour la femme de mettre fin à sa grossesse et la protection pénale de l'enfant à naître. La législation sur l'IVG était alors compatible avec la protection pénale de la vie prénatale. En ce sens, en 1979, Monique Pelletier, ministre à la Condition féminine, déclare devant l'Assemblée nationale que l'avortement n'est « ni un droit, ni un quelconque progrès ». Elle ajoute que « l'avortement doit rester un recours exceptionnel assorti de conditions précises et strictement respectées »²¹⁶. L'IVG était ainsi rendue possible, selon l'article 2 de la loi, sous certaines conditions cumulatives comme la situation de détresse ou encore un délai de grossesse inférieur ou égal à dix semaines (soit douze semaines d'aménorrhée). La loi « Veil » légalise aussi l'interruption volontaire de grossesse pour motif thérapeutique (actuelle interruption médicale de grossesse).

La CourEDH illustre la mise en œuvre de la balance des intérêts en présence. En effet, « dès lors que la loi ménage un juste équilibre entre la nécessité d'assurer la protection du fœtus et les intérêts de la femme, la cour n'estime pas que l'État défendeur a dépassé le pouvoir d'appréciation qui est le sien en ce domaine si délicat »²¹⁷.

²¹⁴ Loi n° 79-1204 du 31 décembre 1979 relative à l'interruption volontaire de la grossesse, JORF du 1er janvier 1980. Cette loi reconduit définitivement la loi « Veil » du 17 janvier 1975 et augmente les peines pour les femmes et les médecins en cas d'IVG illégale.

²¹⁵ L'article 2 de la loi du 17 janvier 1975 a suspendu pendant une période de cinq ans l'application des dispositions des quatre premiers alinéas de l'article 317 du code pénal lorsque « l'interruption volontaire de la grossesse est pratiquée avant la fin de la dixième semaine par un médecin dans un établissement d'hospitalisation public ou un établissement d'hospitalisation privé satisfaisant aux dispositions de l'article L. 176 du code de la santé publique ».

²¹⁶ Monique Pelletier, citée par Chloé Leprince, *La loi Veil, un texte qui ne faisait pas de l'IVG un droit*, *France Culture*, 2 décembre 2022.

²¹⁷ CourEDH, *Boso c. Italie*, 5 septembre 2002, n° 50490/99.

104. – La conciliation entre la liberté procréative de la femme et la vie prénatale s'étiolo au profit d'une prépondérance de la liberté procréative de la femme (B).

B – La prépondérance de la liberté procréative de la femme

105. – Cette prépondérance de la liberté procréative de la femme s'opère à travers les réformes postérieures à la loi « Veil » (1) ainsi que, plus récemment, grâce à la constitutionnalisation de la liberté de recourir à l'IVG (2).

1 – Les réformes postérieures

106. – Progressivement, la conciliation entre la protection de la vie prénatale et la liberté de procréation de la femme s'est érodée pour aboutir à une prépondérance accordée à la liberté de la femme. L'évolution de la *ratio legis* de l'avortement était alors nette. À ce titre, le code pénal entré en vigueur le 1er mars 1994 n'utilise plus du terme « avortement » mais évoque « l'interruption illégale de grossesse »²¹⁸, choix sémantique et légistique révélateur du changement de paradigme, explicitant qu'il existe désormais bien une interruption *légitime* de grossesse. Cela explicite la volonté du législateur d'extraire la femme enceinte du système répressif. En outre, les réformes postérieures à la loi « Veil » sont la consécration d'un changement de paradigme : le principe de répression de l'avortement assorti de l'impunité a été remplacé par le principe de licéité de l'IVG assorti d'une exception.

107. – La loi du 4 juillet 2001²¹⁹ intervient pour, d'une part, allonger de dix à douze semaines de grossesse le délai permettant de recourir à une IVG (article 1er). D'autre part, elle dispense les mineures non émancipées d'autorisation obligatoire de leurs parents ou de l'un des titulaires de l'autorité parentale, dont le consentement était autrefois nécessaire (article 7). Ces dernières doivent simplement être accompagnées d'une personne majeure. Cette loi rappelle également la clause de conscience dont disposent les médecins (article 8). Au sein d'un nouvel article, l'article L. 2222-4 du code de la santé publique, est sanctionné le fait de fournir à une femme enceinte les moyens matériels de pratiquer une IVG sur elle-même (article 15), sans que toutefois cette dernière puisse être considérée comme complice de cet acte, et ce notamment depuis une loi de 1993²²⁰ ayant dépénalisé l'auto-avortement. Enfin, à l'article 17, la loi du 4 juillet 2001 augmente les peines encourues pour entrave à une IVG.

Dans une décision du 27 juin 2001²²¹, le Conseil constitutionnel saisi par des sénateurs, a déclaré conforme à la Constitution la loi du 4 juillet 2001. Les sénateurs contestaient en effet la

²¹⁸ Articles 223-10 à 223-12 du code pénal issus de la réforme du code pénal de 1994.

²¹⁹ Loi n° 2001-588 du 4 juillet 2001 relative à l'interruption volontaire de grossesse et à la contraception, JORF n° 0156 du 7 juillet 2001.

²²⁰ Loi n° 93-121 du 27 janvier 1993 portant diverses mesures d'ordre social, JORF n° 25 du 30 janvier 1993.

²²¹ Cons. const., n° 2001-446 DC, 27 juin 2001.

constitutionnalité des articles 2, 4, 5, 8 et 19 méconnaissant selon eux le principe de la sauvegarde de la dignité humaine contre toute forme de dégradation en raison, en particulier, du « risque certain de pratique eugénique tendant à la sélection des enfants à naître » ; le principe du respect de tout être humain dès le commencement de sa vie ; le principe de précaution, constituant selon les requérants un objectif de valeur constitutionnelle résultant de l'article 4 de la DDHC de 1789 ; ainsi que le onzième alinéa du Préambule de la Constitution de 1946 garantissant la protection de la santé. Tout en reconnaissant la dignité de l'embryon *in utero*, le Conseil constitutionnel déduit de « la liberté de la femme qui découle de l'article 2 de la DDHC », « la liberté de la femme enceinte qui souhaite recourir à une interruption volontaire de grossesse ».

108. – De surcroît, la « situation de détresse »²²² de la femme désireuse d'interrompre sa grossesse n'est plus une condition requise pour avoir recours à une IVG en vertu de l'article 24 de la loi du 4 août 2014²²³ modifiant l'article L. 2212-1 du code de la santé publique. La loi pénale relative à l'avortement a alors pu observer la métamorphose de sa *ratio legis* : initialement centrée sur la protection de la vie humaine, elle est désormais davantage tournée vers le choix de poursuivre ou non sa maternité, comme l'illustre d'ailleurs la création du délit d'entrave à l'IVG²²⁴.

A certains égards, la suppression de la condition de la « situation de détresse » a été envisagée par les soixante sénateurs ayant saisi le Conseil constitutionnel comme une atteinte au principe de valeur constitutionnelle du respect de l'être humain dès le commencement de sa vie, modifiant l'équilibre des intérêts en présence²²⁵. Le 31 juillet 2014, le Conseil constitutionnel²²⁶ a quant à lui estimé que la loi ainsi modifiée était constitutionnelle et que la condition relative à l'état de détresse de la mère manquait d'objectivité et d'une « réelle portée juridique ». Il a également précisé que cela permettait désormais de laisser « à la femme le soin d'apprécier seule si elle se trouve dans cette situation », plutôt que se soumettre à l'appréciation d'un tiers.

109. – Le 8 décembre 2020, le Comité consultatif national d'éthique (CCNE)²²⁷, saisi par le ministre des solidarités et de la santé, avait considéré qu'il n'y avait pas d'objection éthique à allonger le délai de douze semaines de grossesse de deux semaines.

²²² Prévus à l'ancien article L. 162-1 du code de la santé publique issu de la loi du 17 janvier 1975 disposant que « la femme enceinte que son état place dans une situation de détresse peut demander à un médecin l'interruption de sa grossesse. Cette interruption ne peut être pratiquée qu'avant la fin de la dixième semaine de grossesse ».

²²³ Loi n° 2014-873 du 4 août 2014 pour l'égalité réelle entre les femmes et les hommes, JORF n° 0179 du 5 août 2014.

²²⁴ V. *infra* n° 138 et s.

²²⁵ Bertrand Mathieu, Le contrôle de constitutionnalité virtuel de la législation relative à l'IVG, JCP G. 2014 n° 37, 917.

²²⁶ Cons. const., n° 2014-700 DC, 31 juillet 2014.

²²⁷ CCNE, opinion sur l'allongement du délai légal d'accès à l'IVG de 12 à 14 semaines de grossesse, 8 décembre 2020, p. 14.

Ainsi, depuis la loi du 2 mars 2022²²⁸, le délai légal pour avoir recours à l'IVG est de quatorze semaines de grossesse. Cet allongement de deux semaines vise en effet à « lutter contre les inégalités » territoriales et sociales, selon les propos de la députée Albane Gaillot²²⁹. Il s'agit davantage d'un délai pragmatique en faveur de la liberté procréative de la femme (le temps de se rendre compte de son état de grossesse et d'entamer les démarches), que d'un délai éthique ou physiologique.

110. – A noter qu'une objection de conscience est toutefois prévue à l'égard du corps médical en matière d'IVG. Une clause de conscience peut se définir comme le refus d'accomplir certains actes commandés par l'autorité de l'Etat en ce qu'ils vont à l'encontre des convictions morales, éthiques, religieuses, philosophiques ou politiques de l'intéressé. L'article L. 2212-8 du code de la santé publique dispose qu'« un médecin ou une sage-femme n'est jamais tenu de pratiquer une interruption volontaire de grossesse » et ce afin de respecter la liberté de conscience et de religion ainsi que la liberté d'opinion du professionnel de santé susceptible de pratiquer une IVG. Toutefois, afin de garantir l'effectivité de ce droit, il doit « informer, sans délai, l'intéressée de son refus et lui communiquer immédiatement le nom de praticiens ou de sages-femmes susceptibles de réaliser cette intervention selon les modalités prévues à l'article L. 2212-2 ».

Cette clause de conscience, lorsqu'elle est largement invoquée, peut nuire à l'effectivité du droit à l'IVG à l'instar du cas italien²³⁰. C'est pour lutter contre cette « menace constante et insidieuse qui pèse sur la réalité tangible du droit à l'IVG pour toutes les femmes » qu'une proposition de loi visant à supprimer la clause de conscience en matière d'interruption volontaire de grossesse avait été déposée au Sénat le 28 septembre 2018 par la sénatrice Laurence Rossignol avant d'être frappée de caducité²³¹.

111. – Dès lors, la liberté procréative de la femme fait l'objet d'une consécration juridique, et ce en dehors du cadre législatif interne.

Selon les Nations Unies, la santé reproductive est « un état de complet de bien-être physique, mental et social dans toutes les questions concernant l'appareil génital, ses fonctions et son fonctionnement »²³². Le Comité des droits économiques, sociaux et culturels (CESCR) a estimé que le droit des femmes à la santé comprenait le droit à la santé sexuelle et procréative. Il a rappelé que la prestation de services de santé maternelle était assimilable à une obligation fondamentale à laquelle aucune dérogation n'était permise et que les États parties avaient l'obligation immédiate de prendre des

²²⁸ Loi n° 2022-295 du 2 mars 2022 visant à renforcer le droit à l'avortement, JORF n° 0052 du 3 mars 2022.

²²⁹ Albane Gaillot, *France Info*, le 29 novembre 2021.

²³⁰ V. *infra* n° 112.

²³¹ Proposition de loi n° 743 du 28 septembre 2018 « visant à supprimer la clause de conscience en matière d'interruption volontaire de grossesse » présentée par Mme Laurence Rossignol.

²³² Conférence internationale sur la population et le développement, Programme d'action, Nations Unies, 1994, paragraphe 7.2.

mesures concrètes pour mettre en œuvre le droit à la santé dans le domaine de la grossesse et de l'accouchement²³³.

La Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes, adoptée le 18 décembre 1979 par l'Assemblée générale des Nations Unies et ratifiée par la France en 1983, garantit aux femmes les mêmes droits pour ce qui est de « décider librement et en toute connaissance de cause du nombre et de l'espacement des naissances et d'avoir accès aux informations, à l'éducation et aux moyens nécessaires pour leur permettre d'exercer ces droits » (article 16).

Enfin, la Commission nationale consultative des droits de l'Homme (CNCDH) a estimé que le droit à l'IVG fait partie des droits sexuels et reproductifs, en ce qu'ils concernent le droit de choisir de se reproduire ou non, le nombre, le moment et l'espacement entre les grossesses²³⁴. Le droit à l'avortement s'inscrit alors dans la protection du droit au respect de l'intégrité physique, de la liberté sexuelle et reproductive de la femme.

112. – Au sein de l'Union Européenne, la même tendance à la prépondérance de la liberté procréative de la femme sur le droit à la vie prénatale semble se dessiner. En effet, vingt-cinq des vingt-sept Etats ont dépénalisé l'IVG. A titre d'exemple, aux Pays-Bas, l'avortement est autorisé dans la limite d'un délai de vingt-quatre semaines de grossesse. La plupart des pays faisant partie de l'Union européenne ont opté pour un délai de douze semaines de grossesse.

Toutefois, l'avortement demeure extrêmement limité dans certains pays européens : en Pologne, depuis janvier 2021, la loi n'autorise l'avortement qu'en cas d'inceste, de viol, ou si la vie de la femme est en danger. Une autre exception qui autorisait l'avortement en cas de malformation du fœtus a été jugée inconstitutionnelle en octobre 2020 par le tribunal constitutionnel polonais dont l'indépendance vis-à-vis de l'exécutif est remise en question²³⁵. En Hongrie comme en Italie, certaines mesures entravent l'exercice effectif de ce droit en obligeant les femmes enceintes souhaitant avorter à être au préalable confrontées aux fonctions vitales du fœtus, c'est-à-dire qu'elles se trouvent dans l'obligation d'écouter le rythme cardiaque du fœtus²³⁶.

Le droit à l'IVG, récemment acquis au sein de l'Union européenne, demeure donc fragile. Il est souvent remis en cause à travers divers projets de loi, et surtout, il n'est pas toujours effectif. En effet, certains pays tel que le Portugal ont mis à la charge des femmes tous les frais liés à l'arrêt de leur grossesse et l'Espagne a interdit aux mineures de seize ans d'avorter sans le consentement de leurs parents²³⁷. De manière plus pragmatique, l'objection de conscience est largement invoquée par les

²³³ CESCR, Nations Unies, 11 août 2000, E/C.12/2000/4, obs. générale n°14, p. 3.

²³⁴ CNCDH, avis, 28 septembre 2023, La constitutionnalisation de l'interruption volontaire de grossesse : protéger un droit humain de portée universelle.

²³⁵ En Pologne, la quasi-interdiction de l'avortement entre en vigueur sur fond de manifestations, Jakub Iwaniuk, *Le Monde*, 31 janvier 2021, modifié le 1er février 2021.

²³⁶ Le droit à l'avortement dans l'Union européenne, site internet de *Toute l'Europe*, 7 mars 2024 : <https://www.touteurope.eu/societe/le-droit-a-l-avortement-dans-l-union-europeenne/>.

²³⁷ *Ibid.*

médecins dans certains Etats, ce taux atteignant 64,6% des praticiens en Italie en 2020²³⁸, ne permettant pas une réelle prise en charge des femmes désireuses d'interrompre légalement leur grossesse, et accroissant considérablement le nombre d'avortements clandestins et dangereux pour la santé et la vie des femmes.

113. – En dehors de l'Union européenne, la tendance à la prépondérance de la liberté procréative de la femme sur le droit à la vie prénatale est remise en question. Le droit à l'avortement a été drastiquement restreint aux Etats-Unis, par la décision *Dobbs v. Jackson Women's Health Organisation*²³⁹, prononcée le 24 juin 2022 par la Cour suprême. Cette dernière a en effet estimé que la Constitution ne garantissait pas de droit à l'avortement, renvoyant ainsi aux Etats fédéraux le soin de statuer eux-mêmes sur cette question. Cette importante décision a mis fin à une jurisprudence de près de cinquante ans, consacrée le 22 janvier 1973 par la décision de la Cour suprême, *Roe v. Wade*²⁴⁰. Au nom de la liberté individuelle à disposer de son corps et du droit à la vie privée, les lois de tout État limitant la liberté des femmes à disposer de leur corps en interdisant l'avortement avaient été reconnues incompatibles avec la Constitution des États-Unis. Cette dépénalisation de fait (car opérée par le juge), permise au moyen d'une approche évolutionniste (*living constitutionalism*) de la Constitution américaine, consacrait ainsi l'obligation pour les Etats fédéraux de garantir le droit à l'IVG. Depuis la décision *Dobbs*, de nombreux Etats américains ont interdit, ou du moins considérablement restreint, le droit à l'avortement.

Plus largement, à l'échelle mondiale, l'avortement demeure interdit dans près d'une vingtaine de pays, faisant clairement prévaloir l'intérêt de la vie du fœtus sur la liberté de la femme. L'IVG est parfois permise dans des conditions extrêmement restrictives, comme par exemple au Brésil où elle n'est autorisée qu'en cas de viol, de risque pour la mère ou de grave malformation du fœtus²⁴¹.

114. – La mutation de la *ratio legis* de la législation relative à l'IVG se manifeste ainsi lors des réformes postérieures à la loi « Veil », et ce nécessairement au détriment du droit à la vie de l'enfant à naître. La réification de ce dernier doit cependant être nuancée. Le délai légal de l'IVG reflète une volonté persistante de porter une attention particulière au fœtus, et ainsi de le protéger une fois le délai écoulé, malgré l'émergence de la prépondérance de la liberté de la femme. Sinon comment expliquer que l'IVG ne soit licite que jusqu'à la quatorzième semaine ? Le régime de l'avortement, prévu aux articles L. 2211-1 et suivants du code de santé publique, ne traite donc pas pour autant le fœtus comme un simple objet, sinon il serait possible de recourir à l'IVG sans limite de délai. En outre, si les récentes

²³⁸ Selon un rapport du ministère de la santé italien, 2020 : https://www.salute.gov.it/imgs/C_17_publicazioni_3236_allegato.pdf, p. 56.

²³⁹ Cour suprême des Etats-Unis, *Dobbs v. Jackson Women's Health Organisation*, 24 juin 2022.

²⁴⁰ Cour suprême des Etats-Unis, *Roe v. Wade*, 22 janvier 1973.

²⁴¹ Droit à l'avortement : dans quels pays est-il interdit, restreint ou menacé ?, *Le Monde*, 24 juin 2022, modifié le 5 juillet 2022.

lois, telles que la loi du 4 août 2014²⁴² ou la loi du 2 mars 2022²⁴³ affichent une volonté d'accorder plus d'importance à la liberté de la femme enceinte qu'à la vie prénatale, la réification du fœtus demeure relative en ce que le droit à l'IVG constitue une exception au principe de dignité posé par l'article 16 du code civil. L'avortement n'est envisageable que dans les conditions prévues par la loi. Certes, le fœtus n'est pas une personne mais, selon la lettre de l'article précité, il n'en demeure pas moins un « être humain ».

115. – Ainsi, aujourd'hui, toute femme enceinte peut demander à un médecin ou à une sage-femme l'interruption de sa grossesse dans le respect des conditions fixées par la loi et ce sans devoir fournir de justification. Ces réformes postérieures à la loi « Veil » ont été renforcées par la constitutionnalisation récente de la liberté de recourir à l'IVG (2).

2 – La constitutionnalisation de la liberté de recourir à l'IVG

116. – Le 8 mars 2023, à l'occasion de la journée internationale des droits des femmes et de l'hommage national rendu à l'avocate Gisèle Halimi, le Président de la République Emmanuel Macron a rappelé sa promesse visant à ériger le droit à l'avortement au rang de norme constitutionnelle. L'Assemblée nationale et le Sénat avaient en effet déjà adopté une proposition de loi constitutionnelle en ce sens. Qu'il s'agisse du Conseil économique, social et environnemental (CESE)²⁴⁴, du Haut Conseil à l'égalité entre les hommes et les femmes (HCE)²⁴⁵ ou encore de la société civile²⁴⁶, tous ces acteurs étaient majoritairement favorables à la constitutionnalisation de ce droit. Cela a pour conséquence d'ériger en norme de référence constitutionnelle la liberté de recourir à l'IVG, de sorte que le juge constitutionnel pourrait l'invoquer dans le cadre de son contrôle de constitutionnalité pour censurer une disposition législative qui y serait contraire.

C'est donc face au danger de perdre un droit disposant d'une protection limitée que ce projet apparaissait pertinent selon l'avis de la CNCDH²⁴⁷. En premier lieu, une norme constitutionnelle, incarnation de la norme suprême, est plus difficilement remise en question qu'une simple loi en ce que les conditions de sa révision sont plus restrictives. En effet, il ne faudrait pas imaginer que ce droit est immuable et qu'il est garanti *ad vitam aeternam*. Sa constitutionnalisation serait un obstacle

²⁴² Loi n° 2014-873 du 4 août 2014 pour l'égalité réelle entre les femmes et les hommes, JORF n° 0179 du 5 août 2014.

²⁴³ Loi n° 2022-295 du 2 mars 2022 visant à renforcer le droit à l'avortement, JORF n° 0052 du 3 mars 2022.

²⁴⁴ CESE, Déclaration du bureau en faveur de l'inscription du droit à l'interruption volontaire de grossesse dans la Constitution, 28 février 2024.

²⁴⁵ HCE, Journée mondiale de lutte pour le droit à l'avortement : le Haut Conseil à l'Égalité entre les femmes et les hommes recommande un projet de loi constitutionnelle pour la France, communiqué de presse, 27 septembre 2022.

²⁴⁶ 83% des Françaises et des Français sont favorables à la constitutionnalisation : Les Français veulent-ils constitutionnaliser le droit à l'avortement en France ?, sondage IFOP, 5 juillet 2022.

²⁴⁷ CNCDH, *op. cit.*

supplémentaire à toute volonté d'entrave portée par un nouveau régime politique. En outre, l'avis souligne également la volonté, par cet acte hautement symbolique, d'intégrer le droit à l'IVG aux valeurs de la société française. Enfin, la CNCDH estime que cette décision pourrait avoir un retentissement international.

Une proposition de loi en ce sens a prospéré et a été votée par l'Assemblée nationale puis par le Sénat. Ce dernier a apporté une modification majeure en remplaçant l'expression de « droit fondamental à l'IVG et à la contraception » par l'ajout d'un alinéa à l'article 34 de la Constitution énonçant que « la loi détermine les conditions dans lesquelles s'exerce la liberté de la femme de mettre fin à sa grossesse », s'en remettant à la compétence du législateur. Madame la Professeure Anne Levade souligne qu'il ne s'agissait donc plus d'introduire dans la Constitution un nouvel article 66-2 mais simplement d'ajouter un alinéa à l'article 34 qui énumère les matières relevant du domaine de la loi²⁴⁸. C'est la loi constitutionnelle du 8 mars 2024 qui a inscrit la liberté de recourir à une interruption volontaire de grossesse dans la Constitution²⁴⁹, faisant de la France le premier pays au monde à reconnaître dans sa Constitution la liberté de recourir à l'IVG.

117. – Toutefois, l'utilité d'une telle constitutionnalisation interroge. Cette liberté, comme toute liberté, n'est pas absolue et devra donc faire l'objet d'une conciliation avec d'autres libertés, droits et principes, comme le principe de dignité de la personne humaine dégagé en 1994 par le Conseil constitutionnel²⁵⁰ ou encore la liberté de conscience, également constitutionnelle, accordée aux personnels de santé qui peuvent refuser de procéder à des IVG.

L'emploi du terme « liberté » au lieu du terme « droit » a en outre suscité un débat puisque cela conditionne l'effectivité de la norme. Selon la Professeure Anne Levade, il ne s'agit pas d'un « droit créance à l'interruption volontaire de grossesse » faisant peser sur le législateur des obligations positives garantissant l'effectivité du droit. Il s'agit de la « liberté de la femme de mettre fin à sa grossesse » dont il revient à la loi de déterminer les conditions d'accès²⁵¹. Cette constitutionnalisation n'empêche pas les médecins d'invoquer une clause de conscience ni ne pallie le problème des déserts médicaux. Ce choix sémantique est justifié par l'exposé des motifs de l'amendement ayant permis l'adoption de la proposition. En effet, « cette liberté est déjà reconnue par la décision du Conseil constitutionnel du 27 juin 2001²⁵² », son inscription dans la Constitution « viendrait parachever l'évolution ainsi engagée ». La loi constitutionnelle ne ferait donc que confirmer, sans grande utilité, la jurisprudence constitutionnelle déduisant de « la liberté de la femme qui découle de l'article 2 de la DDHC », « la liberté de la femme enceinte qui souhaite recourir à une interruption volontaire de grossesse ». Quoi qu'il en soit, la

²⁴⁸ Anne Levade, *Le Sénat favorable à l'inscription de la liberté de la femme de mettre fin à sa grossesse dans la Constitution : quelles conséquences ?*, *Le Club des juristes*, 4 février 2023.

²⁴⁹ Loi constitutionnelle n° 2024-200 du 8 mars 2024 relative à la liberté de recourir à l'interruption volontaire de grossesse, JORF n° 0058 du 9 mars 2024.

²⁵⁰ Cons. const., n° 94-343/344 DC, 27 juillet 1994, D. 1995, 237, note B. Mathieu.

²⁵¹ Anne Levade, *op. cit.*

²⁵² Cons. const., n° 2001-446 DC, 27 juin 2001.

reconnaissance d'un « droit » à l'interruption volontaire de grossesse n'y aurait rien changé puisqu'il n'est pas concevable que son exercice soit totalement exempt de conditions.

Dans tous les cas, une telle loi constitutionnelle empêche expressément que le législateur puisse mettre en cause la possibilité pour une femme de recourir à une interruption volontaire de grossesse. Toutefois, au vu de la jurisprudence du Conseil constitutionnel, nul doute que celui-ci aurait déjà déclaré inconstitutionnelle une loi ayant cet objectif ou cette conséquence.

Par ailleurs, l'alinéa ajouté à l'article 34 de la Constitution ne fait que s'en remettre à la compétence du législateur puisque c'est toujours la loi qui fixera les conditions dans lesquelles une femme peut recourir à l'IVG. Selon le Professeur Stéphane Mouton, « la nécessité de consacrer « un droit constitutionnel à l'IVG » dans le but de lui conférer une plus grande protection est un faux débat sur le plan juridique, parce qu'il se fonde sur une conception erronée des contraintes qu'il ferait peser à l'encontre d'une volonté législative qui chercherait à le remettre en cause »²⁵³. *In fine*, c'est toujours la loi « qui fait vivre les droits constitutionnels »²⁵⁴. C'est ainsi que l'effectivité du droit à l'IVG « dépend moins d'une consécration constitutionnelle que d'une législation volontariste et fort heureusement progressiste en France depuis cinquante ans »²⁵⁵. La constitutionnalisation n'empêcherait pas que le droit à l'IVG soit rendu moins effectif en pratique, du fait d'un durcissement des conditions d'accès par exemple. La constitutionnalisation de cette liberté ne la rend pas plus effective, elle est avant tout symbolique et reflète la prépondérance de la liberté procréative de la femme sur la vie prénatale.

118. – La consécration d'une réification tempérée de l'enfant à naître par le régime général de la loi s'accompagne d'un régime spécial plus permissif accentuant la réification de l'enfant à naître en raison d'un impératif de santé maternelle ou fœtale (§ 2).

§ 2 – Le régime spécial : une réification accrue de l'enfant à naître justifiée par un impératif de santé maternelle ou fœtale

119. – L'interruption médicalisée de grossesse (IMG), autrefois appelée interruption volontaire de grossesse pour motif thérapeutique, est possible depuis la loi « Veil ». La législation évolue le 29 juillet 1994²⁵⁶ avec la création de centres de diagnostic prénatal et est précisée par la loi du 4 juillet 2001²⁵⁷. En vertu de l'article L. 2213-1 du code de la santé publique, une IMG peut être pratiquée à tout moment de la grossesse, et à tout âge, avec l'accord de la femme enceinte et si deux médecins membres d'une

²⁵³ Stéphane Mouton, IVG dans la Constitution : pourquoi une « liberté » et non pas un « droit » ?, *Le Club des juristes*, 27 février 2024.

²⁵⁴ Stéphane Mouton et Sophie Paricard, La constitutionnalisation de l'avortement : une fausse bonne idée, D., 2022.

²⁵⁵ Stéphane Mouton, *op. cit.*

²⁵⁶ Loi n° 94-654 du 29 juillet 1994 relative au don et à l'utilisation des éléments et produits du corps humain, à l'assistance médicale à la procréation et au diagnostic prénatal, JORF n° 175 du 30 juillet 1994.

²⁵⁷ Loi n° 2001-588 du 4 juillet 2001 relative à l'interruption volontaire de grossesse et à la contraception, JORF n° 0156 du 7 juillet 2001.

équipe pluridisciplinaire attestent, après que cette équipe a rendu son avis consultatif, soit que la poursuite de la grossesse met gravement en péril la santé de la femme (alinéa 2), soit qu'il existe une forte probabilité que l'enfant à naître soit atteint d'une affection d'une particulière gravité reconnue comme incurable au moment du diagnostic (alinéa 3). Dans ces cas, le diagnostic prénatal est alors admis. Ce motif médical semble constituer un fait justificatif spécial, appliquant une autorisation de la loi.

120. – Encadrée par la loi de bioéthique du 2 août 2021²⁵⁸, l'interruption volontaire partielle de grossesse désigne l'arrêt du développement d'un ou plusieurs fœtus dans le cadre d'une grossesse plurifœtale. Cela recouvre deux situations.

D'une part, la réduction embryonnaire consiste à diminuer le nombre d'embryons dans les grossesses multiples (lorsqu'il y a au moins trois embryons) car cela induit un risque de prématurité ou de retard de croissance. En effet, lorsqu'elle permet de réduire les risques d'une grossesse dont le caractère multiple met en péril la santé de la femme, des embryons ou des fœtus, l'interruption volontaire partielle d'une grossesse multiple peut être pratiquée avant la fin de la douzième semaine de grossesse, contrairement à l'IMG *stricto sensu* qui peut intervenir à tout moment de la grossesse. En outre, « aucun critère relatif aux caractéristiques des embryons ou des fœtus, y compris leur sexe, ne peut être pris en compte pour l'interruption volontaire partielle d'une grossesse multiple » selon l'article L. 2213-1 du code de la santé publique.

D'autre part, cela recouvre également le cas du fœticide sélectif, possible jusqu'à la veille de l'accouchement et désignant le cas où il existe une forte probabilité que l'un des embryons d'une grossesse gémellaire ou multiple soit atteint d'une affection d'une particulière gravité reconnue comme incurable au moment du diagnostic. Dans un tel cas, l'IMG est particulièrement complexe en ce qu'elle soulève un « conflit de valeurs »²⁵⁹ entre les embryons, par exemple entre le jumeau porteur d'une affection et le jumeau malade, même si les risques de fausse couche de l'embryon sain sont limités.

121. – Par ailleurs, dans le cadre du projet de réforme de la loi de bioéthique, un amendement a souhaité élargir, ou du moins préciser, l'accès à l'avortement thérapeutique en clarifiant le fait que la « détresse psychosociale » peut être une cause de « péril grave », justifiant une IMG (donc sans limite de délai)²⁶⁰. Le péril grave ne peut pas relever d'un simple désagrément. Il désigne le péril physique ainsi que psychologique de la femme (passage à l'acte suicidaire, comportements agressifs sur le fœtus²⁶¹ etc...). Selon le Collège national des gynécologues et obstétriciens français (CNGOF), la détresse psychosociale concernerait les femmes « en situation de danger personnel, de violences, de difficultés

²⁵⁸ Loi n° 2021-1017 du 2 août 2021 relative à la bioéthique, JORF n° 0178 du 3 août 2021.

²⁵⁹ Linda Yacoubi, *Interruption médicale sélective de grossesse : quel devenir pour le jumeau sain ?*, 2019, thèse de gynécologie et obstétrique, Université d'Aix-Marseille.

²⁶⁰ Amendement présenté par Mme Battistel et déposé à l'Assemblée nationale, 3 juillet 2020, n° 524.

²⁶¹ V. à ce sujet : Lucie Versnaeyen-Collin, *L'interruption médicale de grossesse pour péril psychiatrique : approche théorique et clinique*, 2013, thèse de médecine, Université Lille 2.

psychologiques majeures ou d'extrême précarité, rendant impossible la poursuite de leur grossesse alors même qu'elles dépassent le délai légal de l'IVG »²⁶². Cela peut par exemple recouvrir des cas de viol, d'inceste, de troubles psychiatriques graves, de déficience intellectuelle ou de précarité sociale grave. L'ajout de ce critère a cependant été critiqué en raison de son caractère souvent invérifiable, difficile à objectiver, mais également relativement large et imprécis²⁶³.

Au mieux, cet amendement n'introduirait concrètement aucun droit nouveau, ne faisant qu'éclairer le droit déjà en vigueur. En effet, s'il y a détresse psychosociale, il y a péril grave pour la santé de la mère. Une nuance peut être apportée à cette critique : la notion de « péril grave » est en effet prise en compte de manière disparate sur le territoire.

Dans le pire des cas, la notion de « détresse psychosociale » risquerait de faire perdre tout son sens au délai légal de quatorze semaines prévu par le législateur en matière d'IVG. A ce titre, le mouvement Alliance Vita dénonce un « cavalier législatif », alors que « la mesure a été votée sans être annoncée, à la fin de l'examen du projet de loi bioéthique, en pleine nuit, sans débat, ni étude d'impact », faisant « exploser le cadre de l'IVG »²⁶⁴. Le Conseil d'État, saisi en référé, avait déjà noté dans un arrêt du 15 juin 2020 qu'« une IMG jusqu'au neuvième mois décidée pour le seul motif d'une « détresse psychosociale » sans qu'aucun péril grave, certain ou immédiat pour la santé de la mère ne soit constaté, constituerait une pratique illicite »²⁶⁵. Cet amendement a par la suite été rejeté par les sénateurs.

122. – Ces avancées, tant médicales que législatives, ont ainsi permis de connaître et d'appréhender l'enfant avant sa potentielle naissance. La question de l'eugénisme se pose alors en ce qu'il s'agit bien, en cas d'affection grave et incurable du fœtus, de sélectionner un fœtus sans défaut. L'IMG est possible jusqu'à la veille de la naissance pour des anomalies peu handicapantes telles que la prématurité ou encore la surdité congénitale²⁶⁶. Le président du Comité consultatif national d'éthique pour les sciences de la vie et de la santé (CCNE) a estimé que « cette obsession du dépistage destinée non à traiter mais à supprimer conduit à une politique de santé qui flirte de plus en plus avec l'eugénisme »²⁶⁷. Il apparaît alors que « ces pratiques permettent un eugénisme négatif par l'élimination »²⁶⁸.

²⁶² CGNOF, *Les Référentiels des Collèges*, éd. Elsevier-Masson, 2018, 816 p. 4.

²⁶³ Projet de loi bioéthique : les députés ont-ils autorisé l'avortement pour « détresse psychosociale » ?, *Libération*, Pauline Moullot, 4 août 2020.

²⁶⁴ Que prévoit l'amendement sur la « détresse psychosociale » et l'interruption médicale de grossesse de la loi bioéthique ?, *AFP*, Juliette Mansour, 5 août 2020.

²⁶⁵ CE, 5 juin 2020, n° 440643, Inédit au Rec. Lebon.

²⁶⁶ Jacques Lansanc, La société face à la vie prénatale in André Chancholle et Claude Sureau, *La vie à son début*, éd. Lavoisier, coll. Rapport de l'Académie nationale de médecine, 2011, p. 31.

²⁶⁷ Didier Sicard, cité dans La France au risque de l'eugénisme, *Le Monde*, 2007.

²⁶⁸ Anne-Claire Arrighi, *op. cit.*, p. 21.

123. – Ainsi, le régime de l’IMG opère une réification particulièrement accrue du fœtus en ce qu’il permet un avortement jusqu’à la veille de la naissance justifié par un impératif de santé maternelle ou fœtale. La femme enceinte peut disposer assez librement de son fœtus. Ces dispositions prennent en compte sa situation personnelle et lui offrent la possibilité de choisir dans une certaine mesure, ou du moins de façonner par le biais de l’élimination, le fœtus auquel elle donnera la vie au moyen d’une méthode qualifiée par certains de quasi-eugénique. L’impératif de santé maternelle ou fœtale justifie alors de faire prévaloir la liberté procréative et le droit à l’intégrité physique de la femme sur le droit à la vie du fœtus.

124. – La dépénalisation de l’avortement consacrée par la loi a été complétée par la dépénalisation de l’auto-avortement (section 2).

Section 2 – La dépénalisation de l’auto-avortement

125. – L’auto-avortement échappe à toute répression si bien que la femme enceinte ne peut ni être auteure (§ 1) ni complice de ce délit (§ 2).

§ 1 – L’absence de poursuites de la femme enceinte en tant qu’auteure

126. – L’article 317 ancien du code pénal réprimait la femme auteure d’une interruption illégale de grossesse sur elle-même²⁶⁹. L’article 223-12 du code pénal tel qu’issu de la loi du 22 juillet 1992²⁷⁰, repris par l’article L. 2222-4 du code de la santé publique, incriminait toujours un tel acte. Il se situait au sein du chapitre III intitulé « De la mise en danger de la personne », faisant référence à la personne de la mère. Cette infraction visait ainsi à réprimer l’irrespect des conditions de la réalisation de cet acte médical susceptible de mettre en danger la santé de la femme enceinte. Dès 1992, la *ratio legis* de la législation relative à l’IVG entame sa métamorphose et était donc d’ores et déjà portée sur la protection de la santé et de l’intégrité physique de la femme enceinte.

Selon l’article 223-12 du code pénal issu de la loi de 1992, la répression à l’égard de la femme enceinte qui pratique sur elle-même l’interruption de grossesse était maintenue mais prévoyait une peine plus douce en son premier alinéa²⁷¹. En outre, selon Monsieur Frédéric Archer, l’émergence de la volonté d’abandonner la répression de la femme enceinte est notable à travers ce que prévoyait l’alinéa 2 disposant « qu’en raison des circonstances de détresse ou de la personnalité de l’auteur, le tribunal peut

²⁶⁹ Alinéa 2 de l’article 317 ancien du code pénal de 1810 : « La même peine [de réclusion] sera prononcée contre la femme qui se sera procuré l’avortement à elle-même, ou qui aura consenti à faire usage des moyens à elle indiqués ou administrés à cet effet, si l’avortement s’en est ensuivi ».

²⁷⁰ Loi n° 92-684 du 22 juillet 1992 portant réforme des dispositions du code pénal relatives à la répression des crimes et délits contre les personnes, JORF n° 169 du 23 juillet 1992.

²⁷¹ L’alinéa 1er prévoyait une peine de deux mois d’emprisonnement et de 25 000 francs d’amende à l’égard de la femme enceinte.

décider que ces peines ne seraient pas appliquées »²⁷², offrant ainsi au juge la possibilité de prononcer une dispense de peine²⁷³. Ainsi, à l'égard des tiers, les peines étaient plus lourdes. Le troisième alinéa prévoyait une peine de trois ans d'emprisonnement et de 300 000 francs d'amende en cas de fourniture à la femme des moyens matériels de pratiquer sur elle-même une interruption de grossesse. Cette peine était portée à cinq ans d'emprisonnement et à 500 000 francs d'amende en cas d'habitude.

127. – La transformation de la *ratio legis* de la législation relative à l'IVG s'est cristallisée au regard de la dépénalisation de l'auto-avortement opérée par la loi dite « Neiertz » du 27 janvier 1993²⁷⁴. Les deux premiers alinéas de l'article 223-12 du code pénal²⁷⁵ ont donc été abrogés, faisant sortir la femme auteure d'un auto-avortement du système répressif. Une femme enceinte pratiquant sur elle-même une interruption de grossesse hors le cadre légal ne s'exposait plus à une condamnation pénale. Désormais, elle peut, jusqu'à l'accouchement, être à l'origine d'une atteinte volontaire à la vie de son enfant à naître, et c'est la seule à bénéficier de cette dépénalisation.

La dépénalisation de ce délit d'auto-avortement était justifiée par deux considérations comme le souhait de ne plus assimiler la femme qui procède à un avortement à une délinquante²⁷⁶. De surcroît, cette infraction symbolique n'avait aucune efficacité dissuasive²⁷⁷. Selon Madame Elodie Hartmann, le législateur a introduit pour la première fois un cas d'avortement illégal non-pénalement sanctionné²⁷⁸. Cela reflète le changement de la *ratio legis* de l'IVG : la protection de l'intégrité physique et la liberté procréative de la femme sont préférées au droit à la vie du fœtus.

L'IVG pratiquée hors le cadre légal est ainsi un délit en vertu de l'article L. 2222-2 du code de la santé publique²⁷⁹. Toutefois, la disposition décrit le comportement délictuel comme le fait d'interrompre, dans l'une des circonstances énumérées, la grossesse d'« autrui », excluant *ipso facto* la femme enceinte. Elle ne pourra donc pas être auteure de ce délit.

128. – Outre le fait que la femme enceinte soit à l'abri de poursuites en sa qualité d'auteure, sa complicité est également écartée au titre de ce délit (§ 2).

²⁷² Frédéric Archer, *Le consentement en droit pénal de la vie humaine*, 2000, thèse, Université Lille 2, p. 292.

²⁷³ Articles 132-58 et 132-59 du code pénal.

²⁷⁴ Loi n° 93-121 du 27 janvier 1993 portant diverses mesures d'ordre social, JORF n° 25 du 30 janvier 1993.

²⁷⁵ L'alinéa 1er disposait que « la femme qui pratique l'interruption de la grossesse sur elle-même est punie de deux mois d'emprisonnement et de 25 000 francs d'amende ». L'alinéa 2 disposait que « toutefois, en raison des circonstances de détresse ou de la personnalité de l'auteur, le tribunal peut décider que ces peines ne sont pas appliquées ».

²⁷⁶ Alfred Recours, JOAN, 3ème séance du 4 décembre 1992, pp. 6582-6592.

²⁷⁷ Jean-Marie Le Guen, JOAN, 3ème séance du 4 décembre 1992, pp. 6582-6592.

²⁷⁸ Elodie Hartmann, *op. cit.*, p. 1319.

²⁷⁹ Loi n° 2001-588 du 4 juillet 2001 relative à l'interruption volontaire de grossesse et à la contraception, JORF n° 0156 du 7 juillet 2001 : article 14, II.

§ 2 – L’absence de poursuites de la femme enceinte en tant que complice

129. – En vertu de l’article 121-7 du code pénal, « est complice d’un crime ou d’un délit la personne qui sciemment, par aide ou assistance, en a facilité la préparation ou la consommation. Est également complice la personne qui par don, promesse, menace, ordre, abus d’autorité ou de pouvoir aura provoqué à une infraction ou donné des instructions pour la commettre ». Il apparaît que la femme enceinte qui avorte illégalement permet la réalisation du délit réprimé par les articles L. 2222-2 ou L. 2222-4 du code de la santé publique. Par l’expression de sa volonté, elle prête son concours à la consommation de l’infraction²⁸⁰.

Cependant et puisque l’article L. 2222-2 du code de la santé publique fait mention du terme « autrui »²⁸¹, la femme enceinte ne pourra pas être auteure du délit. Par voie de conséquence, elle ne pourra pas non plus être regardée comme complice car cela reviendrait à admettre qu’elle peut être auteure de l’infraction. Or, d’une part, le législateur a supprimé cette incrimination. D’autre part, Monsieur Frédéric Archer souligne la volonté de ce dernier de réprimer le complice comme s’il était lui-même auteur de l’infraction²⁸² en vertu de l’article 121-6 du code pénal²⁸³.

En outre, l’article L. 2222-4 du code de la santé publique incrimine le fait de fournir à la femme les moyens matériels de pratiquer une interruption de grossesse sur elle-même. Toutefois, il dispose expressément qu’ « en aucun cas, la femme ne peut être considérée comme complice de cet acte ». Même si la femme a demandé ou accepté les « moyens matériels de pratiquer une intervention de grossesse sur elle-même », elle ne pourra pas être poursuivie comme complice²⁸⁴.

130. – Le bénéfice de cette dépénalisation, concernant tant l’avortement que l’auto-avortement, illustre la liberté de disposition du fœtus dont la femme enceinte jouit. La liberté procréative de la femme enceinte apparaît ainsi prépondérante sur le droit à la vie de l’enfant à naître. Comme l’explique Madame Marie-Angèle Hermitte, « l’embryon est, pour la femme qui le porte, une assignation à être mère, et c’est à ce titre qu’elle peut le récuser »²⁸⁵. C’est donc logiquement que l’évolution de la *ratio legis* de la législation relative à l’IVG se traduit également et *a contrario* par une pénalisation spécifique des tiers, situés en dehors du cadre de la mise en œuvre de cette liberté procréative (chapitre 2).

²⁸⁰ Frédéric Archer, *op. cit.*, p. 294.

²⁸¹ V. *supra* n° 127.

²⁸² Frédéric Archer, *op. cit.*, p. 295.

²⁸³ Article 121-6 du code pénal : « Sera puni comme auteur le complice de l’infraction, au sens de l’article 121-7 ».

²⁸⁴ En ce sens : Françoise Dekeuwer-Défossez, Répertoire de droit pénal et de procédure pénale, Interruption volontaire de grossesse, D., n° 49, où l’auteure émet cependant une réserve : « Mais on ne peut totalement exclure la possibilité d’une interprétation contraire de la part de magistrats "pro-life" ».

²⁸⁵ Marie-Angèle Hermitte, *Le droit saisi au vif*, éd. Pétra, 2012, p. 140.

Chapitre 2 – *A contrario* une pénalisation spécifique des tiers

131. – Contrairement à la femme enceinte dont la liberté procréative est protégée, le tiers intervenant dans une IVG hors le cadre légal fait l'objet d'une répression (section 1). La pénalisation des tiers peut également dépendre du consentement de la femme enceinte (section 2).

Section 1 – La répression du tiers intervenant dans une IVG hors le cadre légal

132. – La répression du tiers intervenant dans une IVG hors le cadre légal s'observe quand le tiers commet le comportement incriminé, en pratiquant lui-même une interruption illégale de grossesse (§ 1) ou lorsqu'il constitue une aide en fournissant des moyens matériels (§ 2).

§ 1 – La pratique de l'interruption illégale de grossesse

133. – Contrairement à la femme enceinte bénéficiant d'une dépenalisation et disposant relativement librement de son enfant à naître, le tiers fait l'objet d'une répression lorsqu'il intervient dans une IVG hors le cadre légal. Le rapport rédigé par J. Sainte-Rose, M.-L. Rassat et P. Sargos relève à ce propos que « ce n'est pas parce que la femme enceinte a été autorisée par la loi, sous certaines conditions, à disposer de la vie de son enfant que les tiers doivent pouvoir impunément en faire autant, que ce soit accidentellement ou non »²⁸⁶.

L'article L. 2222-2 du code de la santé publique réprime le fait de pratiquer une interruption de grossesse sans respecter les conditions légales, c'est-à-dire après expiration du délai (sauf si elle est pratiquée pour un motif médical), ou par une personne n'ayant pas la qualité de médecin ou de sage-femme, ou bien dans un lieu autre qu'un établissement autorisé. Cet acte est puni de deux ans d'emprisonnement et de 30 000 euros d'amende. Si l'infraction est habituelle, la peine est rehaussée à cinq ans d'emprisonnement et à 75 000 euros d'amende. Selon Monsieur Frédéric Archer, l'article L. 2222-2 demeure silencieux sur les éléments matériels du délit, ce qui lui permet d'en déduire que cette interruption de grossesse sera réprimée si l'on se situe dans l'une des circonstances visées par ce texte et ce quel que soit le moyen employé pour y parvenir et quel que soit le résultat de l'intervention²⁸⁷. La tentative²⁸⁸ de ce délit a d'ailleurs été spécifiquement incriminée par le législateur et est punie des mêmes peines. L'élément intentionnel suppose l'interruption d'une grossesse « en connaissance de cause », c'est-à-dire la volonté et la conscience d'interrompre une grossesse en violation des conditions posées par le texte. Puisque l'article 223-10 du code pénal réprime les interruptions de grossesse

²⁸⁶ Jerry Sainte-Rose, Michèle-Laure Rassat et Pierre Sargos, *op. cit.*

²⁸⁷ Frédéric Archer, *op. cit.*, p. 288.

²⁸⁸ La tentative concernera par exemple le cas d'une femme n'étant pas enceinte, reprenant l'esprit de l'article 317 ancien qui incriminait l'acte commis sur une femme « supposée enceinte » ; ou encore le cas de l'utilisation d'un moyen s'avérant inefficace (v. par exemple Cass. crim., 9 novembre 1928, D. 1929, 1, 97 note A. Henry).

réalisées intentionnellement et sans le consentement de l'intéressée par une peine plus lourde en vertu de la gravité de l'acte, cela signifie évidemment que les circonstances visées à l'article L. 2222-2 ont été réalisées avec le consentement de l'intéressée²⁸⁹.

En vertu de l'article L. 2222-3, introduit par la loi du 29 juillet 1994²⁹⁰ au sein du code de la santé publique, « le fait de procéder à une interruption de grossesse après diagnostic prénatal sans avoir respecté les modalités prévues par la loi » est également puni de deux ans d'emprisonnement et de 30 000 euros d'amende. En effet, Monsieur Frédéric Archer souligne que l'article L. 2222-2 ne semblait pas pouvoir réprimer des interventions réalisées sous un motif médical fallacieux, ce qui semble pourtant le cas avec cet article L. 2222-3, à condition que la procédure légale du diagnostic prénatal ait été violée. La rédaction de l'article demeure toutefois ambiguë : la portion de phrase « modalités prévues par la loi » se réfère-t-elle aux modalités prévues pour le diagnostic prénatal ou bien à celles relatives à l'interruption de grossesse pour un motif médical ?²⁹¹ Selon Madame la Professeure Dekeuwer-Défossez, si ce texte ne permet pas de pallier la carence de l'article L. 2222-2 quand l'interruption volontaire de grossesse réalisée sous un motif médical fallacieux est prétendument fondée sur un risque pour la santé de la mère, il permet d'engager des poursuites quand le motif prétendument médical vise l'enfant²⁹².

Cela témoigne de l'ignorance de l'enfant par le droit pénal, confirmant, si besoin est, que la *ratio legis* de l'IVG concerne avant tout la protection de la santé de la femme, mise en danger par ce type de pratique.

134. – Outre la répression de l'interruption illégale de grossesse, l'aide ou l'assistance du tiers est réprimée (§ 2).

§ 2 – La fourniture de moyens matériels

135. – Depuis la loi du 4 juillet 2001²⁹³, le tiers fournissant à la femme enceinte les moyens matériels de pratiquer une interruption de grossesse sur elle-même encourt une peine de trois ans d'emprisonnement et de 45 000 euros d'amende, peine portée à cinq ans d'emprisonnement et à 75 000 euros d'amende si l'infraction est commise de manière habituelle en vertu de l'article L. 2222-4 du code de la santé publique. La prescription ou la délivrance de médicaments autorisés ayant pour but de provoquer une interruption volontaire de grossesse ne peut être assimilée au délit. Selon Monsieur

²⁸⁹ Sinon l'article 223-10 du code pénal (L. 2222-1 du code de la santé publique) s'appliquerait.

²⁹⁰ Loi n° 94-654 du 29 juillet 1994 relative au don et à l'utilisation des éléments et produits du corps humain, à l'assistance médicale à la procréation et au diagnostic prénatal, JORF n° 175 du 30 juillet 1994.

²⁹¹ Frédéric Archer, *op. cit.*, p. 288.

²⁹² Françoise Dekeuwer-Défossez, Répertoire de droit pénal et de procédure pénale, Interruption volontaire de grossesse, D., n° 27 et n° 28.

²⁹³ Loi n° 2001-588 du 4 juillet 2001 relative à l'interruption volontaire de grossesse et à la contraception, JORF n° 0156 du 7 juillet 2001.

Frédéric Archer, cette disposition « revient à réprimer l'assistance à un fait qui n'est pas lui-même susceptible d'engendrer des poursuites »²⁹⁴. En effet, la complicité prévue à l'article 121-7 du code pénal suppose un fait principal punissable, c'est-à-dire une infraction commise ou simplement tentée si sa tentative est incriminée en matière de délits. Or, l'interruption de la grossesse par la femme enceinte n'est pas répréhensible. Le législateur sanctionne donc de manière autonome un comportement qui n'était pas en soi punissable au titre de la complicité.

Cette infraction a pour but de protéger l'intégrité physique et la santé de la femme enceinte interrompant sa grossesse dans des conditions dangereuses. Ce n'est pas tant le droit à la vie du fœtus qui est protégé ici par la *ratio legis* (sinon la femme enceinte serait punissable), mais avant tout la santé voire la vie de la femme.

136. – Le tiers intervenant dans une IVG hors le cadre légal fait logiquement l'objet d'une répression, à la différence de la femme enceinte jouissant de sa liberté procréative. La pénalisation des tiers peut également dépendre du consentement de la femme enceinte agissant comme un axiome (section 2).

Section 2 – Le consentement de la femme enceinte comme axiome

137. – En principe, le consentement de la victime ne peut pas faire disparaître l'infraction. Or, depuis quelques décennies, on observe l'émergence de cas dans lesquels le législateur sanctionne pénalement des actes accomplis sans le consentement de la victime potentielle, faisant de ce dernier un élément de plus en plus pris en compte par le droit pénal. Selon le Professeur Xavier Pin, le consentement de la victime ou le consentement permissif consiste en une autorisation (un acte unilatéral révocable) qui suspend une incrimination protégeant un intérêt disponible, c'est-à-dire une valeur dont le consentement de la potentielle victime est exclusif de toute qualification pénale²⁹⁵. En l'occurrence, le consentement agit comme obstacle à la constitution matérielle de l'infraction. En cas d'absence de consentement de la femme enceinte, est portée atteinte à sa liberté de mener à terme une grossesse ou de faire elle-même le choix d'y mettre fin. Son consentement agit donc comme un axiome dont la constitution de l'infraction dépendra, qu'il s'agisse du délit d'entrave à l'interruption volontaire de grossesse (§ 1) ou du délit d'interruption forcée de grossesse (§ 2).

²⁹⁴ Frédéric Archer, *op. cit.*, p. 296.

²⁹⁵ Xavier Pin, *Le consentement en matière pénale*, 2002, LGD, p. 116.

§ 1 – Le délit d’entrave à l’interruption volontaire de grossesse

138. – Les femmes souhaitant effectuer une IVG bénéficient d’une protection particulière grâce à la loi dite « Neiertz » du 27 janvier 1993²⁹⁶ qui a créé le délit d’entrave à l’IVG à l’article L. 2223-2 du code de la santé publique. Paradoxalement, le délit de provocation à l’interruption de grossesse, même licite, et alors même que cette provocation n’est pas suivie d’effet²⁹⁷, a été abrogé²⁹⁸ par une loi du 4 juillet 2001²⁹⁹. Cette infraction d’entrave consiste en « le fait d’empêcher ou de tenter d’empêcher de pratiquer ou de s’informer³⁰⁰ sur une interruption volontaire de grossesse ou les actes préalables prévus par les articles L. 2212-3 à L. 2212-8 par tout moyen, y compris par voie électronique ou en ligne, notamment par la diffusion ou la transmission d’allégations ou d’indications de nature à induire intentionnellement en erreur, dans un but dissuasif, sur les caractéristiques ou les conséquences médicales d’une interruption volontaire de grossesse ». L’acte et la tentative sont incriminés dans les mêmes termes puisqu’est réprimé « le fait d’empêcher ou de tenter d’empêcher ».

Ce délit se caractérise par la perturbation de l’accès aux établissements mentionnés à l’article L. 2212-2, de la libre circulation des personnes à l’intérieur de ces établissements ou des conditions de travail des personnels médicaux et non médicaux. Le délit, initialement cantonné à des actes positifs, fut ensuite élargi par la loi du 4 juillet 2001³⁰¹, « dite Aubry-Guigou », à l’exercice des « pressions morales et psychologiques, des menaces ou tout acte d’intimidation à l’encontre des personnes cherchant à s’informer sur une interruption volontaire de grossesse, des personnels médicaux et non médicaux travaillant dans les établissements mentionnés au même article L. 2212-2, des femmes venues recourir à une interruption volontaire de grossesse ou de l’entourage de ces dernières ». La loi de 2001 a par ailleurs augmenté les peines encourues pour entrave à une IVG, désormais fixées à deux ans d’emprisonnement et à 30 000 euros d’amende.

²⁹⁶ Loi n° 93-121 du 27 janvier 1993 portant diverses mesures d’ordre social, JORF n° 25 du 30 janvier 1993.

²⁹⁷ Ancien article L. 2221-1, alinéa 1er, du code de la santé publique.

²⁹⁸ Agathe Lepage, Pour une repénalisation de la provocation à l’interruption de grossesse, JCP G., 2007, 2, 100046 : « cette dépenalisation [...] révèle même un paradoxe au regard de la place centrale désormais reconnue à la liberté de la femme en matière d’interruption de grossesse. Au lieu de lire dans cette infraction la persistance d’une réprobation à l’égard de l’interruption de grossesse et donc la juger inconciliable d’esprit avec la libéralisation à l’œuvre en ce domaine, on pouvait en distinguer la *ratio legis* dans la protection de la volonté individuelle. C’est en effet tirer les conséquences de la promotion de celle-ci que de chercher à la soustraire à l’influence des tiers, lesquels ne doivent pas interférer dans une prise de décision aussi personnelle et difficile en exerçant des pressions sur des femmes parfois vulnérables ».

²⁹⁹ Loi n° 2001-588 du 4 juillet 2001 relative à l’interruption volontaire de grossesse et à la contraception, JORF n° 0156 du 7 juillet 2001.

³⁰⁰ C’est la loi n° 2014-873 du 4 août 2014 pour l’égalité réelle entre les femmes et les hommes, loi dite « Vallaud-Belkacem » (JORF n° 0179 du 5 août 2014) qui a ajouté le terme « s’informer », consacrant une entrave à l’information.

³⁰¹ Loi n° 2001-588 du 4 juillet 2001 relative à l’interruption volontaire de grossesse et à la contraception, JORF n° 0156 du 7 juillet 2001.

La loi du 20 mars 2017³⁰² a quant à elle étendu le délit d'entrave à la « voie électronique ou en ligne ». Mais dans sa décision du 16 mars 2017, le Conseil constitutionnel a formulé deux réserves d'interprétation. Il estime que la seule diffusion d'informations à destination d'un public indéterminé sur tout support, notamment sur un site de communication au public en ligne, ne saurait être regardée comme constitutive de pressions, menaces ou actes d'intimidation au sens des dispositions contestées, sauf à méconnaître la liberté d'expression et de communication. De plus, le délit d'entrave ne saurait être constitué qu'à deux conditions cumulatives : « que soit sollicitée une information, et non une opinion ; que cette information porte sur les conditions dans lesquelles une interruption volontaire de grossesse est pratiquée ou sur ses conséquences et qu'elle soit donnée par une personne détenant ou prétendant détenir une compétence en la matière »³⁰³.

139. – La caractérisation de ce délit ne peut d'ailleurs pas être neutralisée par l'état de nécessité. A titre d'exemple, une décision du tribunal correctionnel du Puy-en-Velay du 14 mars 1995³⁰⁴ concernait sept prévenus s'étant vus reprocher le délit d'entrave à l'IVG. Selon eux, « la gravité de la menace pesant sur l'embryon humain est telle qu'ils peuvent se réclamer du fait justificatif de l'état de nécessité ». Toutefois, le tribunal a rejeté l'argumentation en ce que l'état de nécessité se définit selon une jurisprudence constante de la Cour de cassation comme une « situation dans laquelle se trouve une personne qui pour sauvegarder un intérêt supérieur n'a d'autre ressource que d'accomplir un acte défendu par la loi pénale »³⁰⁵. Cet intérêt supérieur s'apprécie de façon objective : il doit être perçu comme tel par tous. Le tribunal estime qu'« il n'est pas possible à quelqu'un seulement en raison de conceptions morales ou religieuses particulières de s'ériger en juge de la valeur des intérêts à défendre et partant, de l'actualité ou de l'imminence des dangers contre lesquels il faut nécessairement agir. Mais surtout, la loi, expression de la volonté générale, contient nécessairement la meilleure définition des intérêts supérieurs dont la mise en péril caractérise l'état de nécessité ». Or, la loi « Veil » autorise « sous certaines conditions le sacrifice de la vie du fœtus à la sauvegarde de la vie ou de la santé de la femme enceinte », d'autant que, selon Monsieur Guillaume Chetard, c'était « bien ce danger précis que le législateur a entendu autoriser »³⁰⁶. Selon plusieurs auteurs, il apparaît alors que le droit français a préféré l'état de nécessité de la femme enceinte à celui du fœtus.

Cette position fut réaffirmée par la chambre criminelle en 1996 dans une affaire similaire dans laquelle les prévenus invoquaient l'incompatibilité de la législation française sur l'IVG avec certains engagements internationaux. Selon eux, l'entrave à l'IVG était justifiée pour sauvegarder l'enfant à naître d'une atteinte à sa vie. Mais la Cour de cassation a réitéré : le délit ne peut être justifié par l'état de

³⁰² Loi n° 2017-347 du 20 mars 2017 relative à l'extension du délit d'entrave à l'interruption volontaire de grossesse, JORF n° 0068 du 21 mars 2017.

³⁰³ Cons. const., n° 2017-747 DC, 16 mars 2017, Dr. pén. 2017, chron. 11, A. Lepage ; AJ fam. 2017, p. 218, note A. Dionisi-Peyrusse.

³⁰⁴ T. corr. du Puy-en-Velay, 14 mars 1995, Gaz. Pal., 1995, 2, somm., p. 324, note J.-P. Doucet.

³⁰⁵ CA de Colmar, 6 décembre 1957, D. 1958. 357.

³⁰⁶ Guillaume Chetard, De certains aspects politiques de l'état de nécessité, AJ pénal, n° 6, 2023, p. 260.

nécessité car l'IVG est autorisée par la loi³⁰⁷. En outre, la Cour a conclu à l'absence de méconnaissance des articles 9 et 10 de la ConvEDH et de la convention de Genève du 25 septembre 1926 relative à l'esclavage. Dans une affaire ultérieure³⁰⁸, la Cour estime l'article conforme aux articles 2 de la ConvEDH et 6 du PIDCP.

140. – Ainsi, la répression du délit d'entrave à l'IVG dépend du consentement de la femme enceinte. Cela signifie que c'est davantage la liberté procréative de la femme enceinte qui est protégée, à travers la mention de son consentement, que la vie prénatale. Outre ce délit, l'infraction d'interruption de grossesse est également réprimée en l'absence du consentement de la femme enceinte (§ 2).

§ 2 – Le délit d'interruption forcée de grossesse

141. – Plus grave que le délit d'entrave à l'interruption volontaire de grossesse, le délit d'interruption forcée de grossesse a sa place dans le code pénal. Il est situé dans le chapitre 3 « De la mise en danger de la personne » du titre II du livre II. Ici, ce n'est donc pas de la mise en danger de l'enfant à naître dont il est question — puisqu'il est porté atteinte à sa vie — mais de celle de la femme, ce qui n'apparaît pas davantage cohérent au vu de l'atteinte *effective* portée à son intégrité physique³⁰⁹.

Cette infraction est une innovation de la réforme du code pénal et se distingue catégoriquement de l'ancien article 317 du code pénal qui incriminait l'avortement d'une femme enceinte ou supposée enceinte nonobstant son consentement. Ainsi, l'article 223-10 du code pénal, reproduit à l'article 2222-1 du code de la santé publique, fait du consentement la pierre angulaire de la répression en la matière en sanctionnant une interruption de grossesse commise intentionnellement et « sans le consentement de l'intéressée ». L'élément moral est constitué dès lors qu'il y a volonté de pratiquer des manœuvres abortives tout en ayant connaissance de l'absence de consentement de la victime. Le délit est incriminé deux fois au sein de deux codes différents, ce qui est sans doute le signe de l'importance que le législateur octroie à la valeur sociale protégée par l'incrimination. Cette infraction matérielle est punie de cinq ans d'emprisonnement et de 75 000 euros d'amende. Depuis 2013³¹⁰ et en vertu de l'article 223-11, la tentative de ce délit est punie des mêmes peines.

La femme enceinte bénéficie du droit à ne pas subir d'interruption de grossesse sans son consentement. Ce droit est, selon trois auteures, « l'émanation du droit au respect du corps humain » garanti par l'article 16-1 du code civil³¹¹.

³⁰⁷ Cass. crim., 31 janvier 1996, n° 95-81.319, Bull. crim. 1996 n° 57 p. 147.

³⁰⁸ Cass. crim., 27 novembre 1996, n° 96-80.223 et n° 95-85.118, Bull. crim. 1996 n° 431 p. 1245.

³⁰⁹ Agathe Lepage et Haritini Matsopoulou, *op. cit.*, p. 284.

³¹⁰ Loi n° 2013-711 du 5 août 2013 portant diverses dispositions d'adaptation dans le domaine de la justice en application du droit de l'Union européenne et des engagements internationaux de la France, JORF n° 0181 du 6 août 2013.

³¹¹ Astrid Marais, Bénédicte Boyer-Bévière, Dorothée Dibie, *La bioéthique en débat : le début de la vie*, 2019, p. 181.

142. – Circonscrite aux actes médicaux, cette incrimination est cependant d'une utilité relative. Elle exclut donc le cas des violences perpétrées à l'égard d'une femme enceinte afin de mettre un terme à sa grossesse, comportement réprimé au titre des violences volontaires commises sur une personne dont la particulière vulnérabilité due à un état de grossesse est apparente ou connue de son auteur.

Ainsi, l'article a fait l'objet d'une jurisprudence minimale. Une condamnation a été prononcée relativement récemment par la cour d'appel d'Amiens le 1er septembre 2014³¹² à propos d'un prévenu, initialement poursuivi sous la qualification d'administration de substances nuisibles, qui avait administré trois comprimés de cytotec, une substance abortive, à sa concubine en les dissimulant dans une boisson. La femme enceinte avait alors perdu son fœtus³¹³.

143. – Cet article sanctionne l'acte intentionnel consistant à détruire l'enfant à naître sans le consentement de la mère. C'est une atteinte volontaire à la vie prénatale par un tiers mais dont la répression dépend du consentement de la femme, ce qui a pour conséquence de protéger tout particulièrement la liberté procréative de la femme enceinte, sans aucune considération pour le droit à la vie de l'enfant à naître, ici ignoré.

144. – On pourrait donc assimiler ces délits d'entrave à l'interruption volontaire de grossesse et d'interruption forcée de grossesse à une prise en compte grandissante du consentement de la femme enceinte victime. Son consentement apparaît comme un axiome dont la constitution de l'infraction dépendra. Toutefois, cette prise en compte du consentement est à nuancer puisque dans tous les cas, ce n'est pas le consentement de l'individu à l'atteinte en question qui rend en soi l'infraction impunissable — car non constituée dans tous ses éléments — mais c'est l'autorisation de la loi elle-même. C'est toujours la loi qui permet par exception de porter atteinte à la vie humaine, et lorsqu'elle le fait, elle impose le consentement de l'intéressé : le consentement est nécessaire mais pas suffisant³¹⁴.

145. – Ainsi, en matière d'interruption de grossesse, les tiers font l'objet d'une pénalisation lorsque l'IVG est commise sans le consentement de la femme ou lorsqu'elle est réalisée en dehors conditions prévues par la loi, la femme enceinte ne pouvant être punissable.

146. Conclusion du titre 1. – Cette dernière est sortie du champ répressif à mesure qu'évoluait la *ratio legis* de l'IVG tandis que s'est développée *a contrario* une pénalisation des tiers. En somme, la *ratio legis* de la législation relative au refus de la maternité est désormais centrée sur la protection de la liberté procréative de la femme. Le fœtus est donc davantage réifié dans son rapport avec sa mère plutôt

³¹² CA d'Amiens, 1er sept. 2014, RG n° 13/01128, 710, Juris-Data n° 2014-026669.

³¹³ Patrick Mistretta, Répertoire de droit pénal et de procédure pénale, Interruption volontaire de grossesse, mai 2019, D., n° 12. V. aussi Mikaël Benillouche, La conciliation délicate du « fœticide » volontaire et des incriminations de droit commun, AJ pénal 2015, p. 89.

³¹⁴ Xavier Pin, *op. cit.*, p. 19.

qu'avec les tiers puisque ses intérêts peuvent entrer en conflit avec la liberté de sa mère. Dès lors, ce changement de *ratio legis*, louable à bien des égards, a été opéré au détriment de la protection pénale de l'humain avant la naissance. Au fur et à mesure que s'affirmait cette liberté procréative, le droit à la vie de l'enfant à naître semblait s'éroder, au point de considérer l'interruption volontaire de grossesse — symbole par excellence de la liberté procréative de la femme s'exprimant par le refus de maternité — comme incompatible avec une protection pénale de la vie de l'enfant à naître (titre 2).

Titre 2 – Le droit à l’IVG, d’apparence incompatible avec la protection pénale de l’enfant à naître

147. – Le droit à l’IVG apparaît *a priori* incompatible avec la protection pénale de l’enfant à naître. En effet, accorder une véritable protection pénale à l’enfant à naître semble en discordance avec le droit à l’IVG en raison d’une crainte politique sous-jacente relative à la remise en cause de ce droit (chapitre 1), raison que la Cour de cassation n’avance pas explicitement mais qui est pourtant majeure. Toutefois, la protection pénale de la vie prénatale demeure possible même si l’entreprise du droit prospectif s’avère délicate (chapitre 2).

Chapitre 1 – La crainte politique sous-jacente de la remise en cause du droit à l’IVG

148. – Même si la crainte de la remise en cause du droit à l’IVG repose sur le renversement erroné du principe et de l’exception (section 1), cette inquiétude demeure politiquement et juridiquement justifiée (section 2).

Section 1 – Le renversement erroné du principe et de l’exception

149. – Cette crainte repose sur le renversement erroné du principe et de l’exception. Il existe en effet un principe de la dignité humaine et du respect de l’être humain dès le commencement de sa vie (§ 1), auquel déroge l’exception incarnée par le droit à l’IVG (§ 2).

§ 1 – Le principe de la dignité humaine et du respect de l’être humain dès le commencement de sa vie

150. – Si la jurisprudence de la Cour de cassation botte en touche quant à la question relative à la crainte de la remise en cause de l’IVG, elle semble tout de même avoir été alimentée par ces considérations politiques.

En vertu de l’article 16 du code civil issu de la loi du 29 juillet 1994 relative au respect du corps humain³¹⁵, « la loi assure la primauté de la personne, interdit toute atteinte à la dignité de celle-ci et garantit le respect de l’être humain dès le commencement de sa vie ». Le code de la santé publique reprend expressément ce principe dans son article L. 2211-1.

La loi « Veil » de 1975 mentionne dans son article 1er que « la loi garantit le respect de tout être humain dès le commencement de sa vie » (c’est-à-dire dès la conception). La formule initiale, qui affirmait que la loi garantit le respect de l’être humain dès le commencement de « la » vie, a été

³¹⁵ Loi n° 94-653 du 29 juillet 1994 relative au respect du corps humain, JORF n° 175 du 30 juillet 1994.

remplacée par cette nouvelle formulation affirmant que la loi protège le respect de l'être humain dès le commencement de « sa » vie, le législateur ayant précisé que ce remplacement était destiné à insister sur la singularité de l'être humain ainsi préservé³¹⁶. En ce sens, le Professeur Cornu estimait que le respect dû à l'être humain est « un engagement formel de la société, une proclamation de valeur : dès la conception, l'être humain doit être respecté »³¹⁷.

Dans sa décision « Bioéthique » du 27 juillet 1994³¹⁸, le Conseil constitutionnel a dégagé le principe à valeur constitutionnelle de sauvegarde de la dignité de la personne humaine³¹⁹. Puis, dans sa décision du 27 juin 2001³²⁰, il reconnaît la dignité de l'embryon *in utero*.

151. – Il existe donc un principe de la dignité humaine et du respect de l'être humain dès le commencement de sa vie s'appliquant à toute personne humaine, y compris l'enfant *in utero* et auquel déroge l'exception incarnée par le droit à l'IVG (§ 2).

§ 2 – L'exception incarnée par le droit à l'IVG

152. – Ce principe de dignité humaine et du respect de l'être humain dès le commencement de sa vie admet une exception : la législation relative à l'IVG. Elle s'analyse alors en une permission de la loi ou en un état de nécessité³²¹ selon le Doyen Carbonnier³²². Il s'agirait donc d'un fait justificatif, au moyen duquel une infraction constituée dans tous ses éléments peut être neutralisée, permettant à l'auteur d'échapper à la condamnation. La législation sur l'IVG se borne à constituer une exception à l'application d'une loi générale. Il en résulte que, si la Cour de cassation avait opté pour la solution contraire en reconnaissant au fœtus le statut de victime de l'homicide involontaire, elle n'aurait fait que déployer ce principe de protection pénale de l'enfant conçu, sans remettre en cause l'exception qu'est l'IVG.

Selon le Professeur Philippe Conte, réprimer l'homicide involontaire du fœtus signifierait simplement que ce dernier est un être humain — puisque la *ratio legis* de l'homicide involontaire porte sur la protection de la vie humaine, comme le souligne l'origine du mot « homicide »³²³. Cela n'interdirait en rien le droit à l'interruption de grossesse « mais la politique est passée par là, avec son

³¹⁶ Débats Sénat, 14 janv. 1994, JO Sénat, p. 153 ; 20 janv. 1994, p. 351 ; 19 mai 1994, p. 1697 et s.

³¹⁷ Gérard Cornu, rapport de synthèse *in L'embryon humain : approche multidisciplinaire, actes du colloque des 9 et 10 nov. 1995*, sous la dir. de Brigitte Feuillet-Le Mintier, Economica, 1996.

³¹⁸ Cons. const., n° 94-343/344 DC, 27 juillet 1994, D. 1995, 237, note B. Mathieu.

³¹⁹ On note toutefois une véritable différence de traitement entre l'embryon *in vitro* et l'embryon *in vivo*, le Conseil constitutionnel ayant jugé que le principe du respect de tout être humain dès le commencement de sa vie et le principe d'égalité ne sont pas applicables aux embryons *in vitro*, permettant ainsi leur destruction.

³²⁰ Cons. const., n° 2001-446 DC, 27 juin 2001.

³²¹ V. l'article L. 2211-2 du code de la santé publique : « il ne saurait être porté atteinte au principe mentionné à l'article L. 2211-1 *qu'en cas de nécessité* [nous soulignons] ».

³²² Jean Carbonnier, *Droit civil, tome 1 : Les personnes*, 1985, PUF, p. 33.

³²³ V. *supra* n° 67.

art sans pareil de tout mélanger »³²⁴.

153. – En outre, selon Madame le Professeur Astrid Marais, ce n'est pas la sanction pénale attachée à la répression d'une atteinte involontaire à la vie d'un enfant à naître qui en tant que telle pourrait remettre en cause le droit à l'IVG. En effet, le Professeur relève qu'il existe déjà des incriminations réprimant l'atteinte volontaire à la vie d'un enfant à naître. D'une part, une infraction sanctionne les tiers — la femme enceinte faisant l'objet d'une dépenalisation — en cas d'interruption de grossesse pratiquée sur demande ou avec l'accord de la femme enceinte dans l'une des circonstances énumérées par l'article L. 2222-2 du code de la santé publique, par exemple hors délai et sans motif médical³²⁵. Par ailleurs, il existe une incrimination relative à l'interruption de grossesse effectuée sans le consentement de la femme³²⁶ à l'article 223-10 du code pénal, reproduit à l'article L. 2222-1 du code de la santé publique³²⁷. De telles sanctions ne heurtent pas la liberté d'avorter, laquelle ne joue pas en ce dernier cas puisqu'au contraire, la femme enceinte revendique alors le droit de ne pas subir une interruption de grossesse contre son gré. En outre, ces infractions ont avant tout pour *ratio legis* la santé et la liberté procréative de la femme et s'alignent donc sur le droit à interrompre sa grossesse. Si ces incriminations réprimant une atteinte volontaire à la vie d'un enfant à naître ne remettent nullement en cause la liberté de la femme d'interrompre sa grossesse, il est difficilement envisageable qu'une infraction réprimant une atteinte involontaire à la vie d'un enfant à naître puisse avoir cet effet.

154. – Le droit à l'IVG n'est donc qu'une exception au principe de la dignité humaine et du respect de l'être humain dès le commencement de sa vie. L'exception qu'il incarne ne peut en aucun cas remettre en cause le principe même auquel il déroge. Toutefois, si la crainte de la remise en cause du droit à l'IVG repose sur le renversement erroné du principe et de l'exception, cette inquiétude demeure à certains égards politiquement et juridiquement justifiée (section 2).

Section 2 – Une crainte politiquement et juridiquement justifiée

155. – La crainte de la remise en cause du droit à l'IVG demeure politiquement justifiée puisque l'assimilation de l'IVG à un homicide volontaire est évidemment dangereuse (§ 1). Elle est aussi juridiquement justifiée en ce que l'homicide involontaire sur l'enfant à naître semble incompatible avec les incriminations existantes (§ 2).

³²⁴ Philippe Conte, Homicide par imprudence - cas du fœtus, Dr. pén., n° 9, septembre 2018, comm. 147.

³²⁵ V. *supra* n° 133.

³²⁶ V. *supra* n° 141 et s.

³²⁷ Astrid Marais, Bénédicte Boyer-Bévière, Dorothée Dibie, *op. cit.*, p. 181.

§ 1 – L’assimilation dangereuse de l’IVG à un homicide volontaire

156. – La protection de l’enfant à naître est en proie à une multitude d’incohérences et de contradictions. Le droit à l’IVG, en ce qu’il n’est pas absolu, protège la vie du fœtus après la quatorzième semaine de grossesse, sinon l’avortement serait possible jusqu’au terme de la grossesse. Mais force est de constater que cette même vie peut être involontairement détruite par un tiers sans tomber sous le coup de la loi pénale, et ce, tant que l’enfant n’est pas né vivant. Ainsi, le fœtus, ne faisant l’objet que de textes particuliers, ne serait qu’ « un objet destructible sans destinée humaine » selon la formule de l’Avocat Général Jerry Sainte-Rose³²⁸.

157. – Le Professeur Philippe Conte soutient que « si l’homicide du fœtus relevait de l’article 221-6, alors la qualification de meurtre devrait aussi s’appliquer à lui, ce que dément la répression distincte de l’interruption volontaire de grossesse »³²⁹. En effet, il faut garder à l’esprit qu’une telle incrimination appliquée à l’enfant à naître ne manquerait pas de cristalliser l’idée d’une protection accrue du fœtus. Un tel pas franchi produirait des effets collatéraux non négligeables. Principalement, l’enfant à naître ayant la qualité de victime potentielle d’un homicide involontaire serait alors perçu comme une personne. Mais alors, puisque le fait de provoquer accidentellement le décès d’un enfant *in utero* serait constitutif d’un homicide involontaire, le fœtus subissant une atteinte intentionnelle à sa vie serait victime d’un homicide volontaire, au nom de la protection pénale de la personne humaine prévue au titre II du livre II du code pénal. Les femmes recourant à une interruption volontaire de grossesse commettraient donc un meurtre, certes autorisé par la loi. Selon le Professeur Astrid Marais, ce brouillage des frontières pourrait d’une part relancer un débat nourrissant la remise en question de la liberté de recourir à une IVG — bien qu’ayant fait l’objet d’une constitutionnalisation récente — voire effectivement altérer cette liberté, mais surtout et d’autre part, cela contiendrait *a minima* l’IVG dans ses limites actuelles, le privant de toute tentative d’expansion³³⁰.

Il serait donc naïf de croire qu’une telle incrimination n’engendrerait que de maigres conséquences. Ces arguments démontrent la nécessité de créer une infraction spécifique³³¹, distincte de celle de l’homicide involontaire applicable aux personnes, dans le but de protéger effectivement la vie prénatale.

158. – L’assimilation de l’IVG à un homicide involontaire est dangereuse. Une autre raison fait craindre une remise en question du droit à l’IVG : l’homicide involontaire sur l’enfant à naître apparaît en effet incompatible avec les incriminations existantes (§ 2).

³²⁸ Jerry Sainte-Rose, L’enfant à naître : un objet destructible sans destinée humaine ?, JCP G. 2004, 1, 194, pp. 2360-2362.

³²⁹ Philippe Conte, *op. cit.*

³³⁰ Astrid Marais, Bénédicte Boyer-Bévière, Dorothee Dibie, *op. cit.*, pp. 181-182.

³³¹ V. *infra* n° 177 et s.

§ 2 – L'incompatibilité de l'homicide involontaire sur l'enfant à naître avec les incriminations existantes

159. – Madame Mireille Delmas-Marty, professeure émérite au Collège de France, s'interrogeait en sa qualité d'*amicus curiae* sur la compatibilité d'une telle infraction involontaire avec celles existant en matière d'interruption de grossesse³³². Madame le Professeur Dominique Fenouillet précise qu'il ne serait pas conforme aux exigences constitutionnelles de proportionnalité d'assortir une peine plus lourde à des actes involontaires qu'à un acte volontaire³³³. L'homicide involontaire est en effet puni d'une peine de trois ans d'emprisonnement et de 45 000 euros d'amende³³⁴ tandis que, par exemple, l'interruption illégale de grossesse³³⁵, atteinte volontaire à la vie de l'enfant à naître, est punie d'une peine plus légère, de deux ans d'emprisonnement et de 30 000 euros d'amende. On pourrait cependant arguer que le délit d'homicide involontaire sur le fœtus pourrait être assorti d'une peine plus douce si une infraction spécifique venait à être créée.

160. – En outre, la Professeure Mireille Delmas-Marty souligne une autre contradiction : une femme ne peut être poursuivie pour interruption illégale de grossesse, ni en tant qu'auteure ni en tant que complice³³⁶, depuis une loi du 27 janvier 1993³³⁷ lui accordant une impunité totale si elle met volontairement un terme à sa grossesse en dehors des conditions légales. Ne pourrait-elle pas être poursuivie pour homicide involontaire si elle commet une faute pénale entraînant la mort de son enfant *in utero* ? Pour se défendre de l'allégation de graves imprudences ayant provoqué la mort de son fœtus (par exemple en raison d'une activité sportive dangereuse), la femme enceinte se trouverait dans la même situation qu'une personne invoquant la légitime défense. Elle devrait invoquer le caractère volontaire de l'acte, ce qui serait exclusif de toute sanction. La Professeure estime que « peu de parquets poursuivraient d'office la mère pour avoir involontairement tué le fœtus qu'elle portait » mais qu'il existe toutefois « un risque réel de constitutions de partie civile du père ou d'autres parents rendant les poursuites contre la mère inévitables »³³⁸.

Mais là encore, il suffit d'employer le même mécanisme que celui utilisé depuis 1993 dans le cadre de la législation sur l'IVG, en excluant expressément la responsabilité pénale de la femme enceinte portant une atteinte involontaire à la vie de son fœtus. Le principe d'égalité devant la loi ne s'en trouverait pas atteint dans la mesure où des situations différentes justifient des règles différentes.

³³² Mireille Delmas-Marty, citée par Dominique Fenouillet, *op. cit.*

³³³ Dominique Fenouillet, *op. cit.*

³³⁴ Article 221-6 du code pénal.

³³⁵ Article L. 2222-2 du code de la santé publique.

³³⁶ Mireille Delmas-Marty, citée par Jerry Sainte-Rose, Michèle-Laure Rassat et Pierre Sargos, *op. cit.*

³³⁷ Loi n° 93-121 du 27 janvier 1993 portant diverses mesures d'ordre social, JORF n° 25 du 30 janvier 1993.

³³⁸ Mireille Delmas-Marty, *op. cit.*

161. – L’homicide involontaire appliqué à l’enfant à naître apparaît ainsi incompatible avec les incriminations existantes en matière d’IVG. Seule une infraction spécifique, dotée d’un mécanisme d’exclusion de la responsabilité pénale de la femme enceinte, peut pallier ces difficultés.

162. – La crainte de la remise en cause du droit à l’IVG est donc une raison politique sous-jacente justifiant l’absence de protection pénale avant la naissance. Si cette inquiétude repose sur une erreur de raisonnement inversant le principe de la dignité humaine et l’exception qu’est le droit d’avorter, cette inquiétude est justifiée par le danger de l’assimilation de l’IVG à un meurtre ainsi que par l’incompatibilité de l’homicide involontaire sur l’enfant à naître avec les incriminations existantes. Il semble pourtant que le droit à l’IVG peut se concilier avec l’hypothèse d’une protection pénale de la vie prénatale. Le rôle symbolique du droit pénal d’identification des valeurs essentielles d’une société ne peut en effet que nous conduire à souhaiter que les atteintes involontaires des tiers à la vie de l’enfant à naître ne demeurent pas impunies, faute de qualification. La conciliation entre droit à l’IVG et protection pénale de la vie prénatale n’est pas inconcevable même si cette tâche revenant au législateur est particulièrement ardue (chapitre 2).

Chapitre 2 – La protection pénale de la vie prénatale, délicate entreprise du droit prospectif

163. – La protection pénale de la vie prénatale est une entreprise délicate revenant au droit prospectif. Son régime doit veiller à ne laisser aucune place au doute et à la crainte d’une possible remise en cause du droit à l’IVG, au risque d’être rejeté comme ce fut le cas de l’amendement Garraud (section 1). Afin de pallier ce risque, émerge l’idée à la fois doctrinale et parlementaire de la création d’une infraction spécifique d’atteinte involontaire à la vie de l’enfant à naître (section 2).

Section 1 – Le rejet de l’amendement Garraud : entre protection pénale de la vie prénatale et remise en cause du droit à l’IVG

164. – L’amendement Garraud avait pour objectif de créer un « délit d’interruption involontaire de grossesse » (§ 1) mais fut rejeté en raison de la controverse qu’il a suscitée (§ 2).

§ 1 – La création d'un « délit d'interruption involontaire de grossesse »

165. – En 2003, dans le cadre de l'examen du projet de loi « Perben II » portant sur l'adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité³³⁹, l'amendement proposé par le député Jean-Paul Garraud³⁴⁰ avait pour but de créer un délit spécifique d'homicide involontaire commis à l'égard du fœtus, punissant d'un an d'emprisonnement et de 15 000 euros d'amende une interruption involontaire de grossesse, c'est-à-dire provoquée par « une maladresse, une imprudence, une inattention, une négligence ou un manquement à une obligation de sécurité ». La question de la protection pénale de l'enfant à naître n'était pas nouvelle³⁴¹.

L'amendement avait pour ambition de modifier l'article 223-11 du code pénal afin qu'il dispose que « l'interruption de la grossesse, sans le consentement de l'intéressée, causée, dans les conditions et selon les distinctions prévues par l'article 121-3, par maladresse, imprudence, inattention, négligence ou manquement à une obligation de sécurité ou de prudence prévue par la loi ou le règlement est punie d'un an d'emprisonnement et de 15 000 euros d'amende. Si les faits résultent de la violation manifestement délibérée d'une obligation particulière de prudence ou de sécurité prévue par la loi ou le règlement, la peine est de deux ans d'emprisonnement et de 30 000 euros d'amende ».

L'amendement aurait également rétabli un article 223-12 punissant les faits prévus par l'article 223-11 lorsqu'ils sont commis par le conducteur d'un véhicule terrestre à moteur d'une peine de deux ans d'emprisonnement et de 30 000 euros d'amende. Cette peine devait être portée à trois ans d'emprisonnement et à 45 000 euros d'amende en cas de circonstances aggravantes, par ailleurs identiques à celles prévues à l'article 221-6-1 du code pénal. Les peines devaient en outre être portées à cinq ans d'emprisonnement et 75 000 euros d'amende en présence d'au moins deux circonstances aggravantes.

Par souci de cohérence, cet amendement souhaitait rehausser la peine prévue à l'article 223-10 du code pénal réprimant l'interruption volontaire de la grossesse sans le consentement de l'intéressée. La peine, fixée à cinq ans d'emprisonnement et 75 000 euros d'amende, aurait été portée à sept ans d'emprisonnement et 100 000 euros d'amende. Ainsi, cela aurait assuré que la répression de l'atteinte volontaire à la vie prénatale soit toujours davantage punie que celle de l'atteinte involontaire, même en cas d'aggravation.

166. – L'ambition de l'amendement Garraud de créer une « délit d'interruption involontaire de grossesse » n'a toutefois pas vu le jour en raison de la controverse qu'il a suscitée (§ 2).

³³⁹ Projet de loi portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité, n° 784, déposé le 9 avril 2003.

³⁴⁰ Amendement présenté par M. Jean-Paul Garraud au sujet d'une proposition de loi portant création d'un délit d'interruption involontaire de grossesse, déposé à l'Assemblée nationale le 14 mai 2003, n° 837.

³⁴¹ Le législateur a voulu intervenir à plusieurs reprises. V. l'amendement présenté par M. Claude Gaillard au sujet d'une proposition de loi relative à la protection pénale de l'enfant à naître contre les atteintes involontaires à la vie, déposé à l'Assemblée nationale le 6 février 2002, n° 3572. V. le premier amendement présenté par M. Jean-Paul Garraud au sujet du projet de loi renforçant la lutte contre la violence routière du 26 février 2003 (n° 638).

§ 2 – La controverse suscitée par l'amendement, à l'origine de son refus

167. – Si la proposition de loi était motivée par le désir d'appréhender « les cas où les femmes enceintes perdent leur enfant en raison de faits commis involontairement par leur auteur » et ce « sans remettre en cause en aucune façon le statut de l'embryon »³⁴², elle n'a toutefois pas abouti³⁴³ en raison de la polémique suscitée, cristallisée par l'ambiguïté de sa dénomination. Il était en effet question de créer un « délit d'interruption involontaire de grossesse ».

Face à l'hostilité d'élus (dont Jean-Louis Debré, alors Président de l'Assemblée nationale), d'associations, de magistrats, du Syndicat national des gynécologues et obstétriciens de France, de l'avocate Gisèle Halimi et d'Élisabeth Badinter, le gouvernement en place a tout d'abord annoncé une concertation permettant d'aboutir à un texte dépourvu de toute ambiguïté. Toutefois, craignant que la création d'un tel délit ne remette en question le droit à l'IVG, le ministre Dominique Perben a demandé le retrait définitif de la mesure et le Sénat a finalement prononcé la suppression de l'amendement. Si le projet a suscité une opposition si vive, c'est au motif que la création d'un tel texte aurait conduit à dissocier la femme enceinte de l'enfant. Or, la législation actuelle permet à une femme d'avorter au nom de son droit à disposer de son corps, ce qui implique que le fœtus est le prolongement de celle-ci. Une telle dissociation aurait ouvert la voie à l'élaboration d'un statut spécial de l'enfant à naître, et par voie de conséquence, à une possible remise en question du droit à l'avortement³⁴⁴. Dans le même sens, le Mouvement français pour le planning familial a par ailleurs estimé qu'un tel projet allait procurer « insidieusement au fœtus le statut juridique d'une personne »³⁴⁵, et conduire ainsi à l'interdiction de l'interruption volontaire de grossesse.

168. – Tel n'aurait sans doute pas été le cas, mais il est vrai que l'amendement ne pose aucune condition à la caractérisation du délit, comme par exemple un critère de viabilité. Un fœtus à n'importe quel stade de développement pourrait donc en être la victime. En premier lieu, la constitution du délit aurait pu être soumise à une condition afin de ne pas sanctionner trop en amont l'atteinte involontaire à la vie de l'enfant à naître.

En outre, la dénomination même du délit proposé par le député Jean-Paul Garraud cristallise cette crainte, par ailleurs légitime. Un « délit d'interruption involontaire de grossesse » fait écho à la liberté des femmes de recourir à une interruption volontaire de grossesse et brouille la frontière entre d'une part l'atteinte à la vie prénatale commise par la femme enceinte, comportement licite, et d'autre part l'atteinte à la vie prénatale commise par les tiers, comportement que l'amendement cherchait à réprimer. Ainsi, la proposition de loi aurait pu revêtir une dénomination moins clivante, sans mention

³⁴² Exposé des motifs de l'amendement, Jean-Paul Garraud, *op. cit.*

³⁴³ V. Patrick Maistre du Chambon, L'amendement Garraud. Retour sur un procès en sorcellerie, *Rev. pénit.* 2004, n° 2, p. 313 et s.

³⁴⁴ Florence Bellivier, Pierre Egea, Les chemins de la liberté. Petite leçon de biopolitique, *D.* 2004, p. 647.

³⁴⁵ Cité dans L'amendement Garraud suscite un tollé politique, *Les Échos*, 1er décembre 2003.

de l'interruption de grossesse³⁴⁶. A certains égards, la dénomination d' « homicide » n'apparaît pas non plus souhaitable en ce qu'elle associerait dans une trop grande mesure le fœtus à une personne. A d'autres égards, le terme « homicide » s'attache purement et simplement à l'action de donner la mort à un être humain³⁴⁷, or l'humanité de l'enfant à naître n'est pas contestée.

169. – La controverse suscitée par l'amendement Garraud a justifié son refus puisqu'il prêtait à confusion en faisant craindre une remise en cause du droit à l'IVG. Malgré cet échec, et avec le souci constant d'éviter tout amalgame avec le droit à l'IVG, émerge l'idée à la fois doctrinale et parlementaire de la création d'une infraction spécifique d'atteinte involontaire à la vie de l'enfant à naître, à défaut d'appliquer l'incrimination de droit commun (section 2).

Section 2 – La défense doctrinale et parlementaire de la création d'une infraction spécifique

170. – La création d'une incrimination spécifique d'atteinte involontaire à la vie prénatale suppose d'écarter toute prise en considération de critères étrangers à son but (§ 1) et de prendre en considération le stade de viabilité de l'enfant à naître (§ 2).

§ 1 – Une incrimination indépendante de critères étrangers à son but

171. – L'incrimination doit demeurer indépendante des critères de la personnalité juridique (A) et de la naissance en vie (B).

A – L'indépendance vis-à-vis de la personnalité juridique

172. – Le but du droit pénal, n'est pas seulement de protéger une personne humaine née vivante et viable. Plus largement, il a vocation à protéger une personne humaine vivante. En témoigne la *ratio legis* de l'article 221-6 du code pénal qui vise la protection de la vie humaine³⁴⁸. Il s'agit donc de créer une infraction spécifique incriminant l'homicide involontaire à l'égard du fœtus, infraction qui serait indépendante du critère de la personnalité juridique. En un cas contraire, cette incrimination nécessiterait évidemment que l'enfant à naître soit doté de cette personnalité pour bénéficier d'une protection pénale. Le Doyen Jean Carbonnier préconise de s'abstenir d'accorder la personnalité juridique à l'enfant à naître. Il estime en effet qu'il est certes particulièrement délicat de répondre à la question de savoir si le fœtus doit l'acquérir ou non, mais qu'à vrai dire cette question n'a pas lieu d'être,

³⁴⁶ Par exemple une proposition de loi portant création d'un « délit d'homicide involontaire sur l'enfant *in utero* » ou un « délit d'atteinte involontaire à la vie de l'enfant *in utero* ».

³⁴⁷ Le terme « homicide » est issu du mot latin *homicida* ou *homicidium*, composé de *homo* (« humain ») et de *cidium* (« acte de tuer ») et signifie littéralement le fait de tuer un être humain.

³⁴⁸ V. *supra* n° 67 et s.

en ce qu'elle se situe sur un terrain étranger au droit pénal. Selon le Professeur, il faudrait retenir une qualification d'homicide involontaire sur l'enfant à naître indépendante d'un tel critère puisque la loi pénale protège la vie humaine. Il est en effet « établi par les données acquises de la science aussi bien que par l'expérience générale des mères que, dès avant la naissance, l'enfant *in utero matris* a une vie distincte, double constatation que le législateur a traduite dans l'article 1er de la loi du 17 janvier 1975, ainsi que dans l'article 16 du code civil »³⁴⁹.

173. – Pourtant, une partie de la doctrine, assimilant le défaut de personnalité juridique du fœtus à une forme d'inexistence totale en droit, soutient ainsi l'idée selon laquelle l'enfant à naître, pour bénéficier d'une protection pénale, doit acquérir la personnalité juridique. En ce sens, Monsieur le Professeur Xavier Labbé a émis l'idée de faire débiter le point de départ de la protection pénale de l'enfant à naître à partir de l'octroi de la personnalité juridique. Il propose en effet que la femme enceinte le souhaitant puisse effectuer en mairie une déclaration de grossesse une fois passé le délai légal permettant l'IVG afin que l'enfant qu'elle porte bénéficie d'une personnalité juridique avant sa naissance, et ainsi d'une protection pénale³⁵⁰.

Or, nul besoin d'en arriver là. Ce n'est pas parce qu'il n'est pas un sujet de droit que son humanité doit être ignorée et qu'il ne mérite pas la protection offerte par le droit pénal. La protection pénale du fœtus n'aurait pas pour effet une remise en question du droit civil. En vertu du principe de l'autonomie du droit pénal, ce dernier n'a pas à s'aligner sur le droit civil et peut ainsi prévoir une telle incrimination sans pour autant que soit accordée la personnalité juridique au fœtus.

A noter d'ailleurs que la personnalité juridique n'apparaît pas être une condition de la protection du vivant offerte par le droit pénal puisque les atteintes à l'environnement³⁵¹ et à l'animal³⁵² sont réprimées. Le fœtus, lui aussi, est protégé à travers diverses infractions sans pour autant être un sujet de droit. Là où la notion civiliste de « personne » permet l'acquisition de la personnalité juridique à la naissance sous réserve que soient remplis les critères de vie et de viabilité, la notion pénaliste de personne est en principe censée accorder une protection pénale à tout être humain.

En outre, selon le rapport rédigé par l'Avocat Général J. Sainte-Rose, « il n'y a pas identité nécessaire entre la victime d'un homicide involontaire et la personne au sens du droit civil parce que la vocation des deux disciplines est tout à fait différente »³⁵³. Le droit pénal a une finalité répressive et protège l'intérêt général. Il poursuit un tout autre objectif que le droit civil ayant une finalité réparatrice. Cela explique que « dans l'hypothèse où un accident cause des blessures à une femme enceinte, la mort du fœtus ouvre au bénéfice de ses parents un droit à réparation »³⁵⁴ là où le droit pénal ne sanctionne pas.

³⁴⁹ Jean Carbonnier, cité par Dominique Fenouillet, *op. cit.*

³⁵⁰ Xavier Labbé, *La condition juridique du corps humain avant la naissance et après la mort*, 2012, thèse, Université Lille 2, p. 237 et s.

³⁵¹ Article L. 415-3 du code de l'environnement.

³⁵² Article R. 653-1 du code pénal.

³⁵³ Jerry Sainte-Rose, Michèle-Laure Rassat et Pierre Sargos, *op. cit.*

³⁵⁴ *Ibid.*

174. – En somme, pour reprendre les propos du Doyen Carbonnier, le droit doit « demeurer étranger » à la « controverse philosophique »³⁵⁵ concernant cet épineux débat divisant la société. L'indépendance de l'incrimination vis-à-vis du critère civiliste de la personnalité juridique doit s'étendre au critère de la naissance en vie (B).

B – L'indépendance vis-à-vis de la naissance en vie

175. – Il ne s'agit pas de protéger uniquement une personne née vivante comme l'a fait la Cour de cassation³⁵⁶ mais bien de protéger la vie humaine. L'infraction spécifique visant à protéger la vie prénatale doit donc demeurer indépendante du critère de la naissance en vie, posé à tort par la Cour de cassation craignant probablement les répercussions politiques d'une telle solution. Elle doit ainsi offrir une protection pénale à l'enfant décédé avant sa naissance, l'enfant mort-né, s'il est établi que l'atteinte involontaire du tiers a un lien de causalité certain avec son décès.

En outre, le critère de la naissance en vie est dépendant du hasard³⁵⁷ et cette différence de traitement entre l'enfant mort *in utero* et l'enfant mort *ex utero* engendre, selon le Professeur Yves Mayaud, une rupture d'égalité arbitraire en termes de responsabilité pénale³⁵⁸.

176. – En somme, l'incrimination spécifique doit demeurer indépendante des critères de la personnalité juridique et de la naissance en vie, éléments étrangers à sa *ratio legis*. La répression de l'atteinte involontaire à la vie de l'enfant *in utero* peut toutefois être conçue à travers la prise en compte du critère de viabilité de ce dernier (§ 2).

§ 2 – La répression de l'atteinte involontaire à la vie de l'enfant *in utero* dépendante de la viabilité

177. – Si la Cour de cassation se retranche confortablement derrière le principe de l'interprétation stricte de la loi pénale, il se peut toutefois que les arrêts qu'elle a rendus en la matière soient des arrêts de provocation à destination du législateur. Puisqu'un revirement jurisprudentiel de la chambre criminelle tend à relever du « rêve »³⁵⁹, l'intervention du Parlement est donc nécessaire, sous réserve toutefois que la répression ne crée pas davantage de troubles qu'elle n'en supprime³⁶⁰.

³⁵⁵ Jean Carbonnier, cité par Dominique Fenouillet, *op. cit.*

³⁵⁶ Cass. crim., 2 déc. 2003, n° 03-82.344, Bull. crim. 2003 n° 230 p. 931 ; Cass. crim., 24 juin 2014, n° 13-84.542, Inédit, Rev. sc. crim. 2015, p. 416, obs. P. Mistretta.

³⁵⁷ V. *supra* n° 71 et s.

³⁵⁸ Yves Mayaud, *op. cit.*

³⁵⁹ Gabriel Roujou de Boubée, Grandeur et décadence de l'interprétation stricte (très brèves observations à propos de l'homicide par imprudence du fœtus), in *Ruptures, mouvements et continuité du droit : autour de Michelle Gobert*, Economica 2004, p. 201.

³⁶⁰ Valérie Malabat, L'homicide involontaire du fœtus, in *La bioéthique en débat : le début de la vie*, D., 1ère éd., mai 2019, p. 130.

178. – Si a été soulevée l'idée de l'introduction d'une circonstance aggravante tenant à l'état de grossesse de la victime en cas d'atteinte involontaire à l'intégrité de cette dernière³⁶¹, cette innovation ne protégerait directement que la mère, et non le fœtus pour lui-même³⁶². Outre ces propositions, plusieurs solutions visant à garantir une véritable protection pénale de l'enfant à naître ont été émises.

Une première solution portée par Monsieur le Professeur Jean Pradel consiste à ajouter à l'article 221-6 une précision indiquant que le mot « autrui » s'entend de tout être humain de la conception à la mort³⁶³. Cette idée est à rapprocher de celle de Madame le Professeur Rassat résidant dans l'ajout après l'intitulé du titre II « Des atteintes à la personne humaine » du livre II du code pénal, d'un article 221 disposant que « la personne humaine susceptible d'être victime des crimes et délits incriminés sous ce titre, s'entend sauf précisions contraires, de tout être né et à naître »³⁶⁴.

Toutefois, appliquer à l'enfant à naître l'infraction de l'homicide involontaire nourrit la crainte d'une remise en cause du droit à l'IVG³⁶⁵. Le Professeur Philippe Conte soutient que si l'article 221-6 réprimant l'homicide involontaire était appliqué au fœtus, alors la qualification de meurtre lui serait également applicable, « ce que dément [pourtant] la répression distincte de l'interruption volontaire de grossesse »³⁶⁶.

Ces propositions consistant à étendre la qualification de l'homicide involontaire à l'enfant à naître doivent donc être écartées, d'autant qu'à la difficulté relative à l'assimilation de l'IVG à un homicide volontaire s'ajoutent d'autres obstacles tels que la violation des exigences constitutionnelles de proportionnalité du fait d'une peine plus lourde attachée à un acte involontaire qu'à un acte volontaire ou encore l'engagement de la responsabilité pénale de la femme enceinte³⁶⁷.

179. – Tous ces obstacles peuvent néanmoins être surmontés, d'une part grâce à la création d'une infraction autonome dotée d'une peine spécifique incriminant le fait de porter involontairement atteinte à la vie d'un enfant *in utero*. Il s'agirait de prévoir, au titre de cette infraction non intentionnelle, une peine plus faible que celles prévues au titre des infractions intentionnelles en matière d'interruption de grossesse. Une atteinte involontaire à la vie de l'enfant à naître ne peut en effet pas être sanctionnée plus sévèrement que celle qui serait volontaire. La peine préconisée par l'amendement Garraud, d'un an d'emprisonnement et de 15 000 euros d'amende, semble donc adaptée, avec un rehaussement en cas de circonstances aggravantes, pouvant être identiques à celles prévues aux articles 221-6 et 221-6-1 du

³⁶¹ Emmanuel Dreyer, « Autrui » en matière pénale, in *La diversité du droit : mélanges en l'honneur de Jerry Sainte-Rose*, Centre de recherches en théorie générale du droit (Paris), 2012, pp. 431-450.

³⁶² A l'image des dispositions actuelles qui permettent à la circonstance tenant à la particulière vulnérabilité de la victime, due à un état de grossesse apparent ou connu de son auteur de constituer à l'égard de bon nombre d'infractions une circonstance aggravante spéciale.

³⁶³ Jean Pradel, La seconde mort de l'enfant conçu (à propos de l'arrêt d'Assemblée plénière du 29 juin 2001), comm. de Cass. Ass. Plén., 29 juin 2001, n° 99-85.973, Bull. crim. 2001 n° 165 p. 546 : D. 2001, chron. 2907.

³⁶⁴ Michèle-Laure Rassat, Un fœtus ne peut toujours pas être la victime d'un homicide par imprudence, JCP G. 2002, 2, 10 155.

³⁶⁵ V. *supra* n° 156 et s.

³⁶⁶ Philippe Conte, *op. cit.*

³⁶⁷ V. *supra* n° 160.

code pénal. D'autre part, un mécanisme d'exclusion de la responsabilité pénale de la femme enceinte est souhaitable selon Monsieur Frédéric Archer³⁶⁸.

En effet, une législation qui protège le droit des femmes de ne pas devenir mères doit symétriquement pouvoir leur conférer le droit de l'être. Il faut donc punir ceux qui, par leur imprudence, maladresse, inattention ou négligence, prive les femmes de ce droit. À ce titre, le rapport rédigé par J. Sainte-Rose, M.-L. Rassat et P. Sargos rappelle que « ce n'est pas parce que la femme enceinte a été autorisée par la loi, sous certaines conditions, à disposer de la vie de son enfant que les tiers doivent pouvoir impunément en faire autant, que ce soit accidentellement ou non »³⁶⁹. Dans le même sens, le Professeur Pradel note qu'« on ne saurait assimiler volonté de la mère et imprudence d'un tiers »³⁷⁰.

L'intérêt d'une infraction spécifique d'atteinte involontaire à la vie de l'enfant à naître, contrairement à celle de l'homicide non intentionnel, est qu'elle ne conduirait pas à assimiler l'enfant à naître à une personne. À ce titre, il existe des sanctions pénales frappant l'auteur d'une atteinte involontaire à la vie d'un animal³⁷¹ qui n'en est pas pour autant devenu une personne. Une infraction spécifique se concilie ainsi davantage avec la législation relative à l'IVG. Une telle incrimination apparaît donc nécessaire pour assurer la protection pénale de l'enfant à naître.

Condamner pénalement l'auteur d'une atteinte involontaire à la vie de l'enfant à naître soulève toutefois une dernière difficulté. Il est en effet inhérent aux infractions non intentionnelles de rester étrangères à la qualité de la victime puisque cette dernière est une personne indéterminée. Selon le Doyen Carbonnier, il s'agirait donc d'un délit involontaire « *praeter intentionnel* », en ce que « l'agent ne pouvait avoir aucune représentation psychologique de sa victime finale, l'enfant *in utero matris* »³⁷². Il est alors possible de concevoir qu'à l'instar de la doctrine anglo-saxonne, « l'auteur doit prendre sa victime comme il la trouve »³⁷³ (*eggshell skull rule*).

180. – La question est désormais de savoir sur quel critère doit reposer cette infraction autonome visant à protéger la liberté procréative de la femme enceinte et la vie prénatale. La solution consacrée par la Cour de cassation est radicale en ce qu'elle a refusé toute nuance, même pour le fœtus sur le point de naître. En effet, la jurisprudence actuelle ne tient pas compte du développement *in utero* de l'enfant à naître, parfois extrêmement avancé³⁷⁴. Pourtant, la doctrine suggérerait d'établir une différence entre le fœtus non viable et le fœtus viable en évaluant sa viabilité au moment de l'atteinte, en cas de naissance anticipée.

³⁶⁸ Frédéric Archer, *op. cit.*, p. 287.

³⁶⁹ Jerry Sainte-Rose, Michèle-Laure Rassat et Pierre Sargos, *op. cit.*

³⁷⁰ Jean Pradel, *op. cit.*

³⁷¹ Article R. 653-1 du code pénal.

³⁷² Jean Carbonnier, cité par Dominique Fenouillet, *op. cit.*

³⁷³ Traduction de l'adage « a defendant must take the victim as they find them ».

³⁷⁴ V. CA de Pau, 5 février 2015, n° 14/00480, D. 2015 ; Cass. crim., 25 juin 2002, n° 00-81.359, Bull. crim. 2002 n° 144 p. 531 ; Cass. crim., 4 mai 2004, n° 03-86.175, Bull. crim. 2004 n° 108 p. 418.

Traditionnellement, et en vertu des recommandations de l’OMS, la viabilité est présumée au moyen de deux critères alternatifs : une durée de gestation d’au moins vingt semaines de grossesse et un poids d’au moins 500 grammes. La circulaire du 22 juillet 1993 relative à la déclaration des nouveau-nés décédés à l’état civil³⁷⁵ s’est conformée à ces recommandations³⁷⁶.

Afin de permettre une réelle reconnaissance pénale du fœtus, le député Fabien Di Filippo a déposé le 21 novembre 2023 une proposition de loi dans laquelle il soutenait l’idée que la protection pénale « ne débute plus à la naissance de l’enfant », à condition qu’il soit né vivant, mais qu’elle soit « uniquement liée au critère de viabilité », tout en se basant sur les critères alternatifs de la viabilité définis par la circulaire du 22 juillet 1993, conformément aux recommandations de l’OMS³⁷⁷. Il argue que « lorsqu’une personne ôte la vie à un fœtus viable, c’est la vie d’un être humain ayant la capacité naturelle de vivre qui est atteinte ». La proposition de loi vise ainsi à étendre la qualification d’homicide aux actes ayant entraîné la fin du développement d’un fœtus viable, c’est-à-dire ayant atteint le seuil de viabilité de vingt semaines de grossesse ou de 500 grammes³⁷⁸. Bien entendu, cela n’a pas vocation à concerner les interruptions volontaires de grossesse à motif thérapeutique ni le cas des femmes enceintes perdant leur enfant en cours de grossesse. Le député propose par ailleurs d’appliquer au fœtus les qualifications de violences ayant entraîné la mort sans intention de la donner et de meurtre.

Toutefois, l’amendement ne propose donc pas d’infraction spécifique ni de peines plus légères mais bien d’octroyer la protection pénale des personnes au fœtus en étendant la qualification d’homicide involontaire.

181. – Il est néanmoins possible, au moyen du critère de viabilité, de concevoir un délit spécifique d’homicide involontaire sur le fœtus. Il se caractériserait lorsque l’enfant à naître était viable avant l’atteinte, c’est-à-dire qu’il aurait eu la capacité de survivre par lui-même, disposant alors d’une humanité distincte de celle de sa mère. Selon le Professeur Yves Mayaud, « dès que le fœtus a la capacité de vivre par lui-même, qu’il peut avoir une capacité de survie par rapport à celle qui le porte, il n’est plus *pars viscerum matris* mais bien cet être humain que le droit pénal protège »³⁷⁹. Selon le Professeur, la viabilité permet donc de considérer l’enfant à naître comme « autrui ». Il poursuit : « à l’inverse, tant que cette réalité n’est pas établie, l’enfant participe de l’humanité de sa mère et la vie qu’il représente n’étant pas encore vie d’autrui, il ne saurait prétendre à une protection séparée. La viabilité est aussi révélatrice

³⁷⁵ Circulaire DGS n° 50 du 22 juillet 1993 relative à la déclaration des nouveau-nés décédés à l’état civil.

³⁷⁶ Elle ne prend toutefois pas en considération d’éventuelles malformations même létales, ainsi incompatibles avec une survie prolongée.

³⁷⁷ Proposition de loi présentée par M. Fabien Di Filippo le 21 novembre 2023 à l’Assemblée nationale et visant à étendre la qualification d’homicide aux violences ou négligences ayant causé le décès *in utero* d’un fœtus viable, n° 1887.

³⁷⁸ C’est en ce sens que la cour d’appel de Reims avait estimé qu’un fœtus âgé de huit mois de grossesse avait franchi le seuil de viabilité et était ainsi capable de vivre de façon autonome jusqu’au terme. Il devait donc être regardé comme une personne humaine bénéficiant de la protection pénale : CA de Reims, 3 février 2000, D., 2000, p. 873, Homicide involontaire d’un enfant à naître à la suite d’un accident de la circulation, note J.-Y. Chevallier.

³⁷⁹ Yves Mayaud, Entre vie et mort, la protection pénale du fœtus, Rev. sc. crim. 1999, p. 813.

d'altérité ». En pratique, lorsque le décès du fœtus est consécutif à l'acte involontaire de l'auteur, il suffit de se poser la question suivante : si cet acte ne s'était pas produit, le fœtus aurait-il été viable en cas de naissance prématurée ? Et si tel est le cas, l'infraction autonome d'homicide involontaire sur le fœtus serait alors constituée en raison d'une atteinte effective à sa vie.

Le contrôle de la viabilité du fœtus pourrait alors être effectué *in abstracto*, en suivant les critères posés par l'OMS³⁸⁰, ou bien et sous réserve de la précision des techniques médicales, la viabilité pourrait être évaluée *in concreto*. L'appréciation au cas par cas permettrait d'une part d'éviter de fixer un délai rigide mais surtout de se tenir au plus près de la réalité médicale propre à chaque cas.

Sanctionner en amont de toute viabilité³⁸¹ paraîtrait en revanche discutable puisque le fœtus n'incarne à ce moment qu'une vie potentielle, à laquelle d'ailleurs moult facteurs pourraient mettre un terme. Il ne serait donc pas souhaitable en cas d'atteinte mortelle à un fœtus non viable d'attribuer exclusivement la cause de sa disparition à l'acte de l'auteur, sans connaissance de ce que l'avenir aurait pu réserver à cette vie strictement probable. Cela explique qu'un simple critère de vie intra-utérine³⁸² ne semble pas suffisant pour accorder une protection pénale au fœtus, d'autant qu'il s'accorderait mal avec la législation relative à l'IVG. En effet, le critère de viabilité permet en pratique d'éviter tout amalgame et de placer un curseur là où le droit à l'IVG et la protection pénale de l'enfant à naître ne sont pas susceptibles de se rencontrer. En ce sens, le rapport rédigé par J. Sainte-Rose, M.-L. Rassat et P. Sargos souligne que « le recours à la notion controversée de viabilité s'explique non pas tant [...] comme une concession faite à la théorie civiliste de la personnalité dont on retiendrait ainsi l'un des éléments essentiels mais plutôt comme une prudence des pénalistes confrontés à une situation dont l'appréciation peut être délicate lorsque l'enfant n'avait pas encore une vie extériorisée au moment des faits ayant causé sa mort »³⁸³. A l'inverse, à partir du moment où le fœtus est viable, cette potentialité se concrétise à tel point qu'il semble digne d'une protection pénale.

Il n'en demeure pas moins que le critère de viabilité est à l'inverse décrié par une partie de la doctrine. Tandis que le législateur prônait, à l'article 16 du code civil, le respect de la vie dès son commencement, imposer un critère de viabilité ne va pas de soi car « le droit pénal ne saurait seulement protéger les êtres humains jugés aptes à vivre mais tous les êtres humains vivants »³⁸⁴.

³⁸⁰ L'infraction pourrait être rédigée de la manière suivante : « le fait de mettre fin, dans les conditions et selon les distinctions prévues à l'article 121-3 du code pénal, par maladresse, imprudence, inattention, négligence ou manquement à une obligation de sécurité ou de prudence prévue par la loi ou le règlement, au développement du fœtus d'autrui lorsque celui-ci a atteint vingt-deux semaines d'aménorrhée ou le poids de 500 grammes, conformément aux seuils de viabilité définis par l'Organisation mondiale de la santé, sans le consentement de la femme enceinte concernée, est punie d'un an d'emprisonnement et de 15 000 euros d'amende. Si les faits résultent de la violation manifestement délibérée d'une obligation particulière de prudence ou de sécurité prévue par la loi ou le règlement, la peine est de deux ans d'emprisonnement et de 30 000 euros d'amende ». Un autre alinéa serait destiné à exclure la femme enceinte concernée de l'incrimination.

³⁸¹ Comme le préconisait par exemple l'amendement Garraud : v. *supra* n° 164 et s. et not. 168.

³⁸² C'est en vertu de ce seul critère de vie intra-utérine que deux cours d'appel déduisent la caractérisation d'un homicide involontaire sur l'enfant à naître : CA de Douai, 16 mai 1882, S., 1883, 2, p. 153 ; CA d'Amiens, 28 avril 1964, Gaz. Pal. 1964, 2, p. 167 ; RSC, 1967, p. 165, obs. J. Huguenay.

³⁸³ Jerry Sainte-Rose, Michèle-Laure Rassat et Pierre Sargos, *op. cit.*

³⁸⁴ Dictionnaire permanent de bioéthique et biotechnologies, D., Bulletin mensuel, mars 1997, n° 46, p. 8920.

Cette infraction spécifique, dépendante du critère de viabilité, accorde une protection pénale à l'enfant à naître qui a la capacité de vivre par lui-même et qui n'est donc plus *pars viscerum matris*. Elle protège l'enfant à naître viable, prêt à vivre, mais prive le fœtus non viable de protection. Ce qui importe est de savoir si l'enfant eût été viable en l'absence d'atteinte.

182. – Il semble ainsi que le droit à l'IVG n'est pas totalement inconciliable avec l'hypothèse d'une protection pénale de la vie prénatale même si cette entreprise, revenant au droit prospectif, s'avère particulièrement ardue.

183. Conclusion du titre 2. – En définitive, le droit à l'IVG est d'apparence incompatible avec la protection pénale de l'enfant à naître. Accorder une véritable protection pénale au fœtus semble entrer en contradiction avec le droit à l'IVG en raison d'une crainte politique sous-jacente relative à la remise en cause de ce droit. Toutefois, nous avons démontré que la protection pénale de la vie prénatale, aussi délicate soit-elle, demeure possible.

184. Conclusion de la seconde partie. – Plusieurs obstacles se sont dressés devant la protection pénale de la vie prénatale, la rendant extrêmement délicate. En effet, le retrait progressif de la norme pénale dans le domaine de l'IVG puis la faveur croissante de la législation en la matière faite à la protection de la liberté procréative de la femme ont constitué un véritable bouleversement. Si bien que cela a contribué à l'émergence de l'opinion selon laquelle accorder une protection pénale à l'enfant à naître aurait pour conséquence logique et inévitable de remettre en question le droit à l'IVG. Le caractère de prime abord incompatible du droit à interrompre sa grossesse avec la protection pénale de l'enfant à naître n'est cependant pas intangible.

CONCLUSION

185. – Puisque le droit pénal juge que l'enfant à naître n'est pas une personne, il n'est pas digne de la protection de la personne humaine prévue au sein du titre II du livre II du code pénal. Si ce véritable « alien juridique »³⁸⁵ fait l'objet d'infractions spécifiques, une protection pénale générale lui est refusée. Ainsi, en exigeant la condition de la naissance en vie, la jurisprudence exclut le fœtus du champ d'application de l'article 221-6 sanctionnant l'homicide involontaire. Nous avons montré que l'impunité de l'atteinte non intentionnelle à sa vie suscitait des critiques virulentes. La doctrine souligne, entre autres, un amalgame entre personne juridique et personne humaine en ce que l'homicide involontaire protège la valeur sociale de la vie humaine et non la naissance en vie ni la personnalité juridique. La qualité d'être humain de l'enfant conçu est donc niée par le droit pénal.

186. – Mais devant la protection pénale de l'enfant à naître se sont dressés des obstacles de taille. Cette abstention n'est autre que le fruit de craintes juridiques et politiques. Un tel choix est motivé par l'inquiétude de la remise en question du droit à l'IVG. Le droit pénal s'interdit d'assimiler l'enfant à naître à une personne, de peur que l'avortement ne constitue un meurtre. De surcroît, le changement de la *ratio legis* de la législation relative à l'IVG, autrefois portée sur la vie prénatale et protégeant désormais la liberté procréative de la femme, a été opéré au détriment de la protection pénale de l'être humain avant la naissance. Au fur et à mesure que s'affirmait cette liberté procréative, le droit à la vie de l'enfant à naître semblait s'éroder, au point de considérer l'interruption volontaire de grossesse comme inconciliable avec une protection pénale de la vie de l'enfant à naître. C'est précisément en vertu de cette inquiétude relative à la remise en cause du droit d'interrompre sa grossesse que toutes les propositions visant à sanctionner l'atteinte involontaire à la vie du fœtus ont été écartées, comme ce fut le cas de l'amendement déposé par le député Jean-Paul Garraud qui avait pour ambition de créer un « délit d'interruption involontaire de grossesse »³⁸⁶.

Toutefois, réprimer les atteintes involontaires à la vie prénatale revient à respecter le choix de la femme enceinte de poursuivre ou non sa grossesse. Et nous avons montré qu'à bien des égards, son consentement apparaissait comme un véritable axiome dont dépendra la répression d'infractions comme les délits d'entrave à l'interruption volontaire de grossesse et d'interruption forcée de grossesse.

³⁸⁵ En ce qu'il incarne une entité inclassable au sein de la *summa divisio* personne/chose : Florence Bellivier, *Droit des personnes*, Domat droit privé, LGDJ-Lextenso éd., 2015, n° 221 et s. et not. 232.

³⁸⁶ Amendement présenté par M. Jean-Paul Garraud au sujet d'une proposition de loi portant création d'un délit d'interruption involontaire de grossesse, déposé à l'Assemblée nationale le 14 mai 2003, n° 837.

187. – Nous avons voulu démontrer que la protection pénale de l'enfant à naître, bien qu'extrêmement délicate, ne s'avère pas impossible. La conciliation entre le droit à l'IVG et la protection pénale de la vie prénatale n'est peut-être pas un dilemme cornélien. Afin d'éviter de tels écueils, nous avons soutenu l'idée d'une incrimination spécifique dotée d'un mécanisme d'exclusion de la responsabilité pénale de la femme enceinte, infraction ayant pour seul critère la viabilité du fœtus au moment de l'atteinte.

BIBLIOGRAPHIE

I. Ouvrages généraux

- Florence Bellivier, *Droit des personnes*, Domat droit privé, LGDJ-Lextenso éd., 2015
- Bernard Bouloc, *Droit pénal général*, 28ème éd., D., 2023
- Jean Carbonnier, *Droit civil, tome 1 : Les personnes*, PUF, 1985
- Gérard Cornu, *Droit civil, Les biens*, Domat-Montchrestien, 13e éd., 2007
- Gérard Cornu, *Vocabulaire juridique*, Association Henri Capitant, PUF, coll. Quadriga, 14ème éd., 2021
- Charles Louis de Secondat, baron de La Brède et de Montesquieu, *De l'esprit des lois*, 1748
- Emmanuel Dreyer, *Droit pénal spécial*, 3ème éd., 2016
- Thomas Hobbes, *Léviathan ou Matière, forme et puissance de l'Etat chrétien et civil*, 1651
- Virginie Larribau-Terneyre, *Droit civil. Introduction. Biens. Personnes. Famille*, D., coll. Sirey, 20ème éd., 2018
- Agathe Lepage et Haritini Matsopoulou, *Droit pénal spécial*, 2015
- Roger Merle et André Vitu, *Traité de droit criminel*, t. 1, éd. Cujas, 1997
- Jean Pradel et Michel Danti-Juan, *Droit pénal spécial*, 2ème éd., Cujas, 2001
- Paul Ricœur, *Le juste, la justice et son échec*, L'Herne, 2005
- François Terré et Dominique Fenouillet, *Droit civil, les personnes, la famille, les incapacités*, 6ème éd., D., 1996
- Max Weber, *Le Savant et le Politique*, 1919

II. Ouvrages spécialisés, mémoires et thèses

- Anne-Claire Arrighi, *La condition pénale de l'enfant avant sa naissance : de la non-reconnaissance à la protection*, 2015, thèse, Université de La Rochelle
- Association Choisir, *Avortement, une loi en procès : l'affaire de Bobigny*, Gallimard, 1972
- Aude Bertrand Mirkovic, *La notion de personne, étude visant à clarifier le statut juridique de l'enfant à naître*, 2003
- Lisa Carayon, *La catégorisation des corps : étude sur l'humain avant la naissance et après la mort*, 2016, thèse, Université Panthéon-Sorbonne
- CGNOF, *Les Référentiels des Collèges*, éd. Elsevier-Masson, 2018

- Henri-François d'Aguesseau, *Œuvres complètes du chancelier. Essai sur l'état des personnes*, éd. Pardessus, Paris, 1819
- Muriel Fabre-Magnan, *Introduction générale au droit, Droit des personnes. Méthodologie juridique*, PUF, coll. Licence droit, 2011
- Ammar Guesmi, *La protection pénale de l'enfant avant sa naissance*, 2003, 1ère éd., thèse, Université Panthéon-Assas
- Gisèle Halimi, *La cause des femmes*, Grasset, 1973
- Elodie Hartmann, *Le droit pénal face à la maternité criminelle (XII-XXIème siècles)*, 2011, thèse, Université de Strasbourg
- Marie-Angèle Hermitte, *Le droit saisi au vif*, éd. Pétra, 2012
- Xavier Labbé, *La condition juridique du corps humain avant la naissance et après la mort*, 2012, thèse, Université Lille 2
- Astrid Marais, Bénédicte Boyer-Bévière, Dorothée Dibie, *La bioéthique en débat : le début de la vie*, 2019
- Xavier Pin, *Le consentement en matière pénale*, 2002, LGD
- Marie Rieu, *L'homicide involontaire du fœtus à l'aune du droit comparé*, 2023, mémoire sous la dir. du Professeur Philippe Conte, Université Panthéon-Assas
- Jacques-Henri Robert, Stamatios Tzitzis, *La personne juridique dans la philosophie du droit pénal*, éd. Panthéon-Assas, 2003
- Catherine Valenti, *Bobigny, le procès de l'avortement*, Larousse, 2010
- Lucie Versnaeyen-Collin, *L'interruption médicale de grossesse pour péril psychiatrique : approche théorique et clinique*, 2013, thèse de médecine, Université Lille 2
- Linda Yacoubi, *Interruption médicale sélective de grossesse : quel devenir pour le jumeau sain ?*, 2019, thèse de gynécologie et obstétrique, Université d'Aix-Marseille

III. Articles et contributions

- Guillaume Beaussonie, Les bornes de la personnalité juridique en droit pénal, *Dr. fam.*, 2012, n° 9, p. 18
- Florence Bellivier, Pierre Egea, Les chemins de la liberté. Petite leçon de biopolitique, *D.* 2004, p. 647
- Mikaël Benillouche, La conciliation délicate du « fœticide » volontaire et des incriminations de droit commun, *AJ pénal* 2015, p. 89
- Jean-René Binet, L'acte d'enfant sans vie, un contentieux en gestation ?, *JCP G.* 2010
- Yves-Bernard Brissaud, L'infanticide à la fin du Moyen-Âge, ses motivations psychologiques et sa répression, *RHDFE*, 1972, pp. 229-256
- Jean Carbonnier, Note sur l'arrêt de la cour d'appel de Metz du 3 septembre 1998 (homicide involontaire). Texte inédit - 16 mars 2001, *L'Année sociologique*, vol. 57, n° 2, 2007, pp. 519-525

- Philippe Caspar, La problématique de l'animation de l'embryon. Survol historique et enjeux dogmatiques, *Nouvelle revue théologique*, 113, 1991, p. 4
- Guillaume Chetard, De certains aspects politiques de l'état de nécessité, *AJ pénal*, n° 6, 2023, p. 260
- Jean-Yves Chevallier à propos de Cass. crim., 30 juin 1999, n° 97-82.351, *Bull. crim.* 1999 n° 174 p. 511, « Naître ou n'être pas ». La chambre criminelle et l'homicide du fœtus, *Droit et actualité, Mélanges offerts à Jacques Béguin*, LexisNexis, 2005, pp. 125-140
- Philippe Conte, Homicide par imprudence - cas du fœtus, *Dr. pén.*, n° 9, septembre 2018, comm. 147
- Gérard Cornu, rapport de synthèse in *L'embryon humain : approche multidisciplinaire, actes du colloque des 9 et 10 nov. 1995*, sous la dir. de Brigitte Feuillet-Le Mintier, Economica, 1996
- Roland Crahay, Les moralistes anciens et l'avortement, *Antiquités classiques*, 10-1, 1941, p. 11
- Françoise Dekeuwer-Défossez, Répertoire de droit pénal et de procédure pénale, Interruption volontaire de grossesse, *D.*, n° 27, 28 et 49
- Ludovic Demont, comm. de Cass. Ass. Plén., 29 juin 2001, n° 99-85.973, *Bull. crim.* 2001 n° 165 p. 546, *Dr. pén.* 2001, chron. n°34, p. 6
- Christine Desnoyers et Laurent Dumaine, obs. sous Cass. crim., 30 juin 1999, n° 97-82.351, *Bull. crim.* 1999 n° 174 p. 511
- Jean de Viguerie, Quelques précisions sur l'histoire de l'avortement en France sous l'Ancien Régime, la Révolution et l'Empire, *RHDFE*, vol. 91, n° 3, juillet-septembre 2013, p. 523
- Emmanuel Dreyer, « Autrui » en matière pénale, in *La diversité du droit : mélanges en l'honneur de Jerry Sainte-Rose*, Centre de recherches en théorie générale du droit (Paris), 2012, pp. 431-450
- Charlotte Dubois, Le plan du code pénal, outil d'interprétation des incriminations ? De la pertinence de l'argument *a rubrica* en droit pénal, *D.* 2022, p. 1477
- Dominique Fenouillet, « Les données acquises de la science et l'expérience générale des mères » au soutien de « la vie distincte de l'enfant *in utero matris* dès avant la naissance ». Un avis de Jean Carbonnier sur le statut pénal de l'enfant à naître, *L'Année sociologique*, vol. 57, n° 2, 2007, pp. 473-518
- Martine Herzog Evans, Homme, homme juridique et humanité de l'embryon, *RTD civ.*, 2000, p. 65
- Xavier Labbé, Respect et protection du corps humain, L'enfant conçu « *ex utero* », chose sacrée ?, *JCl. Civil*, Fasc. n° 50, n° 102
- Xavier Labbé, Affaire Palmade : et si l'on personnifiait l'enfant conçu ?, *Lextenso*, Actu juridique, 15 février 2023
- Jacques Lansanc, La société face à la vie prénatale in André Chancholle et Claude Sureau, *La vie à son début*, éd. Lavoisier, coll. Rapport de l'Académie nationale de médecine, 2011, p. 31
- Agathe Lepage, Réflexions de droit pénal sur la loi du 6 août 2004 relative à la protection des personnes à l'égard des traitements de données à caractère personnel, *Dr. pén.*, n° 3, mars 2005, étude 5
- Agathe Lepage, Pour une repénalisation de la provocation à l'interruption de grossesse, *JCP G.*, 2007, 2, 100046
- Agathe Lepage, Suicide et droit pénal, *Mélanges en l'honneur du professeur Jacques-Henri Robert*, LexisNexis,

2012, p. 399 et s.

- Agathe Lepage et Patrick Maistre du Chambon, Les paradoxes de la protection pénale de la vie humaine, *Mélanges dédiés à Bernard Bouloc*, D., 2006, p. 613 et s., et spéc. p. 618

- Anne Levade, Le Sénat favorable à l'inscription de la liberté de la femme de mettre fin à sa grossesse dans la Constitution : quelles conséquences ?, *Le Club des juristes*, 4 février 2023

- Patrick Maistre du Chambon, L'amendement Garraud. Retour sur un procès en sorcellerie, *Rev. pénit.* 2004, n° 2, p. 313 et s.

- Valérie Malabat, L'homicide involontaire du fœtus, in *La bioéthique en débat : le début de la vie*, D., 1ère éd., mai 2019, p. 130

- Philippe Malaurie, cité par Mme l'Avocat Général Dominique Commaret, dans ses concl., *Dr. pén.* 2002, chron. n° 31, p. 8

- Astrid Marais, Chapitre 10. L'embryon, une chose particulière, *Journal international de bioéthique et d'éthique des sciences*, 2017/4 (Vol. 28), pp. 155-163

- Bertrand Mathieu, Le contrôle de constitutionnalité virtuel de la législation relative à l'IVG, *JCP G.* 2014 n° 37, 917

- Yves Mayaud, Entre vie et mort, la protection pénale du fœtus, *Rev. sc. crim.* 1999, p. 813

- Yves Mayaud, Infractions contre les personnes, *Rev. sc. crim.*, vol. 1, n° 1, 2015, pp. 83-91

- Yves Mayaud, Dimension humaine de l'atteinte (protection pénale du fœtus), *Répertoire de droit pénal et de procédure pénale*, Violences involontaires : théorie générale, février 2022 (actualisation en mars 2022), D. n° 11 à 61

- Patrick Mistretta, *Répertoire de droit pénal et de procédure pénale*, Interruption volontaire de grossesse, mai 2019, D., n° 12

- Stéphane Mouton, IVG dans la Constitution : pourquoi une « liberté » et non pas un « droit » ?, *Le Club des juristes*, 27 février 2024

- Stéphane Mouton et Sophie Paricard, La constitutionnalisation de l'avortement : une fausse bonne idée, D., 2022

- Pierre Murat, Décès périnatal et individualisation juridique de l'être humain, *RDSS*, 1995, p. 467

- Pierre Murat, Réflexions sur la distinction être humain/personne juridique, *Dr. fam.*, septembre 1997, p. 4

- Pierre Murat, La réforme de l'inscription à l'état civil de l'enfant prématurément perdu : entre progrès et occasion manquée, *Études sur la mort*, 2001, n° 119, pp. 183-192

- Jean Pradel, La seconde mort de l'enfant conçu (à propos de l'arrêt d'Assemblée plénière du 29 juin 2001), *comm. de Cass. Ass. Plén.*, 29 juin 2001, n° 99-85.973, *Bull. crim.* 2001 n° 165 p. 546 : D. 2001, chron. 2907

- Michèle-Laure Rassat, La victime des infractions contre les personnes, obs. sous *Cass. crim.*, 30 juin 1999, n° 97-82.351, *Bull. crim.* 1999 n° 174 p. 511

- Michèle-Laure Rassat, Un fœtus ne peut toujours pas être la victime d'un homicide par imprudence, JCP G. 2002, 2, 10 155
- Didier Rebut, Répertoire de droit pénal et de procédure pénale, Omissions de porter secours - Entrave aux mesures d'assistance, octobre 2003 (actualisation en août 2018), D. n° 42
- Jacques-Henri Robert, Les crustacés sont autrui, Dr. pén., n° 11, novembre 2017, comm. 164
- Gabriel Roujou de Boubée, Grandeur et décadence de l'interprétation stricte (très brèves observations à propos de l'homicide par imprudence du fœtus), in *Ruptures, mouvements et continuité du droit : autour de Michelle Gobert*, Economica 2004, p. 201
- François Rousseau, La victime des infractions contre les personnes : personne humaine ou personne juridique ?, Rev. pénit. 2012, p. 805 et s.
- Jerry Sainte-Rose, L'enfant à naître : un objet destructible sans destinée humaine ?, JCP G. 2004, 1, 194, pp. 2360-2362
- Jerry Sainte-Rose, Une dépenalisation jurisprudentielle : l'enfant à naître ne peut jamais être victime d'un homicide, Dr. fam., n°10, octobre 2015, étude 13, n°11
- Jerry Sainte-Rose, Michèle-Laure Rassat et Pierre 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, n° 99-85.973, Bull. crim. 2001 n° 165 p. 546, JCP G. n° 29, 18 juillet 2001, 2, 10569
- Jean-François Seuvic, Variations sur l'humain, comme valeurs pénalement protégées, in *Éthique, droit et dignité de la personne. Mélanges Christian Bolze*, Economica, 1999, pp. 339-385, spéc. p. 370
- Alain Sériaux, L'humanité au tourniquet de la peine, *Mélanges offerts à R. Gassin*, 2007, p. 315
- Daniel Vigneau, Faut-il naître vivant et viable pour mourir en homme ? Dr. fam., 2000, n° 11, chr., p. 7
- Dictionnaire permanent de bioéthique et biotechnologies, D., Bulletin mensuel, mars 1997, n° 46, p. 8920
- Le bicentenaire du code pénal 1810-2010, colloque organisé par le Sénat, le 25 novembre 2010

IV. Sources de droit

- Bill C-484, Unborn Victims of Crime Act, 2007
- Circulaire DGS n° 50 du 22 juillet 1993 relative à la déclaration des nouveau-nés décédés à l'état civil CIDE, adoptée le 20 novembre 1989 aux Nations unies, signée le 26 janvier 1990 et ratifiée le 7 août 1990 par la France
- Code civil
- Code de la santé publique
- Code de l'environnement
- Code de procédure pénale

- Code pénal
- Constitution du 4 octobre 1958
- ConvEDH
- DDHC
- Loi du 12 avril 1906 modifiant les articles 66, 67 du code pénal, 340 du code d'instruction criminelle et fixant la majorité pénale à l'âge de dix-huit ans, JORF du 14 avril 1906
- Loi du 31 juillet 1920 réprimant la provocation à l'avortement et à la propagande anticonceptionnelle, JORF du 1 août 1920
- Loi du 27 mars 1923 modifiant les dispositions de l'article 317 du code pénal sur l'avortement, JORF du 29 mars 1923, p. 3122
- Loi n° 67-1176 du 28 décembre 1967 relative à la régulation des naissances et abrogeant les articles L. 648 et L. 649 du code de la santé publique, JORF du 29 décembre 1967
- Loi n° 74-631 du 5 juillet 1974 fixant à dix-huit ans l'âge de la majorité, JORF du 7 juillet 1974
- Loi n° 75-17 du 17 janvier 1975 relative à l'interruption volontaire de la grossesse, JORF du 18 janvier 1975
- Loi n° 76-629 du 10 juillet 1976 relative à la protection de la nature, JORF du 13 juillet 1976
- Loi n° 79-1204 du 31 décembre 1979 relative à l'interruption volontaire de la grossesse, JORF du 1er janvier 1980
- Loi n° 92-684 du 22 juillet 1992 portant réforme des dispositions du code pénal relatives à la répression des crimes et délits contre les personnes, JORF n° 169 du 23 juillet 1992
- Loi n° 93-121 du 27 janvier 1993 portant diverses mesures d'ordre social, JORF n° 25 du 30 janvier 1993
- Loi n° 94-654 du 29 juillet 1994 relative au don et à l'utilisation des éléments et produits du corps humain, à l'assistance médicale à la procréation et au diagnostic prénatal, JORF n° 175 du 30 juillet 1994
- Loi n° 94-653 du 29 juillet 1994 relative au respect du corps humain, JORF n° 175 du 30 juillet 1994
- Loi n° 96-393 du 13 mai 1996 relative à la responsabilité pénale pour des faits d'imprudence ou de négligence, JORF n° 112 du 14 mai 1996
- Loi n° 2000-647 du 10 juillet 2000 tendant à préciser la définition des délits non intentionnels, JORF n° 159 du 11 juillet 2000
- Loi n° 2001-588 du 4 juillet 2001 relative à l'interruption volontaire de grossesse et à la contraception, JORF n° 0156 du 7 juillet 2001
- Loi n° 2004-800 du 6 août 2004 relative à la bioéthique, JORF n° 182 du 7 août 2004
- Loi n° 2011-814 du 7 juillet 2011 relative à la bioéthique, JORF n° 0157 du 8 juillet 2011
- Loi n° 2013-711 du 5 août 2013 portant diverses dispositions d'adaptation dans le domaine de la

justice en application du droit de l'Union européenne et des engagements internationaux de la France, JORF n° 0181 du 6 août 2013

- Loi n° 2014-873 du 4 août 2014 pour l'égalité réelle entre les femmes et les hommes, JORF n° 0179 du 5 août 2014

- Loi n° 2015-177 du 16 février 2015 relative à la modernisation et à la simplification du droit et des procédures dans les domaines de la justice et des affaires intérieures, JORF n° 0040 du 17 février 2015

- Loi n° 2017-347 du 20 mars 2017 relative à l'extension du délit d'entrave à l'interruption volontaire de grossesse, JORF n° 0068 du 21 mars 2017

- Loi n° 2021-1017 du 2 août 2021 relative à la bioéthique, JORF n° 0178 du 3 août 2021

- Loi n° 2022-295 du 2 mars 2022 visant à renforcer le droit à l'avortement, JORF n° 0052 du 3 mars 2022

- Loi constitutionnelle n° 2024-200 du 8 mars 2024 relative à la liberté de recourir à l'interruption volontaire de grossesse, JORF n° 0058 du 9 mars 2024

V. Jurisprudence

• Cour de cassation

- Cass. Ass. Plén., 29 juin 2001, n° 99-85.973, Bull. crim. 2001 n° 165 p. 546, JCP G. 2001, 10569, rapp. P. Sargos, concl. J. Sainte-Rose, note M.-L. Rassat ; JCP G. 2002 1, 101, n° 21, obs. P. Murat ; Gaz. Pal. 2001, 2, 1456, note Th. Bonneau ; Gaz. Pal. 2002, 1, 85 concl. J. Sainte Rose ; Gaz. Pal. 2002, 2, 998, note S. Monnier ; Dr. pén. 2001, chron. n° 34, obs. L. Demont ; RTD civ. 2001, 560 obs. J. Hauser ; Rev. sc. crim. 2002, 97, obs. B. Bouloc

- Cass. Civ. 1re, 10 déc. 1985, n° 84-14.328, Bull. civ. 1985, 1, n° 339 p. 305

- Cass. Civ. 1re, 9 déc. 2015, n° 14-25910, Bull. civ., JurisData n° 2015-027487

- Cass. com., 30 mai 2007, n° 06-11.314, Bull. civ. 4, n° 147

- Cass. crim., 3 avril 1912, S. 1913. I. 337, note J.-A. Roux

- Cass. crim., 9 novembre 1928, D. 1929, 1, 97 note A. Henry

- Cass. crim., 28 novembre 1972, n° 72-90.372, Bull. crim. 1972 n° 363 p. 920

- Cass. crim., 16 janvier 1986, n° 85-95461, Bull. crim. 1986 n° 25 p. 58, JCP G. 1986, 2, 20 7774, note G. Roujou de Boubée ; D. 1986, p. 265. note D. Mayer

- Cass. crim., 9 janvier 1992, n° 91-81.544, Inédit

- Cass. crim., 2 avril 1992, n° 90-87.579, Bull. crim. 1992 n° 140 p. 366, Rev. Sc. Crim., Non-assistance à l'enfant à naître, 1993, p. 326, obs. Levasseur

- Cass. crim., 23 mai 1995, n° 94-81.141, Bull. crim. 1995 n° 193 p. 524

- Cass. crim., 31 janvier 1996, n° 95-81.319, Bull. crim. 1996 n° 57 p. 147

- Cass. crim., 25 septembre 1996, n° 95-81.552, Inédit

- Cass. crim., 27 novembre 1996, n° 96-80.223 et n° 95-85.118, Bull. crim. 1996 n° 431 p. 1245
- Cass. crim., 5 mai 1997, n° 96-81.462, Bull. crim. 1997 n° 168 p. 560
- Cass. crim., 22 juin 1999, n° 98-80.593 et 96-86.525, Bull. crim. 1999 n° 142 p. 386, JurisData n° 1999-002987, D. 2000, somm. p. 355, obs. Y. Mayaud
- Cass. crim., 30 juin 1999, n° 97-82.351, Bull. crim. 1999 n° 174 p. 511, D. 1999, Jur. p. 710, note D. Vigneau ; Rev. sc. crim. 1999, p. 813, obs. Y. Mayaud ; JCP G. 2000, 2, n° 10231, note G. Fauré ; Dr. pén. 2000, comm. 3, obs. M. Véron ; Gaz. Pal. 1999, 2, p. 676, note Th. Bonneau, et chron. p. 139, obs. J.-P. Doucet ; D. 2000, chron. p. 181, G. Roujou de Boubée et B. de Lamy ; Dr. pén. 2000, chron. 12, M.-L. Rassat
- Cass. crim., 4 novembre 1999, n° 99-81.279, Bull. crim. 1999 n° 248 p. 775
- Cass. crim., 25 juin 2002, n° 00-81.359, Bull. crim. 2002 n° 144 p. 531, Dr. Pén., 2002, comm. 93, M. Véron, L'enfant en train de naître ; D. 2002, p. 3099 note J. Pradel
- Cass. crim., 2 déc. 2003, n° 03-82.344, Bull. crim. 2003 n° 230 p. 931, JCP G. 2004, 10054, note M. L. Rassat ; JCP G. 2004, 4 1105, note J. Pradel ; D. 2004 p. 449, note J. Pradel ; Dr. fam. 2004 comm. 26 note B. De Lamy ; Dr. pén. 2004 comm. 18 note M. Véron
- Cass. crim., 4 mai 2004, n° 03-86.175, Bull. crim. 2004 n° 108 p. 418, D. 2004 p. 3097 note J. Pradel ; Dr. pén. 2004, comm. 124, note M. Véron
- Cass. crim., 27 juin 2006, n° 05-83.767, Inédit
- Cass. crim., 2 octobre 2007, n° 07-81.259, Bull. crim. 2007, n° 234, AJ pénal 2008 p. 32, obs. S. Lavric ; RDSS 2008. 67, obs. Hennion-Jacquet ; JCP G. 2008, 2, 10027, note Valette-Ercole ; Rev. sc. crim. 2008, p. 337, obs. Y. Mayaud
- Cass. crim., 24 juin 2014, n° 13-84.542, Inédit, Rev. sc. crim. 2015, p. 416, obs. P. Mistretta
- Cass. crim., 28 juin 2017, n° 16-82.973, Inédit
- Cass. crim., 12 juin 2018, n° 17-86.661, Inédit
- Cass. crim., 20 novembre 2018, n°17-86.661, Inédit

• Cours d'appel

- CA de Douai, 16 mai 1882, S., 1883, 2, p. 153
- CA de Paris, 9 novembre 1951, Gaz. Pal., 1952, 1, 236
- CA de Colmar, 6 décembre 1957, D. 1958. 357
- CA d'Amiens, 28 avril 1964, Gaz. Pal. 1964, 2, p. 167 ; RSC, 1967, p. 165, obs. J. Huguenay
- CA de Douai, 2 juin 1987, Gaz. Pal., 1989, 1, 145, note J.-P. Doucet, JCP G. 1989, II, 21250, note X. Labbé, Rev. sc. crim., 1989, p. 319, obs. Levasseur
- CA de Bordeaux, 20 mars 1996, Juris-Data, n° 045257

- CA de Lyon, 13 mars 1997, D. 1997, p. 557, note E. Serverin ; JCP G. 1997, 2, 22955
- CA de Versailles, 19 janvier 2000, cité dans Cass. crim., 25 juin 2002
- CA de Reims, 3 février 2000, D., 2000, p. 873, Homicide involontaire d'un enfant à naître à la suite d'un accident de la circulation, note J.-Y. Chevallier
- CA d'Amiens, 1er sept. 2014, RG n° 13/01128, 710, Juris-Data n° 2014-026669
- CA de Pau, 5 février 2015, n° 14/00480, D. 2015

• **Première instance**

- T. corr. du Puy-en-Velay, 14 mars 1995, Gaz. Pal., 1995, 2, somm., p. 324, note J.-P. Doucet
- T. corr. de Tarbes, 4 févr. 2014, n° 12021000029, JurisData n° 2014-013013, Dr. fam. 2014, n° 7-8, juillet 2014, comm. 127, note A. Mirkovic

• **Conseil constitutionnel**

- Cons. const., n° 74-54 DC, 15 janvier 1975, D. 1975, 529, note L. Hamon
- Cons. const., n° 94-343/344 DC, 27 juillet 1994, D. 1995, 237, note B. Mathieu
- Cons. const., n° 1996-377 DC, 16 juillet 1996
- Cons. const., n° 1999-408 DC, 22 janvier 1999
- Cons. const., n° 2001-446 DC, 27 juin 2001
- Cons. const., n° 2013-674 DC, 1er août 2013
- Cons. const., n° 2014-700 DC, 31 juillet 2014
- Cons. const., n° 2017-747 DC, 16 mars 2017, Dr. pén. 2017, chron. 11, A. Lepage ; AJ fam. 2017, p. 218, note A. Dionisi-Peyrusse

• **Conseil d'Etat**

- CE, Ass., Assoc. Les Cigognes, 22 janv. 1988, n° 80936
- CE, Ass., 21 décembre 1990, n° 105743 105810 105811 105812, D. 1991, 283 ; Rec. Lebon, p. 369, concl. B. Stirn
- CE, 5 juin 2020, n° 440643, Inédit au Rec. Lebon
- CE, ordonnance référés, 1er décembre 2020, n° 446808, Inédit au Rec. Lebon

• **Commission européenne des droits de l'Homme & Cour européenne des droits de l'Homme**

- CourEDH, Cour plénière, Engel c. Pays-Bas, 8 juin 1976, n° 5100/71 et autres

- CommEDH, X. c. Royaume-Uni, 13 mai 1980, n° 8416/79, décisions et rapports, vol. 19, p. 244
- CourEDH, Société Colas Est c. France, 16 avril 2002, n° 37971/9 ; D. 2003, 1541, obs. A. Lepage
- CourEDH, Boso c. Italie, 5 septembre 2002, n° 50490/99
- CourEDH, grande chambre, Vo c. France, 8 juillet 2004, n° 53924/00
- CourEDH, grande chambre, Evans c. Royaume-Uni, 10 avril 2007, n° 6339/05
- CourEDH, grande chambre, Parillo c. Italie, 27 août 2015, n° 46470/11

• Cour de justice de l'Union européenne

- CJUE, grande chambre, 18 oct. 2011, Brüstle c. Greenpeace, D. 2012, 410, note J.-C. Galloux

• Décisions étrangères

- Cour suprême des Etats-Unis, Roe v. Wade, 22 janvier 1973
- Cour suprême des Etats-Unis, Dobbs v. Jackson Women's Health Organisation, 24 juin 2022

VI. Avis, débats, études, projets, rapports

- Alfred Recours, JOAN, 3ème séance du 4 décembre 1992, pp. 6582-6592
- Amendement présenté par M. Claude Gaillard au sujet d'une proposition de loi relative à la protection pénale de l'enfant à naître contre les atteintes involontaires à la vie, déposé à l'Assemblée nationale le 6 février 2002, n° 3572
- Amendement présenté par M. Jean-Paul Garraud au sujet du projet de loi renforçant la lutte contre la violence routière du 26 février 2003 (n° 638)
- Amendement présenté par M. Jean-Paul Garraud au sujet d'une proposition de loi portant création d'un délit d'interruption involontaire de grossesse, déposé à l'Assemblée nationale le 14 mai 2003, n° 837
- Amendement présenté par Mme Battistel et déposé à l'Assemblée nationale, 3 juillet 2020, n° 524
- CCNE, avis n° 1 sur les prélèvements de tissus d'embryons et de fœtus humains morts, à des fins thérapeutiques, diagnostiques et scientifiques, 22 mai 1984, p. 1
- CCNE, avis n° 89 du 22 septembre 2005
- CCNE, opinion sur l'allongement du délai légal d'accès à l'IVG de 12 à 14 semaines de grossesse, 8 décembre 2020, p. 14
- CE, section du rapport et des études, étude adoptée en assemblée générale le 28 juin 2018 en vue d'éclairer les débats sur la révision de la loi de bioéthique
- CESC, Nations Unies, 11 août 2000, E/C.12/2000/4, obs. générale n°14, p. 3
- CESE, Déclaration du bureau en faveur de l'inscription du droit à l'interruption volontaire de

grossesse dans la Constitution, 28 février 2024

- CNCDH, avis, 28 septembre 2023, La constitutionnalisation de l'interruption volontaire de grossesse : protéger un droit humain de portée universelle

- Conférence internationale sur la population et le développement, Programme d'action, Nations Unies, 1994, paragraphe 7.2

- Débats Sénat, 14 janv. 1994, JO Sénat, p. 153 ; 20 janv. 1994, p. 351 ; 19 mai 1994, p. 1697 et s.

- HCE, Journée mondiale de lutte pour le droit à l'avortement : le Haut Conseil à l'Égalité entre les femmes et les hommes recommande un projet de loi constitutionnelle pour la France, communiqué de presse, 27 septembre 2022

- Jean-Marie Le Guen, JOAN, 3ème séance du 4 décembre 1992, pp. 6582-6592

- Projet de loi portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité, n° 784, déposé le 9 avril 2003

- Proposition de loi n° 743 « visant à supprimer la clause de conscience en matière d'interruption volontaire de grossesse », 28 septembre 2018, présentée par Mme Laurence Rossignol

- Proposition de loi n° 1887 « visant à étendre la qualification d'homicide aux violences ou négligences ayant causé le décès in utero d'un fœtus viable », 21 novembre 2023, présentée par M. Fabien Di Filippo

- Rapport du ministère de la santé italien, 2020, p. 56 : https://www.salute.gov.it/imgs/C_17_publicazioni_3236_allegato.pdf

VII. Divers

- La protection pénale de l'enfant à naître varie d'un pays à l'autre, *Le Monde*, 29 juin 2001

- L'amendement Garraud suscite un tollé politique, *Les Échos*, 1er décembre 2003

- Didier Sicard, cité dans La France au risque de l'eugénisme, *Le Monde*, 2007

- Projet de loi bioéthique : les députés ont-ils autorisé l'avortement pour « détresse psychosociale » ?, *Libération*, Pauline Moullot, 4 août 2020

- Que prévoit l'amendement sur la « détresse psychosociale » et l'interruption médicale de grossesse de la loi bioéthique ?, *AFP*, Juliette Mansour, 5 août 2020

- En Pologne, la quasi-interdiction de l'avortement entre en vigueur sur fond de manifestations, Jakub Iwaniuk, *Le Monde*, 31 janvier 2021, modifié le 1er février 2021

- Albane Gaillot, *France Info*, le 29 novembre 2021

- Droit à l'avortement : dans quels pays est-il interdit, restreint ou menacé ?, *Le Monde*, 24 juin 2022, modifié le 5 juillet 2022

- Les Français veulent-ils constitutionnaliser le droit à l'avortement en France ?, sondage IFOP, 5 juillet 2022

- Who Do Fetal Homicide Laws Protect? An Analysis for a Post-Roe America, site internet de

l'organisation Pregnancy Justice, 18 août 2022 : <https://www.pregnancyjusticeus.org/resources/who-do-fetal-homicide-laws-protect-an-analysis-for-a-post-roe-america/>

- Monique Pelletier, citée par Chloé Leprince, La loi Veil, un texte qui ne faisait pas de l'IVG un droit, *France Culture*, 2 décembre 2022

- Affaire Pierre Palmade : le parquet demande un procès pour homicide et blessures involontaires, *Le Monde*, 4 mars 2024

- Le droit à l'avortement dans l'Union européenne, site internet *Toute l'Europe*, 7 mars 2024 : <https://www.touteurope.eu/societe/le-droit-a-l-avortement-dans-l-union-europeenne/>

- Réforme du Code pénal belge : la « perte de grossesse » considérée comme une atteinte à l'intégrité de la personne, *Institut européen de bioéthique*, 3 mai 2024

INDEX ALPHABÉTIQUE

Les chiffres renvoient aux numéros de paragraphes

– A –

Amendement : 117, 121, 164 et s., 179, 180, 186.

Animal : 83, 173, 179.

– B –

Blessures involontaires : 86 et s.

– C –

Cadavre : 57, 80, 81.

Circonstance aggravante : 6, 178.

Complicité : 98, 107, spéc. 129 et 130, 135, 160.

– D –

Dépénalisation :

– de l'avortement : v. *interruption de grossesse*.

– des fautes simples en cas de causalité indirecte : 16.

– jurisprudentielle de l'homicide involontaire sur l'enfant à naître : 59.

Diagnostic prénatal : 119 et spéc. 133.

Dol éventuel : 28.

Droit prospectif : 163 et s.

– E –

Eugénisme : 5, 107, spéc. 122, 123.

– F –

Fait principal punissable : 135.

– H –

Homicide involontaire :

– constitution : 13 et s.

– dépénalisation des fautes simples en cas de causalité indirecte : v. *dépénalisation*.

– élément légal : 19.

– élément matériel : 21 et s.

– élément moral : 15 et 28.

– répression : 30.

– sur l'enfant à naître : 32 et s.

Humanisme : 7, 60.

– I –

Infans conceptus : 3, 78.

Infraction :

– formelle : 85.

– matérielle : 24, 141.

– spécifique : 6, 8, 48, 49, 157, 159, 161, 165, spéc. 170 et s.

Interprétation de la loi pénale :

– *in favorem* : 62 et s.

– littérale : 59 et 60.

– restrictive : 57 et s.

– stricte : 4, 7, 34 et s., 57 et s.

– téléologique : 59 et 60.

Interruption de grossesse :

– auto-avortement : 125 et s.

– clause de conscience : 107, 110, 112, 117.

– constitutionnalisation : 116 et s.

– danger de l'assimilation de l'IVG à un homicide volontaire : 156 et s.

- délai légal : 103, 107, 109, 112, 114, 119, 121, 133, 153, 173.
- délit d'entrave à l'interruption volontaire de grossesse : 107, 108, spéc. 138 et s.
- délit d'interruption forcée de grossesse : 133, spéc. 141 et s., 153.
- délit d'interruption involontaire de grossesse : 164 et s.
- dépénalisation : 98 et s., 100 et s.
- exclusion de la responsabilité pénale de la femme enceinte : 49, 126 et s. 160, 161, 178, 179, 187.
- fourniture de moyens matériels : 135 et s.
- IMG : spéc. 119 et s., 153.
- interruption illégale de grossesse : 133 et s.
- situation de détresse : 103 et 108.

– N –

Naissance en vie : 1, 7, 32 et s., 48, 50, 58, 67, 68, 71 et s., 77 et s., 168, 175 et 176, 185.

Non-assistance à personne en danger : 85 et 87.

– P –

Personne :

- humaine : 5, 7, 34, 52, 57, 60, 77 et s., 87, 157, 172, 178, 185.
- humaine potentielle : 3.
- juridique : 3, 5, 7, 48, 67, 77, 78, 172 et s., 180, 185.

- morale : 57.

Protection pénale :

- de la personne humaine : v. *personne*.
- de l'enfant mort-né : 33 et s.
- de l'enfant né vivant : 45 et s.

Principe de la dignité humaine : 9, 43, spéc. 150 et s., 162.

– R –

Réification : 2, 114, 123.

Rupture d'égalité :

- au sein de la protection pénale de l'enfant à naître : 85 et s.
- au sein de la protection pénale du vivant : 83 et s.
- entre l'enfant mort *in utero* et l'enfant mort *ex utero* : 72, 87 et 175.

– S –

Summa divisio : 3, 8.

– V –

Valeur sociale protégée : 7, 67 et s., 87, 102, 141, 185.

Viabilité : 3, 7, 34, 36, 41, 42, 46, 50, 67, 77, 78, 168, 172, 173, 177 et s., 187.

TABLE DES MATIÈRES

Remerciements	V
Sommaire	VII
Principales abréviations	IX
Introduction	3
PREMIÈRE PARTIE – LA PROTECTION PÉNALE DE L'ENFANT À NAÎTRE REFUSÉE	15
<u>Titre 1 – L'inexistence de l'homicide involontaire sur l'enfant à naître</u>	15
Chapitre 1 – La constitution du délit d'homicide involontaire	15
<i>Section préliminaire – Les évolutions législatives</i>	15
<i>Section 1 – Les éléments constitutifs</i>	17
§ 1 – L'élément légal	17
§ 2 – L'élément matériel	17
A – La nécessité d'un comportement	17
B – La nécessité d'un résultat	18
C – Un lien de causalité certain, direct ou indirect	18
§ 3 – L'élément moral	19
<i>Section 2 – La répression</i>	20
Chapitre 2 – La condition de la naissance en vie	20
<i>Section 1 – La protection pénale de l'enfant mort-né, déniée par la jurisprudence</i>	20
§ 1 – La jurisprudence de la chambre criminelle de la Cour de cassation	21
§ 2 – La jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme	25
<i>Section 2 – La protection pénale de l'enfant né vivant, accordée par la jurisprudence</i>	27
§ 1 – La jurisprudence de la chambre criminelle de la Cour de cassation	27
§ 2 – Une jurisprudence similaire en droit comparé	28
<u>Titre 2 – La subordination de la protection de la vie à la naissance en vie en dysharmonie avec l'ordre juridique</u>	32
Chapitre 1 – Les fondements contestables de la solution	32
<i>Section 1 – L'argument d'autorité du principe de l'interprétation stricte de la loi pénale</i>	32
§ 1 – Le débat doctrinal quant au non-respect du principe par la Cour de cassation	32
A – La violation du principe : la perception d'une interprétation restrictive	32

B – Le respect du principe : une interprétation <i>in favorem</i>	35
§ 2 – <u>L'intérêt de l'argument du principe de l'interprétation stricte nuancé</u>	36
<i>Section 2 – La confusion quant à la valeur sociale protégée</i>	37
§ 1 – <u>La valeur sociale protégée par l'homicide involontaire : la vie humaine</u>	37
§ 2 – <u>La naissance en vie, valeur sociale effectivement protégée dépendante du hasard</u>	40
Chapitre 2 – L'ambiguïté entourant la notion de personne, catalysée par la jurisprudence	41
<i>Section 1 – La variabilité de l'acception pénale de la notion de personne</i>	41
§ 1 – <u>L'influence de l'approche civiliste de la personne juridique sur la notion de personne en droit pénal</u>	41
§ 2 – <u>Une définition en contradiction avec la jurisprudence antérieure : le cas du cadavre humain</u>	43
<i>Section 2 - Les incohérences dues à la confusion notionnelle de la personne</i>	44
§ 1 – <u>Une protection pénale du vivant inégale : le cas des animaux</u>	44
§ 2 – <u>Une protection pénale de l'enfant à naître inégale : le cas de quelques infractions</u>	45
SECONDE PARTIE – LA PROTECTION PÉNALE DE L'ENFANT À NAÎTRE DÉLICATE	50
<u>Titre 1 – L'évolution de la <i>ratio legis</i> de l'IVG : de la vie prénatale à la liberté procréative de la femme</u>	50
Chapitre 1 – La liberté procréative de la femme enceinte prépondérante sur le droit à la vie de l'enfant à naître	50
<i>Section préliminaire – Avant la loi « Veil » : la pénalisation de l'avortement</i>	51
§ 1 – <u>L'incrimination de l'atteinte volontaire à la vie prénatale</u>	51
§ 2 – <u>Les facteurs de la dépénalisation de l'avortement</u>	52
<i>Section 1 – La dépénalisation de l'avortement</i>	53
§ 1 – <u>Le régime général : une réification tempérée de l'enfant à naître</u>	53
A – La loi « Veil » : la conciliation entre liberté procréative de la femme et vie prénatale	53
B – La prépondérance de la liberté procréative de la femme	55
1 – Les réformes postérieures	55
2 – La constitutionnalisation de la liberté de recourir à l'IVG	60
§ 2 – <u>Le régime spécial : une réification accrue de l'enfant à naître justifiée par un impératif de santé maternelle ou fœtale</u>	62
<i>Section 2 – La dépénalisation de l'auto-avortement</i>	65
§ 1 – <u>L'absence de poursuites de la femme enceinte en tant qu'auteure</u>	65
§ 2 – <u>L'absence de poursuites de la femme enceinte en tant que complice</u>	67
Chapitre 2 – <i>A contrario</i> une pénalisation spécifique des tiers	68
<i>Section 1 – La répression du tiers intervenant dans une IVG hors le cadre légal</i>	68
§ 1 – <u>La pratique de l'interruption illégale de grossesse</u>	68
§ 2 – <u>La fourniture de moyens matériels</u>	69
<i>Section 2 – Le consentement de la femme enceinte comme axiome</i>	70

§ 1 – <u>Le délit d’entrave à l’interruption volontaire de grossesse</u>	71
§ 2 – <u>Le délit d’interruption forcée de grossesse</u>	73
<u>Titre 2 – Le droit à l’IVG, d’apparence incompatible avec la protection pénale de l’enfant à naître</u>	77
Chapitre 1 – La crainte politique sous-jacente de la remise en cause du droit à l’IVG	77
<i>Section 1 – Le renversement erroné du principe et de l’exception</i>	77
§ 1 – <u>Le principe de la dignité humaine et du respect de l’être humain dès le commencement de sa vie</u>	77
§ 2 – <u>L’exception incarnée par le droit à l’IVG</u>	78
<i>Section 2 – Une crainte politiquement et juridiquement justifiée</i>	79
§ 1 – <u>L’assimilation dangereuse de l’IVG à un homicide volontaire</u>	80
§ 2 – <u>L’incompatibilité de l’homicide involontaire sur l’enfant à naître avec les incriminations existantes</u>	81
Chapitre 2 – La protection pénale de la vie prénatale, délicate entreprise du droit prospectif	82
<i>Section 1 – Le rejet de l’amendement Garraud : entre protection pénale de la vie prénatale et remise en cause du droit à l’IVG</i>	82
§ 1 – <u>La création d’un « délit d’interruption involontaire de grossesse »</u>	83
§ 2 – <u>La controverse suscitée par l’amendement, à l’origine de son refus</u>	84
<i>Section 2 – La défense doctrinale et parlementaire de la création d’une infraction spécifique</i>	85
§ 1 – <u>Une incrimination indépendante de critères étrangers à son but</u>	85
A – L’indépendance vis-à-vis de la personnalité juridique	85
B – L’indépendance vis-à-vis de la naissance en vie	87
§ 2 – <u>La répression de l’atteinte involontaire à la vie de l’enfant <i>in utero</i> dépendante de la viabilité</u>	87
Conclusion	95
Bibliographie	98
Index alphabétique	111
Table des matières	114