

Une dépénalisation jurisprudentielle : l'enfant à naître ne peut jamais être victime d'un homicide Jerry Sainte-Rose

« *Quand la raison n'a point de frein, l'erreur n'a point de bornes* », Portalis.

« *La distinction entre la personne humaine et la chose constitue le fondement principal de notre civilisation* », P. Malaurie.

Le 20 janvier 2012, à Tarbes, un automobiliste sous l'influence de l'alcool, ayant perdu le contrôle de son véhicule, renversait sur un trottoir et blessait grièvement une femme enceinte de sept mois. L'enfant à naître à qui ses parents avaient déjà donné un prénom fut tué sur le coup.

Par jugement du 14 février 2014, le tribunal correctionnel de Tarbes a condamné l'automobiliste à une peine d'emprisonnement avec sursis non seulement pour les blessures infligées à la femme mais aussi pour l'homicide involontaire de son enfant.

S'appuyant sur une expertise médicale, le tribunal a constaté que le lien de causalité entre le choc consécutif à l'accident et la mort du fœtus était direct et certain ; il a également relevé que le prévenu « conscient d'avoir provoqué la mort d'un bébé », reconnaît avoir commis un homicide involontaire et « revendique pour pouvoir se reconstituer d'être condamné ...pour avoir mis fin à la vie de cet enfant à naître ».

Cette décision renouait avec une jurisprudence ancienne qui, sous l'empire du code pénal de 1810, alors que la conception humaine était mal connue, avait accordé à l'enfant à naître la même protection qu'à l'enfant né vivant ; en raison de sa fragile condition, l'enfant in utero étant particulièrement exposé aux risques de la vie quotidienne, notamment à l'imprudence ou à la négligence fautives des tiers, les juridictions répressives avaient admis qu'il pouvait être victime d'un homicide ou de blessures involontaires. **Le droit pénal qui a pour finalité la préservation des valeurs essentielles de la société est en effet le plus apte à protéger la vie humaine, valeur essentielle en raison de sa nature même.**

Le 5 février 2015, sur l'appel du procureur général, la cour d'appel de Pau, tout en constatant que le prévenu « se sentait totalement responsable de la mort de l'enfant à naître ...et de la douleur ressentie par les futurs parents » a – comme on pouvait s'y attendre - prononcé sa relaxe du chef d'homicide involontaire en reproduisant les motifs bien connus d'un arrêt de l'assemblée plénière de la Cour de cassation en date du 29 juin 2001 rendu dans une espèce où un automobiliste en état d'imprégnation alcoolique et qui ne tenait pas sa droite était entré en collision avec un véhicule conduit par une femme enceinte de six mois, causant des blessures à celle-ci et la mort du fœtus :¹

« Mais attendu que le principe de légalité des délits et des peines qui impose une interprétation stricte de la loi pénale s'oppose à ce que l'incrimination prévue par l'article 226-1 du code pénal

¹ B n°165, JCP 2001,II ,10569, rapport Sargos, conclusions Sainte-Rose, note Rassat ; v. également, Crim.26 juin 2006, D. 2007. Pan. 403.

réprimant l'homicide involontaire d'autrui soit étendue au cas de l'enfant à naître dont le régime relève de textes particuliers sur l'embryon et le fœtus. »

La méconnaissance dudit principe avait déjà été invoquée par la chambre criminelle, le 30 juin 1999, pour censurer, de façon laconique, un arrêt de la cour d'appel de Lyon qui avait jugé que la mort d'un fœtus âgé de 20 à 24 semaines due à l'imprudence ou à la négligence d'un médecin constituait un homicide involontaire.²

Dans la même ligne, le 25 juin 2002, la chambre criminelle a cassé un arrêt de la cour d'appel de Versailles condamnant pour ce délit une sage-femme dont les fautes lourdes avaient entraîné la mort d'un fœtus de neuf mois lors d'un accouchement, en précisant que le principe de l'interprétation stricte de la loi pénale s'oppose à ce qu'une telle incrimination « s'applique à l'enfant qui n'est pas né vivant ».³

On se souvient que les arrêts du 30 juin 1999 et du 29 juin 2001 qui, ayant brisé une jurisprudence plus que séculaire, ont plongé l'enfant à naître dans le néant pénal quel que soit son niveau de développement, avaient fait contre eux la quasi unanimité des commentateurs qui ont été nombreux⁴.

Avec du recul, force est de constater que ces critiques demeurent plus que jamais fondées ; elles concernent, d'une part, la motivation (I) qui repose essentiellement sur une interprétation peu convaincante de l'article 221-6 du code pénal en vigueur depuis 1994 (a) et sur l'instrumentalisation de la maxime *specialia generalibus derogant* (b) ; d'autre part, les conséquences d'une jurisprudence qui n'a pas évolué (II) : critiquable et source d'incohérences comme de paradoxes sur le terrain juridique, éthique et humain (a), elle méconnaît des réalités tangibles (b) et conduit à une réification de l'enfant à naître (c) ; il convient enfin de s'interroger sur les raisons de la pérennité d'une jurisprudence aussi contestable (III).

I La motivation

- a) Une interprétation peu convaincante de l'article 221-6 du code pénal.

Aux termes de cet article « Le fait de causer par maladresse, imprudence, inattention, négligence ou manquement à une obligation de sécurité ou de prudence imposée par la loi ou le règlement, la mort d'autrui constitue un homicide involontaire ».

Nul ne met en doute le caractère indiscutable du principe de la légalité des délits et des peines et de son corollaire l'interprétation stricte de la loi pénale qui sont autant de garanties pour le justiciable. Mais, première démarche de l'interprète, l'analyse exégétique ne conforte pas le choix effectué par la Cour de cassation. De la présence dans l'incrimination d'homicide involontaire du vocable « **autrui** » absent du texte de 1810, elle a déduit qu'il ne pouvait s'appliquer à l'enfant qu'après sa venue au monde. Toutefois, *autrui* - pronom indéfini sans connotation juridique et signifiant « les

² B n° 174 ; l'arrêt attaqué avait énoncé que « tant l'application des principes juridiques que les données acquises de la science que des considérations d'élémentaire bon sens conduisent à retenir la qualification d'homicide involontaire ».

³ B n° 144.

⁴ V. notre étude « La protection pénale de l'enfant à naître », R. G.D.M. 2004, n°12, p.215 et s.

autres ou l'autre » (Littré) ou encore « le prochain » sur le plan de l'éthique (Larousse) - se retrouve dans divers articles du code pénal –par exemple ceux relatifs au vol ou à l'abus de confiance- et désigne aussi bien la personne physique, la personne morale que la société créée de fait, autrement dit la **victime de l'infraction**. Si l'enfant à naître n'a pas d'existence autonome, les progrès de l'embryologie et de l'échographie ont mis en évidence qu'en symbiose avec celle de sa mère, **il possède une individualité biologique propre, preuve irréfutable de son altérité ; la femme enceinte porte en elle une autre vie.**⁵

Or, **l'homicide étant classiquement défini comme la destruction d'une vie humaine⁶, on ne voit pas pourquoi cette incrimination ne s'appliquerait pas à l'enfant à naître** lorsque, en l'absence de fait justificatif légal, il est privé de vie par la faute caractérisée ou délibérée d'une tierce personne. Le cas présent entre bien dans les prévisions de la loi. D'autant plus que l'article 221-6 se trouve dans une **section du code pénal significativement intitulée « des atteintes à la vie »**.

On soulignera à cet égard - ce qui va à l'encontre de la position prise par la Cour de cassation - que pour le médecin qui le soigne, le fœtus est un **patient à part entière**,⁷ distinct de la femme qui le porte. Notre époque a vu l'essor de la thérapie fœtale et de la chirurgie pratiquée in ou ex utero, le foetus pouvant être extrait de l'utérus maternel puis y être réimplanté. Ce qui induit nécessairement des responsabilités civiles ou pénales analogues à celles qui pèsent sur tout praticien en présence de tout patient. Ne faut-il pas dès lors considérer l'enfant à naître comme un « autrui », au sens du droit pénal ?

Afin d'interpréter une disposition légale qui prête à discussion, il faut aussi la **replacer dans son contexte** qui est, aujourd'hui, souvent pluridisciplinaire.

L'article 221-6 figure dans le Titre II « Des atteintes à la personne humaine » du Livre deuxième du code pénal et fait partie du chapitre 1^{er} de ce Titre intitulé « Des atteintes à la vie de la personne ».

Que faut-il entendre par **personne humaine** ? Si le législateur n'en a pas donné de définition, on ne saurait, malgré la similitude des termes, l'assimiler sans abus à la personne au sens du droit civil qui semble seule digne d'intérêt aux yeux de la Cour de cassation. La personnalité juridique qui, d'après la doctrine dominante, s'acquiert à la naissance et fait de tout individu le titulaire de droits et d'obligations, est une construction abstraite destinée à faciliter le commerce des hommes et qui a été étendue aux groupements. Elle n'est pas ignorée du code pénal qui consacre un chapitre entier (articles 226-1 à 226-32) aux « **atteintes à la personnalité** » mais sous cette rubrique sont regroupées des infractions telles que les atteintes à la vie privée, à l'image de la personne ou la dénonciation calomnieuse qui n'ont **aucun rapport avec l'homicide** volontaire ou involontaire. Et il n'a jamais été prétendu que l'on pourrait impunément attenter aux jours d'un condamné déchu de

⁵ V. G. Cornu, Droit civil , Les personnes, Montchrestien, 13^e éd , p.18.

⁶ V. E. Garçon, Code pénal annoté, tome I, Sirey, éd. 1901-1906, p .705 et s ; Merle et Vitu, éd. Cujas, 1982, n°1785.

⁷ Selon l'Académie nationale de médecine.

ses droits civiques, civils et de famille⁸ ; **la personnalité n'est donc pas une condition de la protection pénale de l'humain.**

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 sous l'angle des violences même les plus légères.

Par suite, **la personne humaine du droit pénal se confond manifestement avec l'être humain que mentionne l'article 16 du code civil.** Ce texte formule un principe qui est d'ordre public : « La loi garantit le respect de l'être humain dès le commencement de sa vie » ; il distingue la personne, sujet de droits, de l'être humain lequel est respectable en soi, sans autre condition, dès le commencement de sa vie. Les termes utilisés n'ont certainement pas été choisis au hasard et n'ont aucun rapport avec le concept civiliste de personnalité. Et **la qualité d'être humain de l'enfant à naître n'est pas à démontrer.**

Le Conseil constitutionnel a considéré que ledit article tendait à assurer le respect du principe constitutionnel de sauvegarde de la **dignité de la personne humaine** tiré du préambule de la Constitution de 1946⁹. Le juge constitutionnel a aussi affirmé la préexistence du principe posé par l'article 16 à son énoncé législatif. Il s'agit d'un principe directeur qui transcende le cloisonnement des disciplines juridiques.

A l'occasion de la refonte du code de la santé publique en 2000, le législateur, marquant sa préférence pour la vie, a placé en tête des dispositions relatives à l'interruption de grossesse l'article 16 du code civil (V. l'article L 2211-1 du C. S. P.), le principe du respect de la vie humaine à partir de ses premiers signes ayant déjà été formulé dans l'article 1^{er} de la loi du 17 janvier 1975 qui a dépénalisé l'avortement devenu interruption volontaire de grossesse.

Ce qui dissipe, s'il en était besoin, les prétendues incertitudes sur le commencement de la vie que d'aucuns persistent à invoquer ; les spectaculaires avancées des sciences biologiques et médicales sont venues corroborer les traditions juridiques et morales les plus fermes : **dès la conception un être humain existe**, l'embryon étant porteur des caractères génétiques de la personne à naître et qui ne sont propres qu'à elle ; il s'agira toujours du même individu quels que soient les changements qui l'affectent au cours de son existence¹⁰ ; **la naissance n'est donc qu'une étape dans le processus vital** comme l'a implicitement reconnu le législateur.

L'article 2211-2 du code de la santé publique dispose qu'il ne peut être porté atteinte au principe posé par l'article 16 du code civil - principe dont l'enseignement est « une obligation nationale - « qu'en cas de nécessité et dans les conditions prévues par la loi » ; il résulte clairement des textes subséquents qui traitent de **l'interruption volontaire de grossesse que la femme enceinte et elle**

⁸ Jusqu'en 1854, a existé une peine, la mort civile, qui consistait à priver les condamnés à une peine perpétuelle de tous leurs droits civils, civiques et politiques ; il n' a jamais été soutenu que le fait d'abrèger leur vie n'était pas pénalement punissable.

⁹ V. Conseil constitutionnel : décisions n°75-74 du 15 janvier 1975 ; n° 94-343/344 DC du 27 juillet 1994 ; n° 2001-466 du 27 juin 2001.

¹⁰ J. F. Matteï, Rapport au premier ministre sur l'éthique médicale, Paris 15 novembre 1995 : l'embryon est l'expression morphologique d'une seule et même vie qui commence dès la fécondation et se poursuit jusqu'à la mort. »

seule peut recourir à cette mesure¹¹ qui est soumise à certaines conditions et doit intervenir, sauf motif médical, avant la fin de la douzième semaine de grossesse ; en outre et indiscutablement **l'I.V.G. est l'unique dérogation légale au respect du à la vie de l'être humain en gestation.**

Dans sa décision du 15 janvier 1975 , le Conseil constitutionnel avait déclaré la loi susvisée conforme à la Constitution après avoir relevé que les atteintes qu'elle autorise ne le sont qu'à titre exceptionnel.

Conséquemment, en dehors de l'exception légalement prévue en faveur de la femme, l'enfant dans le sein maternel doit bénéficier d'une protection égale à celle accordée à tout être humain après sa naissance parce qu'il lui est **égal en dignité**. Autrement dit, l'homme qui a d'abord été un fœtus ne saurait se respecter lui-même s'il ne respecte pas chez l'enfant *in utero* les premières manifestations de son existence. Tel est du reste le sens du message délivré par le juge constitutionnel.

Ce message est très proche d'un avis émis en 1989 par le Comité national consultatif d'éthique : « L'embryon humain, dès la fécondation, appartient à l'ordre de l'être et non de l'avoir, de la personne et non de la chose ou de l'animal. Il devrait être considéré comme... une altérité dont... la dignité assigne des limites au pouvoir et à la maîtrise d'autrui ». ¹²

L'interprétation stricte de la loi pénale n'interdit pas de se référer à la *ratio legis*, à l'intention du législateur. Or, **rien ne permet de dire que le nouveau code pénal ait écarté l'enfant à naître de la protection dont il bénéficiait antérieurement à l'égard des tiers** et que le législateur ne pouvait ignorer. « Nulle trace d'une telle intention dans les travaux parlementaires qui ont précédé son approbation. Mais, bien au contraire, la volonté exprimée dans l'exposé des motifs du projet gouvernemental de « présenter un code humaniste...ayant pour fin dernière, la défense de la personne humaine en la protégeant de toutes les atteintes qu'elles visent sa vie, son corps ». ¹³Autres indices probants : l'aggravation de la répression des violences commises sur la femme enceinte (articles 228-8 et s. du code pénal), le maintien de l'incrimination de la provocation à l'abandon de l'enfant à naître (article 227-12), la répression, nouvelle, des atteintes au respect du aux morts (articles 225-17 et s.) et l'aggravation des pénalités sanctionnant le crime d'homicide volontaire sur le nouveau né. **C'est donc bien la personne physique, l'être humain qui bénéficie de la protection du droit pénal** et non la personne juridique au sens du droit civil.

Par ailleurs, peut-on nier, **que la femme qui perd son enfant contre sa volonté et ses espérances de maternité soit dans une situation très différente de celle qui se résigne à demander qu'on mette fin à sa grossesse ?** En tout cas, il serait hasardeux d'affirmer que les tiers ne sont pas débiteurs de devoirs envers la vie de l'enfant alors même que celui-ci ne serait pas encore né. Subordonner le respect de la vie au statut de la personne humaine revient à faire bon marché de **l'autonomie du droit pénal**. C'est aussi se donner le pouvoir exorbitant de trier l'humanité, démarche caractéristique de tout totalitarisme.

¹¹ V. l'arrêt Lahache du C E, 31 octobre 1980, Lebon, p. 403.

¹² Rapport sur l'état des études conduites par le Comité concernant les dons de gamètes et d'embryons.

¹³ V. D. Commaret, Droit pénal, septembre 2002, chr. 31 ; l'auteur a écrit fort justement que « l'enfant naissant n'est ni un rien ni une chose. C'est un être vivant, sa mort n'est pas un non-événement. La faute médicale qui la provoque ne bénéficie d'aucune permission de la loi ».

Sur le plan international, diverses conventions qui procèdent de la même philosophie affirment, sous des expressions variées, l'existence d'un droit à la vie. Si elles ne visent pas spécialement l'enfant naissant, elles n'en relient pas moins ce droit à la vie à la dignité inhérente à tous les membres de la famille humaine. Or, l'enfant *in utero* ne saurait être exclu, sans arbitraire, de cette famille.

La Convention de New-York du 26 janvier 1990, ratifiée par la France, stipule dans son article 6-1 « le droit inhérent à la vie de l'enfant » et dans le 9ème alinéa de son préambule la nécessité d'une « protection juridique appropriée avant comme après la naissance ». Les autorités françaises n'ont formulé qu'une seule réserve d'interprétation précisant que l'article 6 ne saurait faire obstacle à la législation nationale relative à l'IVG. On doit en déduire qu'en dehors des cas où l'avortement est autorisé à titre dérogatoire le droit à la vie reprend son empire. **N'est-ce pas au droit pénal qu'il appartient de donner leur pleine efficacité aux dispositions du droit interne et conventionnel ?** Il a naturellement vocation à le faire et constitue sans conteste la garantie la plus efficace.¹⁴

b) L'instrumentalisation de la maxime *specialia generalibus derogant*.

Le second argument de l'assemblée plénière - qui fait référence au « régime » auquel serait soumis l'enfant à naître, terme applicable aux choses - est tiré de la règle selon laquelle les dispositions spéciales dérogent aux dispositions générales. Aucune précision n'est fournie - et pour cause - sur ces *specialia*. Il existe certes dans le code pénal et celui de santé publique des dispositions spécifiques à l'embryon *in vitro* introduites par les lois de bioéthique de 1994 dans le souci d'encadrer les activités médicales d'assistance à la procréation ; d'autres dispositions pénales répriment l'interruption illégale de grossesse. Mais, pratiquement inutilisées, les unes et les autres n'ont **aucun rapport avec l'homicide involontaire** et ne sauraient faire échec à l'application du droit commun pénal à l'enfant à naître. L'argument est donc sans portée pour ne pas dire controuvé.

Pour conclure, **en ajoutant à la loi une condition de naissance en vie qu'elle ne comporte pas et qui, par hypothèse, est irréalisable lorsque le fœtus décède avant d'être séparé de sa mère, la Cour de cassation s'est livrée à une interprétation non pas stricte mais restrictive de l'article 221-6 du code pénal.** Comme elle a fait prévaloir la conception civiliste de la personne sur celle du droit pénal, **c'est elle qui a exclu l'enfant à naître du champ d'application dudit article** et, sous ce rapport, de la famille humaine avec des conséquences pour le moins singulières qui fragilisent encore plus la solution retenue.

II Les conséquences de la jurisprudence actuelle.

a) Des conséquences critiquables, incohérentes et paradoxales sur le terrain juridique, éthique et humain.

¹⁴ Le Conseil constitutionnel a jugé que la sanction pénale est une garantie de nature à assurer le respect des droits fondamentaux : v. décision n° 99-416 DC du 23 juillet 1999.

Le parti adopté par la Cour de cassation **vide de sa substance l'article 16 du code civil**, principe directeur du droit dont on a pu dire qu'il s'agissait d'un « engagement formel de la société »¹⁵ et **méconnaît la jurisprudence constitutionnelle** qui fait de l'être humain en formation, du fait de son appartenance à la communauté humaine, l'égal en dignité de la personne déjà née.

En règle générale, le **droit pénal s'attache au résultat** pour réprimer les atteintes à l'intégrité physique : plus le dommage est grand, plus la sanction est élevée. Il est donc incohérent de prendre en compte les conséquences les plus graves pour absoudre son auteur quand l'atteinte concerne l'enfant dans le sein maternel ; lui **donner la mort n'est pas punissable alors que le même acte sera sanctionné s'il n'entraîne que des blessures ou si le décès du fait de celles-ci survient après la naissance**¹⁶ ; lorsque les blessures infligées à la femme sont légères et que l'enfant est tué sur le coup, le coupable n'aura à répondre que d'une contravention.

C'est de la gravité des lésions subies par l'enfant, de sa résistance, donc de facteurs contingents que dépendra le prononcé de la sanction et **non de la gravité de la faute comme l'a voulu le législateur**. Comment expliquer aux parents que leur enfant n'étant pas né vivant sa mort compte pour rien tandis que s'il avait vécu ne serait-ce que quelques instants, la qualification d'homicide involontaire aurait pu être retenue ?

Le paradoxe est encore exacerbé s'agissant du médecin ou de la sage-femme qui ayant causé des blessures à l'enfant, aura tout intérêt à ce que celui-ci ne naisse pas vivant alors que ces praticiens ont sa vie entre leurs mains. **Comment justifier l'immunité** dont bénéficient certains professionnels de santé ?

Selon l'article L 2222-2 du code de la santé publique, l'interruption volontaire de grossesse pratiquée en méconnaissance des conditions imposées par la loi est punie d'une peine de deux à cinq ans d'emprisonnement et d'une amende, comme la tentative de ce délit. Cette incrimination ne s'applique pas aux femmes mais exclusivement à ceux qui lui apportent leur concours. N'est-ce pas faire respecter même indirectement la vie foetale ? Quoi qu'il en soit, **les tiers peuvent désormais disposer de la vie de l'enfant à naître alors même que sa mère ne pourrait pas recourir à l'avortement** (le délai légal ayant expiré et les conditions d'une IVG médicale n'étant pas réunies) **ou qu'elle aurait décidé d'aller jusqu'au terme de sa grossesse !** En contrepoint, il sera possible de tourner la loi en faisant passer des avortements illicites pour des accidents. Il est difficile de croire que le législateur ait voulu un tel résultat.

Autre paradoxe : la vie d'un prématuré de six mois est pénalement protégée alors qu'un fœtus de neuf mois ne bénéficie pas de cette protection.

Et il s'avère que **la cause d'irresponsabilité pénale créée par la jurisprudence sera profitable non seulement à des délinquants mais aussi à des criminels**. Lorsque, par exemple, des coups sont portés à la femme enceinte avec l'intention de tuer l'enfant, le même constat s'impose : seules les

¹⁵ V. G. Cornu, rapport de synthèse du colloque des 9 et 10 novembre 1995 sur le thème : L'embryon humain : approche pluridisciplinaire, Economica, 1996.

¹⁶ V. les arrêts de la chambre criminelle : 23 octobre 2001, B n°217 ; 2 décembre 2003, B n°230 ; les arrêts 2605 et 2658 du 4 mars 2004.

violences seront réprimées, aucune poursuite pour homicide ou tentative d'homicide volontaire ne pouvant être engagée.¹⁷

Rappelons enfin que grâce à la méthode d'interprétation téléologique, la chambre criminelle de la Cour de cassation a su adapter les textes de l'ancien code pénal aux exigences de la politique criminelle, en retenant qu'une tentative de meurtre pouvait être commise sur un cadavre¹⁸ ou que la vie privée d'un défunt devait être respectée¹⁹ ; ainsi, **une personne déjà morte est pénalement protégée**, ce qui contraste encore avec la permissivité en matière de violences mortelles envers un fœtus vivant. Bien plus, la même chambre a admis qu'une mère victime d'un viol incestueux était recevable à demander réparation au nom de l'enfant issu de ce viol²⁰. La qualité de victime a donc été reconnue à quelqu'un qui n'était même pas conçu au moment des faits. Est-il logique de refuser cette qualité à l'enfant à naître ?

b) La méconnaissance de réalités tangibles.

De nos jours, **l'enfant attendu** que l'imagerie médicale permet de contempler et de sexuer très tôt, à qui un prénom est donné avant sa naissance est déjà un membre de la famille ; il peut faire l'objet d'une reconnaissance prénatale d'après la jurisprudence civile ; ses obsèques sont désormais organisées quelles que soient les circonstances de sa mort.

Pour faciliter le travail de deuil des parents confrontés à la mortinaissance, la loi du 8 janvier 1993²¹ a prévu qu'un **acte d'enfant sans vie** peut être porté sur le registre des décès. Cet acte qui officialise un événement, exprime une filiation, auquel sont attachés certains droits sociaux est exploitable comme tout autre acte de l'état civil et sa transcription sur le livret de famille est autorisée. Bien qu'il ne bénéficie pas de la personnalité juridique, l'enfant mort-né est socialement reconnu comme une personne et non comme une chose. Comment ne pas le reconnaître comme « autrui » au sens du droit pénal ?

c) La réification de l'enfant à naître.

La Cour de cassation ayant fait le choix de la définition civiliste de la personne pour caractériser les atteintes à la vie, il paraît difficile d'échapper à la division binaire personne/ chose, notre droit civil ne connaissant pas de catégorie intermédiaire, la qualité de personne potentielle n'étant qu'un concept éthique²² mais qui a néanmoins le mérite de ne pas attirer l'enfant à naître dans le monde des choses. Reste à savoir comment une chose peut devenir une personne...

La négation de l'homicide qui transforme l'enfant à naître- ce que nous avons tous été- en **objet destructible** est **humainement et socialement inacceptable car elle l'infériorise par rapport aux animaux** domestiques, apprivoisés ou en captivité dont la vie est pénalement protégée²³ mais qui

¹⁷ V. les jurisprudences citées par D. Vigneau, « Faut-il naître vivant et viable pour mourir en homme », Dr. fam. 2000, chr. 21.

¹⁸ Crim. 16 janvier 1986, B n°15

¹⁹ Crim. 20 octobre 1998, B. n°264..

²⁰ Crim. 4 février 1998, B n°43.

²¹ V. article 79-1 du code civil

²² V. CCNE, avis n°1 du 22 mai 1984

²³ V. mon étude, « L'enfant à naître, un objet destructible sans destinée humaine ? », JCP 2004, I, 194 .

font toujours partie des biens meubles ou immeubles par destination quoiqu'une loi récente ait reconnu qu'ils sont des « êtres vivants doués de sensibilité ».²⁴ Le fœtus même sur le point de naître, ne serait-il pas lui aussi un être vivant et sensible ? En tout cas, une femme enceinte qui, victime d'un accident provoqué par un tiers ou d'une agression, perd à la fois l'enfant qu'elle porte et son animal de compagnie pourra obtenir de la justice pénale la condamnation du responsable pour la mort de la bête mais non pour celle de l'enfant. Qui ne ressent l'absurdité d'une telle situation ?

La sollicitude du législateur s'est étendue à de nombreuses espèces animales, à leurs nids, leurs œufs²⁵ et même à des végétaux qui bénéficient d'une protection pénale contre les atteintes à leur intégrité seraient-elles involontaires.²⁶ On sait que les atteintes aux biens sont incriminées même si elles doivent être le plus souvent volontaires. Un graffiti sur un mur, une éraflure faite par malveillance à la peinture d'un véhicule tombent sous le coup de la loi²⁷ et constituent par conséquent des actes plus graves que tuer accidentellement ou non un enfant attendu !

Dans le même ordre d'idées, saisie de l'affaire soumise à la chambre criminelle en 1999, la Cour de Strasbourg – après s'être déclarée incapable de dire si cet enfant était ou non une personne au sens de l'article 2 de la Convention européenne des droits de l'homme en l'absence de consensus européen sur la définition des débuts de la vie- a estimé qu'une possible action en dommages et intérêts peut constituer à elle seule une réparation suffisante ; mais cela ne revient-il pas à considérer, contre toute vraisemblance, que le fœtus ne serait qu'un *pars viscerum matris* , une partie des organes de la mère comme le croyaient les anciens romains qui avaient, eux, l'excuse de l'ignorance ?²⁸

Au total, **ajouter l'irrespect au malheur** n'est pas à l'avantage de l'approche juridictionnelle aux conséquences déshumanisantes d'autant que de nos jours, la protection de la vie ne relève plus d'une sacralité de type religieux mais de l'affirmation d'une valeur sociétale que chacun a intérêt à voir respecter ne serait-ce que pour sa sécurité et celle des siens.

Comment expliquer alors la pérennité d'une jurisprudence si contraire à notre tradition humaniste comme à nos règles écrites et génératrice de tant d'apories ?

III Les causes de la pérennité d'une jurisprudence contestable.

Sans minimiser l'influence d'une idéologie malsaine de la perfection de l'espèce humaine,²⁹ Il faut bien reconnaître que le débat est faussé et les solutions jurisprudentielles obérées par la crainte

Il est à noter que le 3 février 2014, l'auteur de violences sur un chat a été condamné à une année d'emprisonnement sans sursis par le tribunal correctionnel de Marseille.

²⁴ V. le nouvel article 515-14 du code civil

²⁵ L'animal à naître est pénalement protégé !

²⁶ V. l'article L415-3 du code de l'environnement.

²⁷ V. l'article R 635-1 du code pénal.

²⁸ CEDH 8 juillet 2004, req. 53927/ 00, Vo c/ France.

²⁹ Très édifiante est la lecture d'un ouvrage autobiographique d'un médecin, cofondateur du planning familial , de l'association pour le droit de mourir dans la dignité et qui a été l'un des inspirateurs de la loi de 1975 relative à l'IVG ; pour cet auteur, la vie n'est pas un « don » d'une entité supérieure (Dieu ou la Nature) mais

irraisonnée d'une remise en question de l'IVG, sujet désormais tabou. Qualifié naguère par ses promoteurs de « mal nécessaire » et « d'exception », liberté accordée à la femme par une loi de dépénalisation qui médicalisait des actes clandestins, banalisé à l'excès bien qu'il ne soit pas anodin, l'avortement devenu IVG s'est métamorphosé récemment en « droit » absolu (nous sommes à l'ère des droits à..) qui serait incompatible avec toute forme de protection de la vie anténatale. Au point d'éclipser une autre liberté au moins aussi importante et qui n'a jamais eu besoin d'un support législatif, celle de procréer mais qui, à la différence de l'IVG, n'est absolument pas protégée.³⁰

Des propositions de loi ont été déposées pour remédier au vide juridique pénal créé par la jurisprudence mais qui, bien que conformes à nos principes et au donné réel, n'ont pas abouti ; elles se sont heurtées à l'opposition conjuguée d'intérêts corporatistes et de groupes de pression lesquels voient même dans un semblant de protection de l'enfant à naître une atteinte intolérable à ce qui était encore la liberté d'avorter³¹ ; le militantisme des uns, le silence des autres qui redoutent de passer pour des adversaires de cette liberté alors qu'il s'agit d'une toute autre question, l'indifférence du plus grand nombre liée à l'ignorance des enjeux ont conduit les pouvoirs publics à entériner, par défaut, **un droit jurisprudentiel qui tire vers le bas l'ensemble des enfants à naître.**

Fort médiatisée et popularisée, il est vrai, l'IVG exerce sur certains esprits une emprise qui ne laisse pas de surprendre. On se souvient qu'à la différence de nombre de juridictions étrangères et du Conseil d'Etat français, la Cour de cassation est entrée dans un raisonnement qui valorisait le foeticide par rapport à la vie handicapée.³²

Quitte à nous répéter, **la prétendue incompatibilité** entre la protection de la vie anténatale et l'IVG n'est qu'un mauvais alibi par ce que, d'une part, c'est une loi de dépénalisation et non de libéralisation qui a autorisé, sous certaines conditions, la femme à recourir à cet acte médicalisé, d'autre part, légalement définie, l'IVG est la règle qui fait exception – ou l'exception qui confirme le principe du respect de la vie humaine dès son commencement lequel n'est pas une simple

un « matériau » confié à la société qui doit « veiller à ce qu'il ne se dégrade pas afin de ne pas ruiner l'espèce en bloquant « la transmission des tares héréditaires connues », cela au prix de la mort qualifiée d' « euthanasie » des fœtus et des nourrissons dont le caractère humain est dénié (Pierre Simon, De la vie avant toute chose, 1979). Après le foeticide, l'infanticide, pourquoi pas le géronticide ?

Cette vision prométhéenne de l'avenir de l'humanité et ce projet bâti sur l'élimination des plus faibles sont partagés, semble-t-il, par le philosophe et médecin américain Tristram Engelhart qui écrit dans ses Fondements de la bioéthique (1986) « que ce ne sont pas tous les humains qui sont des personnes ; sont des personnes ceux qui sont conscients d'eux-mêmes, ceux qui ont la capacité de blâmer et de louer ». Mais les fœtus, les nouveaux nés, les déments profonds et les comateux désespérés ne sont pas des personnes pas plus, ajoute-t-il, que les grenouilles adultes. Et seules les personnes ont droit à un respect inconditionnel.

Inspiré par un utilitarisme absolu, le philosophe australien Peter Singer préconise de mettre les nouveaux nés en observation pendant quelques semaines afin de déceler d'éventuels handicaps qui pourraient justifier leur suppression.

³⁰ L'entrave aux opérations d'interruption de grossesse est réprimé par l'article L2223-2 (ancien article L 162-15) du code de la santé publique dont la chambre criminelle a fait une rigoureuse application.

³¹ Un amendement d'origine parlementaire à une loi sur la grande criminalité tendant à créer un délit spécifique d'interruption involontaire de grossesse- incrimination qui existe en Espagne et en Italie- a été voté à deux reprises par l'Assemblée nationale mais a été finalement rejeté par le Sénat, le soutien du gouvernement lui ayant été retiré.

³² V. Droit de la famille, avril 2006, p.42 à propos de l'action de vie préjudiciable.

déclaration d'intention puisqu'il a été repris par l'article 16 du code civil puis dans le code de la santé publique.

Cet oubli (?) par le législateur d'un principe d'ordre public qu'il a posé à trois reprises est d'autant plus regrettable **qu'aucune confusion, n'est possible entre la faute d'une tierce personne en relation causale avec la mort d'un enfant attendu et l'interruption de grossesse décidée et voulue par la femme** qui n'est plus fondamentalement remise en cause. Nos féministes les plus radicales peuvent elles sérieusement invoquer au soutien de la décision commentée « le droit des femmes de disposer librement de leur corps » dont elles ne mesurent pas toutes les implications, notamment qu'il pourrait justifier la marchandisation de ce corps ? Ne s'agit-il pas plus simplement de ne pas donner mauvaise conscience à celles qui choisissent d'avorter en escamotant la souffrance de celles qui perdent leur enfant dans les circonstances susrelatées ? Circonstances qui, le plus souvent, n'appellent ni indulgence, ni compréhension.

On observera que **sanctionner pénalement le responsable de la mort accidentelle d'un fœtus n'a jamais empêché aucune femme d'interrompre sa grossesse ; pour preuve, la protection de l'enfant à naître a coexisté pendant un quart de siècle avec l'application de la loi sur l'IVG** : le 19 août 1997, la chambre criminelle rejetait encore le pourvoi formé par un gynécologue reconnu coupable d'homicide involontaire, sa négligence, lors d'un accouchement, ayant été la cause « d'une perte de temps fatale à l'enfant »³³ décédé *in utero*; cette solution qui n'avait pas été contestée, assurait l'équilibre entre la liberté encadrée de la femme et le respect des droits de l'enfant. Si la vie de celui-ci n'a aucune valeur, quel sens peuvent avoir le droit de nature constitutionnelle à la protection de la santé qui lui est reconnu et la législation sociale qui le protège autant que sa mère ?

En définitive, la raison- qui ne doit pas toujours être celle du plus fort- commande de mettre un terme aux contradictions pour ne pas dire à la schizophrénie de notre droit positif qui accorde à l'enfant à naître une reconnaissance accrue sur le plan familial, social et sanitaire mais lui refuse, sans motif légitime, la protection du droit pénal. L'inquiétant, ce ne sont pas tellement ces contradictions mais leur acceptation qui témoigne de **l'affaiblissement de la conscience collective et du recul du respect de la vie.**

Si on ne garantit pas une protection réelle à l'être le plus faible qui soit, comment éviter à l'avenir une sous-évaluation de l'individu lorsqu'il est vulnérable et sans défense ?

³³ Juris-Data n°1997-003862.