

RESEARCH OUTPUTS / RÉSULTATS DE RECHERCHE

L'avortement

Colette-Basecqz, Nathalie; Blaise, Noémie

Published in:

Les infractions, vol. 3, Les infractions contre l'ordre des familles, la moralité publique et les mineurs

Publication date:

2011

Document Version

le PDF de l'éditeur

[Link to publication](#)

Citation for pulished version (HARVARD):

Colette-Basecqz, N & Blaise, N 2011, L'avortement. dans *Les infractions, vol. 3, Les infractions contre l'ordre des familles, la moralité publique et les mineurs*. Larcier , Bruxelles, pp. 23-63.

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

CHAPITRE III

L'AVORTEMENT

Nathalie COLETTE-BASECQZ
Chargée de cours aux F.U.N.D.P. de Namur
Membre du centre Projucit (1)
Avocat au Barreau de Nivelles

et

Noémie BLAISE
Assistante aux F.U.N.D.P. de Namur
Membre du centre Projucit

Sommaire

SECTION 1. – DÉFINITION ET HISTORIQUE.....	26
§ 1. – Définition	26
§ 2. – Situation antérieure à la loi du 3 avril 1990	30
§ 3. – La loi du 3 avril 1990 relative à l'interruption de grossesse	34
§ 4. – La commission d'évaluation de la loi du 3 avril 1990	36
SECTION 2. – FAITS NON PUNISSABLES	37
§ 1. – L'hypothèse de l'interruption de grossesse avant la fin de la douzième semaine	38
§ 2. – L'hypothèse de l'interruption de grossesse au-delà de la douzième semaine	42
SECTION 3. – ÉLÉMENTS CONSTITUTIFS DE L'AVORTEMENT INTENTIONNEL	44
§ 1. – Éléments matériels.....	44
§ 2. – Éléments moral	48
SECTION 4. – ÉLÉMENTS CONSTITUTIFS DE L'AVORTEMENT NON INTENTIONNEL	50
§ 1. – Éléments matériels.....	51
§ 2. – Éléments moral	51
SECTION 5. – ÉLÉMENTS CONSTITUTIFS DE L'HOMICIDE PAR L'EMPLOI DE MOYENS ABORTIFS.....	52
§ 1. – Éléments matériels.....	52
§ 2. – Éléments moral	54
SECTION 6. – PEINES APPLICABLES	55

(1) Protection juridique du citoyen, centre de recherche fondamentale : www.projucit.be.

SECTION 7. - RÈGLES SPÉCIFIQUES DE DROIT PÉNAL.....	56
§ 1. - La tentative	56
§ 2. - La participation punissable	58
§ 3. - L'état de nécessité.....	60
§ 4. - La contrainte irrésistible	61
SECTION 8. - PREUVE DE L'INFRACTION.....	61

TEXTES LÉGAUX

CODE PÉNAL

LIVRE II DES INFRACTIONS ET DE LEUR RÉPRESSION EN PARTICULIER

TITRE VII Des crimes et des délits contre l'ordre des familles et contre la moralité publique

CHAPITRE I

De l'avortement

Art. 348. [L. 3 avril 1990, art. 1^{er}. - Celui qui, médecin ou non, par un moyen quelconque, aura à dessein fait avorter une femme qui n'y a pas consenti, sera puni de la [réclusion de cinq ans à dix ans]. Si les moyens employés ont manqué leur effet, l'article 52 sera appliqué.]

Ainsi mod. par L. 23 janvier 2003, art. 62.

Art. 349. Lorsque l'avortement a été causé par des violences exercées volontairement, mais sans intention de le produire, le coupable sera puni d'un emprisonnement de trois mois à deux ans et d'une amende de vingt-six [euros] à trois cents [euros].

Montants adaptés à l'euro par L. 26 juin 2000, art. 2.

Si les violences ont été commises avec préméditation ou avec connaissance de l'état de la femme, l'emprisonnement sera de six mois à trois ans, et l'amende de cinquante [euros] à cinq cents [euros].

Montants adaptés à l'euro par L. 26 juin 2000, art. 2.

Art. 350. [L. 3 avril 1990, art. 2. - Celui qui, par aliments, breuvages, médicaments ou par tout autre moyen aura fait avorter une femme qui y a consenti, sera condamné à un emprisonnement de trois mois à un an et à une amende de cent [euros] à cinq cents [euros].

Montants adaptés à l'euro par L. 26 juin 2000, art. 2.

Toutefois, il n'y aura pas d'infraction lorsque la femme enceinte, que son état place en situation de détresse, a demandé à un médecin d'interrompre sa grossesse et que cette interruption est pratiquée dans les conditions suivantes :

1° a) l'interruption doit intervenir avant la fin de la douzième semaine de la conception;

b) elle doit être pratiquée, dans de bonnes conditions médicales, par un médecin, dans un établissement de soins où existe un service d'information qui accueillera la femme enceinte et lui donnera des informations circonstanciées, notamment sur les droits, aides et avantages garantis par la loi et les décrets aux familles, aux mères célibataires ou non, et à leurs enfants, ainsi que sur les possibilités offertes par l'adoption de l'enfant à naître et qui, à la demande soit du médecin soit de la femme, accordera à celle-ci une assistance et des conseils sur les moyens auxquels elle pourra avoir recours pour résoudre les problèmes psychologiques et sociaux posés par sa situation.

2° Le médecin sollicité par une femme en vue d'interrompre sa grossesse doit :

a) informer celle-ci des risques médicaux actuels ou futurs qu'elle encourt à raison de l'interruption de grossesse;

b) rappeler les diverses possibilités d'accueil de l'enfant à naître et faire appel, le cas échéant, au personnel du service visé au 1°, b), du présent article pour accorder l'assistance et donner les conseils qui y sont visés;

c) s'assurer de la détermination de la femme à faire pratiquer une interruption de grossesse.

L'appréciation de la détermination et de l'état de détresse de la femme enceinte qui conduit le médecin à accepter d'intervenir, est souveraine lorsque les conditions prévues au présent article sont respectées.

3° Le médecin ne pourra au plus tôt, pratiquer l'interruption de grossesse que six jours après la première consultation prévue et après que l'intéressée a exprimé par écrit, le jour de l'intervention, sa détermination à y faire procéder.

Cette déclaration sera versée au dossier médical.

4° Au-delà du délai de douze semaines, sous les conditions prévues aux 1°, b), 2° et 3°, l'interruption volontaire de grossesse ne pourra être pratiquée que lorsque la poursuite de la grossesse met en péril grave la santé de la femme ou lorsqu'il est certain que l'enfant à naître sera atteint d'une affection d'une particulière gravité et reconnue comme incurable au moment du diagnostic. Dans ce cas, le médecin sollicité s'assurera le concours d'un deuxième médecin, dont l'avis sera joint au dossier.

5° Le médecin ou toute autre personne qualifiée de l'établissement de soins où l'intervention a été pratiquée, doit assurer l'information de la femme en matière de contraception.

6° Aucun médecin, aucun infirmier ou infirmière, aucun auxiliaire médical n'est tenu de concourir à une interruption de grossesse.

Le médecin sollicité est tenu d'informer l'intéressée, dès la première visite, de son refus d'intervention.]

Art. 351. [L. 3 avril 1990, art. 3. — La femme qui, volontairement, aura fait pratiquer un avortement en dehors des conditions prévues à l'article 350 sera punie d'un emprisonnement d'un mois à un an et d'une amende de cinquante [euros] à deux cents [euros].]

Montants adaptés à l'euro par L. 26 juin 2000, art. 2.

Art. 352. [L. 23 janvier 2003, art. 63. — Lorsque les moyens employés dans le but de faire avorter la femme auront causé la mort, celui qui les aura administrés ou indiqués dans ce but sera condamné à la réclusion de cinq ans à dix ans, si la femme a consenti à l'avortement, mais que l'intervention a été pratiquée en dehors des conditions définies à l'article 350 et à la réclusion de dix ans à quinze ans, si elle n'y a point consenti.]

Art. 353. [Abrogé par L. 3 avril 1990, art. 5.]

Section 1. — Définition et historique

§ 1. — DÉFINITION

L'incrimination de l'avortement était déjà prévue dans le Code pénal napoléonien de 1810, à l'article 317 dudit Code. Par la suite, le Code pénal de 1867 (2) a réglementé cette infraction sous les articles 348 à 353. Quant aux dernier et avant-dernier alinéas de l'article 383 du Code

pénal, ceux-ci ont été ajoutés par la loi du 20 juin 1923 (3). Il a fallu attendre la loi du 3 avril 1990 relative à l'interruption de grossesse (4) pour que soit dépénalisé l'avortement sous certaines conditions strictes.

Relevons que la notion d'avortement n'a jamais été définie explicitement dans le Code pénal (5).

Lors de la discussion, au Sénat et à la Chambre, de la proposition de loi relative à l'interruption de grossesse, les travaux préparatoires ont cependant fait apparaître une définition plus restrictive que celle retenue précédemment par la doctrine et la jurisprudence (6). Alors que l'avortement était auparavant défini comme la destruction prématurée du produit de la conception par l'intervention volontaire de l'homme, à quelque stade de la grossesse que l'on se trouve, depuis le début de la période embryonnaire jusqu'au début du travail de l'accouchement (7), les travaux préparatoires de la loi du 3 avril 1990 ont défini l'avortement comme «une intervention ou l'administration d'un médicament permettant d'expulser un fœtus qui n'est pas encore en mesure de vivre de manière autonome» (8).

Une telle définition a créé un vide juridique en excluant les manœuvres abortives pratiquées avant le début du travail d'accouchement sur un fœtus viable. Cette absence de protection pénale du fœtus viable mort *in utero* s'appuie sur la conception selon laquelle l'embryon ne serait pas une personne (9).

Même si la Cour de cassation a affirmé que l'article 2 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales incluait la protection de la vie de l'enfant dès avant sa naissance (10), la prise en compte de la volonté de la femme enceinte

(3) M.B., 25 juin 1923.

(4) M.B., 5 avril 1990.

(5) H. NYS, «De nieuwe wetgeving inzake zwangerschapsafbreking», R.W., 1990-1991, p. 1189.

(6) *Ibid.*

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

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

(9) A. DELANNAY, «Homicides et lésions corporelles volontaires», in *Les infractions*, vol. 2, *Les infractions contre les personnes*, Bruxelles, Larcier, 2010, p. 202, n° 128.

(10) Cass., 22 décembre 1992, *Pas.*, 1992, I, p. 1402. Sur ce point, il est intéressant de relever que la Cour de cassation est allée plus loin que la Cour européenne des droits de l'homme, qui, dans son arrêt *Vo c. France*, s'est refusée «de répondre dans l'abstrait à la question de savoir si l'enfant à naître est une 'personne' au sens de l'article 2 de la Convention», non sans avoir cependant précisé au préalable que «le point de départ du droit à la vie relève de la marge d'appréciation des États»; la Cour

(2) M.B., 9 juin 1867.

a conduit à réduire considérablement la protection pénale de l'embryon. En dépénalisant partiellement l'avortement, le législateur a dénié un droit à la vie à l'embryon qui n'est pas né viable.

Cette conception déniait le statut de personne à l'embryon repose, d'une part, sur la place occupée par les dispositions légales relatives à l'avortement dans le Code pénal. Alors que le Code pénal napoléonien de 1810, qui ne contenait d'ailleurs qu'une seule disposition relative à l'incrimination de l'avortement, classait l'interruption de grossesse parmi les délits contre les personnes (11), c'est sous le titre VII du Livre II du Code pénal de 1867 relatif aux crimes et délits contre l'ordre des familles et la moralité publique qu'ont été logées les dispositions relatives à l'avortement (12). Le législateur n'a pas rangé cette infraction dans les atteintes contre les personnes (réprimées au sein du titre VIII du Livre II du Code pénal et parmi lesquelles se trouvent le meurtre, l'infanticide, les coups et blessures ...), ce qui aurait supposé qu'il prenne position sur la possibilité de reconnaître un statut de personne au fœtus à compter d'un stade déterminé de son développement. C'est uniquement par rapport à l'atteinte portée à l'ordre des familles que les auteurs du Code pénal ont ainsi situé l'avortement. Cela s'explique sans doute aussi par le fait que la famille est alors considérée comme la cellule de base de la société et est donc «sacralisée» (13). D'autres iront plus loin encore en soutenant, à propos de l'incrimination telle qu'elle était établie avant l'adoption de la loi du 3 avril 1990, que «la législation contre l'avortement a pour objet de contraindre la femme à porter l'embryon à terme, même contre son gré; elle est, dans une certaine mesure, le reflet d'une époque où l'homme, la famille et la société faisaient à la femme une condition d'incapacité» (14). Il est vrai que le droit de la femme à disposer d'elle-même n'était pas encore consacré sous l'empire du Code pénal de 1867 (15). Notons que le mouvement

européenne n'a donc pas exclu que les Etats membres puissent admettre des garanties au bénéfice de l'enfant non encore né (Cour eur. D.H. (gde ch.), *Vo c. France*, arrêt du 8 juillet 2004, *Rev. trim. dr. fam.*, 2005, p. 368).

(11) M. BAN LOOK, «*Abortus provocatus. Juridische status questionis in perspectieven*», *T.P.R.*, 1974, pp. 424-426.

(12) *Ibid.*

(13) B. MARQUES-PEREIRA, *L'avortement en Belgique. De la clandestinité au débat politique*, Bruxelles, éd. de l'Université de Bruxelles, 1989, p. 19.

(14) Exposé de M. le conseiller GROSEMANS, Conseil de l'Ordre des Médecins du Brabant d'expression française, *L'avortement*, Séminaire commun du 6 mai 1972 du Conseil de l'Ordre des Médecins du Brabant d'expression française et du Conseil de l'Ordre des Avocats à la Cour d'appel de Bruxelles, Bruxelles, Imprimerie médicale et scientifique, 1972, p. 23.

(15) Sur le contexte des faits et le contexte socioculturel, voy. M.-Th. MEULDERS-KLEIN, «*Considérations sur les problèmes juridiques de l'avortement*», *op. cit.*, pp. 425-522.

d'émancipation des femmes a permis de faire évoluer sensiblement les conceptions par la suite (16). Par ailleurs, s'agissant des classifications elles-mêmes, comme Marc Preumont le faisait observer, «on pourrait certes se demander s'il faut encore accorder beaucoup d'importance aux classifications du Code pénal dès le moment où l'on constate que le crime de viol est lui aussi classé parmi les infractions contre l'ordre des familles et la moralité publique plutôt que parmi les infractions contre les personnes» (17).

D'autre part, la formulation même des dispositions légales fait apparaître que celles-ci se gardent bien, à propos du fœtus, de faire référence à la notion de personne (18).

L'absence de protection pénale du fœtus viable mort *in utero* est d'autant plus regrettable qu'elle concerne un fœtus plus avancé dans son stade de développement que le fœtus non viable visé par l'incrimination d'avortement. Même s'il n'a pas encore d'existence propre en dehors du sein de sa mère, on connaît déjà de nombreuses informations sur lui : son sexe, son poids, ses dimensions exactes, ses éventuelles malformations ... Il n'est pas différent de certains enfants, nés prématurés, qui ont pu survivre grâce aux avancées de la réanimation néonatale. De plus, il s'agit d'un fœtus dont l'humanité en devenir le rapproche un peu plus encore de l'être vivant. La potentialité de cet être et sa capacité à devenir une personne (19) mériteraient à nos yeux une protection renforcée, et ce au nom de la dignité humaine (20). Au lieu de cela, le fœtus viable mort *in utero* se trouve exclu de la protection offerte par le droit pénal à travers l'incrimination d'avortement. Nous rejoignons Axel Delannay lorsqu'il écrit : «celui qui porte volontairement des coups à une femme enceinte, et cause intentionnellement la mort de l'enfant qu'elle portait, alors que celui-ci avait déjà atteint un stade avancé de maturation, ne devra répondre que de coups volontaires envers la mère, le cas échéant aggravés par son état, mais aucun texte ne permettra de réprimer spécifiquement l'acte plus grave d'avoir ôté la vie de l'enfant à naître si celui-ci est décédé *in utero*» (21).

(16) B. MARQUES-PEREIRA, *L'avortement en Belgique. De la clandestinité au débat politique*, *op. cit.*, pp. 31-46.

(17) M. PREUMONT, obs. sous Cass., 11 février 1987, *J.L.M.B.*, 1987, p. 640.

(18) *Ibid.*

(19) Sur le concept de «personne potentielle», voy. L. CASSIERS, «La dignité de l'embryon humain», *Rev. trim. D.H.*, 2003, p. 405.

(20) A. DELANNAY, «Homicides et lésions corporelles volontaires», *op. cit.*, p. 203, n° 128.

(21) *Ibid.* L'auteur ajoute que le droit de l'ancien régime punissait quant à lui de mort ce fait, sous la dénomination de l'encis, qui était un crime distinct de l'avortement, et qui consistait à «frapper ou maltraiter une femme enceinte au point de la faire avorter ou de la faire mourir avec l'enfant à naître».

Comme l'avait exprimé le juge Ress de la Cour européenne des droits de l'homme dans son opinion dissidente sous l'arrêt *Vo c. France*, « (...) la protection de la vie humaine s'étend en principe aussi au fœtus, les règles spécifiques pour l'avortement volontaire n'auraient pas été nécessaires si le fœtus n'avait pas eu de vie à protéger et était soumis complètement jusqu'à la naissance à la volonté illimitée de la femme enceinte » (22).

Cela étant, dans la pratique, cette condition de viabilité ne semble pas s'imposer, puisque l'on admet que des interruptions volontaires de grossesse aient lieu jusqu'au début du travail d'accouchement (23).

Par ailleurs, quant à l'atteinte au droit au respect de la vie privée qui résulterait de l'interdiction de l'avortement, la Cour de cassation a jugé que les dispositions des articles 348 à 353 du Code pénal ne constituaient pas une ingérence illicite d'une autorité publique dans l'exercice du droit au respect de la vie privée consacré par l'article 12 de la Constitution et l'article 8 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (24).

Nous commenterons la situation antérieure à la loi du 3 avril 1990 avant de présenter les changements intervenus à la suite de l'adoption de cette loi relative à l'interruption de grossesse.

§ 2. - SITUATION ANTÉRIEURE À LA LOI DU 3 AVRIL 1990

Bien que l'interruption volontaire de grossesse ait été punissable pénalement depuis 1810 (25), force était de constater que, dans la mesure où l'avortement se pratiquait principalement de façon clandestine, il était souvent difficile d'exercer des poursuites pénales dans pareil cas puisque le parquet n'était pas tenu au courant (26).

Les situations donnant lieu à une interruption de grossesse étaient par ailleurs diverses. Outre l'avortement thérapeutique, justifié par l'existence d'un risque grave pour la vie ou la santé de la mère, une interruption volontaire de grossesse pouvait aussi avoir lieu afin de prévenir

la naissance d'un enfant souffrant d'anomalies héréditaires ou congénitales graves (avortement prophylactique). Il pouvait aussi arriver que des difficultés sociales, financières ou psychologiques à assumer la grossesse (extrême précarité, grossesse résultant d'un viol ou d'un inceste, jeune âge de la mère ...), ou encore parfois des raisons s'apparentant plutôt à l'eugénisme, amenaient certaines femmes à prendre la décision de se faire avorter (27).

D'un point de vue légal, l'interdiction de l'avortement restait pénalement sanctionnée (28), sous réserve de l'application d'un éventuel état de nécessité (par exemple, dans l'hypothèse d'un avortement thérapeutique) (29).

Le législateur avait pris soin de distinguer l'avortement selon que la femme était ou non consentante. Dans le cas d'une femme consentante, celle-ci pouvait avoir déployé elle-même les manœuvres entraînant l'interruption de sa grossesse, mais l'avortement pouvait aussi avoir été effectué par un tiers, à l'aide de différents moyens. Des circonstances aggravantes étaient prévues pour le tiers qualifié.

Les anciens articles 350 et 351 du Code pénal punissaient l'avortement provoqué par un tiers non qualifié sur une femme consentante (art. 350) ou commis par la femme elle-même (art. 351) d'un emprisonnement de deux à cinq ans. Il s'agissait donc d'une peine correctionnelle. Une circonstance aggravante était prévue lorsque l'avortement avait causé la mort de la femme; dans pareil cas, il était sanctionné par une peine criminelle de réclusion si la femme était consentante, de travaux forcés de dix à quinze ans si elle n'était pas consentante. Quant à l'article 353 du Code pénal, il érigeait en circonstance aggravante le fait que l'avortement ait été commis par une personne qualifiée pour exercer une profession parmi celles énumérées (médecin, chirurgien, accoucheur, sage-femme et pharmacien). Il importait peu que ces personnes exercent ou non cette profession, l'élément déterminant étant les connaissances acquises par ces personnes grâce à leur qualification (30). Dans ce cas,

(22) Conseil de l'Ordre des Médecins du Brabant d'expression française, *L'avortement*, op. cit., pp. 17-19.

(23) F. VAN HOOREBEK et F. DUMON, « La répression de l'avortement », *Rev. dr. pén.*, 1952-1953, p. 738.

(24) Sur l'application de la notion d'état de nécessité à l'interruption volontaire de grossesse, voy. R. LIBEZ, « Réflexions sur l'avortement et l'état de nécessité en droit pénal », *Journ. proc.*, 1983, n° 31, pp. 10-17. L'auteur y fait notamment observer que l'évolution des valeurs, qui se trouve au centre de l'état de nécessité, se rattache à l'évolution générale des mœurs qui dégage des valeurs nouvelles ou modifie leur hiérarchie. Pour une illustration de l'état de nécessité, voy. aussi Corr. Nivelles, 2 novembre 1984, *Journ. proc.*, 1984, n° 50, p. 30.

(30) R.P.D.B., v° Avortement, Compl. t. I, Bruxelles, Bruylant, 1964, n° 18.

(22) Opinion dissidente sous Cour eur. D.H. (gde ch.), *Vo c. France*, 8 juillet 2004, op. cit.
(23) N. COLETTE-BASECOZ et N. HAUTENNE, « Quelques questions juridiques concernant l'enfant à naître et le nouveau-né », in *Éléments d'éthique périnatale. De l'obstétrique à la réanimation*, Namur, P.U.N., 2004, p. 65.

(24) Cass., 5 février 1985, *Pas.*, 1985, I, p. 670.

(25) *Pandectes belges*, t. XI, Bruxelles, Larcier, 1884, p. 1112.

(26) S.C. VERSELE, « Preventie en repressie van de vruchtadrijving », *R.W.*, 1953-1954, col. 1758-1759.

les peines criminelles prévues étaient la réclusion, les travaux forcés de dix à quinze ans ou de quinze à vingt ans. En raison du caractère limitatif de cette énumération, d'autres professionnels, comme les kinésithérapeutes par exemple, ne rentraient pas dans cette catégorie d'auteurs qualifiés donnant lieu à l'application de la circonstance aggravante. Une telle limitation des tiers qualifiés n'était ainsi plus conciliable avec l'évolution de la réglementation de l'art de guérir qui englobait aussi des professions paramédicales (31). Par ailleurs, l'aggravation de peine qui s'appliquait au tiers qualifié ne manquait pas de surprendre; sur quelle base justifiait-on une condamnation plus sévère des personnes qualifiées par rapport à des avorteurs «incompétents»? (32). De plus, dans la mesure où il s'agissait d'un crime, la tentative d'avortement par un médecin était punissable. Fort heureusement, l'article 353 du Code a été abrogé par la loi du 3 avril 1990.

La situation antérieure à la loi du 3 avril 1990 se caractérisait par un paradoxe. Alors que l'avortement restait réprimé pénalement, il n'empêchait pas le développement d'une pratique médicale bien installée. Celle-ci consistait en des milliers d'avortements pratiqués chaque année en Belgique, tantôt de façon clandestine (par le recours aux personnes dites «faiseuses d'anges») ou dans des conditions d'hygiène déplorablement menant fréquemment au décès de la femme enceinte, tantôt par des médecins agissant au grand jour au sein d'établissements hospitaliers ou de centres extrahospitaliers. Il arrivait aussi que certaines femmes, disposant des moyens financiers suffisants, décident de se faire avorter dans un pays étranger autorisant ces pratiques (33), comme par exemple aux Pays-Bas ou en Grande-Bretagne. Ce phénomène, qualifié de «tourisme abortif» (34), engendrait une inégalité sociale fondée sur des critères économiques (35).

Il devenait dès lors urgent de modifier la loi vu la distance de plus en plus grande qui se créait avec les pratiques en cours dans la société et la situation de malaise qu'elle engendrait auprès du monde judiciaire comme de la société civile. Cette intervention législative s'avérait toutefois particulièrement délicate, car elle devait tenir compte d'une situation de conflit entre plusieurs intérêts légitimes.

Par arrêté royal du 13 décembre 1974 (36), une Commission nationale pour les problèmes éthiques a été chargée, «en vue de l'instauration d'une politique adéquate, d'émettre sur des bases scientifiques, un avis relatif aux contraceptifs, au problème de l'avortement, à la révision de la législation pénale le concernant, à la question de l'anonymat de la mère et à celle de l'enfant né dans l'anonymat». Deux rapports relatifs à l'interruption de grossesse ont été remis par cette Commission.

Un moratoire avait ensuite été institué (37), conduisant à suspendre les poursuites pénales dans l'attente de l'issue du débat parlementaire portant sur la dépénalisation de l'avortement. La plupart des procureurs du Roi se sont ainsi abstenus de poursuivre les auteurs d'avortements qui leur étaient dénoncés, de même que de faire fixer les affaires devant les chambres du conseil ou les juridictions de fond (38).

Malgré ce moratoire, la pratique judiciaire n'était cependant pas totalement unifiée dans les différents arrondissements (39).

Le moratoire a pris fin le 12 mars 1981, lorsque le ministre de la Justice a fait savoir à la Commission de la Justice que le procureur général près la Cour d'appel de Bruxelles avait annoncé qu'il demanderait l'application de la loi (40).

(36) M.B., 17 décembre 1974.

(37) Voy. not. Corr. Gand, 12 février 1988, T.G.R., 1988, p. 36.

(38) Propositions de loi relatives à l'interruption de grossesse, *Doc. parl.*, Séu., sess. extr. 1988, n° 247/1, p. 1.

(39) B. MARQUES-PEREIRA, *L'avortement en Belgique. De la clandestinité au débat politique*, op. cit., pp. 23-25. Plusieurs médecins furent néanmoins poursuivis; certains ont fait l'objet d'une condamnation, d'autres d'un acquittement (Propositions de loi relatives à l'interruption de grossesse, tendant à modifier les articles 348, 350 et 351 du Code pénal et à abroger les articles 352 et 353 du même Code, *Doc. parl.*, Séu., sess. extr. 1988, n° 247/1, pp. 2-3). Dans un cas, la Cour d'appel de Bruxelles, à l'inverse de ce qu'avait considéré le tribunal correctionnel en première instance (Corr. Bruxelles, 10 janvier 1983, *Journ. proc.*, 1983, n° 12, p. 27, note M. PREUMONT), a acquitté des médecins sur la base de l'erreur invincible, estimant qu'ils ont pu croire, voyant l'impunité totale dont bénéficiaient les médecins d'autres arrondissements, qu'ils ne violaient pas la loi (Bruxelles, 30 juin 1983, *J.T.*, 1983, p. 525; *Journ. proc.*, 1983, n° 24, p. 12, note W. PEERS, «Réflexions à propos d'un arrêt d'acquiescement et de ses attendus» et opinion critique de Me BRADES). En revanche, dans les autres cas où l'erreur invincible a été soulevée en raison du moratoire, elle a été rejetée (Bruxelles, 28 septembre 1988, *Jur. Liège*, 1988, p. 1448; Corr. Gand, 12 février 1988, T.G.R., 1988, p. 36; Corr. Bruxelles, 9 février 1988, *Journ. proc.*, 1988, n° 124, p. 31; Bruxelles, 28 juin 1985, *Journ. proc.*, 1985, n° 67, p. 29).

(40) Voy. Proposition de loi relative à l'interruption de grossesse, tendant à modifier les articles 348, 350 et 351 du Code pénal et à abroger les articles 352 et 353 du même Code, *Doc. parl.*, Séu., sess. extr. 1988, n° 247/2, annexe 3, pp. 202-203.

(31) Conseil de l'Ordre des Médecins du Brabant d'expression française, *L'avortement*, op. cit., p. 13.

(32) *Ibid.*, p. 49.

(33) Dans pareil cas, selon les règles de compétence extraterritoriale applicables, ces femmes n'étaient pas passibles de sanctions pénales en Belgique. En effet, la condition de double incrimination (requis par l'art. 7 du titre préliminaire du Code de procédure pénale pour poursuivre en Belgique, un Belge qui a commis une infraction à l'étranger) n'était pas remplie (Voy. aussi R. LEGRAS, «Le problème de l'avortement et la logique», *Journ. proc.*, 1985, n° 70, pp. 14-23 (l'auteur y a notamment mis en exergue que l'avortement n'était pas punissable en Belgique, sauf lorsque l'intervention était pratiquée en Belgique même)).

(34) B. TISSOT et M. VEKEMANS, *L'interruption de grossesse en Belgique et dans les pays voisins. Législations, déclaration des cas, commissions d'évaluation, taux d'avortements, prévalence contraceptives*, Bruxelles, Services de l'Exécutif de la Communauté française de Belgique, Ministère de la Culture et des Affaires sociales, 1990, p. 11.

(35) Rapport de MINE DALCQ-DEPOORTER, in Conseil de l'Ordre des Médecins du Brabant d'expression française, *L'avortement*, op. cit., p. 41.

Cette situation confuse a donné lieu à une rupture du principe d'égalité entre citoyens puisque, dans certains endroits du pays, des interruptions volontaires de grossesse étaient pratiquées ouvertement en toute impunité, alors qu'à d'autres endroits, des médecins pouvaient se voir condamnés (41). La Cour de cassation avait toutefois estimé que le principe constitutionnel d'égalité des Belges devant la loi ne faisait pas obstacle à l'appréciation de l'opportunité des poursuites pénales par le parquet (42).

Il aura fallu attendre dix-neuf ans après le dépôt d'une première proposition de loi, le 18 février 1971 (43), pour qu'une loi dépénalisant partiellement l'avortement soit votée au Parlement. Il s'agit de la loi «Lallemand-Michielsens», du nom des auteurs qui en sont à la source pour être les signataires de la proposition de loi. La Belgique fut ainsi l'un des derniers pays européens à avoir légiféré sur l'avortement dans un sens plus libéral. Selon Roger Lallemand et Lucienne Michielsens, cette dépénalisation s'imposait car la loi n'était plus en phase avec la conscience collective de l'époque : «à partir du moment où de nombreuses couches de la population ne soutiennent plus la règle répressive sévère fondée sur un ordre de valeurs morales particulières qui n'est plus largement admis, le droit doit être dépénalisé, au sens strict libéralisé» (44). C'est ainsi l'évolution de la société quant à la perception des valeurs véhiculées par l'avortement qui a finalement conduit le législateur à une dépénalisation partielle.

§ 3. — LA LOI DU 3 AVRIL 1990 RELATIVE À L'INTERRUPTION DE GROSSESSE

La loi du 3 avril 1990 relative à l'interruption de grossesse (45) a modifié en profondeur les articles 348, 350, 351 et 352 du Code pénal et a abrogé l'article 353 dudit Code.

(41) Proposition de loi relative à l'interruption de grossesse, tendant à modifier les articles 348, 350 et 351 du Code pénal et à abroger les articles 352 et 353 du même Code, *Doc. parl., Sén., sess. extr.* 1988, n° 247/1, p. 2.

(42) Cass., 5 février 1985, *Pas.*, 1985, I, p. 670.

(43) Proposition de loi abrogeant les articles 351 et 353 ainsi que certaines dispositions de l'article 383 du Code pénal et remplaçant le texte de l'article 353 du même Code, déposée par les sénateurs W. Calewaert, G. Housiaux, M.-A. Pierson, K. Poma, F. Parmentier et J.-B. Risopoulos, *Doc. parl., Sén., sess. 1970-1971*, n° 280. Voy. égal. J. MESSINNE, «La proposition de loi sur l'avortement», *J.T.*, 1971, pp. 337-339; E. CABEAUX, «Considérations nouvelles sur l'avortement légalisé», *J.T.*, 1972, pp. 21-28; W. CALEWAERT, «Une réforme du Code pénal», in *Avortement et contraception. Colloque des 11 et 12 mars 1971*, Bruxelles, éd. de l'Institut de Sociologie de l'Université libre de Bruxelles, 1972, pp. 133-137.

(44) Proposition de loi relative à l'interruption de grossesse, *Doc. parl., Sén., sess. 1985-1986*, n° 189/1, p. 7.

(45) *M.B.*, 5 avril 1990.

Elle a notamment permis de mettre fin aux pratiques clandestines d'avortement en offrant un cadre légal précis aux interruptions volontaires de grossesse.

Cette loi apparaît comme une tentative de conciliation de deux valeurs antinomiques : d'une part, la protection d'une vie en devenir qui se développe à partir de la conception et, d'autre part, le droit de la femme à la libre maîtrise de son corps (46) (47).

Le législateur a procédé à une distinction selon que la femme est ou non consentante. Dans le premier cas, celui de l'avortement demandé par la femme, le droit à l'autodétermination est pris en compte dans une certaine mesure pour légaliser l'acte interruptif de grossesse moyennant le respect de plusieurs conditions. Le second cas, celui de l'avortement pratiqué sur une femme non consentante, est demeuré, quant à lui, pénalement punissable.

Ainsi que nous l'avons déjà observé, la protection conférée par la loi au fœtus ne s'accompagne d'aucune reconnaissance d'un statut de personne. C'est plutôt comme «entité humaine» que le législateur protège l'enfant à naître (48).

À l'exception de l'article 351 du Code pénal, qui punit la femme qui, volontairement, aura fait pratiquer un avortement en dehors des conditions légales, la qualité du sujet auteur de l'acte interruptif de grossesse n'est, cette fois, plus définie de façon limitative. Au contraire, tout tiers auteur de l'infraction est passible de sanctions pénales, comme l'a précisé le législateur à l'article 348 du Code pénal par l'emploi des mots «celui qui, médecin ou non, ...».

Quant à l'article 350, il énumère les conditions qui doivent être respectées obligatoirement pour que l'avortement ne soit pas punissable, avec cette conséquence que l'interruption volontaire de grossesse restera sanctionnée par la loi si l'une des conditions reprises dans cette disposition légale vient à faire défaut (49).

(46) Proposition de loi relative à l'interruption de grossesse, tendant à modifier les articles 348, 350 et 351 du Code pénal et à abroger les articles 352 et 353 du même Code, *Doc. parl., Sén., sess. extr.* 1988, n° 247/1, p. 7 et Propositions de loi relatives à l'interruption de grossesse, *Doc. parl., Sén., sess. extr.* 1988, n° 247/2, p. 6.

(47) D'aucuns affirment que la dépénalisation conditionnelle de l'avortement est, avec celle de l'euthanasie, une «conquête du droit à la maîtrise du corps» (G. GENICOT, *Droit médical et biomédical*, Bruxelles, Larcier, 2010, p. 547).

(48) G. GENICOT, *Droit médical et biomédical*, op. cit., p. 547.

(49) Rapport de Mmes Onkelinx et Neyts-Uyttebroeck au nom de la commission de la Justice de la Chambre des représentants, *Doc. parl., Ch., sess. ord. 1989-1990*, n° 950/9, p. 95; «Chronique de législation 1990», *Rev. dr. pén.*, 1991, p. 466.

§ 4. – LA COMMISSION D'ÉVALUATION DE LA LOI DU 3 AVRIL 1990

Très tôt, le législateur a estimé opportun de mettre sur pied une Commission d'évaluation de la loi du 3 avril 1990. Celle-ci a été créée par la loi du 13 août 1990 (50); elle fut instituée officiellement le 2 septembre 1991.

Le rôle de cette Commission consiste à évaluer la loi relative à l'interruption volontaire de grossesse (51). Elle a été chargée de rédiger un modèle de document d'enregistrement à l'attention du médecin amené à pratiquer un avortement. Ce document doit être adressé à la Commission dans les quatre mois à compter de l'interruption de grossesse. Parmi les informations livrées par ce document, figurent l'âge de la femme, son état civil, le nombre d'enfants, la région ou le pays dans lequel elle a son domicile, la date de la demande de l'interruption de grossesse et la date de l'acte, la date d'accueil par le service d'information, une description succincte de son état de détresse, les déclarations de la femme concernant les autres méthodes de contraception et, le cas échéant, l'échec de celles-ci, le moyen utilisé pour réaliser l'avortement, les éventuelles complications ... En outre, la Commission est tenue d'élaborer un modèle de rapport destiné aux établissements de soins dans lesquels l'interruption de grossesse a lieu. Ce rapport doit être complété chaque année et adressé à la Commission. Il doit faire état du nombre de demandes d'interruption de grossesse et préciser celles qui ont été acceptées et refusées. Le rapport doit être accompagné d'un second rapport établi par le service d'information de l'institution, lequel indique la composition et le fonctionnement du service, les méthodes d'accueil et d'assistance utilisées, le nombre de consultations, les résultats obtenus ... Ces modèles de document d'enregistrement et de rapport ont été rédigés par la Commission.

Au rang des autres missions dévolues à la Commission, se trouve l'obligation d'adresser, tous les deux ans, au Parlement un rapport statistique relatif aux interruptions volontaires de grossesse, dressé sur la base des informations obtenues, un rapport portant sur l'application de la loi et son évolution, ainsi que des recommandations de nature à contribuer à la diminution du nombre d'interruptions de grossesse et à l'amélioration de l'accueil et la guidance des femmes en situation de

(50) *M.B.*, 20 octobre 1990.

(51) A. VIVVERMAN, «Un nouveau souffle pour la commission d'évaluation de la loi relative à l'interruption volontaire de grossesse», *T. Gez./Rev. dr. santé*, 2009-2010, pp. 266-267.

détresse. Dans le dernier rapport bisannuel de la Commission nationale d'évaluation de la loi, portant sur les années 2006-2007, il est relevé que 18.201 interruptions volontaires de grossesse ont été déclarées en Belgique en 2006 et 18.705 en 2007. La Commission a relevé que depuis 1993, le nombre d'IVG communiquées à la Commission n'a fait qu'augmenter, moyennant quelques petites variations, ce qui ne signifie pas nécessairement que leur nombre augmente en réalité, mais en tout cas que la Commission est de mieux en mieux informée (52).

L'évaluation de la loi relative à l'avortement passe inévitablement par le relevé statistique des interventions pratiquées annuellement, et par leur exploitation sous la forme d'une analyse de ces données éclairant la manière dont la loi est respectée.

Section 2. – Faits non punissables

Le législateur a légalisé l'avortement dans des hypothèses bien circonscrites et moyennant la réunion de plusieurs conditions et formalités bien définies. Il a opéré une distinction selon que l'interruption de grossesse est pratiquée avant ou après la fin de la douzième semaine. Ce n'est que lorsque les conditions prévues à l'article 350 du Code pénal sont toutes remplies que les faits cessent de constituer une infraction et ne peuvent dès lors plus donner lieu à des poursuites pénales.

Il s'agit d'une autorisation (et non bien entendu d'une obligation (53)) légale de pratiquer l'avortement. Elle fait partie des causes de justification objective fondées sur l'article 70 du Code pénal qui ont pour effet de conférer à l'acte un caractère licite (54). Pour tomber sous le couvert de cette autorisation légale, l'acte d'avortement doit répondre à des conditions de régularité formelle, relatives à la qualité de l'auteur habilité par la loi à poser l'acte, à la motivation qui peut être admise, ainsi qu'à des garanties supplémentaires de forme qui entourent la réalisation de l'acte.

Le médecin qui, nonobstant la réunion des conditions légales pour pratiquer un avortement, refuserait de le pratiquer, par exemple en raison de ses convictions personnelles ou parce qu'il douterait de l'existence

(52) Rapport de la Commission d'évaluation de la loi du 3 avril 1990 relative à l'interruption de grossesse présenté au Parlement le 19 mai 2009, *Doc. parl.*, Ch., sess. ord. 2008-2009, n° 1745/001, et Sén., sess. ord. 2008-2009, n° 4-1137/2.

(53) H. Nys, *La médecine et le droit*, Diegem, Kluwer, 1995, p. 168.

(54) N. COLETTE-BASECOZ et N. BLAISE, *Manuel de droit pénal général*, Louvain-la-Neuve, Anthémis, 2010, p. 208.

d'une situation de la détresse, conserve son entière liberté. L'article 350, 6°, du Code pénal prévoit explicitement qu'aucun médecin, aucun infirmier ou infirmière, aucun auxiliaire médical n'est tenu de concourir à une interruption de grossesse. La disposition ajoute que le médecin sollicité est tenu d'informer l'intéressée, dès la première visite, de son refus d'intervention. La seule limite au refus qu'opposerait le médecin réside dans l'obligation de porter secours à personne en danger, réprimée à l'article 422*bis* du Code pénal. S'il appert que, dans une situation concrète où le médecin ne dispose pas d'autres alternatives possibles, en renvoyant par exemple sa patiente à un établissement hospitalier qui pourrait pratiquer l'avortement demandé, il existe un péril grave et imminent pour la santé de la mère, cette situation imposerait au médecin de pratiquer lui-même l'interruption volontaire de grossesse. Son abstention d'agir serait, dans de telles circonstances, passible de poursuites pénales sur la base de l'article 422*bis* susmentionné.

§ 1. — L'HYPOTHÈSE DE L'INTERRUPTION DE GROSSESSE AVANT LA FIN DE LA DOUZIÈME SEMAINE

Aux termes de l'article 350 du Code pénal, il n'y a pas d'infraction lorsque la femme enceinte, que son état place en situation de détresse, a demandé à un médecin d'interrompre sa grossesse. En outre, il est requis que l'interruption respecte plusieurs conditions édictées par la même disposition légale.

I. — Situation de détresse

La situation de détresse («noodsituatie» dans la version néerlandaise du texte) dans laquelle se trouve la femme est liée à son refus profond et persistant de laisser se poursuivre sa grossesse (55).

C'est à dessein que le législateur s'est bien gardé de définir la situation de détresse et de l'objectiver à travers les éléments qui devaient la caractériser. Dans les travaux préparatoires de la loi du 3 avril 1990, cette notion recouvre «une notion subjective qui renvoie à un vécu par un sujet, à une situation qui se situe au niveau de la conscience et dont le caractère est essentiellement moral» (56). Cette notion subjective, «propre à la femme et qui l'amène à cette certitude qu'elle ne peut faire

(55) Propositions de loi relatives à l'interruption de grossesse, *Doc. parl.*, Sén., sess. extr. 1988, n° 247/1, p. 9.

(56) Propositions de loi relatives à l'interruption de grossesse, *Doc. parl.*, Sén., sess. extr. 1988, n° 247/2, p. 90.

face à sa maternité» (57), est indépendante des causes auxquelles la femme l'attribue, et elle n'est d'ailleurs pas nécessairement reliée à des causes objectivement repérables (58). Cette situation de détresse est, en dernier ressort, constatée par la femme (59). Aucun contrôle sur ce point n'est dès lors susceptible de s'exercer par le juge, qui ne peut remettre en cause l'existence d'une situation de détresse invoquée par la femme enceinte (60). Le partenaire de cette dernière n'a pas davantage de droit de veto à cet égard (61). Relevons qu'il est expressément mentionné à l'article 350 du Code pénal que «l'appréciation de la détermination et de l'état de détresse de la femme enceinte qui conduit le médecin à accepter d'intervenir, est souveraine lorsque les conditions prévues au présent article sont respectées» (62).

La section législation du Conseil d'État avait, dans un premier avis, suggéré de supprimer cette notion d'état de détresse en raison de son manque de précision, ce qui la rendait peu compatible avec le principe de légalité en matière pénale (63). Dans un second avis ultérieur du 8 janvier 1990, le Conseil d'État a maintenu l'idée que cette notion d'état de détresse pouvait être supprimée «sauf si l'on considère qu'il s'agit d'une condition psychologique» que le médecin devait vérifier en conscience et qui s'ajoutait à la vérification de la volonté exprimée par la femme enceinte (64). Les auteurs de la proposition de loi ont, pour leur part, estimé utile de maintenir cette notion, car elle revêtait une portée morale importante (65).

Eu égard à sa nature personnelle et subjective, la situation de détresse ne correspond ni à une cause de justification objective (elle n'est donc pas à confondre avec l'état de nécessité (66)), ni à une cause de non-

(57) Rapport de Mmes Onkelinx et Neyts-Uytendaele au nom de la commission de la Justice de la Chambre des représentants, *Doc. parl.*, Ch., sess. ord. 1989-1990, n° 950/9, p. 4.

(58) Propositions de loi relatives à l'interruption de grossesse, *Doc. parl.*, Sén., sess. extr. 1988, n° 247/2, p. 90.

(59) *Ibid.*, p. 25.

(60) *Ibid.*

(61) Gand, 9 août 1992, *R.W.*, 1992-1993, p. 366, note T. BALTHAZAR, «De rol van de man bij de zwangerschapsafbreking».

(62) *Ibid.*

(63) Propositions de loi relatives à l'interruption de grossesse, avis du C.E. du 27 octobre 1989, *Doc. parl.*, Sén., sess. extr. 1989-1990, n° 247/8, p. 6.

(64) Propositions de loi relatives à l'interruption de grossesse, avis du C.E. du 8 janvier 1990, *Doc. parl.*, Ch., sess. ord. 1989-1990, n° 950-5, p. 15.

(65) Propositions de loi relatives à l'interruption de grossesse, *Doc. parl.*, Sén., sess. extr. 1989-1990, n° 247/10, pp. 3-5.

(66) L'idée de substituer la notion d'état de nécessité à celle de situation de détresse, suggérée par un membre lors des discussions dans les commissions réunies de la Justice, de la Santé publique et de l'Environnement du Sénat, a été rejetée, notamment au motif que «fonder la licéité de toute interruption volontaire de grossesse sur des objectivations appréciées par des tiers (était) traiter d'une cer-

imputabilité subjective (ne devant dès lors pas être assimilée à la contrainte) (67). Pour qu'un avortement, dont la raison avancée est la situation de détresse de la femme, ne soit pas punissable, d'autres conditions, afférentes au respect de certaines procédures, devront en outre être respectées. La situation de détresse est plutôt considérée comme supprimant un élément matériel de l'infraction d'avortement, lorsque les autres conditions légales sont également réunies (68).

Selon le dernier rapport de la Commission d'évaluation de la loi du 3 avril 1990, près de 33% des femmes ayant recours à l'interruption volontaire de grossesse à Bruxelles se déclarent en situation de détresse matérielle (69).

II. – *Demande d'interruption de grossesse et détermination de la femme*

L'article 350 du Code pénal ne se limite pas à exiger une situation de détresse de la femme enceinte qui demande une interruption de grossesse. Il est en outre requis (art. 350, 2°, c)) que le médecin s'assure de la détermination de celle-ci à faire pratiquer une interruption de grossesse.

Le médecin ne pourrait réaliser un avortement sur une femme dont l'attitude fluctuante ne fait pas apparaître un refus profond et persistant de poursuivre sa grossesse (70).

III. – *Intervention d'un médecin*

Pour que l'avortement soit légalisé, il est requis que l'interruption de grossesse soit réalisée par un médecin. Il n'est pas exigé qu'il s'agisse d'un médecin spécialiste en obstétrique. L'intervention d'un médecin a été justifiée par plusieurs raisons, dont la détermination du délai de douze semaines depuis la conception (au-delà duquel d'autres conditions s'ajoutent pour légaliser l'avortement). Celui-ci est tenu de respecter des procédures bien précises.

taine manière la femme en objet et non en sujet» (*Doc. parl., Sén., sess. ord. 1988-1989, n° 247/2, p. 89*).

(67) Propositions de loi relatives à l'interruption de grossesse, *Doc. parl., Sén., sess. extr. 1988, n° 247/8, p. 7*.

(68) H. Nys, *La médecine et le droit, op. cit.*, pp. 178-180.

(69) Rapport de la Commission d'évaluation de la loi du 3 avril 1990 relative à l'interruption de grossesse présenté au Parlement le 19 mai 2009, *Doc. parl., Ch., sess. ord. 2008-2009, n° 1745/001, et Sén., sess. ord. 2008-2009, n° 4-1137/2*.

(70) A. DE NAUW, *Initiation au droit pénal spécial*, 2^e éd., Waterloo, Kluwer, 2008, p. 194.

IV. – *Accueil et information obligatoires*

Aux termes de l'article 350, 2°, du Code pénal, le médecin sollicité pour pratiquer l'avortement doit informer la femme des risques médicaux actuels ou futurs qu'elle encourt et lui rappeler les diverses possibilités d'accueil de l'enfant à naître et faire appel, le cas échéant, au personnel du service d'information pour l'assistance et les conseils à prodiguer.

V. – *Lieu de l'intervention volontaire de grossesse*

Outre le respect de bonnes conditions médicales, le législateur impose que l'interruption de grossesse se déroule dans un établissement de soins où existe un service d'information qui accueillera la femme enceinte et lui donnera des informations circonstanciées. Celles-ci portent notamment sur les droits, aides et avantages garantis par la loi et les décrets aux familles, aux mères célibataires ou non, et à leurs enfants, ainsi que sur les possibilités offertes par l'adoption de l'enfant à naître. Parmi les éléments qui permettent au juge de vérifier si la femme enceinte a pu bénéficier d'une structure d'accueil adéquate, figurent les documents d'information disponibles, les heures de consultation, la disponibilité du personnel ... (71).

Le lieu de l'intervention ne se limite pas aux hôpitaux; il peut aussi s'agir de centres extrahospitaliers (72).

VI. – *Assistance et conseils facultatifs*

À la demande du médecin ou de la femme enceinte, le service d'information est aussi tenu de procurer à cette dernière une assistance et des conseils sur les moyens auxquels elle pourra avoir recours pour résoudre les problèmes psychologiques et sociaux posés par sa situation.

VII. – *Moment de l'intervention volontaire de grossesse*

Quant aux autres conditions formelles requises par la loi, elles imposent au médecin d'attendre au moins six jours après la première consul-

(71) Propositions de loi relatives à l'interruption de grossesse, *Doc. parl., Ch., sess. ord. 1989-1990, n° 950/9, p. 120*.

(72) Propositions de loi relatives à l'interruption de grossesse, *Doc. parl., Sén., sess. extr. 1988, n° 247/1, p. 10*.

tation pour pratiquer l'avortement. Le législateur n'a pas précisé si ce délai pouvait courir à partir de la première consultation chez le médecin traitant (qui, après avoir constaté la situation de détresse de sa patiente ainsi que sa détermination à avorter, renvoie l'intéressée à un gynécologue pour pratiquer l'avortement) ou s'il devait s'agir de la première consultation chez le médecin qui pratique finalement l'interruption de grossesse. Il est toutefois permis de penser que toutes les conditions doivent être observées par le même médecin, ce qui implique que ce délai d'attente de six jours commence à courir après la première consultation chez le médecin qui procèdera à l'intervention (73).

Concernant le respect de ce délai d'attente de six jours, la jurisprudence s'est montrée souple en acceptant qu'en cas d'urgence, il puisse être dérogé à cette condition (74).

En outre, il est requis que la femme ait exprimé, par écrit, le jour de l'intervention, sa détermination à y faire procéder. Cette déclaration est versée au dossier médical.

Après l'intervention, le médecin ou toute autre personne qualifiée de l'établissement de soins où l'intervention a été pratiquée doit assurer l'information de la femme en matière de contraception.

§ 2. – L'HYPOTHÈSE DE L'INTERRUPTION DE GROSSESSE AU-DELÀ DE LA DOUZIÈME SEMAINE

Passé la fin de la douzième semaine de grossesse, la situation de détresse invoquée par la femme ne suffit plus; d'autres conditions s'ajoutent à toutes celles examinées précédemment, prévues aux 1°, b), 2° et 3° de l'article 350 du Code pénal, pour légaliser l'avortement.

1. – Péril grave pour la santé de la femme ou affection d'une particulière gravité, incurable du fœtus

À l'inverse de la notion subjective de «situation de détresse», les conditions qui s'ajoutent pour légaliser une interruption de grossesse pratiquée après le délai de douze semaines consistent cette fois en des critères objectifs et contrôlables par le pouvoir juridictionnel, qui se rat-

(73) Voy. H. NYS, «*Abortus provocatus*, hoe moet het nu?», *Huisarts Nu*, 1990, n° 6, pp. 284-285.

(74) Corr. Bruges, 7 février 2006, *T. Gez./Rev. dr. santé*, 2006-2007, p. 186, note M.N. VEYS, «*Abortus bij minderjarige en wilsonbekwame patiënten: de rol van de Wet Patiëntenrechten en de noodtoestand*», p. 153. En l'espèce, le tribunal correctionnel de Bruges a admis que la valeur du bien que l'on voulait sauvegarder, à savoir l'intégrité physique et psychique de la jeune femme enceinte, était plus élevée que la valeur du principe auquel il a été porté atteinte, soit le délai d'attente de six jours prévu par la loi.

tachent soit à la santé de la mère, soit à celle de l'enfant à naître (75). Ces conditions supplémentaires sont les suivantes :

- la poursuite de la grossesse met en péril grave la santé de la femme, ou
- la certitude que l'enfant à naître sera atteint d'une affection d'une particulière gravité et reconnue comme incurable au moment du diagnostic (76).

Le péril grave pour la santé de la femme était d'ores et déjà pris en compte avant la dépénalisation partielle de l'avortement, car il pouvait donner lieu à la reconnaissance d'un état de nécessité qui justifiait objectivement une violation de la loi (77).

S'agissant de la deuxième hypothèse qui, aux termes de l'article 350, 4°, du Code pénal, peut justifier un avortement pratiqué après le délai de douze semaines, le législateur belge a délibérément choisi une solution plus restrictive que celle retenue par le droit français (78), en exigeant une certitude, et non une forte probabilité, que l'enfant à naître sera atteint d'une affection d'une particulière gravité et reconnue comme incurable au moment du diagnostic (79). Dans la pratique, cette distinction entre certitude et probabilité, qui nous paraît pourtant importante, semble négligée (80). Ainsi, il a été jugé qu'«un dommage doit être considéré comme certain lorsque la réalisation se présente avec un degré suffisant de probabilité» (81).

(75) A. DE NAUW, *Initiation au droit pénal spécial*, 2^e éd., op. cit., p. 195.

(76) Les travaux préparatoires de la loi du 3 avril 1990 font apparaître une divergence avec la solution retenue par le législateur français, qui s'est satisfait d'une forte probabilité, sans exiger une certitude (Propositions de loi relatives à l'interruption de grossesse, *Doc. parl., Sén.*, sess. extr. 1988, n° 247/2, p. 153).

(77) Certaines juridictions ne retenant toutefois l'état de nécessité que lorsque la vie de la mère était en danger. Voy. not. Bruxelles, 14 mars 1984, *Journ. proc.*, 1984, n° 43, p. 27, note R. ORFINGER-KARLIN et M. COULON, «*Réflexions sur la contrariété des décisions rendues par la Cour d'appel de Bruxelles en matière d'avortement*»; la Cour de cassation a rejeté le pourvoi formé contre cet arrêt (*Cass.*, 5 février 1985, *Pas.*, 1985, I, p. 670).

(78) Art. L. 2213-1 du Code de la santé publique.

(79) Propositions de loi relatives à l'interruption de grossesse, *Doc. parl., Sén.*, sess. extr. 1988, n° 247/2, p. 153.

(80) N. COLETTE-BASECOZ et N. HAUTENNE, «*Quelques questions juridiques concernant l'enfant à naître et le nouveau-né*», op. cit., p. 65.

(81) Civ. Liège (6^e ch.), 30 novembre 2009, *J.L.M.B.*, 2010, p. 748 («*La certitude judiciaire quant à l'existence d'un lien causal entre l'infection nosocomiale et le dommage dont se plaint le patient peut découler d'une très haute vraisemblance non contredite*»); Civ. Mons (2^e ch.), 6 octobre 1993, *R.G.* n° 91.637, inédit, cité par Ph. COPPENS, «*Handicaps, justice distributive et réparation des dommages*», in *Handicap et famille* (P. SERVAIS dir.), Bruxelles, Académia-Bruylant, 2001, p. 48.

II. — Concours et avis d'un deuxième médecin

Dans ces deux hypothèses reprises ci-dessus, le médecin sollicité s'assurera le concours d'un deuxième médecin, dont l'avis sera joint au dossier. Il devra dès lors s'agir d'un avis écrit, daté et signé, ce qui permettra un contrôle juridictionnel (82). Même si le texte de la disposition légale ne l'indique pas explicitement, ce deuxième avis doit être concordant (83). En effet, «comment pourrait-on imaginer qu'un médecin se décide à pratiquer un avortement malgré l'avis négatif de son collègue, sachant que cet acte est susceptible d'être contrôlé par le pouvoir judiciaire?» (84). Bien qu'il ne le soit pas non plus précisé expressément, les travaux préparatoires de la loi font apparaître que ce second médecin doit être un spécialiste en précisant que «les médecins s'entoureront des meilleures garanties possibles» (85).

III. — Délai ultime de l'avortement

L'article 350 du Code pénal n'a pas précisé explicitement un délai ultime pour pratiquer une interruption volontaire de grossesse. Rappelons cependant que les travaux préparatoires de la loi du 3 avril 1990 ont fait apparaître qu'il devait s'agir d'un fœtus qui n'est pas encore en mesure de vivre de manière autonome (*cf. infra*).

Section 3. — Éléments constitutifs de l'avortement intentionnel

§ 1. — ÉLÉMENTS MATÉRIELS

Les éléments constitutifs matériels de l'avortement sont au nombre de cinq :

- un état de grossesse;
- une interruption artificielle de la grossesse;
- la destruction du produit de la conception;
- l'absence de viabilité du fœtus;

(82) Propositions de loi relatives à l'interruption de grossesse, *Doc. parl.*, Ch., sess. ord. 1989-1990, n° 950/9, p. 126.

(83) Propositions de loi relatives à l'interruption de grossesse, *Doc. parl.*, Sén., sess. extr. 1988, n° 247/2, p. 155.

(84) J. SACE, «Chronique de législation 1990», *Rev. dr. pén.*, 1991, p. 469.

(85) Propositions de loi relatives à l'interruption de grossesse, *Doc. parl.*, Sén., sess. extr. 1988, n° 247/2, p. 154.

— un lien causal entre l'acte interruptif de grossesse et la perte du fœtus.

1. — Un état de grossesse

L'avortement suppose comme condition première l'existence d'une grossesse à laquelle il est mis fin volontairement. Il ne saurait y avoir avortement si la femme n'est pas enceinte au moment de l'intervention (86) (87). La circonstance que la femme ne se trouve encore qu'au début de la période embryonnaire de la grossesse ne remet nullement en question l'existence de la grossesse (88).

II. — Une interruption artificielle de la grossesse

L'avortement requiert un acte visant à mettre fin à la grossesse (89). En exigeant une interruption artificielle de la grossesse, à l'aide de n'importe quel moyen abortif, le législateur a permis de distinguer l'avortement de la fausse couche accidentelle (90). Cela étant, dans la situation d'une grossesse multiple lorsque les fœtus ne sont pas tous détruits, le terme «avortement» nous semble plus adéquat que celui de «l'interruption de grossesse» utilisé dans la loi du 3 avril 1990 (91).

Lorsque l'avortement a été effectué avec le consentement de la femme, le législateur a prévu deux infractions distinctes; l'une concerne la femme qui a demandé l'avortement, l'autre le tiers qui a posé l'acte. La première est passible, selon l'article 351 du Code pénal, d'une peine correctionnelle pour avoir, volontairement, fait pratiquer un avortement alors que les conditions légales n'étaient pas réunies. Le second est visé par l'article 350, alinéa 1^{er}, du Code pénal, qui incrimine celui qui, par un moyen quelconque, aura fait avorter une femme qui y a consenti, alors que les conditions légales permettant une interruption volontaire de grossesse n'étaient pas réunies.

(86) Corr. Bruxelles (21^e ch.), 26 juin 1967, *Rev. dr. pén.*, 1967-1968, p. 997. Dans cette cause, le tribunal correctionnel de Bruxelles a renvoyé des poursuites un médecin et une femme qui étaient poursuivis du chef d'avortement. Le médecin avait pratiqué des manœuvres abortives sur la femme qui ne présentait qu'un léger retard de dix jours dans ses menstruations et sans avoir procédé au préalable à un diagnostic médical de grossesse. Le tribunal a estimé ne pas avoir l'intime conviction de l'existence d'une grossesse. Il est en effet difficile, pour le ministère public, de rapporter la preuve de la grossesse lorsque le fœtus n'a que quelques jours.

(87) Voy. *infra* sur l'infraction relativement impossible dans le cas d'une grossesse extra-utérine.

(88) Cass., 14 décembre 1914, *Pas.*, 1915, I, p. 155.

(89) H. NYS, *La médecine et le droit*, op. cit., p. 175.

(90) A. DE NAUW, *Initiation ou droit pénal spécial*, 2^e éd., op. cit., p. 190.

(91) H. NYS, *La médecine et le droit*, op. cit., p. 176.

Dans l'hypothèse d'un avortement commis sur une femme qui n'y a pas consenti, l'article 348 est demeuré inchangé quant aux conditions d'incrimination et à la peine applicable. Est ainsi punissable, le tiers, qu'il soit médecin ou non, qui, par un moyen quelconque, aura à dessein interrompu la grossesse. Le fait de relever d'une profession de l'art médical ne constitue donc nullement une cause quelconque d'exonération de responsabilité pénale ou d'immunité (92); il n'est pas davantage érigé en circonstance aggravante, comme c'était le cas dans l'ancien article 353 du Code pénal avant l'adoption de la loi du 3 avril 1990. Par ailleurs, le procédé employé importe peu, du moment qu'il s'agisse d'un moyen pour faire avorter la femme.

III. – *La destruction in utero du produit de la conception*

Pour qu'il y ait avortement, il faut que le produit de la conception soit détruit. Bien qu'elle soit généralement la conséquence de la destruction, l'expulsion du fœtus n'est pas requise au titre d'élément constitutif de l'infraction (93).

La destruction doit avoir lieu «in utero». La destruction d'un embryon «in vitro» ne peut être qualifiée d'avortement (94). De même, il ne saurait y avoir avortement lorsque, malgré l'emploi de procédés d'avortement, l'enfant naît et vit ou lorsqu'il ne meurt que par l'effet de circonstances étrangères à celles dans lesquelles a eu lieu sa naissance (95).

Lorsque, nonobstant l'accomplissement intégral de toutes les manœuvres abortives, la femme conserve l'embryon, il y a lieu de vérifier si cette infraction manquée peut relever de la tentative punissable selon les règles que nous commenterons dans les développements qui suivent (96).

IV. – *L'absence de viabilité du fœtus*

Avant l'adoption de la loi du 3 avril 1990, l'absence de viabilité du fœtus ne figurait pas au rang des éléments constitutifs de l'avortement, comme nous l'avons vu précédemment. Les auteurs du Code pénal et

la jurisprudence ultérieure considéraient qu'il existait une continuité parfaite entre l'avortement et l'infanticide, le seuil de démarcation étant constitué par le travail de l'accouchement (97). Il avait été jugé «qu'alors que l'infanticide est le fait de tuer un enfant au moment de sa naissance ou immédiatement après, l'avortement consiste à détruire le produit de la conception pour mettre obstacle à la vie dès avant que l'enfant ait vu le jour» (98). Cette interprétation selon laquelle l'âge du fœtus et sa viabilité sont indifférents pour qualifier l'acte d'avortement (99) présentait l'avantage de garantir une large protection pénale à l'enfant à naître, de sa conception à la naissance.

Un changement de conception semble s'être opéré avec l'adoption de la loi du 3 avril 1990. Il ressort en effet clairement des travaux préparatoires de cette loi que l'acte interruptif de grossesse porte sur un fœtus qui n'est pas encore en mesure de vivre de manière autonome (100). Il s'ensuit que le délit d'avortement n'est pas établi lorsque celui-ci est accompli sur un fœtus viable. Relevons que le seuil de viabilité est laissé à l'appréciation des médecins, qui le déterminent en tenant compte des progrès réalisés par la science (101). Pour l'heure, c'est à partir de la vingt-quatrième semaine de conception que le fœtus est considéré comme viable (102).

Il est affirmé, dans les travaux préparatoires de la loi du 3 avril 1990, «qu'une fois que l'enfant est viable, le terme d'avortement est dépassé» (103). Un intervenant a objecté, à raison selon nous, que cette nuance ne ressortait pas expressément du texte même de la proposition de loi (104). De plus, on peut remarquer qu'au fur et à mesure des avancées de la médecine, le moment à partir duquel l'enfant peut vivre en milieu extra-utérin ne cesse de se rapprocher un peu plus de la conception, ce qui est de nature à accentuer le vide juridique par rapport au fœtus considéré comme viable.

Dans l'esprit des rédacteurs de la loi relative à l'interruption volontaire de grossesse, la qualification d'infanticide devait s'appliquer dès

(97) A. DELANNAY, «Homicides et lésions corporelles volontaires», *op. cit.*, p. 200, n° 127.

(98) Cass., 3 décembre 1941, *Pas.*, 1941, I, p. 441.

(99) Bruxelles, 15 avril 1950, *Rev. dr. pén.*, 1949-1950, p. 1020; Liège, 10 novembre 1948, *Pas.*, 1949, II, p. 11.

(100) Cf. *supra*.

(101) «Chronique de législation 1990», *Rev. dr. pén.*, 1991, p. 469. Sur la notion de viabilité, voy. C. PHILIPPE, «La viabilité de l'enfant nouveau-né», *D.*, 1996, p. 29.

(102) A. DE NAUW, *Initiation au droit pénal spécial*, 2^e éd., *op. cit.*, p. 191.

(103) Propositions de loi relatives à l'interruption de grossesse, *Doc. parl.*, Sén., sess. extr. 1988, n° 247/2, p. 148.

(104) *Ibid.*

(92) A. DE NAUW, *Initiation au droit pénal spécial*, 2^e éd., *op. cit.*, p. 192.

(93) R.P.D.B., v° Avortement, n° 1bis.

(94) H. NYS, *La médecine et le droit*, *op. cit.*, p. 176.

(95) Cass., 3 décembre 1941, *Pas.*, 1941, I, p. 441.

(96) Voy. *infra*.

lors que l'on ne mettait pas tout en œuvre pour maintenir en vie un fœtus viable (105). Sur ce point, les auteurs de la loi se trompaient. En effet, avant le début du travail d'accouchement, des manœuvres abortives ne constituent pas un infanticide au sens de l'article 396 du Code pénal. En effet, cette disposition incrimine le meurtre commis sur un enfant au moment de sa naissance ou immédiatement après (106).

Il résulte dès lors de cette condition d'absence de viabilité du fœtus une absence de protection pénale du fœtus viable mort *in utero* (107).

V. – Un lien causal entre l'acte interruptif de grossesse et la perte du fœtus

Enfin, l'avortement suppose qu'il existe une relation de cause à effet entre l'acte interruptif de grossesse et la perte du fœtus. Il a été rappelé que l'infraction existe lorsque l'expulsion prématurée du fœtus apparaît comme la seule cause de la mort immédiate de l'enfant (108). Cela étant, le lien causal demeure lorsque les moyens abortifs utilisés n'ont provoqué la perte du fœtus qu'en conjonction avec d'autres causes (par exemple, le comportement de la femme enceinte) (109).

§ 2. – ÉLÉMENT MORAL

Le législateur a distingué l'avortement intentionnel (visé aux articles 348, 350 et 351 du Code pénal) de celui causé par des violences exercées volontairement mais sans intention de le produire (incriminé à l'article 349 du Code pénal et que nous envisagerons sous la section 4).

Notons qu'à l'article 348 du Code pénal (incriminant l'avortement pratiqué par un tiers, sur une femme non consentante), l'élément moral est exprimé par les mots «à dessein», tandis qu'à l'article 351, le législateur punit la femme qui, «volontairement», aura fait pratiquer un avortement en dehors des conditions légales. L'interprétation que les auteurs de la loi ont donnée à ces termes comprend la situation de la femme

(105) *Ibid.*

(106) La jurisprudence a appliqué l'incrimination d'infanticide de même que celle d'homicide involontaire à la situation où l'enfant est en train de naître (c'est-à-dire dès le début du travail d'accouchement), même s'il n'a pas encore vécu de sa vie extra-utérine; il n'est donc pas requis que l'enfant soit né vivant et viable, le droit pénal marquant sur ce point son autonomie avec la définition civiliste de personne (cf. *infra*). Voy. aussi F. KUTY, *Principes généraux du droit pénal belge*, t. I, La loi pénale, 2^e éd., Bruxelles, Larcier, 2009, pp. 132-133; A. DELANNAY, «Homicides et lésions corporelles volontaires», *op. cit.*, pp. 197-204, n^{os} 125 à 128. L'auteur suggère de procéder à une interprétation téléologique de l'article 396 du Code pénal.

(107) A. DE NAUW, *Initiation au droit pénal spécial*, 2^e éd., *op. cit.*, p. 191.

(108) Liège, 10 novembre 1948, *Pas.*, 1949, II, p. 11.

(109) *Ibid.*

qui aura fait pratiquer un avortement par un moyen tiers ou par un tiers (110). Quant à l'élément moral exigé dans le chef de la femme, il implique une connaissance par celle-ci de ce que ne sont pas réunies les conditions de l'article 350 du Code pénal qui légalisent l'avortement. Si le non-respect des conditions est uniquement imputable à une erreur fautive du médecin, la femme ne peut être poursuivie sur la base de l'article 351 du Code pénal (111).

Il résulte de cette exigence d'un dol général qu'un avortement provoqué par une imprudence du gynécologue qui a réalisé l'amniocentèse ne tombe pas sous l'incrimination de l'article 348 du Code pénal.

Si l'élément moral est ainsi spécifié expressément aux articles 348 et 351 du Code pénal, l'article 350, quant à lui, ne précise pas expressément que l'avortement doit être accompli volontairement (112). Il n'en demeure pas moins que tout comme les infractions sanctionnées aux articles 348 et 351 du Code pénal, l'acte n'est punissable que s'il est commis intentionnellement, c'est-à-dire avec dol général (113). Il est ainsi requis que l'auteur ait, en connaissance de cause, voulu commettre l'acte et réaliser ses conséquences; les mobiles importent peu (114).

Rappelons que l'article 350, alinéa 1^{er}, du Code pénal incrimine le médecin qui pratique un avortement sur une femme consentante alors que toutes les conditions prévues à l'article 350, 1^o à 5^o, ne sont pas respectées. Il convient de noter que l'âge de la femme enceinte n'influe pas sur la validité du consentement. En l'absence de dispositions spécifiques dans la loi réglant le cas de l'avortement pratiqué sur une mineure d'âge, c'est le consentement personnel de cette dernière qui devra être recueilli par le médecin (115).

(110) Projet de loi relatif à l'interruption de grossesse, *Doc. parl.*, Ch., sess. ord. 1989-1990, n^o 950/9, pp. 143-144.

(111) *Ibid.*, p. 93.

(112) L'adverbe «volontairement» n'a pas été repris dans le texte de l'article 350 du Code pénal parce que l'on se trouve dans l'hypothèse où la femme a donné son consentement exprès à l'interruption de grossesse et où le praticien a accédé à sa demande (Projet de loi relatif à l'interruption de grossesse, *Doc. parl.*, Ch., sess. ord. 1989-1990, n^o 950/9, p. 114).

(113) Cass., 22 décembre 1992, *Pas.*, 1992, I, p. 1402, et R.W., 1993-1994, p. 464, note M. WOUTERS, «Het recht op leven en de strafbaarstelling van abortus»; *Strafrecht geannoteerd met bijzondere wetgeving*, Bruges, La Charte, 2009, p. 380.

(114) J. DU JARDIN, *Les Nouvelles, Droit pénal*, t. III, *Crimes et délits contre l'ordre des familles et contre la moralité publique*, Bruxelles, Larcier, 1972, n^{os} 5765-5769.

(115) Propositions de loi relatives à l'interruption de grossesse, *Doc. parl.*, Sén., sess. extr. 1988, n^o 247/2, pp. 134 et 137; M.N. VERS, «Abortus bij minderjarige en wilsonbekwame patiënten: de rol van de Wet Patiëntenrechten en de noodtoestand», *op. cit.*, p. 153.

Section 4. – Éléments constitutifs de l'avortement non intentionnel

L'avortement non intentionnel est incriminé en tant que délit à l'article 349 du Code pénal. Cette disposition n'a pas été modifiée à la suite de l'adoption de la loi du 3 avril 1990 relative à l'interruption de grossesse.

Il s'agit en réalité d'une infraction *praeter-intentionnelle* caractérisée par le concours entre le dol général (se rapportant aux blessures exercées volontairement) et le défaut de prévoyance et de précaution (pour l'avortement qui en est résulté) (116).

Pour constituer le délit visé à l'article 349 du Code pénal, il faut établir des violences exercées volontairement ayant entraîné la perte du fœtus sans intention de la produire. Il nous semble que cette disposition pénale aurait pu trouver une meilleure place, avec les articles 399 et suivants du Code pénal, sous le titre VIII relatif aux crimes et délits contre les personnes.

Le législateur n'a pas érigé en infraction un avortement réalisé par simple défaut de prévoyance ou de précaution (117). L'on songe, par exemple, à la réalisation d'une amniocentèse non conforme aux règles de l'art. Dans cette hypothèse, seules les violences exercées sur la femme enceinte pourraient être retenues au titre de coups et blessures involontaires (118).

Lorsque le défaut de prévoyance ou de précaution cause la mort du fœtus *in utero*, les faits ne sont pas punissables au titre de l'homicide involontaire sur pied des articles 418 à 420 du Code pénal. La motivation réside dans le fait que, comme nous l'avons précédemment indiqué, le fœtus n'est pas protégé par la loi pénale en tant que personne (119).

Rappelons aussi l'autonomie conceptuelle de la notion de personne en droit pénal. Celle-ci revêt une acception plus large qu'en droit civil et s'étend aussi à l'enfant en train de naître. En effet, l'infraction d'infanticide, incriminée à l'article 396 du Code pénal (120), s'applique à

(116) A. DELANNAY, « Homicides et lésions corporelles volontaires », *op. cit.*, n° 256.

(117) F. KURY, *Principes généraux du droit pénal belge*, t. 1, *La loi pénale*, 2^e éd., *op. cit.*, p. 133.

(118) N. COLETTE-BASECQZ et N. HAUTENNE, « Quelques questions juridiques concernant l'enfant à naître et le nouveau-né », *op. cit.*, p. 63.

(119) Y.-H. LELEU et E. L'ANGENAKEN, « Quel statut pour l'embryon et le fœtus dans le champ juridique belge? », *J.T.*, 2002, p. 660; Ch. HENNAU-HUBLET, « La protection pénale du fœtus en droit belge face aux expérimentations bio-médicales », *J.T.*, 1983, p. 338.

(120) L'article 396 du Code pénal dispose : « Est qualifié infanticide, le meurtre commis sur un enfant au moment de sa naissance ou immédiatement après. L'infanticide sera puni, suivant les circonstances, comme meurtre ou comme assassinat ».

l'enfant au moment de sa naissance, même s'il n'est pas né vivant et viable. Un arrêt de la Cour de cassation du 11 février 1987 (121) a étendu ce concept pénal plus large de personne à l'infraction d'homicide involontaire commis sur une femme qui était en train d'accoucher et qui met au monde un enfant mort-né. Il résulte de l'interprétation donnée à la notion de personne en droit pénal par la Cour de cassation sur la base de l'article 396 du Code pénal qu'avant que ne se présentent les contractions ou les douleurs propres au travail de l'accouchement, il n'y a pas de protection pénale de l'enfant à naître (122). Selon Alain De Nauw, si, à la suite des lésions involontaires occasionnées à une femme enceinte, par exemple lors d'un accident de circulation, celle-ci accouche prématurément d'un enfant qui décède quelques semaines ou quelques mois plus tard, l'enfant nouveau-né accidenté avant sa naissance devrait bénéficier lui aussi de la protection pénale à laquelle a droit tout être humain (123).

§ 1. – ÉLÉMENTS MATÉRIELS

L'auteur doit avoir porté des coups ou fait des blessures, lesquels doivent avoir causé la perte du fœtus.

Nous avons précédemment indiqué qu'il suffit qu'il existe une relation causale entre les moyens abortifs employés et la perte du fœtus. Il importe peu que les moyens aient agi seuls ou qu'ils n'aient provoqué la perte du fœtus qu'ensuite de la conjonction d'une autre cause, par exemple la négligence de la femme (124).

§ 2. – ÉLÉMENT MORAL

L'auteur doit avoir agi intentionnellement pour les violences qu'il a exercées sur la femme. En revanche, l'effet qui en est résulté, à savoir la perte du fœtus, n'a pas été voulu ni même accepté par l'auteur. Dans ces infractions *praeter-intentionnelles*, caractérisées par le concours d'un

(121) Cass., 11 février 1987, *Pas.*, 1987, I, p. 694, et *Rev. dr. pén.*, 1987, p. 812, obs. Ch. HENNAU-HUBLET. Voy. égal. N. COLETTE-BASECQZ et N. HAUTENNE, « Quelques questions juridiques concernant l'enfant à naître et le nouveau-né », *op. cit.*, p. 66; Ch. HENNAU-HUBLET, « La protection du fœtus en droit belge face aux expérimentations biomédicales », *op. cit.*, p. 339; Liège (8^e ch.), 10 janvier 2008, *J.L.M.B.*, 2008, p. 1421 (en l'espèce, les experts n'ayant pu préciser formellement si le travail avait commencé lorsque l'enfant est décédé *in utero*, celui-ci ne peut être reconnu comme personne protégée par les articles 418-419 et 422bis du Code pénal); Corr. Bruges, 1^{er} décembre 2004, *T. Gez./Rev. dr. santé*, 2005-2006, p. 409.

(122) N. COLETTE-BASECQZ et N. HAUTENNE, « Qualifications pénales autour de l'enfant à naître », note sous Corr. Bruges, 1^{er} décembre 2004, *T. Gez./Rev. dr. santé*, 2005-2006, pp. 410-413.

(123) A. DE NAUW, *Initiation au droit pénal spécial*, 2^e éd., *op. cit.*, p. 299.

(124) Corr. Bruxelles, 16 janvier 1987, *R.D.P.C.*, 1966-1967, p. 747.

doi général et de la faute (125), «le résultat de l'infraction a dépassé non seulement la volonté mais encore les prévisions de l'agent» (126).

Si l'élément moral relatif à la conséquence des coups (l'avortement) n'implique pas nécessairement que l'agent ait effectivement prévu cette conséquence, il n'en demeure pas moins que si cette conséquence des coups était imprévisible, c'est-à-dire qu'elle ne pouvait être prévue par l'homme normalement diligent et prudent placé dans les mêmes circonstances, l'infraction ne peut être déclarée établie (127). L'imprévisibilité de la conséquence constitue, au même titre que l'erreur invincible, une cause de non-imputabilité morale (128).

Section 5. – Éléments constitutifs de l'homicide par l'emploi de moyens abortifs

C'est, de façon autonome, à l'article 352 du Code pénal que le législateur a érigé en crime l'homicide par l'emploi de moyens abortifs. Il n'en a pas fait une circonstance aggravante de l'avortement incriminé aux articles 348 à 350 du Code pénal (129). Selon Alain De Nauw, «il s'agit en fait d'un homicide spécial qui n'a de rapport avec l'avortement qu'en ce qui concerne les moyens» (130).

Il nous semble toutefois qu'il aurait été plus cohérent de placer cette disposition légale sous le titre VIII du Livre II du Code pénal relatif aux crimes et délits contre les personnes.

§ 1. – ÉLÉMENTS MATÉRIELS

Le sujet de l'infraction est toute personne qui aura administré ou indiqué des moyens dans le but de faire avorter une femme. L'infraction est consommée par le décès, indépendamment d'un éventuel avortement (131).

(125) N. COLETTE-BASECQZ et N. BLAISE, *Manuel de droit pénal général*, op. cit., p. 265.

(126) J. CONSTANT, *Traité élémentaire de droit pénal*, t. I, Liège, Imprimeries nationales, 1965, p. 187, n° 132; J.-J. HAUS, *Principes généraux du droit pénal général*, t. I, 3^e éd., Gand, Hoste, 1879, p. 238, n° 329.

(127) Sur la question de la prévisibilité du dommage, voy. O. MICHELS, «Les interactions entre la prévisibilité du dommage et l'élément moral des infractions», *J.T.*, 2009, pp. 561 et s.

(128) Cf. *infra*.

(129) M. RIGAUX et P.-E. TROUSSE, *Les crimes et les délits du Code pénal*, t. V, op. cit., p. 160.

(130) A. DE NAUW, *Initiation au droit pénal spécial*, 2^e éd., op. cit., p. 193.

(131) J. DU JARDIN, *Les Nouvelles, Droit pénal*, t. III, op. cit., n° 5819.

Les éléments constitutifs matériels se rattachent, d'une part, au procédé utilisé et, d'autre part, au résultat de l'infraction. Par ailleurs, un lien causal est requis entre les moyens employés et la mort.

Le comportement incriminé vise à avoir administré ou indiqué des moyens pour faire avorter la femme, alors que les conditions légales de l'article 350 du Code pénal permettant de recourir à un avortement n'étaient pas réunies. À l'inverse des incriminations exposées précédemment, l'état de grossesse ne doit pas avoir été confirmé pour que l'infraction soit établie (132). Le prévenu qui croyait, à tort, que la femme était enceinte et qui lui a administré un moyen dans le but de la faire avorter est punissable sur la base de l'article 352 du Code pénal, nonobstant le fait qu'il n'y avait pas de grossesse. De même, l'efficacité des moyens abortifs utilisés importe peu (133).

Ensuite, les moyens employés doivent avoir causé, à eux seuls ou en concours avec d'autres causes, la mort de la femme. Il s'agit d'une infraction à résultat dans la mesure où la survenance du décès fait partie des éléments constitutifs de cette infraction.

La causalité entre les moyens utilisés et le décès de la femme doit être certaine, ce qui n'empêche pas qu'il puisse y avoir une pluralité de causes ayant entraîné la mort en conjonction avec les manœuvres abortives utilisées (par exemple, d'autres affections médicales ou prédispositions pathologiques).

Dans un jugement du 16 janvier 1967 illustrant l'homicide par l'emploi de moyens abortifs, le tribunal correctionnel de Bruxelles a retenu l'existence d'un lien causal entre les manœuvres abortives et le décès de la femme. Les faits à l'origine de cette affaire étaient les suivants. Une sage-femme était poursuivie pour avoir introduit un corps étranger dans le col utérin d'une femme enceinte en vue de provoquer le décollement des membranes et ensuite l'expulsion du fœtus. Elle avait recommandé à la femme de prendre des bains de siège et avait indiqué que l'avortement devait se produire après un ou deux jours. Peu de temps plus tard, la femme décéda. Pour sa défense, la prévenue faisait valoir que la femme ne l'avait pas prévenue de ce qu'elle souffrait d'une inflammation gynécologique. La sage-femme se prévalait de l'absence de preuve de l'existence d'une relation causale entre les moyens abortifs employés et le décès, arguant de ce que le décès de la femme avait pu

(132) A. DE NAUW, *Initiation au droit pénal spécial*, 2^e éd., op. cit., p. 193.

(133) M. RIGAUX et P.-E. TROUSSE, *Les crimes et les délits du Code pénal*, t. V, op. cit., pp. 156-157; J. DU JARDIN, *Les Nouvelles, Droit pénal*, t. III, op. cit., n° 5819.

être provoqué par le manque de soins. Le tribunal correctionnel a pour sa part considéré que le fait qui constituait la cause du décès de la victime provenait essentiellement de l'introduction volontaire, par la prévenue, d'un corps étranger dans l'utérus en vue de provoquer le décollement de la membrane. Il a ajouté que «s'il fallait admettre l'argumentation de la défense, il faudrait considérer que l'auteur d'un avortement, sur une femme qui refuse, en cas de complications gynécologiques provoquées par les manœuvres, d'accepter le secours d'un praticien en milieu hospitalier et qui choisit, par crainte par exemple d'une divulgation, de demeurer sans secours médical, ne pourrait jamais être poursuivi» (134).

Par ailleurs, le consentement de la femme à l'avortement ne justifie pas l'infraction.

§ 2. – ÉLÉMENT MORAL

Il s'agit ici aussi d'une infraction *praeter-intentionnelle* caractérisée par le concours entre un dol général et une faute. L'auteur doit avoir agi intentionnellement lorsqu'il a employé des moyens dans le but de faire avorter la femme. En revanche, l'effet qui en est résulté, à savoir la mort de celle-ci, ne doit pas avoir été voulu ni même accepté par l'auteur. Dans l'hypothèse contraire, les faits devraient plutôt revêtir une qualification de meurtre. À la différence de l'hypothèse d'un dol éventuel, où l'auteur a agi en acceptant les «effets collatéraux» de l'infraction intentionnelle pour l'éventualité où ces derniers se produiraient (135), dans l'infraction *praeter-intentionnelle*, l'auteur n'accepte pas certaines conséquences prévues de son comportement (l'homicide) (136).

Si la conséquence mortelle des moyens employés était imprévisible, en se référant au standard de l'homme normalement diligent et prudent placé dans les mêmes circonstances, l'infraction ne peut être déclarée établie (137). Pour condamner l'agent sur la base de l'article 352 du Code pénal, il convient de vérifier que l'auteur a prévu la mort de la

femme (faute avec prévoyance) ou, à tout le moins, qu'il aurait pu et dû la prévoir (faute sans prévoyance) (138).

Section 6. – Peines applicables

L'article 348 du Code pénal, sanctionnant celui qui a fait avorter une femme qui n'y a pas consenti, n'a pas été modifié par la loi du 3 avril 1990. Il punit de la réclusion de cinq à dix ans celui qui, médecin ou non, par un moyen quelconque, aura à dessein fait avorter une femme qui n'y a pas consenti.

L'article 349 du Code pénal punit l'avortement causé par des violences exercées volontairement, mais sans intention de le produire, d'une peine d'emprisonnement de trois mois à deux ans ainsi que d'une amende de vingt-six à trois cents euros (à multiplier par les décimes additionnels, ce qui revient à multiplier le montant par 5,5). Il a prévu deux circonstances aggravantes : la préméditation et la connaissance de l'état de la femme (139). Dans ce cas, la peine est portée à un emprisonnement de six mois à trois ans et à une amende de cinquante à cinq cents euros.

L'article 350 du Code pénal, quant à lui, sanctionne celui qui, par aliments, breuvages, médicaments ou par tout autre moyen, aura fait avorter une femme qui y a consenti, sans se conformer aux conditions prévues par la loi, d'une peine d'emprisonnement de trois mois à un an et à une amende de cent à cinq cents euros.

La femme qui a demandé un avortement en dehors des conditions légales se voit elle aussi sanctionnée, en vertu de l'article 351 du Code pénal, mais d'une peine moindre que celle, résultant de l'article 350 dudit Code, frappant le tiers (médecin ou non) qui a pratiqué l'avortement. Pour elle, le législateur a prévu une peine d'emprisonnement d'un mois à un an et une amende de cinquante à deux cents euros, tandis que le second s'expose à une peine d'emprisonnement de trois mois à un an et à une amende de cent à cinq cents euros.

L'homicide par l'emploi de moyens abortifs est sanctionné à l'article 352 du Code pénal. Une distinction est opérée selon que la femme était ou non consentante. Dans le premier cas, la peine est la réclusion de

(134) Corr. Bruxelles (21^e ch.), 16 janvier 1967, *Rev. dr. pén.*, 1966-1967, p. 747.

(135) N. COLETTE-BASECOZ et N. BLAISE, *Manuel de droit pénal général*, op. cit., p. 262.

(136) O. MICHELS, «Quelques précisions sur les notions de faute, de dol éventuel et de dol *praeter-intentionnel* quand il y a mort d'homme», note sous Corr. Verviers, 27 février 2008, *J.T.*, 2008, p. 493.

(137) Sur la question de la prévisibilité du dommage, voy. O. MICHELS, «Les interactions entre la prévisibilité du dommage et l'élément moral des infractions», *J.T.*, 2009, pp. 561 et s.

(138) J.S.G. NYPELS, *Législation criminelle de la Belgique ou Commentaire et complément du Code pénal belge*, t. III, Bruxelles, Bruylant-Christophe, 1868, p. 10, n° 10.

(139) L'auteur ne doit pas avoir voulu causer l'avortement, auquel cas l'avortement deviendrait intentionnel et ne donnerait plus lieu à application de l'article 349 du Code pénal.

cinq à dix ans, tandis que dans le second cas, l'absence de consentement de la femme est érigée en circonstance aggravante de l'homicide, donnant lieu à une peine de réclusion de dix à quinze ans. Dans les deux cas, il s'agit d'un crime qui peut, le cas échéant, être correctionnalisé par admission de circonstances atténuantes ou d'une cause d'excuse en application de l'article 2 de la loi du 4 octobre 1867 sur les circonstances atténuantes.

Section 7. – Règles spécifiques de droit pénal

§ 1. – LA TENTATIVE

Les règles régissant la tentative se trouvent aux articles 51 à 53 du Code pénal. Il y a tentative punissable lorsque la résolution de commettre un crime ou un délit a été manifestée par des actes extérieurs qui forment un commencement d'exécution de ce crime ou de ce délit, et qui n'ont été suspendus ou n'ont manqué leur effet que par des circonstances indépendantes de la volonté de l'auteur.

D'après le droit commun, la tentative punissable couvre à la fois l'infraction tentée et l'infraction manquée (140). Dans le premier cas, qui est celui correspondant à l'article 51 susmentionné, des actes formant un commencement d'exécution ont été posés, qui n'ont été suspendus ou n'ont manqué leur effet que par des facteurs externes à l'auteur. Il n'y a pas de tentative punissable en cas de désistement volontaire. Dans le second cas, en raison de circonstances indépendantes de la volonté de l'auteur, le résultat escompté n'est pas atteint malgré l'accomplissement intégral du *modus operandi*. L'infraction manquée serait celle pour laquelle la femme conserve le produit de la conception malgré l'accomplissement intégral des manœuvres abortives.

Nous avons exposé précédemment que les faits étaient qualifiés de crimes (punis d'une peine criminelle) ou de délits (passibles d'une peine correctionnelle). Cette distinction revêt toute son importance en l'espèce, car la répression de la tentative diffère selon qu'il s'agit d'un crime ou d'un délit.

Dans la première hypothèse, selon l'article 52 du Code pénal, la tentative est punie de la peine immédiatement inférieure à celle du crime (conformément aux articles 80 et 81 du même Code). En ce qui concerne l'avortement intentionnel sur une femme non consentante

(140) N. COLETTE-BASECOZ et N. BLAISE, *Manuel de droit pénal général*, op. cit., p. 244.

(infraction visée à l'article 348 du Code pénal, passible d'une peine criminelle de réclusion de cinq à dix ans), le législateur a toutefois dérogé expressément aux règles des articles 51 à 53 du Code pénal en n'incriminant que le crime manqué, c'est-à-dire lorsque les moyens employés ont manqué leur effet. Le simple commencement d'exécution (tentative suspendue ou arrêtée par des circonstances indépendantes de la volonté de l'auteur) n'est en revanche pas punissable. Le choix du législateur de ne punir que l'avortement manqué proviendrait de la réelle difficulté de constater l'intention tant que l'agent n'a pas fait tout ce qui était en son pouvoir pour commettre le crime (141). Dans l'hypothèse du crime manqué, la tentative est punissable de la peine immédiatement inférieure, soit, en vertu de l'article 80 du Code pénal, une peine d'emprisonnement d'un mois au moins. Notons que la tentative du crime incriminé à l'article 352 du Code pénal (l'homicide de la femme causé par l'emploi de moyens abortifs) est difficilement concevable, puisqu'il est par essence impossible de tenter un acte dont le résultat (la mort de la femme), qui est érigé en élément matériel constitutif du crime, est une circonstance qui n'a pas été voulue par l'auteur (142).

Dans la seconde hypothèse, la tentative d'un délit n'est punissable que lorsque le législateur l'a expressément incriminée. Nous pouvons observer que tel n'est le cas pour aucun des délits sanctionnés aux articles 349 à 351 du Code pénal (143) (144).

Par ailleurs, pratiquer des actes abortifs sur une femme qui n'est pas enceinte ou dont le fœtus était déjà mort avant l'avortement constitue un délit impossible et ne relève pas de la tentative punissable (145). En effet, dans ce cas, il s'agit d'une impossibilité absolue d'atteindre le résultat escompté en raison de l'absence d'objet (146). En revanche, est punissable du chef de tentative d'avortement, le médecin qui, ayant reconnu l'état de grossesse d'une femme, a usé de moyens qui devaient normalement provoquer l'expulsion du produit de la conception, avec la volonté de la faire avorter, lorsqu'en raison d'une anomalie de la gros-

(141) J.S.G. NYPENS, *Législation criminelle de la Belgique ou Commentaire et complément du Code pénal belge*, t. III, op. cit., p. 9, n° 3.

(142) A. DE NAUW, *Initiation au droit pénal spécial*, 2^e éd., op. cit., p. 193.

(143) Comme le fait observer A. DE NAUW à propos de l'article 349 du Code pénal, cette tentative était difficilement concevable; «il est par essence impossible de tenter un acte dont le résultat est un mal qui dépasse le but de l'auteur» (*Initiation au droit pénal spécial*, 2^e éd., op. cit., p. 196). Voy. aussi J. DU JARDIN, *Les Nouvelles, Droit pénal*, t. III, op. cit., n° 5870.

(144) Notons qu'en cas d'échec d'une interruption de grossesse pratiquée chez une femme consentante, la responsabilité civile du médecin pourrait toutefois être engagée sur la base de l'article 1382 du Code civil lorsque cet échec a été causé par sa faute.

(145) A. DE NAUW, *Initiation au droit pénal spécial*, 2^e éd., op. cit., p. 190.

(146) N. COLETTE-BASECOZ et N. BLAISE, *Manuel de droit pénal général*, op. cit., p. 253.

sesse (siège tubulaire de celle-ci), l'avortement n'a pas eu lieu (147). En effet, dans cette hypothèse de grossesse extra-utérine, l'impossibilité de consommer l'infraction n'est que relative, la position du fœtus (qui était ailleurs que là où l'auteur a cherché à l'atteindre) étant un cas fortuit et exceptionnel, ignoré par l'auteur; dans ce cas, les manœuvres abortives n'ont manqué leur effet que par des circonstances accidentelles, indépendantes de la volonté de leur auteur; elles pourront engager la responsabilité pénale de leur auteur au titre d'une tentative punissable (148).

§ 2. — LA PARTICIPATION PUNISSABLE

Les coauteurs et complices des infractions contenues au chapitre 1^{er} du titre VII du Code pénal se verront punis au titre de la participation punissable. L'acte de participation ne doit pas nécessairement comprendre tous les éléments constitutifs matériels de l'infraction principale (149).

La participation doit porter sur l'infraction consommée, ou sa tentative lorsque celle-ci est punissable. Or, nous avons vu à cet égard que l'article 348 du Code pénal n'incrimine que l'infraction manquée. Il en résulte que les coauteurs ou complices ne peuvent être condamnés si les moyens abortifs n'ont pas été mis en œuvre de façon intégrale.

Lorsque l'aide est nécessaire à la réalisation de l'infraction principale, il s'agit d'un cas de coréité qui est punissable de la peine qui serait applicable si la personne était elle-même auteur (C. pén., art. 66, al. 1^{er}). En revanche, l'aide accessoire apportée à l'auteur rentre dans la définition de la complicité (150); elle est punissable pour les crimes de la peine immédiatement inférieure à celle que l'auteur encourt, conformément aux articles 80 et 81 du Code pénal, et pour les délits d'une peine qui ne peut en aucun cas excéder les deux tiers de la peine qui serait appliquée si cette personne était l'auteur (C. pén., art. 69). Dans la pratique, il est souvent difficile de distinguer clairement un coauteur d'un

(147) Bruxelles, 15 avril 1950, *Rev. dr. pén.*, 1949-1950, p. 1020; Liège, 14 juillet 1949, *Jur. Liège*, 1949-1950, p. 25. Voy. aussi N. HUSTIN-DENIES et D. SPIELMANN, *L'infraction inachevée en droit pénal comparé*, Bruxelles, Bruylant, 1997, pp. 116-117; J. SIMON, «Un cas intéressant de délit manqué», *Rev. dr. pén.*, 1949-1950, p. 673.

(148) «L'impossibilité est accidentelle, toutes les fois que les moyens mis en œuvre sont de nature à pouvoir réaliser le projet criminel, mais que l'exécution est interrompue ou manque son effet par des circonstances indépendantes de la volonté de l'agent (...)» (J.-J. HAUS, *Principes généraux du droit pénal général*, t. I, 3^e éd., op. cit., n° 462).

(149) J. DU JARDIN, *Les Nouvelles, Droit pénal*, t. III, op. cit., n° 5833.

(150) N. COLETTE-BASECQZ et N. BLAISE, *Manuel de droit pénal général*, op. cit., p. 299.

complice, car le caractère nécessaire ou accessoire de l'aide qu'il apporte à l'exécutant matériel peut donner lieu à des interprétations divergentes.

Dans la mesure où seule l'aide antérieure ou concomitante à l'infraction rentre dans la participation punissable (151), ne sera pas considéré comme participant celui qui a apporté une aide après l'avortement (152). Ainsi, celui qui, en connaissance de cause, fournit à la femme l'argent nécessaire pour payer l'avorteuse tombe sous le coup de la participation punissable. En revanche, celui qui, après l'avortement, paie les frais de celui-ci ne peut être considéré comme participant.

Quant à l'élément moral de la participation, il s'agit de la connaissance, dans le chef des participants, de ce qu'ils participent, par leur aide, à un avortement, et de la volonté, ou tout le moins l'acceptation, de le favoriser ou de le faciliter (153).

Sont susceptibles d'être poursuivies pénalement au titre d'une participation punissable, notamment les personnes qui accueillent une femme en vue d'un avortement clandestin, celles qui l'accompagnent ou l'assistent dans ses démarches illicites, ou encore celles qui concourent à la réalisation de l'acte d'avortement (154). La participation punissable du médecin a aussi été retenue lorsque celui-ci, tout en refusant de pratiquer lui-même l'avortement, a donné le conseil de recourir aux offices d'une avorteuse en promettant formellement son concours pour assurer l'innocuité des manœuvres pratiquées; a aussi été condamné comme coauteur, le médecin qui, intervenant après une avorteuse, a prodigué des soins de nature à provoquer l'expulsion du fœtus lorsqu'il est apparu que les seules manœuvres pratiquées par l'avorteuse risquaient de rester inefficaces (155).

Dans l'hypothèse d'un avortement sur une femme consentante, il n'y a pas lieu d'appliquer les règles de la participation punissable pour le tiers qui aurait fait avorter la femme, ou inversement pour la femme qui aurait apporté une aide à celui qui aurait pratiqué les manœuvres abortives. En effet, comme nous l'avons déjà indiqué, même si c'est de concert que le tiers et la femme agissent, ils font tous deux l'objet d'infractions distinctes, incriminées respectivement aux articles 350 et

(151) *Ibid.*, p. 303.

(152) Conseil de l'Ordre des Médecins du Brabant d'expression française, *L'avortement*, op. cit., p. 20.

(153) N. COLETTE-BASECQZ et N. BLAISE, *Manuel de droit pénal général*, op. cit., p. 298.

(154) R.P.D.B., Compl. t. I, Bruxelles, Bruylant, 1964, p. 357; Conseil de l'Ordre des Médecins du Brabant d'expression française, *L'avortement*, op. cit., p. 19.

(155) Liège, 10 novembre 1948, *Pas.*, 1949, II, p. 11.

351 du Code pénal. En revanche, en dehors de ces deux acteurs, il est possible de retenir une participation punissable à l'encontre d'autres personnes qui auraient apporté, à l'un ou à l'autre, une aide à la réalisation de l'infraction (156).

Relevons par ailleurs que c'est de façon autonome que l'incitation à l'avortement ainsi que la publicité en la matière sont incriminées dans le chapitre VII relatif aux outrages publics aux bonnes mœurs, aux alinéas 6 et 7 de l'article 383 du Code pénal (157). Cette disposition punit d'une peine d'emprisonnement de huit jours à six mois et d'une amende de vingt-six à cinq cents euros, «quiconque aura, soit par l'exposition, la vente ou la distribution d'écrits imprimés ou non, soit par tout autre moyen de publicité, préconisé l'emploi de moyens quelconques de faire avorter une femme, aura fourni des indications sur la manière de se les procurer ou de s'en servir ou aura fait connaître, dans le but de les recommander, les personnes qui les appliquent», ainsi que «quiconque aura exposé, vendu, distribué, fabriqué ou fait fabriquer, fait importer, fait transporter, remis à un agent de transport ou de distribution, annoncé par un moyen quelconque de publicité les drogues ou engins spécialement destinés à faire avorter une femme ou annoncés comme tels». Si la personne est l'auteur de l'écrit, de la figure, de l'image ou de l'objet contraire aux bonnes mœurs, cette qualité est érigée en circonstance aggravante de l'infraction par l'article 384 du Code pénal, entraînant une peine d'emprisonnement d'un mois à un an et une amende de cinquante à mille euros.

§ 3. – L'ÉTAT DE NÉCESSITÉ

Bien avant la dépénalisation partielle de l'avortement, l'état de nécessité était déjà admis par la jurisprudence et la doctrine pour justifier une interruption de grossesse, notamment lorsque la vie de la mère était en danger et qu'il n'était possible de la sauver qu'en sacrifiant celle de l'enfant. On parlait de ce cas d'un avortement «thérapeutique» (158).

L'état de nécessité peut toujours être allégué pour justifier un avortement commis en dehors des conditions légales instaurées par la loi du 3 avril 1990 relative à l'interruption de grossesse (159). Cette notion se définit comme une situation exceptionnelle caractérisée par un conflit de

(156) *Ibid.*

(157) Ces alinéas ont été insérés par la loi du 20 juin 1923 (*M.B.*, 25 juin 1923).

(158) Cass., 5 février 1985, *Pas.*, 1985, I, pp. 670 et s., et spéc. p. 680.

(159) Propositions de loi relatives à l'interruption de grossesse, *Doc. parl.*, Sén., sess. extr. 1988, n° 247/2, p. 89.

valeurs qui amène l'agent à violer la loi pour sauvegarder une valeur égale ou supérieure à celle protégée par la norme transgressée (160). L'état de nécessité pourrait ainsi justifier une interruption volontaire de grossesse alors même que les conditions de l'article 350 du Code pénal ne sont pas toutes réunies, par exemple lorsque la vie de la mère se trouve en danger.

§ 4. – LA CONTRAINTE IRRÉSISTIBLE

Certaines femmes se font avorter parce qu'elles font l'objet, de la part de leur entourage (le plus souvent familial, mais aussi parfois professionnel), de pressions tellement fortes qu'elles en perdent leur libre-arbitre. Pour constituer une contrainte au sens de l'article 71 du Code pénal et entraîner un acquittement, ces pressions doivent constituer pour la femme, en fonction de ses capacités concrètes de résistance, une force irrésistible, extérieure à elle (elle ne peut, par sa faute ou volontairement, avoir créé cette situation). En outre, une annihilation totale des facultés mentales de la femme est requise, ce qui signifie que les pressions doivent l'avoir placée dans l'impossibilité de réfléchir sereinement à l'interruption de grossesse. La contrainte peut être de nature physique ou morale (161).

Section 8. – Preuve de l'infraction

La preuve de l'infraction peut être rapportée par la partie poursuivante à l'aide de tous moyens de preuve. La preuve doit porter sur tous les éléments constitutifs ou aggravants de l'infraction ainsi que sur l'inexistence des causes de justification ou de non-imputabilité pour autant que celles-ci soient soulevées avec suffisamment de vraisemblance (162).

La preuve de l'état de grossesse d'une femme n'est soumise par la loi à aucune règle particulière. Il n'est ainsi pas nécessaire qu'il s'agisse d'une expertise médicale. De même, il n'est pas requis qu'il existe une preuve scientifique du rapport de cause à effet entre les manœuvres pratiquées et l'avortement. Il est possible de rapporter cette preuve par un ensemble de présomptions graves, précises et concordantes, non contre-

(160) Ch. HENNAU et J. VERHAEGEN, *Droit pénal général*, 3^e éd. mise à jour avec le concours de D. SPIELMANN et A. BRUYNDONCKX, Bruxelles, Bruylant, 2003, p. 190; L. DUPONT et R. VERSTRAETEN, *Handboek Belgisch Strafrecht*, Leuven, Acco, 2000, p. 228, n° 381.

(161) N. COLETTE-BASECQZ et N. BLAISE, *Manuel de droit pénal général*, op. cit., p. 340.

(162) *Ibid.*, p. 378.

dites par les données de la science (163). Le juge du fond apprécie librement et souverainement la valeur probante des éléments sur lesquels il fonde sa conviction (164).

Bibliographie

- CABEAUX, E., «Considérations nouvelles sur l'avortement légalisé», *J.T.*, 1972, pp. 21-28.
- CALEWAERT, W., «Une réforme du Code pénal», in *Avortement et contraception. Colloque des 11 et 12 mars 1971*, Bruxelles, éd. de l'Institut de Sociologie de l'Université libre de Bruxelles, 1972, pp. 133-137.
- CASSIERS, L., «La dignité de l'embryon humain», *Rev. trim. D.H.*, 2003, pp. 403-420.
- COLETTE-BASECQZ, N. et HAUTENNE, N., «Qualifications pénales autour de l'enfant à naître», note sous Corr. Bruges, 1^{er} décembre 2004, *T. Gez./Rev. dr. santé*, 2005-2006, pp. 410-413.
- COLETTE-BASECQZ, N. et HAUTENNE, N., «Quelques questions juridiques concernant l'enfant à naître et le nouveau né», in *Éléments d'éthique périnatale. De l'obstétrique à la réanimation*, Namur, P.U.N., 2004, pp. 59-73.
- COLETTE-BASECQZ, N. et BLAISE, N., *Manuel de droit pénal général*, Louvain-la-Neuve, Anthemis, 2010.
- DELANNAY, A., «Homicides et lésions corporelles volontaires», in *Les infractions*, vol. 2, *Les infractions contre les personnes*, Bruxelles, Larcier, 2010, pp. 85-419.
- DU JARDIN, J., *Les Nouvelles, Droit pénal*, t. III, *Crimes et délits contre l'ordre des familles et contre la moralité publique*, Bruxelles, Larcier, 1972.
- GENICOT, G., *Droit médical et biomédical*, Bruxelles, Larcier, 2010.
- LEGROS, R., «Le problème de l'avortement et la logique», *Journ. proc.*, 1985, n° 70, pp. 14-23.
- HENNAU-HUBLET, Ch., «La protection pénale du fœtus en droit belge face aux expérimentations bio-médicales», *J.T.*, 1983, pp. 333-342.
- LELEU, Y.-H. et LANGENAKEN, E., «Quel statut pour l'embryon et le fœtus dans le champ juridique belge?», *J.T.*, 2002, pp. 657-665.
- LIEBIEZ, R., «Réflexions sur l'avortement et l'état de nécessité en droit pénal», *Journ. proc.*, 1983, n° 31, pp. 10-17.
- MARQUES-PEREIRA, B., *L'avortement en Belgique. De la clandestinité au débat politique*, Bruxelles, éd. de l'Université de Bruxelles, 1989.
- MESSINNE, J., «La proposition de loi sur l'avortement», *J.T.*, 1971, pp. 337-339.
- MEULDERS-KLEIN, M.-Th., «Considérations sur les problèmes juridiques de l'avortement», *Ann. Dr. Louvain*, 1971, pp. 425-522.
- NYS, H., «*Abortus provocatus*, hoe moet het nu?», *Huisarts Nu*, 1990, n° 6, pp. 284-285.

(163) Cass., 22 mai 1950, *Pas.*, 1950, I, p. 663; Corr. Bruxelles, 10 juin 1949, *J.T.*, 1949, p. 493; J. DU JARDIN, *Les Nouvelles, Droit pénal*, t. III, *op. cit.*, n° 5787-5789.

(164) Cass., 17 octobre 1949, *Pas.*, 1950, I, p. 84. Voy. aussi M. RIGAUX et P.-E. TROUSSE, *Les crimes et les délits du Code pénal*, t. V, *op. cit.*, p. 137.

- NYS, H., «De nieuwe wetgeving inzake zwangerschapsafbreking», *R.W.*, 1990-1991, pp. 1189-1197.
- NYS, H., *La médecine et le droit*, Diegem, Kluwer, 1995.
- Pandectes belges*, t. XI, Bruxelles, Larcier, 1884, pp. 1111-1121.
- RIGAUX, M. et TROUSSE, P.-E., *Les crimes et les délits du Code pénal*, t. V, Bruxelles/Paris, Bruylant/L.G.D.J., 1968.
- TISSOT, B. et VEKEMANS, M., *L'interruption de grossesse en Belgique et dans les pays voisins. Législations, déclaration des cas, commissions d'évaluation, taux d'avortements, prévalence contraceptives*, Bruxelles, Services de l'Exécutif de la Communauté française de Belgique, Ministère de la Culture et des Affaires sociales, 1990.
- VAN HOOREBEK, F. et DUMON, F., «La répression de l'avortement», *Rev. dr. pén.*, 1952-1953, pp. 738-783.
- VAN LOOK, M., «*Abortus provocatus*. Juridische status questionis en perspectieven», *T.P.R.*, 1974, pp. 424-426.
- VERSELE, S.C., «Preventie en repressie van de vruchtafdriving», *R.W.*, 1953-1954, col. 1758-1759.
- VEYS, M.N., «Abortus bij minderjarige en wilsonbekwame patiënten: de rol van de Wet Patiëntenrechten en de noodtoestand», *T. Gez./Rev. dr. santé*, 2006-2007, pp. 153-163.
- VIVVERMAN, A., «Un nouveau souffle pour la commission d'évaluation de la loi relative à l'interruption volontaire de grossesse», *T. Gez./Rev. dr. Santé*, 2009-2010, pp. 266-267.
- WOUTERS, M., «Het recht op leven en de strafbaarstelling van abortus», *R.W.*, 1993-1994, pp. 458-463.