



METTRE L'AVORTEMENT À LA PORTE DU CODE PÉNAL. ET FERMER LES FENÊTRES !

Marc SNOECK

Juriste

On observera au demeurant que la dépénalisation totale de l'avortement s'inscrit dans la logique des instrumentaux internationaux. Ainsi, à titre d'exemples, le rapport du Comité des droits de l'homme de l'O.N.U. du 3 août 2001 estime qu'il convient de garantir un droit d'accès à l'avortement, considéré comme faisant partie des droits de l'homme et l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe, dans une résolution du 1607/2008 du 16 avril 2008, a-t-elle affirmé que le « choix ultime d'avoir recours ou non à un avortement devrait revenir à la femme, qui devrait disposer des moyens d'exercer ce droit de manière effective ». La cause nous paraît donc entendue et notre propos sera donc ici très modeste : analyser les solutions possibles pour, en terme de pure légistique, atteindre l'objectif voulu.

C'est une chose dont on parle beaucoup en Belgique, ces derniers mois : « sortir » l'avortement du code pénal, autant sans doute comme consécration de principe que comme réaction aux attaques dont les fragiles libéralisations intervenues en Occident depuis un demi-siècle font l'objet en Europe et aux États-Unis. On ne discutera pas ici de la légitimité de la dépénalisation, pas davantage que de celle de la consécration de l'avortement comme un droit des femmes. Il s'agit à nos yeux de questions entendues. D'autres, et combien plus talentueux et autorisés que nous, ont déjà fait valoir en faveur de la dépénalisation totale les arguments qui emportent notre conviction, et tel ne sera donc pas notre propos.

L'avortement est encore pénalisé en Belgique dans les conditions – strictes depuis la fameuse loi du 3 avril 1990¹ – par les articles 350, 351 et 352 du code pénal. Le premier sanctionne celui qui pratique l'avortement, le deuxième la femme qui avorte et le troisième vise le cas particulier du décès de la femme causé par l'avortement. En outre, l'article 383 alinéas 5 et 6 sanctionne la vente, la publicité pour les moyens abortifs et le trafic de ceux-ci. Les articles 348 (qui sanctionne le médecin qui fait avorter sans consentement) et 349 (qui sanctionne l'avortement causé par

des violences volontaires) sont hors de notre propos : il ne saurait à nos yeux être question de dépénaliser de tels comportements².

L'abrogation des articles 350 à 352 et 383 alinéas 5 et 6 du code pénal ne suffirait pas toutefois à rencontrer l'objectif poursuivi : c'est-à-dire non seulement la dépénalisation de l'avortement, mais également la consécration dans le chef des femmes d'un droit à celui-ci.

Sous l'angle pénal, en effet, l'abrogation des articles 350 à 352 du code pénal laissera subsister – et c'est en soi légitime –, les articles 418 et 420 de ce code. Le premier sanctionne l'homicide involontaire ; le second les coups et blessures involontaires. On note toutefois qu'au regard du droit pénal, le fœtus n'est pas regardé comme un être humain et n'est donc pas susceptible de faire l'objet d'un homicide. Ainsi que l'écrit le professeur De Nauw, « L'homicide est le fait de tuer un être vivant. C'est pourquoi la mort d'un fœtus ne tombe pas sous l'application des articles 418 et 420 [...] ». Le fœtus n'acquiert en droit pénal une personnalité que lorsque l'enfant est né vivant. Il convient de distinguer à ce sujet ce critère de la règle de droit civil qui fait de l'embryon une personne juridique dès sa conception sous la condition suspensive de la naissance d'un enfant né et viable. En droit pénal, il faut que

l'enfant soit né vivant [...] »³. Il s'indique de noter que ce propos du professeur De Nauw n'est pas éternel par les termes de l'arrêt de la Cour de cassation du 11 février 1987⁴, aux termes duquel « commet un homicide involontaire au sens des articles 418 et 419 du Code pénal, le médecin ou la sage-femme qui, par défaut de prévoyance ou de précaution, cause, pendant l'accouchement la mort d'un enfant en train de naître bien que celui-ci n'ait pas encore vécu de la vie extra-utérine, si cette mort est survenue par leur faute ou leur négligence ». En effet, et aux termes mêmes de cet arrêt, la qualification d'homicide involontaire suppose que le décès soit survenu pendant l'accouchement. Ainsi que l'écrit Monsieur Kutry, commentant cet arrêt : « La mort de l'enfant avant le commencement du travail d'accouchement, c'est-à-dire avant la survenance des contractions et des douleurs ne peut être constitutive d'une infraction pénale à défaut d'incrimination de l'avortement volontaire »⁵. Il en résulte que la prévention d'homicide involontaire par défaut de prévoyance ou de précaution ne peut être retenue que pour autant que le travail d'accouchement ait déjà commencé, c'est-à-dire pour autant que le décès soit survenu « après les premières contractions ».

Il s'ensuit que seul l'article 420 du code pénal (coups et blessures involontaires) ici nous in-

téresse (sous réserve de l'hypothèse où l'interruption volontaire de grossesse pratiquée en dehors des règles de l'art causerait le décès de la femme, mais l'analyse serait identique).

Car, et il est essentiel de l'apercevoir, en droit belge, un acte médical est en règle constitutif de l'infraction qualifiée par l'article 420 du code pénal : c'est la nécessité, l'utilité et l'efficacité de l'acte qui fait toutefois échapper l'acte à toute qualification pénale par une lecture extensive de l'article 71 du code pénal, aux termes duquel il n'y a pas d'infraction lorsque l'agent a commis les faits sous le couvert d'un état de nécessité, ici la nécessité thérapeutique.

Lorsque la nécessité, l'utilité ou l'efficacité thérapeutique est absente, l'acte médical peut alors être qualifié pénalement de coups et blessures volontaires, voire, en cas de décès, d'homicide involontaire.

Par ailleurs, en droit pénal, le consentement de la victime est indifférent : il n'est pas élisif de la responsabilité pénale⁶.

Il s'ensuit que lors même que la femme aurait elle-même demandé l'avortement, le médecin n'échapperait à sa responsabilité pénale sur la base de l'article 420 (voire 418 du code pénal si la patiente est décédée lors de l'intervention) que pour autant et dans la mesure où l'avortement serait médicalement justifié. Il s'exposerait dans le cas contraire à des poursuites, soit sur plainte de sa patiente (qui se raviserait, le cas échéant sous pression des proches...), soit sur plainte de tiers (père, parent), soit encore d'office par le procureur du roi.

Ainsi, si pour mettre les femmes à l'abri de toute poursuite du chef d'une interruption volontaire de grossesse l'abrogation des articles 350 à 352 du code pénal est suffisante, elle ne l'est pas en revanche pour faire obstacle à des poursuites contre le personnel médical et paramédical sur la base des articles 418 et 420, dans la mesure où il serait considéré que l'avortement n'est pas médicalement justifié.

Dépénaliser l'interruption volontaire de grossesse pour les femmes, mais maintenir une possibilité de qualification pénale – même indépendante de toute faute professionnelle au sens strict⁷ – dans le chef du personnel médical et paramédical qui la pratique serait sans doute un coup dans l'eau. Dépénaliser le fait dans le chef des femmes mais maintenir la possibilité d'une qualification pénale dans le chef des praticiens – même par le biais d'une qualification de coups et blessures – priverait la dépénalisation totale de tout sens.

Il ne saurait bien entendu être question d'abroger les articles 418 et 420 du code pénal, dispositions sans aucun doute nécessaire et qui remplissent parfaitement leurs objectifs. De surcroît, ces dispositions sont évidemment encore utiles pour permettre la sanction des fautes éventuellement commises par le personnel médical et paramédical dans l'exécution de l'avortement lui-même, lorsque, par hypothèse, il n'aurait pas été pratiqué « dans les règles de l'art »⁸.

Il pourrait toutefois être envisagé de prévoir que l'infraction de coups et blessures involontaires que constituerait un avortement ne pourrait être poursuivie que sur plainte de la femme. Ce ne serait pas une nouveauté, une telle limitation des poursuites existe déjà pour certaines infractions (ainsi celles qualifiées par les articles 443, 444 et 445 alinéa 2 du code pénal).

Une autre solution, parfois évoquée, serait de consacrer dans le chef des femmes l'existence d'un droit civil à l'avortement. Une telle manière de procéder ne nous paraît ni nécessaire ni efficace.

Elle n'est pas nécessaire dès lors que dès le moment où l'acte n'est plus interdit par la loi, il devient, sous l'angle du droit pénal, complètement autorisé. À tout le moins en principe.

Car on observera, ensuite, que comme tel, la reconnaissance d'un droit civil ne sera pas de nature à écarter l'application éventuelle des articles 418 ou 420 du code pénal au préjudice des praticiens, dès lors d'une part qu'ainsi que nous l'avons déjà souligné le consentement de la « victime » n'est pas comme tel élisif de responsabilité pénale, et qu'en tout état de cause le droit pénal étant d'ordre public, le droit civil de la femme ne fera pas nécessairement obstacle aux poursuites sur la base des articles 418 et 420 à l'initiative par exemple d'un tiers (mari, famille...).

De surcroît, il convient d'apercevoir qu'un droit civil, c'est-à-dire une créance n'a de sens que pour autant et dans la mesure où, par ailleurs, le débiteur de l'obligation corrélative (la dette) soit identifié ou identifiable. Si nous devions consacrer l'avortement comme un droit civil des femmes, quel serait le débiteur de l'obligation corrélative ? Les médecins (comme « débiteurs identifiables »), le médecin consulté (comme « débiteur identifié »), répondrons-nous en chœur, comme s'il s'agissait d'une évidence.

La réponse est intéressante, mais suscite à nos yeux plus de difficultés qu'elle n'en résout. Elle suppose en effet que le médecin consulté soit

en principe tenu de pratiquer l'avortement⁹. Mais de quelle manière alors faut-il traiter son éventuel refus ? Un simple droit civil est-il suffisant pour écarter en tout état de cause la clause de conscience qui permettrait à un médecin de refuser de souscrire au contrat médical qui lui est demandé par la patiente ? Si le refus est motivé par des raisons médicales, le droit civil doit-il primer celle-ci ? Comment apprécier *a posteriori* ces raisons médicales et l'appréciation qui en est faite par le médecin ?

On le voit, cette manière d'envisager le problème complique les choses au lieu de les simplifier et ce n'est pas étonnant : la notion de droit civil, essentiellement patrimonial de nature, n'est pas à nos yeux adéquate pour rendre compte de toute la complexité du problème¹⁰.

Au total, la reconnaissance d'un « droit civil à l'avortement » est à nos yeux à ranger au rang des « fausses bonnes idées ».

Plus intéressante est la proposition d'inclure le « droit à l'avortement » dans la loi du 22 août 2002 relative aux droits du patient. C'est la solution envisagée par une proposition de loi déposée le 10 mai 2016 par M. Olivier Maingain et Mme Véronique Caprasse le 10 mai 2016¹¹, et par une proposition de loi déposée le 31 mai 2016 par Mme Karine Lalieux e.a.¹². Nous ne l'approuvons toutefois pas : la loi relative aux droits du patient a un objet général : il s'agit de fixer les conditions générales de la relation entre le médecin et le patient : qualité des soins – article 5 ; libre choix – article 6 ; information – article 7 ; consentement éclairé – article 8 ; tenue du dossier médical – article 9 ; protection de la vie privée – article 10 ; médiation – article 11 ; traitement de la douleur – article 11bis, etc. Il ne s'agit donc pas dans ce texte de fixer des droits spécifiques relatifs à des traitements particuliers. Cette loi ne paraît donc pas être le lieu de la consécration d'un « droit à l'avortement ».

Plus judicieux serait à nos yeux de l'intégrer dans l'arrêté royal de pouvoirs spéciaux n° 78 du 10 novembre 1967 relatif à l'exercice des professions des soins de santé. Cette solution aurait à nos yeux l'avantage de la simplicité et de l'efficacité.

L'article 2 § 2 dernier alinéa définit ainsi la notion d'exercice illégal de l'art médical : « l'accomplissement habituel par une personne ne réunissant pas l'ensemble des conditions requises par l'alinéa 1^{er} du présent paragraphe de tout acte ayant pour objet, ou présenté comme ayant pour objet, la surveillance de la grossesse, de l'accouchement, le postpartum et toute intervention qui s'y rattache ».

En modifiant très légèrement cette disposition pour viser la grossesse et l'interruption volontaire de grossesse, cette dernière opération serait consacrée comme telle comme un acte médical et entrerait donc de plein droit dans le champ d'application de la loi du 22 août 2002 sur les droits du patient (applicable, aux termes de son article 2, 3°, aux personnes visées par l'arrêté royal n° 78). Ainsi : « l'accomplissement habituel par une personne ne réunissant pas l'ensemble des conditions requises par l'alinéa 1er du présent paragraphe de tout acte ayant pour objet, ou présenté comme ayant pour objet « la grossesse, sa surveillance, son interruption volontaire, l'accouchement, le postpartum et toute intervention qui s'y rattache ».

Etant un acte médical « comme un autre », il est alors soumis au régime général des tous les actes médicaux, tant dans leurs aspects civils que pénaux, en ce compris en ce qui concerne le délit d'entrave prévu par l'article 10 de l'arrêté royal de pouvoirs spéciaux, délit sanctionné de la peine fixée par l'article 38 § 1^{er}, 4° (par référence au 2°).

Nous ne voyons que des avantages à cette manière de procéder :

- 1° L'abrogation des articles 350 à 352 et de l'article 383 alinéas 6 et 7 du Code pénal rend l'avortement licite en droit pénal et fait disparaître la consécration légale de « clause de conscience » de l'article 350 alinéa 2, 6° ;
- 2° La modification de l'article 2, 3° de l'arrêté royal n° 78 en fait un acte médical soumis de plein droit au régime de tout acte médical tel qu'organisé par cet arrêté royal, la loi du 22 août 2002 sur les droits du patient et le régime général de la responsabilité civile et pénale des médecins (qu'il n'y a pas de motif d'exclure) ;
- 3° En particulier, l'interruption volontaire de grossesse entre dans le champ d'application de l'article 5 de la loi du 22 août 2002 sur les droits du patient aux termes duquel ce dernier « a droit, de la part du praticien professionnel, à des prestations de qualité répondant à ses besoins et ce, dans le respect de sa dignité humaine et de son autonomie » (nous soulignons spécialement) ;
- 4° Protège l'interruption volontaire de grossesse par un délit d'entrave qualifié par l'article 10 et sanctionné par l'article 38 de l'arrêté royal ;
- 5° Et dès lors que l'interruption volontaire de grossesse est non seulement pénalement licite mais aussi pénalement protégée, il devient inutile de recourir à la notion maladroite de « droit civil » à l'avortement.

À nos yeux, il n'en faut pas plus.

Il est vrai que cette manière de procéder laisserait en suspens la question de la clause de conscience du médecin, qui est un problème complexe, et sans doute trop que pour faire ici l'objet d'un examen circonstancié. Nous nous limiterons donc à quelques indications.

La première est qu'actuellement, la clause de conscience est légalement consacrée par l'article 350 alinéa 2, 6° du code pénal. L'abrogation de cette disposition la fera, du même coup, disparaître.

Cette disparition du texte légal suffira-t-elle pour l'écarter en tout état de cause ? La question est délicate et la réponse incertaine, sauf à ériger en délit ou en faute civile le refus pour un médecin de souscrire au contrat médical qui lui est demandé par sa patiente.

Quoi qu'il en soit, il y a lieu de considérer que la clause de conscience – à la supposer maintenue – ne peut être appréciée de la même manière selon que son *exceptiens* est ou non en situation de monopole. Dès lors que l'interruption volontaire de grossesse est un acte médical, tel est le cas du médecin, et son éventuelle clause de conscience doit être interprétée de manière sinon restrictive, à tout le moins stricte. Elle doit même être écartée purement et simplement lorsque l'interruption volontaire de grossesse constitue un impératif médical, le refus de la pratiquer pouvant d'ailleurs, dans cette hypothèse, être sanctionné par application de l'article 422bis du code pénal (non-assistance à personne en danger).

En dehors de cette hypothèse, qui doit être strictement interprétée¹³, la solution pourrait résider dans l'incrimination pénale, dans l'arrêté royal n° 78, du refus d'accomplir les prestations qui forment l'objet du monopole médical, lorsque ce refus n'est pas motivé par des raisons médicales objectives ou qu'en cas de clause de conscience, le praticien ne défère pas son patient à un confrère susceptible de les accomplir. (Cette dernière obligation est d'ailleurs prévue par le deuxième alinéa du 6° actuel de l'article 350 actuel du Code pénal, comme tempérament à la clause de conscience).

On le voit, en droit – et en légistique –, il ne suffit pas de vouloir. Un corpus juridique est un système complexe, né d'équilibres incertains et en « en tirant sur le fil », c'est parfois « toute la pelote qui se défait ». Ou, ce qui est parfois pire, qui s'emmêle.

Le 18 de la Lune de Gemmadi 1719, de Paris, le persan Usbek écrit à Rhédi qui séjourne à Venise : « Il est quelquefois nécessaire de changer certaines lois. Mais le cas est rare, et, lorsqu'il arrive, il n'y faut toucher que d'une main tremblante »¹⁴. Tenons pour acquis que la loi doit être changée, mais veillons à le faire sinon d'une main tremblante – car la fermeté est ici requise –, à tout le moins d'une main précise, prudente. Et efficace. ■

- 1 Des conditions de délais – 12 semaines après la conception et avec un « délai de réflexion » de 6 jours –, mais aussi « conditions de forme », assez pointilleuses, d'ailleurs, pour que l'on puisse sans être taxé de méfiance ne les regarder autrement que comme volontairement dissuasives. Les charmes douteux des compromis politiques, sans doute...
- 2 Encore qu'il serait sans doute souhaitable de les ranger ailleurs que sous le titre VII du Code pénal « Des crimes et des délits contre l'ordre des familles et contre la moralité publique ». Faire avorter une femme contre son consentement ou par suite de violences exercées contre elle est moins un crime contre les familles et la moralité publique que contre cette femme elle-même : c'est elle la victime, d'abord et avant tout. Le changement de perspective serait salutaire.
- 3 A. DE NAUW, « Initiation au droit pénal spécial », Bruxelles, Kluwer, 2008, p. 299.)
- 4 Pas., 1987, I, p. 694.
- 5 F. KUTY, « Principes généraux du droit pénal belge », t. 1, Bruxelles, Larcier, 2009, p. 133.)
- 6 Cass., 6 décembre 2005, P050576N ; 6 janvier 1998, P971353N.
- 7 C'est-à-dire dans l'hypothèse où l'acte médical n'aurait pas été pratiqué conformément aux règles de l'art, ainsi que l'aurait pratiqué, selon la formule consacrée, tout médecin normalement prudent, diligent et raisonnable placé dans les mêmes circonstances.
- 8 À supposer toutefois qu'il faille admettre des poursuites pénales dans le contexte particulier de l'exercice de l'art de guérir. Sur ce point, le soussigné est dubitatif, mais là n'est pas l'objet du présent examen.
- 9 Actuellement, il dispose d'un droit au refus, reconnu par l'article 350, alinéa 2, 6°. L'abrogation de l'article 350, fera du même coup disparaître cette clause de conscience.
- 10 Qui devient plus complexe encore selon que l'on considère la relation médecin/patient sous l'angle contractuel ou réglementaire.
- 11 Doc. parl. 54 1823/001.
- 12 Doc. parl. 54 1867/001.
- 13 Ainsi que c'est requis en droit pénal.
- 14 Montesquieu, « Les Lettres persanes », lettre 79.