

# Le statut de l'enfant à naître en droit valaisan

par

**Stéphane Abbet**

Docteur en droit,  
juge au tribunal de Martigny  
et Saint-Maurice.

## Etude des sources normatives du XIV<sup>e</sup> au XIX<sup>e</sup> siècle

Les normes valaisannes sur le statut de l'enfant avant sa naissance, dont l'originalité a déjà été soulignée par certains auteurs<sup>1</sup>, n'ont pas fait à ce jour l'objet d'études exhaustives. Nous nous proposons ici d'en dresser un aperçu, en limitant toutefois notre travail aux sources normatives civiles et pénales, sans aborder l'étude systématique des cas – à vrai dire peu nombreux, s'agissant de normes à la portée plus symbolique que pratique – auxquels elles ont pu s'appliquer. Pour en comprendre le sens et la portée, il importe auparavant d'exposer brièvement deux courants qui ont influé sur la plupart des règles étudiées: les sources romaines, particulièrement riches et détaillées et qui seront encore citées et appliquées en Valais au milieu du XIX<sup>e</sup> siècle, et la doctrine chrétienne sur le début de la vie.

### L'HÉRITAGE ROMAIN

A en croire Ulpien (~170-223/224 apr. J.-C.), c'est déjà depuis la Loi des Douze Tables (~450 av. J.-C.) que les

Romains admettent l'enfant conçu à la succession de son père décédé entre sa conception et sa naissance, à la condition qu'il naisse vivant (*si fuerit editus*)<sup>2</sup>. Selon Paul (160-230 apr. J.-C.), l'enfant à naître doit même être traité comme un être humain (*ac si in rebus humanis esset*) chaque fois qu'il y va de son avantage<sup>3</sup>. Il reçoit ainsi un « curateur du ventre » (*curator ventris*) chargé de veiller sur le patrimoine qu'il va acquérir<sup>4</sup>. La naissance de l'enfant après le décès du père a en outre pour effet d'en invalider le testament s'il n'y est pas mentionné (prétérition). Cette règle rigoureuse pour les citoyens romains va amener les juristes à préciser les conditions auxquelles on admet qu'un enfant est né: il suffit de quelques instants de vie, même si la mort survient très rapidement (*quamvis natus ilico decesserit*)<sup>5</sup> alors qu'un enfant mort-né est considéré comme n'ayant jamais été conçu<sup>6</sup>. La pleine conformité corporelle n'est pas nécessaire tant que l'enfant est animé (*non integrum animal [...] cum spiritu tamen*)<sup>7</sup>. A cet égard, les juristes de l'école proculienne exigeaient que le nouveau-né ait

<sup>1</sup> Poudret 1998-2002, t. 2, pp. 1-3; Dubuis 1995, p. 21.

<sup>2</sup> D. 38, 16, 3, 9 Ulpien.

<sup>3</sup> D. 1, 5, 7 et D. 50, 16, 231 Paul.

<sup>4</sup> D. 37, 9, Ulpien.

<sup>5</sup> C. 6, 29, 2 Dioclétien et Maximien.

<sup>6</sup> D. 50, 16, 129 Paul.

<sup>7</sup> D. 28, 2, 12, 1 Ulpien.

poussé un cri, tandis que les Sabiniens se contentaient d'une manifestation quelconque de vie ; au VI<sup>e</sup> siècle, Justinien tranchera la controverse en faveur des seconds<sup>8</sup>. Quant aux êtres mal formés, il s'agit de distinguer entre les véritables monstres ou prodiges<sup>9</sup>, dépourvus de la nature humaine (*magis animalis quam hominis*)<sup>10</sup>, et les simples difformités – trois mains ou trois pieds, par exemple – sans incidence sur le statut juridique<sup>11</sup>. La croyance en la faculté, pour la femme, d'engendrer des monstres non humains – à la suite notamment d'unions contre nature – était attestée notamment par l'autorité de Pline l'Ancien (naissance d'un serpent, d'un éléphant ou d'un hippocentaure)<sup>12</sup>. C'est à propos du statut de l'enfant que les juristes romains précisent, en se référant à Hippocrate, que la naissance est « parfaite » si elle intervient après le sixième mois, ou plus précisément après 182 jours de grossesse : l'enfant né au septième mois d'un mariage légitime est légitime<sup>13</sup> ; de même, l'enfant sera libre si sa mère a été affranchie avant le 182<sup>e</sup> jour de grossesse<sup>14</sup>. Cela étant, le droit romain n'a jamais pleinement assimilé l'enfant conçu à un être humain (*partus nondum editus homo non recte fuisse dicitur*)<sup>15</sup>, le considérant plutôt comme une « chose de nature » (*in rerum natura*)<sup>16</sup>, voire une part du corps de la mère (*mulieris portio vel viscerum*)<sup>17</sup>. L'avortement n'est ainsi pas condamnable, sauf dans le cas précis où, après le divorce et dans un dessein de vengeance, la femme prive le mari d'un héritier ; encore n'est-il puni que d'un exil temporaire<sup>18</sup>.

8 C. 6, 29, 3, 1 JUSTINIEN.

9 *Ibidem*.

10 D. 1, 5, 14 PAUL ; D. 50, 16, 135 ULPIEN.

11 D. 50, 16, 38 ULPIEN.

12 PLINIE L'ANCIEN, VII/III/2.

13 D. 1, 5, 12 PAUL.

14 D. 38, 16, 12 ULPIEN.

15 D. 35, 2, 9, 1 PAPINIEN.

16 D. 1, 5, 26 JULIEN.

17 D. 25, 4, 1, 1 ULPIEN.

18 D. 48, 19, 39 TRYPHONIUS.

19 Notamment : THOMAS D'AQUIN, I/76/3 et I/118/1-2.

## L'INFLUENCE CHRÉTIENNE

Si les auteurs chrétiens affirment dès l'Antiquité que la vie humaine commence dès avant la naissance et qu'elle doit être protégée, la controverse va longtemps porter sur le moment où l'âme humaine s'unit au corps. En opposition au traducianisme matériel de Tertullien (transmission de l'âme par voie de génération), et sous l'influence d'Augustin puis de Thomas d'Aquin<sup>19</sup>, l'Occident chrétien adopte l'idée d'une animation médiate du fœtus, l'âme ne s'unissant au corps qu'à partir du moment où le fœtus est formé<sup>20</sup>. Se fondant sur Aristote<sup>21</sup>, les scolastiques médiévaux considèrent ainsi que l'âme humaine n'est infusée que quarante jours après la conception pour les garçons et quatre-vingts jours pour les filles<sup>22</sup>. En 1713 encore, le Saint-Office prohibe l'administration du baptême au fœtus abortif s'il n'est pas encore animé par l'âme rationnelle<sup>23</sup>. La question de l'animation médiate ou immédiate du fœtus reste d'ailleurs une opinion libre jusqu'au milieu du XX<sup>e</sup> siècle<sup>24</sup>. Malgré cette distinction, l'Eglise condamne constamment l'avortement qu'il intervienne avant ou après l'animation, la faute étant simplement moins grave dans le premier cas : selon le Décret de Gratien (~1150), *non est homicidia qui abortum procurat ante, quam anima corpori sit infusa*<sup>25</sup>. Quant aux « monstres », l'Eglise reprend l'idée antique selon laquelle la femme peut concevoir un être non humain, notamment un animal : le baptême des monstres dépourvus de forme humaine est ainsi prohibé par le Rituel de Paul V (1614)<sup>26</sup>.

20 Sur cette question, notamment : LEFEBVRE-TEILLARD 1994, p. 503 ss ; Eco 2014, p. 135 ss.

21 ARISTOTE, II/VII/3.

22 NAZ 1935-1965, t. I, p. 1537, t. II, p. 134 ; LEFEBVRE-TEILLARD 1994, p. 500.

23 GASPARRI 1951, p. 60.

24 NAZ 1935-1965, t. II, pp. 134-135.

25 FRIEDBERG 2000, t. I, II/XXXII/II/VIII, p. 1122. Ce n'est qu'en 1869 par la lettre *Apostolicae Sedis* que Pie IX établit l'excommunication contre les auteurs de l'avortement sans tenir compte de la distinction entre fœtus animé et inanimé (NAZ 1935-1965, t. I, pp. 1539 et 1545).

26 [S. N.] 1677, pp. 9-10.

Encore en 1917, le Code de droit canonique (canon 748) prévoit que les « monstres et les êtres bizarres » sont baptisés « au moins sous condition » (*si tu es homo...*)<sup>27</sup>.

Centrée sur l'apparition de l'âme humaine, la conception chrétienne influence essentiellement les législations médiévales dans le domaine pénal, qu'il s'agisse de l'avortement ou de l'infanticide par exposition<sup>28</sup>. Le droit civil en revanche reste généralement marqué par l'influence romaine, l'acquisition des droits, essentiellement successoraux, demeurant en général conditionnée à la naissance. A cet égard, les législations valaisannes à partir des Articles de Naters de 1446 font figure d'exception.

### LA CURIEUSE RÈGLE DES ARTICLES DE NATERS (1446)

C'est à propos des droits successoraux du posthume, soit l'enfant conçu mais non encore né lors du décès du *de cuius*, que le droit valaisan traite du statut de l'enfant à naître. Alors que les Cas de coutumes, codification privée du milieu du XIV<sup>e</sup> siècle, se bornent à restreindre la vocation du posthume à la seule succession de son père<sup>29</sup>, les Articles de Naters rédigés un siècle plus tard, en 1446, voient l'apparition d'une règle singulière : le posthume peut hériter – apparemment dans n'importe quelle succession (*successio aliqua*) et non seulement celle du père<sup>30</sup> – à la double condition, d'une part, que quarante ou soixante jours, selon qu'il

s'agit d'un garçon ou d'une fille, se soient écoulés depuis la conception jusqu'à l'ouverture de la succession et, d'autre part, que l'enfant soit parvenu au baptême. A défaut, la succession ira aux personnes qui auraient hérité si l'enfant n'avait jamais existé (*ac si tales postumi non fuissent*)<sup>31</sup>.

La première condition revient ainsi à exiger que l'enfant soit non seulement conçu, mais également « animé » lors de l'ouverture de la succession, même si le nombre de jours exigé pour les filles (soixante) est inférieur à celui de la doctrine scolastique (quatre-vingts). Elle constitue une singularité propre à l'histoire du droit valaisan : dans son étude détaillée sur l'*infans conceptus*, Anne Lefebvre-Teillard mentionne les seuls Articles de Naters à l'appui de cette règle<sup>32</sup>.



Articles de Naters de 1446. (AEV, AB Contrée de Sierre, A 342. Photo AEV)

<sup>27</sup> NAZ 1935-1965, pp. 135-136.

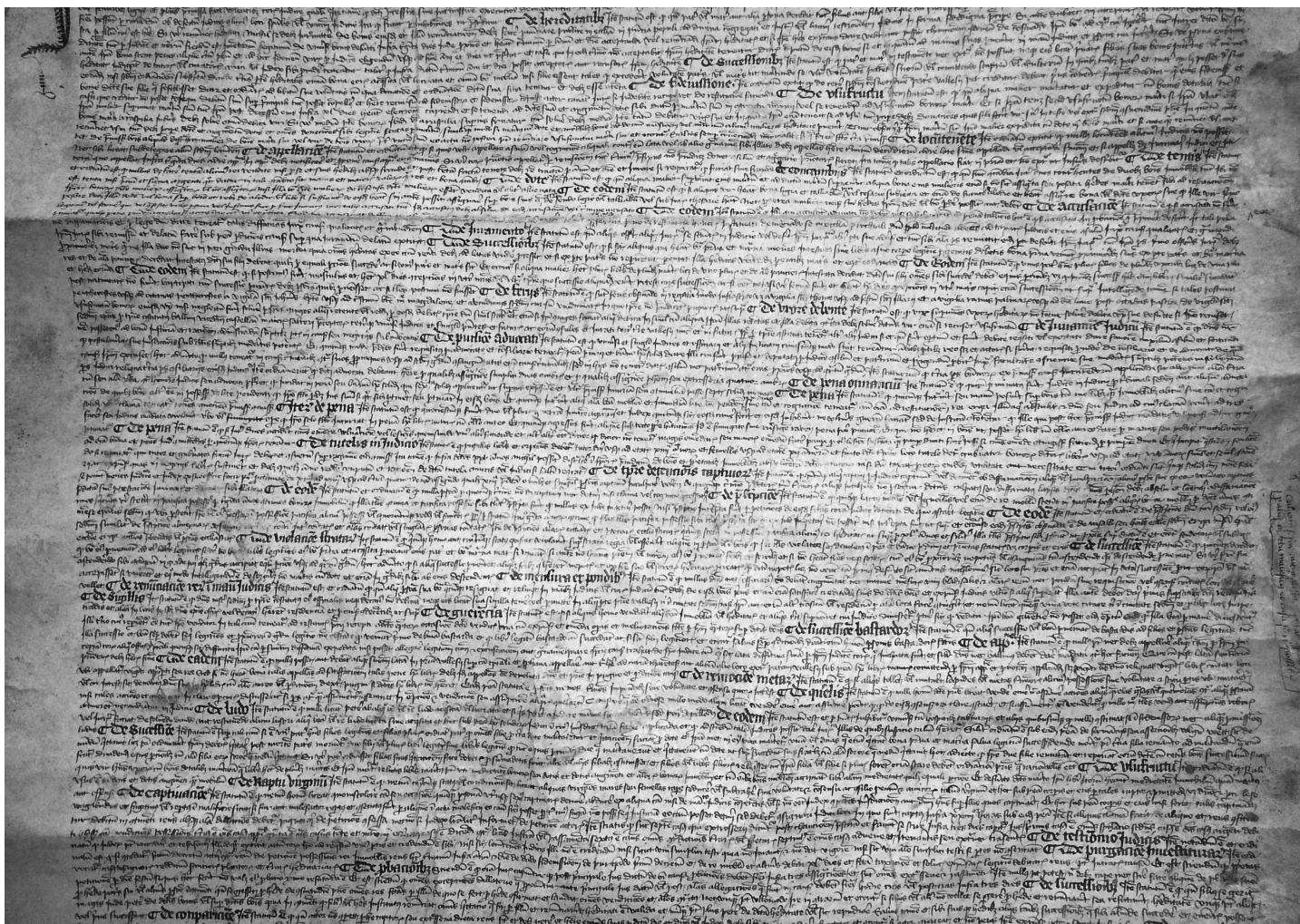
<sup>28</sup> LEFEBVRE-TEILLARD 1994, pp. 504-505; CASPAR 1991, p. 58.

<sup>29</sup> GREMAUD 1875-1898, t. IV, n° 1973, p. 575, art. 95 ;  
POUDRET 1998-2002, t. II, p. 2.

<sup>30</sup> Voir toutefois POUDRET 1998-2002, t. II, p. 2.

<sup>31</sup> GREMAUD 1875-1898, t. VIII, n° 2976, pp. 298-299, art. 22 ;  
HEUSLER 1890, n° 18, p. 177, art. 22.

<sup>32</sup> LEFEBVRE-TEILLARD 1994, p. 509, note 37.



Articles de Naters de 1446. (AEV, AB Contrée de Sierre, A 342. Photo AEV)

Cette codification est d'ailleurs originale à plus d'un titre : imposés à l'évêque Guillaume VI de Rarogne par 2000 hommes en armes assiégeant son château de Naters, les articles furent rédigés par Jean Hennannen, vicaire de Glis, que l'on vit à cette occasion « équipé comme un guerrier,

dissimulant une cuirasse, portant une lance et d'autres armes [...] » ; l'atteinte portée par certaines dispositions aux droits de l'évêque, notamment le retrait de la justice suprême au profit des dizains<sup>33</sup>, valut à leur auteur une sentence d'excommunication<sup>34</sup>.

33 Poudret 1998-2002, t. I, p. 490.

34 GHKA 1949, pp. 38 et 44 ; Poudret 1998-2002, t. I, pp. 171-172.

Si le successeur de Guillaume VI, Henri Esperlin, obtient l'annulation des Articles dès son élection en 1451<sup>35</sup>, l'exigence de l'animation du fœtus est reprise dans le Landrecht de Walter Supersaxo de 1475<sup>36</sup> ainsi que dans le Coutumier particulier du territoire épiscopal d'Ardon et Chamoson de 1572, où elle survivra jusqu'au début du XIX<sup>e</sup> siècle<sup>37</sup>. Elle est en revanche abandonnée par les deux grandes rédactions du XVI<sup>e</sup> siècle : le Landrecht de Schiner de 1514 et les Statuts de 1571 admettent en effet à la succession du père tout enfant *conceptus in utero matris die obitus patris sive masculus sive femina*<sup>38</sup>, tout en maintenant la nécessité du baptême.

### **LE BAPTÊME, CONDITION D'ACQUISITION DES DROITS CIVILS**

Lefebvre-Teillard indique la première occurrence de cette exigence dans le droit de l'Espagne wisigothique au milieu du VII<sup>e</sup> siècle : selon une loi du roi Chindasvind (642-653), l'enfant né après le décès du père ou de la mère ne vient à sa succession qu'à la double condition d'avoir vécu au moins dix jours et d'avoir été baptisé<sup>39</sup>. La conjonction du terme de dix jours et du baptême permet de supposer que ce sacrement a pu se substituer à la cérémonie d'imposition du nom connue de certains droits barbares<sup>40</sup>. La loi salique prévoyait ainsi un *wergeld* identique pour l'enfant tué dans le ventre de sa mère et pour celui qui, avant la neuvième nuit, n'avait pas encore reçu de nom (*ante quod nomen habeat infra novem noctibus*)<sup>41</sup>.

L'exigence du baptême n'est que très rarement reprise dans les législations civiles<sup>42</sup>. Elle en est même parfois expressément exclue, ainsi par Philippe de Beaumanoir (~1250-1296), qui prend soin de distinguer le baptême, naissance spirituelle, qui donne droit à « l'eritages de paradis esperituelement », de la naissance corporelle prouvée par le cri de l'enfant – « si qu'il puist estre bien tesmoigné que l'en li ait oï crier » – et qui suffit à transmettre les droits temporels<sup>43</sup>. Au XVII<sup>e</sup> siècle, la Municipale de Fribourg (1648) précise également que le baptême n'est pas nécessaire à l'acquisition des droits successoraux (art. 398), mais admet que son administration dispense de toute autre preuve du fait que l'enfant est né vivant (art. 399)<sup>44</sup>.

En Valais, l'exigence du baptême est reprise dans le Landrecht du cardinal Schiner, importante codification effectuée vers 1514<sup>45</sup>, à propos des droits du posthume à la succession du père : s'il vient au baptême, le fils ou la fille conçu lors du décès du père jouit du statut d'héritier, non seulement dans la succession ab intestat mais également si le père a fait un testament ; dans ce dernier cas, le posthume succède à parts égales avec les enfants institués du même sexe que lui<sup>46</sup>. Contrairement au droit romain, la prétériton du posthume ne provoque donc pas l'invalidation du testament, lequel est au contraire adapté à l'apparition de l'enfant non encore né. La pratique montre toutefois que de nombreux testateurs prennent soin d'instituer expressément leurs enfants à naître<sup>47</sup>. Dans son testament rédigé en 1568, Romain Morard d'Ayent ajoute même la condition du baptême à la vocation

<sup>35</sup> GREMAUD 1875-1898, t. VIII, n<sup>os</sup> 3038-3039, pp. 460-470.

<sup>36</sup> LIEBESKIND 1930, p. 54, art. 43.

<sup>37</sup> AEV, AC LENS, P 54, f 14, § 22 ; ABBET 2011, pp. 135-136 et 146.

<sup>38</sup> HEUSLER 1890, n<sup>o</sup> 33, p. 232, art. 57 et n<sup>o</sup> 180, p. 310, art. 93.

<sup>39</sup> ZEUMER 1902, IV/2/18, pp. 185-186.

<sup>40</sup> En ce sens : LEFEBVRE-TEILLARD 1994, p. 508 ; cf. toutefois BRUNNER 1895, p. 65.

<sup>41</sup> ECKHART, 24/6, p. 91.

<sup>42</sup> Pour quelques exemples, voir BRUNNER 1895, p. 65 : Franchises de

Lille (XIV<sup>e</sup> siècle), Landrecht de Saanen (BE) de 1598 ou de Drenthe (NL) en 1572.

<sup>43</sup> PHILIPPE DE BEAUMANOIR, n<sup>o</sup> 618.

<sup>44</sup> SCHNELL 1898, pp. 233-234 ; POUURET 1998-2002, t. II, p. 3.

<sup>45</sup> HEUSLER 1890, n<sup>o</sup> 33, pp. 201-258 ; CARLEN 1955, pp. 3-54.

<sup>46</sup> HEUSLER 1890, n<sup>o</sup> 33, p. 232, art. 57.

<sup>47</sup> Nombreux exemples donnés par DUBUIS 1995, pp. 21-26 ; POUURET 1998-2002, t. IV, p. 306.

testamentaire de son enfant *in utero*; il s'agit toutefois là d'un exemple isolé<sup>48</sup>.

Véritable codification officielle du droit valaisan<sup>49</sup> en vigueur jusqu'au Code civil de 1853<sup>50</sup>, les Statuts d'Hildebrand de Riedmatten de 1571 reprennent la règle de Schiner en introduisant toutefois la possibilité d'une contestation de la paternité du posthume par les autres héritiers du père défunt : si la mère du posthume n'est pas de réputation vertueuse, en sorte qu'on puisse douter de la paternité de son enfant, les parents les plus proches à qui la succession aurait dû revenir peuvent contraindre la mère à déclarer sous serment l'identité du père<sup>51</sup>. Quant aux additions de 1597, elles précisent que le posthume l'emporte sur tous les parents collatéraux du défunt, tout en maintenant la nécessité du baptême<sup>52</sup>.

L'insistance du droit valaisan à préciser le moment où le nouveau-né devient rétroactivement sujet de droit s'explique difficilement : depuis les Articles de Naters, les différentes rédactions ont constamment consacré, en l'absence de descendants, le principe du retour des biens à la ligne paternelle ou maternelle dont ils proviennent<sup>53</sup>. Les risques d'un passage des biens d'une lignée à l'autre en raison de l'existence éphémère d'un descendant étaient ainsi inexistantes.

De fait, la règle a sans doute eu peu d'incidence pratique. Le seul litige que nous avons pu trouver date du début du XVIII<sup>e</sup> siècle et concerne la succession maternelle. En 1702, le gouverneur de Monthey soumet à la Diète la question de savoir si l'enfant ondoyé sous condition et dont on est incertain s'il est mort avant ou après sa mère peut hériter<sup>54</sup>.

Un baptême sous condition, selon la doctrine catholique, formulée clairement par Thomas d'Aquin<sup>55</sup> et repris sur ce point intégralement par le Rituel de Paul V de 1614<sup>56</sup> et jusqu'au Code de droit canonique de 1917 (canon 746)<sup>57</sup>, pouvait être administré à l'enfant en danger de mort avant même qu'il soit entièrement sorti du corps de la mère : si la tête n'avait pas pu être atteinte, la validité du baptême était disputée ; aussi était-il requis de le baptiser conditionnellement sur la partie du corps atteignable, puis, s'il sortait vivant, de le rebaptiser, également sous condition (« si tu n'es pas déjà baptisé, je te baptise »). L'intérêt du gouverneur pour cette question s'explique vraisemblablement par le statut de mainmorte de l'enfant et de la mère : si l'enfant avait hérité de la mère, les biens acquis seraient tombés en mainmorte après le décès de l'enfant, mort sans descendance, alors que dans l'hypothèse inverse tous les biens de la mère auraient pu être acquis par ses autres enfants ce qui aurait exclu l'échute mainmorte – et donc des revenus pour le gouverneur<sup>58</sup>. La Diète tranche en faveur de cette seconde solution, en refusant d'assimiler le baptême d'urgence et sous condition au véritable baptême : un enfant baptisé dans l'urgence mais mort dans le sein de sa mère ne peut ni hériter ni avoir d'héritiers<sup>59</sup>.

L'exigence du baptême est supprimée au cours du XVIII<sup>e</sup> siècle, dans une révision des Statuts de date inconnue mais intégrée dans la compilation de 1780. Selon cette révision, « [...] l'enfant [qui] parvient en vie au monde, soit qu'il ait été tiré en vie du sein de la mère, mais qui est cependant mort sans baptême [...] doit être compté et réputé pour héritier »<sup>60</sup>. Le baptême n'est d'ailleurs pas mentionné dans

<sup>48</sup> DUBUIS 1995, p. 21. Autre exemple genevois en 1348 : POUURET 1998-2002, loc. cit., note 115.

<sup>49</sup> [CROPT] 1843, pp. 1-135 ; HEUSLER 1890, n° 180, pp. 266-340.

<sup>50</sup> CROPT 1858-1860, t. I, pp. VI-VII.

<sup>51</sup> HEUSLER 1890, n° 180, p. 310, art. 93 ; POUURET 1998-2002, t. II, pp. 2 et 11.

<sup>52</sup> [CROPT] 1843, p. 157, art. XLVIII.

<sup>53</sup> ABBET 2011, pp. 137-138 ; POUURET 1998-2002, t. IV, pp. 39 et 64-66.

<sup>54</sup> AEV, AVL 22, p. 49.

<sup>55</sup> Somme Théologique III/68/11.

<sup>56</sup> [S. N.] 1677, p. 9.

<sup>57</sup> NAZ 1935-1965, t. II, pp. 133-136.

<sup>58</sup> Cf. à ce propos : ABBET 2011, pp. 141-144 ; POUURET 1998-2002, t. II, pp. 496 ss.

<sup>59</sup> HEUSLER 1890, n° 133, p. 62 ; AEV, AVL 22, p. 49.

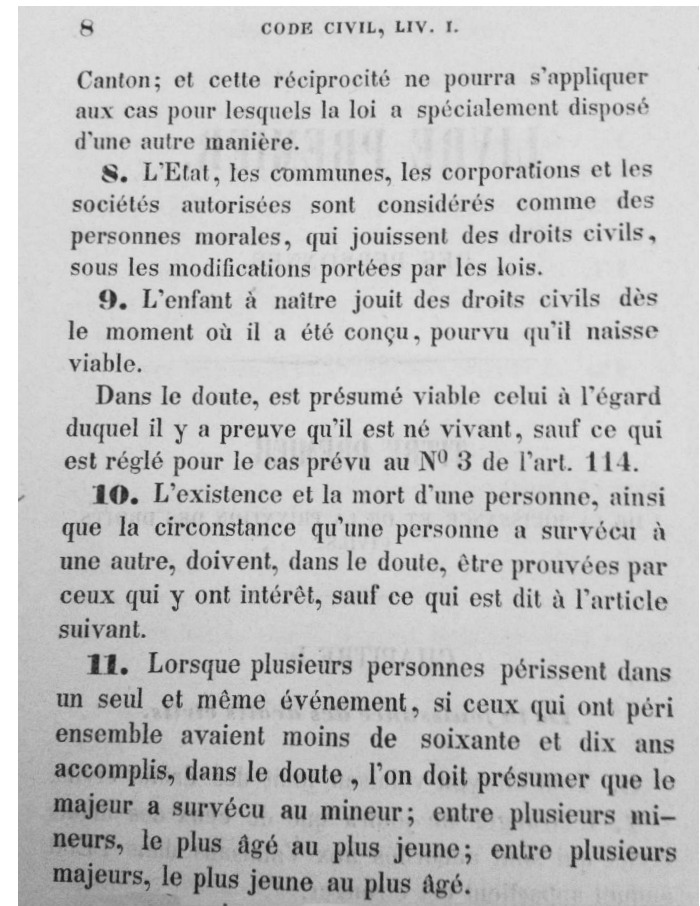
<sup>60</sup> [CROPT] 1843, pp. 193-194 ; HEUSLER 1890, p. 454.

les *Elementa iuris romano-vallesii* du professeur Cropt parus en 1841, ouvrage qui, en citant Papinien (D. 35, 2, 9, 1), nie au fœtus le statut d'être humain tout en lui reconnaissant des droits depuis l'instant de sa conception<sup>61</sup>. Malgré cela, les registres paroissiaux des baptêmes continueront à servir de registres des naissances jusqu'en 1874<sup>62</sup>, année où le droit fédéral impose la tenue des registres d'état civil par des autorités laïques<sup>63</sup>.

### LE CODE CIVIL DE 1853 ET L'EXIGENCE DE VIABILITÉ

Adopté en plusieurs tranches à partir de 1842, le Code civil du Valais entre en vigueur dans son ensemble le 1<sup>er</sup> janvier 1855<sup>64</sup>, abolissant « les lois romaines, les statuts du Valais, les additions et révisions des abscheids » (art. 2033 al. 1). Il prévoit que l'enfant à naître jouit des droits civils dès le moment où il a été conçu, pourvu qu'il naisse viable ; l'enfant né vivant est présumé être né viable (art. 9). Les enfants qui ne sont pas nés viables sont ainsi incapables de recevoir par testament (art. 585), de succéder ab intestat (art. 769) et d'acquérir par donation (art. 944)<sup>65</sup>. L'exigence de viabilité constitue un emprunt direct au Code civil français de 1804. Son origine a été étudiée en détail par Anne Lefebvre-Teillard<sup>66</sup>. Quant à sa portée exacte, elle est encore aujourd'hui controversée en droit français : exclut-elle uniquement les enfants nés trop prématurément ou également les êtres « mal conformés » et incapables de vivre plus de quelques instants ?<sup>67</sup> L'auteur du Code valaisan, Bernard-Etienne Cropt, ne traite que de la première hypothèse, en se référant aux sources romaines<sup>68</sup> : est viable « l'enfant dont les organes sont assez bien formés pour qu'il puisse vivre : pour cela il faut qu'il se soit écoulé au moins

180 jours depuis l'époque de la conception à celle de la naissance, ce qui doit s'entendre du commencement du septième mois [...] »<sup>69</sup>.



Article 9 sur les droits de l'enfant à naître. (Code Civil du canton du Valais, 1854)

<sup>61</sup> CROPT 1841, p. 36.

<sup>62</sup> [S.N.] 1852, p. 418; CROPT 1858, pp. 68-69.

<sup>63</sup> FF 1874 III 1.

<sup>64</sup> CROPT 1858-1860, t. I, p. VI.

<sup>65</sup> [S. N] 1854, *passim*.

<sup>66</sup> LEFEBVRE-TEILLARD 1994, p. 512 ss.

<sup>67</sup> Voir : CORNU 2003, p. 204; KOHLER-VAUDAUX 2006, pp. 115-116.

<sup>68</sup> Voir ci-dessus les notes 13 et 14.

<sup>69</sup> CROPT 1858-1860, t. I, p. 44.

En accordant la personnalité juridique à l'enfant conçu « à condition qu'il naisse vivant » (art. 31 al. 2 CCS), le législateur suisse de 1907 renonce expressément au critère de viabilité, malgré une interpellation en ce sens d'un parlementaire genevois. Le père du Code civil, Eugen Huber (1849-1923) se justifie en citant l'enfant né avec une malformation cardiaque le condamnant à ne vivre que quelques heures : la personnalité humaine doit-elle lui être refusée pour ce motif ? Quant aux « monstres », Huber prend l'exemple d'un enfant sans tête pour conclure qu'un tel être n'est de toute façon pas humain de sorte que la capacité doit lui être refusée même s'il présente quelques signes de vie<sup>70</sup>. La même argumentation est reprise par le rapporteur devant le Conseil des Etats<sup>71</sup>. Cela étant, dans un arrêt de 1915 déjà, le Tribunal fédéral réintroduit partiellement le critère de viabilité en exigeant que l'enfant présente un développement suffisant, soit de six mois de gestation, pour que son développement hors du corps de la mère soit théoriquement possible<sup>72</sup>.

## LE DROIT CRIMINEL

C'est à travers la répression de l'avortement que le droit criminel aborde le statut de l'enfant conçu. Aucune source de droit valaisan ne contient de règle à ce propos avant la fin du XVIII<sup>e</sup> siècle. Les livres de comptes savoyards mentionnent toutefois des amendes perçues pour « encis », soit le meurtre du fœtus à la suite de coups portés à la femme enceinte<sup>73</sup>. Les procès en sorcellerie incluent parfois également l'accusation d'avoir provoqué des avortements par des substances maléfiques<sup>74</sup>.

<sup>70</sup> [S. N.] 1905, pp. 470-471.

<sup>71</sup> [S. N.] 1905, p. 918.

<sup>72</sup> ATF 41 II 648. En droit suisse, ce seuil est aujourd'hui fixé à 22 semaines de gestation ou à un poids d'au moins 500 grammes (KÖHLER-VAUDAUX 2006, pp. 172-174). Quant à l'enfant anencéphale, il est généralement admis qu'il acquiert la personnalité juridique si certaines parties du cerveau, notamment le tronc cérébral, sont présentes et s'il montre un quelconque signe de vie (KÖHLER-VAUDAUX 2006, pp. 169-171).

zu lassen; was aber zur Frucht auf der Abtreibung der Frucht, oder das Laster Abacti Partus gehörig, wird von denen DD. unterschiedlich gelehret:

1. Als unter welchen nicht die geringste vorläufige Disputation ist, wann eine Frucht in Mutterleib lebendig wird? Paulus Zachias in seinen Medico Legalibus refutirt, und widerspricht der Länge nach, daß eine Abwechslung der Seelen, das ist, daß nach der puren wachsenden, erst eine Zeit hernach die empfindliche vernünftige Seel den Saamen informire, sondern, daß im Augenblick, und in dem Nun der Coition, auch die vernünftige menschliche Seele vorhanden und concipirt werde.

Nichts destoweniger aber, weilen denen menschlichen Augen annoch verborgen, wann die menschliche Seel eingeschaffen werde, und unter denen Philosophis, wegen Abwechslung der Seelen ein harter Streit ist, als wird in dieser Criminal-Materia gemeiniglich die Frucht alsdann lebendig gehalten, wann es die halbe Zeit zwischen der Empfängnis und Geburt zu trifft. Carpzov. p. 1. q. 11. n. 5. & 6.

Commentaire à propos de l'avortement. (FRÖLICH VON FRÖLICHSBURG, 1727, II/II, § 13/1)

<sup>73</sup> DUBUIS 1997, pp. 64-66 et 72-75.

<sup>74</sup> Voir GRAVEN 1927, p. 414. Également AEV, Xavier de Riedmatten, P. 49 [Sentence prononcée en 1575 par le vice-bailli Georges Supersaxo et ses assesseurs en faveur de Catherine Bovuyr, du val d'Hérens, libérée de prison après avoir été accusée de sorcellerie et d'avortement, son accusateur ayant fait acte de rétractation].



La *Constitutio criminalis carolina* promulguée par Charles V en 1532 et reçue en Valais dès la fin du XVI<sup>e</sup> siècle<sup>75</sup> adopte la distinction entre fœtus animé et inanimé : est puni de mort – décapitation pour un homme, noyade pour une femme – celui qui, par violence ou poison, provoque l'avortement d'un enfant vivant ; en revanche si l'enfant n'est « pas encore en vie » la peine est laissée à l'arbitraire du juge (CCC, art. CXXXIII).

Conditionnant l'application de la peine de mort, la question de l'animation du fœtus prend ainsi une importance considérable. Or, comme le relève Frölichsburg (1657-1729), criminaliste autrichien faisant autorité en Valais<sup>76</sup>, « l'instant où l'âme humaine est créée demeure caché aux yeux humains » alors que « la question de l'évolution de l'âme est très disputée entre les philosophes ». Il préconise dès lors, à la suite de Carpzov (1595-1666), de considérer le fœtus comme vivant dès qu'il atteint la moitié de la période entre la conception et la naissance, tout en reconnaissant que certains auteurs de médecine légale, dont Paul Zacchias (1584-1659), soutiennent l'opinion opposée de l'animation immédiate du fœtus dès sa conception<sup>77</sup>. Franz Adam Vogel, auteur en 1724 d'un commentaire en français à l'usage des troupes suisses, se borne quant à lui à affirmer que l'enfant conçu est réputé vivant quand toutes les parties de son corps sont formées<sup>78</sup>.

La question refait surface à la fin du XVIII<sup>e</sup> siècle, lors de rédaction du Code pénal pour le Bas-Valais : invité à formuler ses observations sur le projet, l'évêque Blatter confie cette tâche au chanoine Anne-Joseph de Rivaz. Dans son mémoire, celui-ci relève en particulier qu'« [il] auroit aussi été bon de déclarer touchant l'avortement que la loi du Pays ne fera aucune distinction entre le fœtus animé et le fœtus inanimé, selon les divers systèmes des Anatomistes et des Physiologues ; mais que tout avortement volontaire du moment de la conception sera puni de mort » ; il recommande aussi une surveillance des « filles grosses », qui

provenant  
Nicolas Franies?  
2. La dite Marie Theres de Sepprey et le dit Joris, homme et femme  
engagés dans les liens du mariage, d'un commerce charnel  
ainsi d'adultère réitéré.  
3. La dite femme Sepprey et Joris, de tentatives d'empoison-  
nement de la femme Joris, et de l'avortement de l'enfant  
dont la dite Sepprey étoit enceinte par suite dudit com-  
merce criminel.  
4. Michel Dournissen habilleu Domsuiclé's herement  
d'avoir formulé des recettes de drogues pour l'empê-  
chement de la femme Joris, et l'avortement tenta  
de la femme Sepprey.  
5. Francois Ney et Catherine Gassel d'un commerce  
criminel  
6. ...

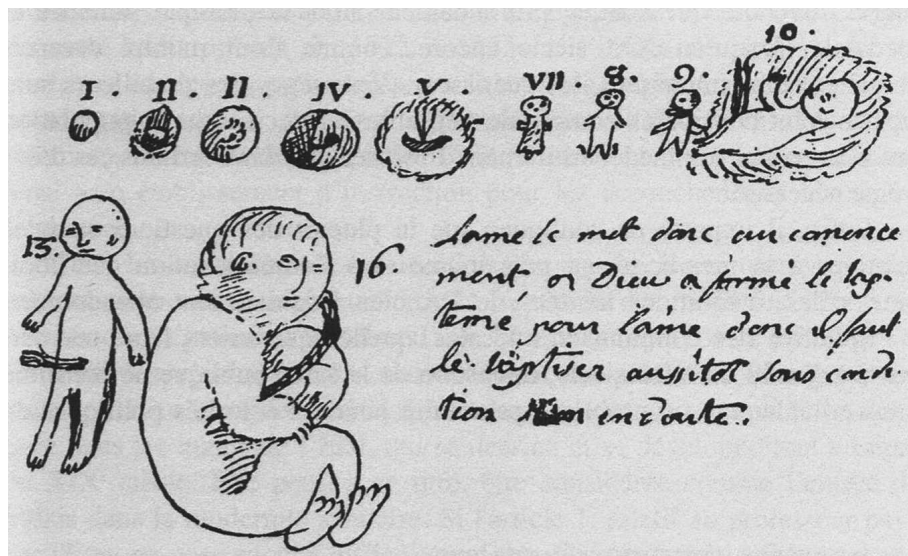
Jugement du Tribunal du district de Sierre du 10 décembre 1841. (AEV, DJP 5075/4 (1840-1842))

<sup>75</sup> GRAVEN 1927, pp. 94-95.

<sup>76</sup> Ses commentaires serviront de loi générale en Valais de 1780 à 1858 : voir CROPT [1843], p. 173.

<sup>77</sup> FRÖLICH VON FRÖLICHSBURG 1727, II/II, § 13/1.

<sup>78</sup> VOGEL 1734, p. 183.



Les différentes formes du fœtus au cours de son développement d'après l'abbé Romain Fabien Fardel, 1827. [Archives de la paroisse d'Ayent, RP5, publié in *De l'hospice au réseau santé*, 2004, p. 29]

devraient avoir l'obligation de déclarer leur grossesse au curé ou au juge sous peine de mort au cas où l'enfant viendrait à mourir sans baptême<sup>79</sup>. La version finale du Code pénal de 1794 punit de mort, comme homicide, les auteurs ou complices de l'« avortement du Fœtus » (art. XLIX)<sup>80</sup>, sans reprendre la distinction de la Caroline mais sans en expliciter la suppression comme le demandait de Rivaz. La surveillance des « filles grosses » fera quant à elle l'objet d'une loi spéciale adoptée le 26 novembre 1804<sup>81</sup>.

<sup>79</sup> AEV, de Rivaz, V, p. 609 ; GALLAY 1997, annexe 5.3, p. 3.

<sup>80</sup> [S. N.] 1794, p. 60.

<sup>81</sup> [S. N.] 1804, pp. 199-201.

<sup>82</sup> AEV, DJP 5075/5 (1843-1845), 1845 n° 71. La « fille C. » écope quant à elle de six mois d'emprisonnement au château de Saint-Maurice.

Par la suite, la prohibition de l'avortement dès la conception de l'enfant semble admise par les tribunaux, comme en témoigne un jugement rendu en 1845 par le Tribunal du district de Saint-Maurice, condamnant une femme à cinq ans de réclusion pour les « manœuvres coupables opérées [...] dans le but de détruire le fruit que la fille C. avait conçu depuis un mois [nous soulignons] qu'elle avait cohabité charnellement avec un homme »<sup>82</sup>. La distinction entre fœtus animé et inanimé ne figure pas non plus dans le Code pénal valaisan de 1858 (art. 234 et 236)<sup>83</sup>, alors que la doctrine allemande du début du XX<sup>e</sup> siècle, citée en 1927 par Graven, continue à n'assimiler l'avortement à

l'homicide qu'après l'animation de l'embryon, soit six à dix semaines après la conception<sup>84</sup>.

Cela étant, l'avortement n'occupe que rarement les tribunaux valaisans. Pour la période prérévolutionnaire, Graven mentionne deux condamnations en 1628 et 1674<sup>85</sup>. Les jugements sont également rares au XIX<sup>e</sup> siècle : nous n'avons trouvé que six procédures – dont quatre seulement aboutissent à des condamnations – dans le registre des jugements criminels et correctionnels entre 1815 et

<sup>83</sup> [S. N.] 1918, pp. 57-58.

<sup>84</sup> GRAVEN 1927, p. 415, note 1 à la fin.

<sup>85</sup> *Idem*, pp. 414-415.

1859 (date de l'entrée en vigueur du Code pénal valaisan)<sup>86</sup>. L'un des cas est d'ailleurs demeuré célèbre, celui de Thérèse Seppey et Barthélemy Joris, condamnés à mort et exécutés en 1842 non seulement pour homicide, mais aussi pour tentatives d'empoisonnement et d'avortement – au moyen d'une tisane de rue et de romarin, puis par une « application pour faire fondre l'enfant dans le ventre de la mère », recette considérée comme potentiellement efficace par les experts judiciaires désignés<sup>87</sup>. De fait, le petit nombre de procédures reflète l'absence de moyens abortifs efficaces (toutes les condamnations

concernent des tentatives) bien plus qu'une réelle moralité : les condamnations pour infanticide – après l'accouchement – sont bien plus fréquentes<sup>88</sup>.

Avec l'entrée en vigueur en 1942 du Code pénal suisse de 1937, l'avortement devient punissable dès le moment de la conception et jusqu'au début de l'accouchement, que le fœtus ait été viable ou non<sup>89</sup>. La réforme adoptée par le peuple suisse le 2 juin 2002 réintroduit toutefois un terme de 12 semaines après les dernières règles<sup>90</sup> – soit généralement 10 semaines après la conception<sup>91</sup> – avant lequel l'avortement n'est plus punissable.

<sup>86</sup> AEV, DJP 5075/5 (1843-1845) : TD Saint-Maurice, 30 octobre 1845, n° 71 (ci-dessus). DJP 5075/6 (1846-1849), TD Hérens, 12 mai 1847, n° 48 (Barthélemy et Judith M. : pour commerce incestueux et tentative d'avortement, exposition d'une demi-heure avec l'inscription « fille impudique et abandonnée » pour la sœur qui a refusé de prendre les drogues fournies par son frère, 12 ans de réclusion pour ce dernier) ; TD Entremont, 19 juillet 1849, n° 51 (Emérencienne V. : non-lieu). DJP 5075/8 (1852-1853) : TD Monthey, 7 septembre 1853, n° 88 (Marie-Louise D. : détention provisoire subie pour avoir distribué des substances abortives à des filles enceintes, en réalité « de l'eau de Cologne très affaiblie ») ; 5075/9 (1854-1855) : TD Martigny, 13 septembre 1855, n° 88 (Marie-Euphrosine C. : non-lieu pour absence de preuve légale). Cf. également en 1807 : AEV, Bourgeoisie

de Sion 245/15/27 (enquête concernant Christine Z. et Jean-Philippe D. pour tentative d'avortement, finalement abandonnée, l'accusation étant mal fondée).

<sup>87</sup> AEV, DJP 5075/4 (1840-1842) : TD Sierre, 10 décembre 1841, n° 63 et Tribunal d'appel, 20 janvier 1842, n° 9. REY 2006, pp. 33, 67-70, 99-100.

<sup>88</sup> Cf. [S. N.] 1844, pp. 266-268 ; VOUILLOZ BURNIER 1997, p. 96 ss, en énumère près de 80 cas sur la seule période de 1816 à 1839 (23 ans). Pour la période savoyarde : DUBUIS 1997, pp. 66-69 et 75-78.

<sup>89</sup> LOGOZ 1955, p. 30.

<sup>90</sup> RO 2002, p. 2989.

<sup>91</sup> FF 1998, p. 2639.

## ■ CONCLUSION

Les principales singularités du droit valaisan à propos du statut de l'enfant à naître ont trait d'une part à la question de l'animation du fœtus et d'autre part à la nécessité du baptême. L'exigence de l'animation du fœtus au moment de l'ouverture de la succession comme condition d'acquisition des droits du posthume, règle apparemment unique en Europe, n'apparaît que dans deux rédactions du Landrecht au XV<sup>e</sup> siècle ainsi que dans le Coutumier particulier d'Ardon-Chamoson au XVI<sup>e</sup> siècle. Elle correspond à la doctrine aristotélicienne de l'animation médiate du fœtus (après quarante ou quatre-vingts jours de conception), longtemps acceptée par l'Église et reprise par la législation impériale en matière d'avortement. A la

## ■ ANNEXES

**Aucuns cas de costume** [~1350], GREMAUD 1875-1898, t. IV, n° 1973, p. 575.

95. De postume. Aprez sachez que enfez le quel nest nez ne prent mye en succession hu en enchette mesques en celle de son pere, ce il nest nez hu temps de leschette venent.

95. *Du posthume. Après sachez que l'enfant qui n'est pas né ne vient jamais à la succession ou en enchette s'il n'est né au temps où la succession s'ouvre, sauf pour celle de son père.*

**Articles de Naters** [1446], HEUSLER 1890, n° 18, p. 177.

Art. 22. De successionibus. Item statutum est, quod si postumus, si fuerit masculus, habet XLa dies a conceptione in utero matris vel ultra, tempore quo successio aliqua evenerit, potest capere successionem ac si esset natus; si vero femina fuerit et habet sexaginta dies conceptionis in utero matris, capit etiam successionem ut supra. Intelligendo tamen si tales postumi post nativitatem non fuerint baptizati, tunc successio pervenire debet personis quibus pervenisset ac si tales postumi non fuissent.

fin du XVIII<sup>e</sup> siècle, la distinction est toutefois combattue par le pouvoir épiscopal qui défend la thèse encore disputée de l'animation immédiate de l'embryon, thèse que la jurisprudence valaisanne du XIX<sup>e</sup> siècle semble avoir adoptée en matière d'avortement. Quant à la nécessité du baptême pour acquérir les droits civils, sa survivance jusqu'au XVIII<sup>e</sup> siècle constitue également une rareté dans l'histoire du droit. La règle visait certainement à limiter les contestations liées aux incidences successorales d'un enfant à l'existence éphémère, incidences qui ont toutefois dû rester marginales en raison de la règle successorale du retour des biens paternels ou maternels à leur ligne d'origine.

*Art. 22. Des successions. De même il est décidé que le posthume masculin présent dans le ventre de sa mère depuis au moins 40 jours depuis la conception lors de l'ouverture de quelque succession peut venir à cette succession comme s'il était né. Mais s'il s'agit d'une fille, elle vient à la succession comme ci-avant, si elle a été conçue depuis 60 jours. Etant entendu toutefois que si de tels posthumes n'ont pas été baptisés alors la succession ira aux personnes auxquelles elle serait parvenue si ces posthumes n'avaient jamais existé.*

**Coutumier d'Ardon-Chamoson** [1572], AEV, AC Lens, P 54, p. 14, § 22.

Texte très proche des Articles de Naters.

**Landrecht de Walter Supersaxo** [1475], LIEBESKIND 1930, p. 54.

Art. 43. De successione postumorum. Item statutum est, quod si postumus masculus a die conceptionis in utero matris habeat 40 dies vel ultra et femella 60 dies vel ultra, tempore quo successio aliqua pervenerit, isti pueri, quamvis

adhuc non sint nati, capiunt tamen successionem ac si iam nati fuissent dummodo ipsi postumi post ipsorum nativitatem tantum supervixerint quod sacramentum baptismatis consequuti fuerint et baptisati. Sed si ante baptismum moriantur, ipsa successio perveniat ad illos quibus pervenisset si tales postumi nati non fuissent.

*Art. 43. De la succession des posthumes. De même il est décidé que si un posthume masculin est présent dans le ventre de sa mère depuis au moins 40 jours depuis la conception et une fille depuis au moins 60 jours au moment de l'ouverture de quelque succession, ces enfants, même s'ils ne sont pas nés à ce moment, peuvent venir à cette succession comme s'ils étaient déjà nés, pour autant toutefois que ces posthumes vivent assez après leur naissance pour que le sacrement du baptême leur soit administré. Si en revanche ils meurent avant le baptême, la succession ira à ceux à qui elle serait parvenue si ces posthumes n'étaient jamais nés.*

**Landrecht des Kardinals Schiner**, [1511-1514], HEUSLER 1890, n° 33, p. 232.

*Art. 57. De successione posthumorum. Posthumus conceptus in utero matris die obitus patris sive masculus sive femina, habetur pro nato. Ita quod donec emergerit in lucem sive genitus fuerit et baptisma susceperit, bona sibi successura servantur intacta et inconsumpta. Quod si pater fecerit testamentum et masculus fuerit, succedat cum masculis in ordine patris, si femella cum femellis eodem ordine. Et si solus vel sola sit ac pater ab intestato decesserit, succedat legitime patri. Casu vero quo baptizatus non fuerit, habetur pro non nato, et hereditas devolvitur ad illos, qui alias abintestato successissent, si posthumus non fuisset. Servatis tamen in hoc maternis iuribus quo ad partum et perperium.*

*Art. 57. De la succession des posthumes. Le posthume conçu dans le sein de sa mère au jour du décès du père, qu'il soit de sexe masculin ou féminin, sera considéré comme s'il était né. Ainsi, pour autant qu'il vienne au jour et qu'il reçoive le baptême, les biens de la succession lui seront conservés intacts et entiers. Ainsi si le père*

*a fait un testament et que le posthume est un mâle, il succédera avec les autres mâles selon les dispositions du père. De même s'il s'agit d'une fille. Et s'il ou elle est seul(e) à venir à la succession du père intestat, il ou elle succède légitimement au père. Dans le cas toutefois où le posthume n'aura pas été baptisé, il sera considéré comme non venu au monde et la succession ira à ceux qui auraient succédé ab intestat si le posthume n'avait pas existé.*

**Testament de Romain Morard** [Ayent 1568], DUBUIS 1995, p. 21.

[...] jussit [...] quod si fetus seu infans qui est in utero dicte Barbare sue uxoris sit masculus et veniet ad baptismum, verum integrum sit particeps in dicta quarta parte.

[...] il a ordonné [...] que si le fœtus ou l'enfant qui est dans l'utérus de ladite Barbara sa femme est un garçon et qu'il vient au baptême, il participera [avec ses frères] à ce quart de la succession.

**Statuta patriae Vallesii**, [1571], HEUSLER 1890, n° 180, p. 310.

Caput XCIII. De successione posthumorum [= Landrecht des Kardinals Schiner, art. 57] Si autem mater postumi non esset probatae modestiae, taliter quod de partu eiusdem dubitaretur, proximiores quibus alias successio deveniret, poterunt matrem ad declarandum patrem per iuramentum compellere.

*Chapitre 93. De la succession des posthumes [...] Cependant si la mère du posthume n'était pas de réputation vertueuse, en sorte qu'on doute de la paternité de son enfant, les parents les plus proches à qui la succession aurait dû revenir pourront contraindre la mère à déclarer sous serment l'identité du père.*

**Rescrit de la Diète de mai 1702**, HEUSLER 1890, n° 133, p. 62.

Auf Anfrage des Landvogts von Monthey erkannt: 1. ein Kind, das nothgetauft, aber in der Mutter Leib gestorben ist, kann weder erben noch beerbt werden [...].

*Sur demande du gouverneur de Monthey, on décide: 1. Un enfant à qui l'on a administré le baptême d'urgence mais qui est mort dans le sein de sa mère ne peut ni hériter ni être institué [...].*

**Révision des Abscheids** [1597-1773], [CROPT] 1843, pp. 193-194.

Art. XXIII. Des enfans douteux morts dans le sein de leur mère, quoique baptisés.

[...] Mais si l'enfant parvient en vie au monde, soit qu'il ait été tiré en vie du sein de la mère, mais qui est cependant mort sans baptême, cet enfant doit être compté et réputé pour héritier.

**Elementa juris Romano-Vallesii**, CROPT 1841, p. 36.

[...] et quamquam ille qui in utero est, homo non recte dicitur [leg. 9. § 1. D. ad L. Falcid. (35.2)], quotiescunque tamen de ejus commodo agitur, pro nato habetur [leg. 7. 26. D. de stat. hom. (1.5)].

[...] *et même si cet enfant qui est in utero ne peut être appelé un homme [...] il sera toutefois considéré comme né, chaque fois qu'il y va de son avantage [...].*

**Code civil du canton du Valais** [1855], [S. N.] 1954, *passim*.

Art. 9. L'enfant à naître jouit des droits civils dès le moment où il a été conçu, pourvu qu'il naisse viable.

Dans le doute, est présumé viable celui à l'égard duquel il y a preuve qu'il est né vivant, sauf en ce qui est réglé pour le cas prévu au N° 3 de l'art. 114 [exclusion de l'action en désaveu pour les enfants nés non viables].

Art. 585. Sont incapables de recevoir par testament

1. Ceux qui ne sont pas encore conçus, à l'exception des enfants au premier degré d'une personne déterminée et vivante à l'époque du décès du testateur.
2. Ceux qui ne sont pas nés viables.
3. Ceux qui sont privés de ce droit en vertu d'une condamnation pénale [...].
4. Enfin l'étranger, en conformité de ce qui est dit à l'article 7.

Art. 769. Les personnes incapables ou indignes de recevoir par testament [...] sont pareillement incapables ou indignes de succéder ab intestat.

Art. 944. Les personnes incapables de recevoir par testament ne peuvent acquérir par donation entre-vifs, même sous le nom de personnes interposées [...].

**CROPT 1858-1860**, t. I, p. 44.

On appelle viable l'enfant dont les organes sont assez bien formés pour qu'il puisse vivre: pour cela il faut qu'il se soit écoulé au moins 180 jours depuis l'époque de la conception à celle de la naissance. *Septimo mense nasci perfectum partum, jam receptum est propter auctoritatem doctissimi viri Hyppocratis (L. 12 D. de statu hom. [1. 5])*, ce qui doit s'entendre du commencement du septième mois, ainsi que l'indique la loi 3 § 12. D. de suis et legit. hered [38. 16]: *De eo autem qui centesimo octogesimo secundo die natus est, Hyppocrates scripsit et D. Pius pontificibus rescripsit, justo tempore videri natum.*

**Constitutio criminalis carolina** (1532).

Straff der jhenen so schwangern weibßbilden kinder abtreiben.

cxxxij. Item so jemandt eynem weibßbild durch bezwang / essen oder drincken / eyn lebendig kindt abtreibt / wer auch mann oder weib vnfruchtbar macht / so solch übel fürsetzlicher vnd boßhafftiger weiß beschicht / soll der mann mit dem schwert / als eyn todtschläger / vnnd die fraw so sie es auch an jr selbst thette / ertrenckt oder sunst zum todt gestrafft werden. So aber eyn kind / das noch nit lebendig wer / von eynem weibßbild getriben würde / sollen die vrtheyler der straff halber bei den rechtuerstendigen oder sunst wie zu end diser ordnung gemelt / radts pflegen.

*De la punition de l'avortement procuré.*

133. *De même, celui qui de propos délibéré et par malice, soit avec violence, nourriture ou boisson, fera avorter une femme d'un enfant en vie, de même que celui qui procurera la stérilité à un homme ou à une femme, sera condamné ainsi que l'homicide; si*

*c'est un homme, il sera décapité, si c'est une femme, quoiqu'elle l'eût exercé contre elle-même, elle sera précipitée dans l'eau, ou subira une autre peine capitale. Mais dans le cas que l'enfant n'eût point encore la vie, les juges, comme il sera dit à la fin de cette ordonnance, se conformeront à l'avis des gens de loi pour savoir la punition qu'il conviendra de prononcer.*

**FRÖLICH VON FRÖLICHSBURG 1727**, II/II, § 13/1, p. 176.

Als unter welchen nicht die geringste vorläufige Disputation ist, wann eine Frucht in Mutterleib lebendig wird? Paulus Zachias in seinen Medico Legalibus refutirt, und widerspricht der Länge nach, dass eine Abwechslung der Seelen, das ist, dass nach der puren wachsenden, erst eine Zeit hernach die vernünftige Seel den Saamen informire, sondern dass im Augenblick, und in dem Run der Coition, auch die vernünftige menschliche Seele vorhanden und concipirt werde. Nichts destoweniger aber, weil den menschlichen Augen annoch verborgen, wann die menschliche Seel eingeschaffen werde, und unter denen Philosophis wegen Abwechslung der Seelen ein harter Streit ist, als wird in dieser Criminal Materia gemeiniglich die Frucht alsdann lebendig gehalten, wann es die halbe Zeit zwischen der Empfängnis und Geburt zutrifft. Carpov p. 1, q. 11, n. 5 & 6.

*Ce n'est pas la moindre des controverses que celle de savoir quand un fœtus dans le ventre de sa mère devient vivant. Paul Zachias, dans son traité de médecine légale réfute constamment l'idée d'une croissance de l'âme, à savoir que ce n'est qu'après un temps que l'âme raisonnable informe l'embryon, mais qu'au contraire, dès l'instant de la conception l'âme humaine rationnelle existe et est conçue. Il n'en est pas moins vrai que l'instant où l'âme humaine est créée demeure caché aux yeux humains et que parmi les philosophes la question de l'évolution de l'âme est très disputée, de sorte qu'en matière criminelle il est généralement admis que le fœtus est tenu pour vivant quand il atteint la moitié de la période entre la conception et la naissance.*

**VOGEL 1734**, p. 183.

Observations sur l'article 133. [...] Afin que la peine capitale puisse être prononcée, il faut suivant la Loi, que l'enfant dont la naissance a été ainsi forcée, ait eu la vie; elle est, selon le sentiment le plus suivi, censée avoir existé, lorsque toutes les parties du corps de l'enfant se trouvent formées: hors ce cas, il n'y a pas lieu à la peine de mort, mais à une punition arbitraire, telle qu'est le bannissement, le fouet, ou autre que la nature du délit demandera.

**Code pénal pour le Bas-Vallais**, [S. N.] 1794, p. 60.

XLIX. Les mères qui auront provoqué l'avortement du Fœtus de l'enfant, dont elles étaient enceintes, ou qui, après la naissance de leurs enfants leur donnent la mort, seront punies de mort. Pareillement les Médecins, Apothicaires, Empiriques & autres complices qui auraient donné des remèdes pour faire périr le fruit d'une femme ou d'une fille enceinte, seront punis de mort.

**Code pénal du canton du Valais**, [S. N.] 1918, pp. 57-58.

Art. 234. Quiconque, par aliments, breuvages, médicaments, violences, ou par tout autre moyen, aura procuré l'avortement d'une femme enceinte sera puni de la réclusion de un à cinq ans.

La même peine sera prononcée contre la femme qui se sera procuré l'avortement à elle-même, ou qui aura consenti à faire usage des moyens qui ont donné lieu à l'avortement.

Art. 236. Les gens de l'art, tels que médecins, chirurgiens, pharmaciens, sages-femmes, qui auront sciemment indiqué ou administré les moyens qui auront procuré l'avortement, seront punis par une réclusion de deux à huit ans, et, de plus, par l'interdiction de leur profession pendant cinq ans au moins et douze ans au plus.

# Bibliographie

## SOURCES

### [S. N.] 1677

[S. N.], *Rituel romain à l'usage du diocèse d'Allet*, Paris, 1677.

### [S. N.] 1794

[S. N.], *Code pénal pour le Bas-Vallais*, Sion, 1794.

### [S. N.] 1804

[S. N.], *Constitution et loi de la République du Valais*, t. I, Sion, 1804.

### [S. N.] 1852

[S. N.], *Recueil des lois, décrets et arrêtés du Canton du Valais*, t. VIII (1847-1852), Sion, 1852.

### [S. N.] 1854

[S. N.], *Code civil du canton du Valais*, Sion, 1854.

### [S. N.] 1905

[S. N.], *Bulletin officiel de l'Assemblée fédérale année 1905*, Berne, 1905.

### [S. N.] 1918

[S. N.], *Code pénal du canton du Valais, avec notes indiquant les lois qui l'ont modifié*, Sion, 1918.

### ARISTOTE

ARISTOTE, *Histoire des animaux*, t. I-III, Paris, 1964-1969.

### [CONSTITUTIO CRIMINALIS CAROLINA] 1533

[CONSTITUTIO CRIMINALIS CAROLINA] : *Des allerdurchleuchtigsten großmechtigsten vnüberwindlichsten Keyser Karls des fünfften : vnnd des heyligen Römischen Reichs peinlich gerichtts ordnung*, Mayence, 1533 [édition consultée sur le site internet [http://commons.wikimedia.org/wiki/Category:De\\_Constitutio\\_criminalis\\_Carolina\\_\(1533\)](http://commons.wikimedia.org/wiki/Category:De_Constitutio_criminalis_Carolina_(1533))].

### [CROPT] 1843

[ETIENNE BERNARD CROPT], *Statuta Vallesiae, cum duabus revisionibus*, Sion, 1843.

### ECKHARDT

KARL AUGUST ECKHARDT, *Pactus legis salicae*, Hanovre, 1962.

### FRIEDBERG 2000

EMIL ALBERT FRIEDBERG (éd.), *Corpus iuris canonici*, t. I et II, Union (New Jersey), 2000.

### FRÖLICH VON FRÖLICHSBURG 1727

JOHANN CHRISTOPH FRÖLICH VON FRÖLICHSBURG, *Commentarius in Kayser Carl des Fünften und des H. Röm. Reichs peinliche Halsgerichts-Ordnung*, Francfort et Leipzig, 1727.

### GASPARRI 1951

PIETRO GASPARRI, *Codicis Juris Canonici Fontes*, t. IV, Rome, 1951.

### GREMAUD 1875-1898

JEAN GREMAUD, « Documents relatifs à l'Histoire du Vallais », in *Mémoires et documents publiés par la Société d'histoire de la Suisse romande*, t. I-VIII, Lausanne, 1875-1898.

### HEUSLER 1890

ANDREAS HEUSLER, *Rechtsquellen des Cantons Wallis*, Bâle, 1890.

### LIEBESKIND 1930

WOLFGANG-AMÉDÉE LIEBESKIND, *Bischof Walters II. auf der Flüe Landrecht der Landschaft Wallis und Gerichtsordnung : nebst einem Auszug aus seinen Synodalstatuten*, Leipzig, 1930.

### PLINE L'ANCIEN

PLINE L'ANCIEN, *Histoire naturelle*, t. I et II, Paris, 1848-1850 [consultée sur le site <http://remacle.org/bloodwolf/erudits/plineancien>].

### MOMMSEN, KRÜGER, SCHOELL 1954, 1988, 1989

THEODOR MOMMSEN, PAUL KRÜGER, RUDOLF SCHOELL (éd.), *Corpus Iuris Civilis*, vol. I, *Institutiones/Digesta*, Hildesheim 1988, vol. II, *Codex Justinianus*, Hildesheim 1989 ; vol. III, *Novellae*, Berlin, 1954.

### PHILIPPE DE BEAUMANOIR

PHILIPPE DE BEAUMANOIR, *Coutumes de Beauvaisis*, t. 1, Paris, 1899.

### SCHNELL 1898

JOHANNES RUDOLF SCHNELL, « Das Stadtbuch (« municipale ») von Freiburg im Uechtland », in *Revue de droit suisse*, XVII, 1898, pp. 143-321.

### THOMAS D'AQUIN

THOMAS D'AQUIN, *Somme théologique* [Edition numérique des Editions du Cerf, 1999, consultée sur le site <http://docteurangelique.free.fr>].

### VOGEL 1734

FRANZ ADAM VOGEL, *Code criminel de l'empereur Charles V vulgairement appelé la Caroline contenant les lois qui sont suivies dans les juridictions criminelles de l'Empire ; et à l'usage des conseils de guerre des troupes suisses*, Paris, 1734.



**ZEUMER 1902**

KARL ZEUMER, *Leges Visigothorum*, Hanovre et Leipzig, 1902.

**ARTICLES ET MONOGRAPHIES****ABBET 2011**

STÉPHANE ABBET, «Influence et survivance du droit romain dans la rédaction des coutumes bas-valaisannes au XVI<sup>e</sup> siècle», in *Vallesia*, t. LXVI, 2011, pp. 125-149.

**BRUNNER 1895**

HEINRICH BRUNNER, «Die Geburt eines lebenden Kindes und das eheliche Vermögensrecht», in *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, Germanistische Abteilung*, t. 16, 1895, pp. 63-108.

**CARLEN 1955**

LOUIS CARLEN, *Das Landrecht des Kardinals Schiner: seine Stellung im Walliser Recht*, Fribourg, 1955.

**CASPAR 1991**

PHILIPPE CASPAR, *Penser l'embryon, d'Hippocrate à nos jours*, Paris, 1991.

**CORNU 2003**

GÉRARD CORNU, *Droit civil, introduction, les personnes, les biens*, 11<sup>e</sup> éd., Paris, 2003.

**CROPT 1841**

ETIENNE BERNARD CROPT, *Elementa juris romano-vallesii ad usum scholae juris seduni institutae*, Sion, 1841.

**CROPT 1860**

ETIENNE BERNARD CROPT, *Théorie du code civil du Valais*, vol. I, Sion, 1858; vol. II, Sion, 1860.

**DUBUIS 1995**

PIERRE DUBUIS, *Les vifs, les morts et le temps qui court, Familles valaisannes 1400-1550*, Lausanne, 1995.

**DUBUIS 1997**

PIERRE DUBUIS, *Dans les Alpes au Moyen Age: douze coups d'œil sur le Valais*, Lausanne, 1997.

**Eco 2014**

UMBERTO ECO, «Les embryons hors du paradis», in *Construire l'Ennemi et autres écrits occasionnels*, Paris, 2014, pp. 135-148.

**EGGER 1930**

AUGUST EGGER, *Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch*, vol. I, Zurich, 1930.

**GALLAY 1997**

STÉPHANE GALLAY, «Bonne, exacte, brève justice»: *le Code pénal pour le Bas-Valais de 1794*, Genève, 1997.

**GHIKA 1949**

GRÉGOIRE GHIKA, «L'auteur des Articles de Naters: un document inédit de 1448», in *Vallesia*, t. 4, 1949, pp. 35-46.

**GRAVEN 1927**

JEAN GRAVEN, *Essai sur l'évolution du droit pénal valaisan jusqu'à l'invasion française de 1798, précédé d'une étude générale des sources et des institutions législatives et judiciaires*, Lausanne, 1927.

**HUBER 1901**

EUGEN HUBER, *Exposé des motifs de l'avant-projet du Département fédéral de justice et police*, t. 1, Berne, 1901.

**KOHLER-VAUDAUX 2006**

MARYAM KOHLER-VAUDAUX, *Le début de la personnalité juridique et la situation juridique de l'enfant à naître – Etude de droit suisse et aperçu des droits français et allemand*, thèse de la Faculté de droit de l'Université de Lausanne, Zurich, 2006.

**LEFEBVRE-TEILLARD 1994**

ANNE LEFEBVRE-TEILLARD, «Infans conceptus, existence physique et existence juridique», in *Revue historique de droit français et étranger*, t. 72, 1994, pp. 499-525.

**LOGOZ 1955**

PAUL LOGOZ, *Commentaire du Code pénal suisse, Partie spéciale*, vol. I, Neuchâtel, 1955.

**NAZ 1935-1965**

RAOUL NAZ (éd.), *Dictionnaire de droit canonique*, t. I-VII, Paris, 1935-1965.

**POUDRET 1998-2002**

JEAN-FRANÇOIS POUDRET, *Coutumes et coutumiers, Histoire comparative des droits des pays romands du XIII<sup>e</sup> à la fin du XVI<sup>e</sup> siècle*, t. 1, *Les sources et les artisans du droit*, Berne, 1998; t. 2, *Les personnes*, Berne, 1998; t. 3, *Le mariage et la famille*, Berne, 2002; t. 4, *Successions et testaments*, Berne, 2002.

**REY 2006**

PASCAL REY, *Les derniers condamnés à mort exécutés en Valais le 28 février 1842*, Sierre, 2006.

**VOUILLOZ BURNIER 1997**

MARIE-FRANCE VOUILLOZ BURNIER, «L'infanticide devant les tribunaux valaisans du XIX<sup>e</sup> siècle», in *Annales valaisannes*, 1997, pp. 81-129.

## LISTE DES ABRÉVIATIONS

<b>AEV</b>	Archives de l'Etat du Valais	<b>D.</b>	Digesta (Digeste)
<b>ATF</b>	Arrêt du Tribunal fédéral suisse	<b>FF</b>	Feuille fédérale
<b>a°</b>	anno (en l'an)	<b>pr.</b>	principium
<b>art.</b>	article(s)	<b>RO</b>	Recueil officiel des lois fédérales
<b>C.</b>	Codex Justinianus (Code de Justinien)	<b>t.</b>	tome(s)
<b>CCC</b>	Constitutio criminalis carolina	<b>TD</b>	Tribunal de district
<b>CCS</b>	Code civil suisse		