

**L'EXPERTISE MEDICALE DANS
LE PROCES D'INFANTICIDE
DEVANT LE SENAT DE NICE SOUS
LA RESTAURATION**

Marc ORTOLANI

Au mois de mai 1814, peu après la chute de l'Empire napoléonien, le Roi de Piémont-Sardaigne retrouve le pouvoir et s'empresse de rétablir l'ancienne organisation judiciaire¹. Le Sénat de Nice, renouant avec le passé, selon la volonté même de Victor Emmanuel Ier, recouvre donc ses attributions traditionnelles et reprend ses activités dès les premiers jours de juin 1814².

L'origine de cette juridiction remonte au tout début du XVIIe siècle (lettres patentes du 8 mars 1614), et s'explique par le désir des Ducs de Savoie de « *mettre à la disposition de leurs sujets niçois une justice aussi efficace que prestigieuse* »³ ; mais elle est également la conséquence de considérations de politique locale, en particulier la nécessité de balayer les derniers obstacles féodaux face à l'expansion d'un absolutisme centralisateur⁴.

Le ressort du Sénat est originellement étendu et dépasse largement les simples frontières du comté de Nice⁵, malgré de nombreuses modifications qui interviennent au cours du XVIIIe siècle et sous la Restauration⁶. Quant à sa compétence, le Sénat est conçu comme une cour de justice, mais ses attributions s'étendent également dans le domaine extrajudiciaire, en matière administrative, ecclésiastique et, bien entendu, politique⁷.

En matière judiciaire, le Sénat a une compétence universelle et souveraine, et intervient tant en première instance qu'en appel. Relèvent directement de sa juridiction certaines affaires en raison de leur gravité et de leur nature, de la qualité des parties ou de la valeur du litige. Le Sénat peut également évoquer une affaire pendante devant une juridiction inférieure, surtout dans le but de préserver l'ordre public et d'assurer « *une exacte observation des lois en matière criminelle* ». En appel, sont portées devant le Sénat les sentences des Préfets et de divers autres tribunaux spéciaux : il se prononce surtout en matière criminelle concernant les délits passibles d'une peine

¹ Notamment par l'édit royal du 21 mai : *Raccolta degli atti del governo di S.M. il rè di Sardegna dall'anno 1814 a tutto il 1832* (dorénavant : « Atti del governo »), Torino, Tipografia Pignetti e Carena, 1842, n° 9, p. 15.

² M. Carlin, P.L. Malaussena, *Le Sénat de Nice, cour souveraine en 1814*, Journées Internationales d'Histoire du Droit, Amsterdam, 1984 ; Un édit du 19 avril 1816 vient ensuite élargir son ressort et déterminer les règles de fonctionnement des tribunaux qui y sont inclus : les tribunaux de Préfecture de Nice et de Sospel, ainsi que le Conseil de Justice d'Oneille, parfois appelés Tribunaux Provinciaux et correspondant aux Tribunaux de première instance ; au-dessous, les Juges de Mandement, héritiers de la justice de paix française et organisés par l'édit du 10 novembre 1818 (Atti del governo, n° 364 p. 603, édit du 19/4/1816 art 1 ; C. Dionisotti, *Storia della magistratura piemontese*, Turin, Ed. Roux e Favale, 1881, vol. 2, p. 27 ; E. Hildesheimer, *La question de la Cour d'Appel et de l'organisation judiciaire à Nice en 1860*, 85ème congrès national des Sociétés Savantes, Section Histoire moderne et contemporaine - Chambéry-Anancy, 1960, Paris, Imprimerie Nationale, 1961, p.584 ; une partie du territoire du Duché de Gênes, correspondant au Conseil de Justice d'Oneille, est donc soumise à la compétence du Sénat de Nice, en vertu des articles 2 et 6 de l'édit du 24/4/1815 : Atti del Governo, n° 159, p. 198). Cette même année, la Province de Sospel est supprimée ainsi que le Tribunal de Préfecture qui est réuni à celui de Nice, mais est créée la Province de San Remo, toujours incluse dans le ressort du Sénat (S ; Tombaccini-Villefranche, *Le Sénat de Nice : l'institution et les hommes à travers les archives 1814-1860*, in « Les sénats de la maison de Savoie » (s.d. G.S. Pene Vidari), Turin, Ed. Giappichelli, 2001, pp. 116-118 ; E. Hildesheimer, *La justice dans le comté de Nice sous le régime sarde et le passage à l'organisation judiciaire française*, Actes du colloque *Nice au XIXe siècle : mutations institutionnelles et changements de souveraineté*, Université de Nice, Centre d'Histoire du Droit, 1985, p. 337.

³ R. Aubenas, *Le Sénat de Nice*, in « Cahiers de la Méditerranée », 1979, n°18, p. 3 ; M. Ortolani, *Sénat*, in *Dictionnaire d'Histoire du comté de Nice* (s.d. R. Schor), Nice, Ed. Serre, 2003.

⁴ J.L. Broch, *L'organisation judiciaire à Nice aux XVIIe et XVIIIe siècles*, Nice, Librairie technique et économique, 1938, p. 97 et s.

⁵ Lors de sa création, le ressort du Sénat comprend « les vigueries de Nice, Sospel, Puget-Théniers, Barcelonnette, le comté de Beuil, le comté de Tende, le marquisat de Dolceaqua, la principauté d'Oneille et le marquisat de Maro » : J.P. Barety, *Le rôle du Sénat de Nice de sa création, en 1614, jusqu'à 1792*, in « Nice Historique », 1973, n°1, p. 30.

⁶ S. Tombaccini-Villefranche, *Le Sénat de Nice : l'institution et les hommes à travers les archives*, op.cit. pp. 114-118.

⁷ H. Moris, *Le Sénat de Nice avant 1792 - ses attributions judiciaires et politiques*, Nice, 1902 ; E. Mongiano, *Les compétences de Sénats des Etats de Savoie au XVIIIe siècle*, in *Les Sénats de la maison de Savoie – Ancien Régime, Restauration*, op. cit. p. 217 et s ; concernant l'attitude politique du Sénat : R. Aubenas, *La justice dans l'ancien comté de Nice*, in *La justice*, Université d'Aix-Marseille, Centre des sciences politiques de l'Institut d'études juridiques de Nice, Ed. P.U.F, 1961, p. 459.

corporelle, afflictive ou pécuniaire importante, et sur les jugements de torture. Sont également renvoyés obligatoirement devant lui, les accusés passibles de la peine de mort ou des galères⁸.

Avec la Révolution et l'entrée des Français à Nice, le 28 septembre 1792, le Sénat est contraint de mettre pratiquement un terme à ses activités, malgré la ténacité de quelques magistrats⁹. Ayant décidé le 25 septembre de se transporter à Saorge, place forte restée piémontaise, il est ensuite transféré à Borgo San Dalmazzo, puis à Carmagnola, avant d'achever son odyssée à Turin, en 1796, avec une délégation réduite à trois membres¹⁰. Lorsque les lettres patentes du 13 décembre 1796 suppriment cette délégation sénatoriale et attribuent au Sénat de Piémont toutes les causes qui relevaient de sa compétence, le comté de Nice est déjà depuis longtemps organisé par les Français, en particulier sur le plan judiciaire¹¹. Il en va de même pour le reste du royaume, à partir de 1798, malgré quelques renversements de situation liés aux aléas de la guerre¹².

C'est dire l'importance que revêt, en 1814, le rétablissement de l'organisation juridictionnelle antérieure à la Révolution. Cependant, l'édit du 21 mai 1814 va au-delà de cette reconstruction structurelle : il remet surtout en vigueur, dans son intégralité, le système normatif d'Ancien Régime¹³. Dès ses premières déclarations, Victor Emmanuel Ier a affirmé son souci de rétablir la société et les institutions dans leur forme antérieure à la Révolution française. Le programme des milieux dirigeants se résume dans cette formule dialectale : « *coma dinans* » (comme avant)¹⁴. Le souverain prévoit par conséquent que, « *sans prêter attention à une quelconque autre loi* », il faudra observer à compter de la date de l'édit, « *les Royales Constitutions de 1770 et les autres dispositions publiées jusqu'au 23 juin 1800 par ses royaux prédécesseurs* ». Tous les domaines sont affectés par ce retour en arrière, notamment le droit pénal¹⁵.

C'est par conséquent cette législation obsolète que le Sénat de Nice va devoir appliquer en matière d'infanticide jusqu'à la publication du Code pénal piémontais de 1839.

⁸ Royales Constitutions 1770, Livre IV, tit. XXII, art. 1 : F.A. Duboin, *Raccolta per ordine di materia delle leggi, editti, manifesti ecc. pubblicati dal principio dell'anno 1681 agli 8 dicembre 1798 sotto il felicissimo dominio della Casa di Savoia*, Torino, Davico e Picco, 1826, Tome 5, Vol. 7, p. 463 (dorénavant : « Duboin »).

⁹ J. Combet, *La Révolution dans le comté de Nice et la principauté de Monaco*, Paris, Ed. Alcan, 1925, réédition Nice, Ed. Serre, 1988 ; A. Demougeot, *Histoire de la Révolution à Nice*, manuscrit 1957-58, Archives Départementales des Alpes Maritimes (dorénavant « ADAM, ») ; P. Gonnet, M. Perronnet, *La Révolution dans les Alpes Maritimes 1789-1799*, Paris, Ed. Horvath, 1989 ; 1792 : *Le comté de Nice et la Révolution*, Actes du colloque du Centre d'Histoire du Droit, Faculté de Droit de Nice, in « Nice Historique », 1992, n°3-4.

¹⁰ P.L. Malaussena, O. Vernier, *Le Sénat de Nice et la Révolution*, in « Nice Historique », 1992, pp. 208-209.

¹¹ Les premiers tribunaux sont établis dès le mois d'octobre 1792, et fonctionnent suivant les principes posés par les Constituants, dans le décret du 15/8/1790 : M. Carlin, *L'introduction de la législation révolutionnaire dans le comté de Nice*, in « Nice Historique », 1992, pp. 163-166 ; à propos de l'organisation judiciaire à Nice durant la période révolutionnaire, voir notamment M. Bouloiseau, *La délinquance pénale à Nice sous le régime napoléonien d'après les dossiers du tribunal correctionnel 1800-1814*, Thèse droit, Nice, 1976 et M. Bouloiseau, *Délinquance et répression. Le Tribunal correctionnel de Nice 1800-1814*, Commission d'histoire économique et sociale - Mémoires et documents XXXVII, Paris, Bibliothèque Nationale, 1979.

¹² M. Viora, *Le costituzioni piemontesi. Leggi e costituzioni di S. M. il Rè di Sardegna 1723-1729-1730*, Turin, Ed. fratelli Bocca, 1928, réédition Istituto di storia del diritto italiano, Facoltà di giurisprudenza di Torino, 1986, p. 281.

¹³ M.B. Bertini, M.P. Niccoli, *L'ordinamento giudiziario durante la restaurazione*, in *Ombre e luci della Restaurazione*, Atti del convegno di Torino, 1991, Roma, Pubblicazione degli archivi di stato, saggi 43, 1997, p. 121.

¹⁴ E. Hildesheimer, *La justice dans le comté de Nice sous le régime sarde...*, op. cit. p. 337 ; divers auteurs ont démontré que Victor-Emmanuel Ier avait tiré peu d'enseignements de la Révolution ; E. Burnier, *Histoire du Sénat de Savoie et des autres compagnies judiciaires de la même province*, Chambéry, Imprimerie Puthod, 1864, volume 2, p. 394 ; voir également J.M. Schiano, *Le comté de Nice sous l'administration sarde de 1814 à 1860*, Mémoire D.E.S.S. Histoire du Droit, Nice, 1955, p. 3.

¹⁵ E. Pessina, *Il diritto penale in Italia dal 1764 al 1890*, Milano, Società editrice Libreria, 1906, p. 40 ; M. Ortolani, *Quelques affaires d'assassinat devant le Sénat de Nice durant la restauration sarde 1814-1848*, in *Les Sénats de la maison de Savoie – Ancien Régime, Restauration*, op. cit. p. 55 et s.

Dans le ressort du Sénat, les éléments statistiques permettant de mesurer l'ampleur de ce phénomène criminel n'ont pas encore été rassemblés de manière précise et exhaustive¹⁶. On sait qu'en France le nombre des infanticides s'accroît sensiblement au cours du deuxième tiers du XIXe siècle¹⁷ ; le Compte général de l'administration de la justice criminelle révèle précisément que les infanticides ont augmenté de 49% entre 1826 et 1850¹⁸. A Nice, on dénombre une trentaine d'affaires durant la période 1814-1848 (ce qui représente 17% des homicides) et encore une trentaine d'accusations d'infanticide pour la période 1860-1886 (soit 18,4% des homicides)¹⁹. C'est seulement à partir des années 1875 que ce crime semble régresser de manière significative²⁰, lorsque « *la société commence à devenir plus tolérante à l'égard de l'enfant né hors mariage* »²¹.

De ce fait, la présente étude peut s'appuyer sur des sources relativement abondantes conservées aux Archives Départementales des Alpes-Maritimes²² ; elles sont constituées par le croisement des sentences du Sénat²³ et des dossiers de procédure²⁴, ces derniers offrant une vision complète du déroulement du procès, notamment dans la phase d'enquête et de recherche des preuves²⁵. Or, ce qui frappe d'emblée le chercheur confronté à ces dossier, c'est la place considérable qu'occupe dans le cours de la procédure l'expertise médicale.

¹⁶ Peu d'indications sont fournies par V. Eleuche-Santini, *Délinquance et criminalité dans le Comté de Nice au XVIIIe s. 1736-1792*, Thèse IIIe cycle, Histoire, Aix-en-Provence, 1979, p. 214 et s. ; L. Ripart, *Crimes, criminels, criminalité et justice républicaine dans les Alpes Maritimes 1792-1805*, Mémoire maîtrise Histoire, Nice, 1985, et M.O. Gourniet, *La délinquance dans le comté de Nice de 1861 à 1871*, Mémoire maîtrise Histoire, Nice, 1994, p. 94 ; V. Ricci, *La déviance en milieu rural dans le comté de Nice 1750-1792*, Mémoire maîtrise, Histoire, Nice, 1991, p. 34 dénombre, pour la période étudiée, 27 cas d'infanticide.

¹⁷ O. Gauban, *De l'infanticide*, Thèse droit, Bordeaux, 1905, p. 51 ; A. Tardieu, *Etude médico-légale sur l'infanticide*, Paris, Ed. Baillière, 1880, p. 6 et s (NB : la première édition date de 1868) ; P. Brouardel, *L'infanticide*, Paris, Ed. Baillière, 1897, pp. 14-15 ; voir également M. Remacle, *Rapport concernant les infanticides et les mort-nés*, Paris, Imprimerie royale, 1845 ; les statistiques les plus précises sont fournies par J.M. Donovan, *Infanticides and the juries in France, 1825-1913*, in « Journal of family history », Londres, 1991, vol. 16, n°2, p. 159 et s.

¹⁸ M. Perrot, *Délinquance et système pénitentiaire en France au XIXe siècle*, in « Annales, Economie, Société, Civilisation », 1975, n°1, p. 73.

¹⁹ Il ne s'agit là que des crimes qui ont été découverts, dont le nombre est certainement très inférieur à la réalité : cette même remarque est formulée pour le Piémont du XVIIIe s. par M. Montalbano, *La criminalità negli stati sabaudi tra il 1760 e il 1780 nelle sentenze del Senato del Piemonte*, Tesi laurea, Torino, 1982-83, p. 170.

²⁰ J. Chataignier, *La vie criminelle du Département des Alpes-Maritimes entre 1860 et 1890*, Mémoire maîtrise Histoire, Nice, 1995, p. 112.

²¹ J.C. Farcy, *L'histoire de la justice française de la Révolution à nos jours*, Paris, Ed. P.U.F. 2001, p. 96.

²² Ces sources sont presque intégralement en italien ; pour leur traduction ont été utilisés : F. De Alberti Di Villanova, *Dizionario italiano-francese*, Milano, Ed. Nervetti e comp. 1828 ; C. Ferrari, J. Caccia, *Dictionnaire italien-français*, Paris, Ed. Garnier frères, 1879 ; M. Matteucci, *Dictionnaire juridique italien-français*, Paris, Ed. de Navarre, 1963.

²³ Vingt-six affaires s'échelonnant de 1820 à 1848 : ADAM, sous la cote 2 FS 530 à 2 FS 863 ; et 2 FS 875 à 2 FS 894.

²⁴ Vingt-cinq affaires s'échelonnant de 1819 à 1838 (des lacunes importantes n'ayant pas permis d'aller au-delà) dont la plupart se confondent avec les précédentes ; ces sources ont déjà donné lieu à notre étude *L'infanticide devant le Sénat de Nice sous la Restauration*, in « Rivista di storia del diritto italiano », 2001, vol. LXXIV, pp. 133-212.

²⁵ C'est ce que montrent les travaux conduits sur ce type de sources : N. Galmiche, *L'infanticide en Lorraine au XVIIIe siècle*, Mémoire D.E.A. Histoire du Droit, Nancy, 1992 ; C-L. N'Zoala, *L'infanticide en Cour d'Assises au XIXe siècle*, Mémoire D.E.A. Histoire du Droit, Rennes I, 1990 ; C. Sciou, *L'infanticide devant la Cour d'Assises du Finistère au XIXe s.*, Mémoire D.E.A. Histoire du Droit, Rennes I, 1990 ; E. Guilleux, *L'infanticide en Cour d'Assises de 1811 à 1891 en Loire inférieure*, Mémoire D.E.A. Histoire du Droit, Rennes I, 1992 ; c'est le cas également pour les recherches fondées sur les lettres de rémission : Y.B. Brissaud, *L'infanticide à la fin du moyen Age, ses motivations psychologiques et sa répression*, in « Revue historique de droit français et étranger », 1972, n°2, p. 229 ; H. Gilles, *La femme délinquante dans l'Ancien droit*, in « Annales de l'Université des Sciences Sociales de Toulouse », 1979, tome XXVII, p. 243.

Cette expertise, dont l'histoire commence à être abordée²⁶ est une pratique ancienne²⁷, qui constitue véritablement la clé du procès d'infanticide, sans laquelle le magistrat se trouve pratiquement dans l'impossibilité de rendre la justice. François Emmanuel Fodéré, considéré comme l'un des pères de la médecine légale, fort connu dans le pays niçois²⁸, pose clairement les données du problème : « dans la disette des preuves positives du ressort du juge, il faut bien recourir aux preuves scientifiques pour établir des faits, douteux sans leur secours »²⁹.

Les incertitudes du juge doivent donc être dissipées par une expertise (I), et c'est son résultat qui lui permettra d'envisager une sanction appropriée (II).

La très abondante bibliographie relative à l'infanticide³⁰ montre à quel point sa définition varie selon les pays et les périodes³¹. Mais quelles que soient la qualification de crime et la peine dont il est assorti, la protection de la société par la répression judiciaire de l'infanticide (A) n'est possible que dans la mesure où la science vient au secours du droit (B) en apportant la preuve du crime.

• La protection de la société par le droit : la sanction du crime d'infanticide

Dans le cadre d'une affaire d'infanticide, le juge est confronté, d'une part, à une criminelle dont il va tenter de comprendre les motivations et les modalités du passage à l'acte et, d'autre part, à la définition juridique d'un crime qu'il va devoir appliquer aux faits.

Dimension sociale de l'infanticide : causes et modalités

Sans entrer dans les détails d'une étiologie de l'infanticide,³² il est utile d'apprécier les raisons qui ont poussé une femme à commettre, dans des conditions parfois monstrueuses, le plus

²⁶ F. Chauvaud, *Les experts du crime – la médecine légale en France au XIXe s.*, Paris, Ed. Aubier, Collection historique, 2000 ; F. Chauvaud, L. Dumoulin, *Experts et expertises en France 1791-1944*, Rapport de la Mission de recherche droit et justice, Poitiers, Faculté des sciences humaines - Gerhico, dactyl. 1999 ; C. Desmazes, *Histoire de la médecine légale en France*, Paris, Ed. Charpentier, 1880 ; A. Lacassagne, *Des transformations du droit pénal et les progrès de la médecine légale de 1810 à 1912*, Lyon, Ed. Rey, 1913.

²⁷ C. Plessix, *Les expertises médicales dans la procédure criminelle en Bretagne aux XVIIe et XVIIIe siècles*, Mémoire D.E.S. Sciences criminelles, Rennes 1972 ; C. Plessix-Buisset, *Le criminel devant ses juges en Bretagne aux XVIe et XVIIe siècles*, Paris, Ed. Maloine, 1988, p. 241 et s.

²⁸ Il l'auteur d'un *Traité de médecine légale et d'hygiène publique ou de police de santé*, Paris, Ed. de Marne, 1813, 6 vol. mais aussi d'un très remarqué *Voyage aux Alpes-Maritimes*, Paris, Ed. F.G. Levrault, 1821, 2 vol. Reprints, Marseille, Ed. Lafitte, 1981 ; L.A. Bellier, *Un promoteur de la médecine légale française, F.E. Fodéré (1764-1834) sa vie, son œuvre*, Thèse Médecine, Lyon, 1930, 77 p. ; L. Imbert, *Notes sur le séjour de Fodéré à Nice*, in « Nice Historique », 1935, p.33 ; L. Imbert, *Fodéré et le Voyage statistique aux Alpes-Maritimes*, in « Nice Historique », 1935, p. 68 ; E. Hildesheimer, *Un médecin au temps de Bonaparte, Fodéré et son Voyage aux Alpes-Maritimes*, in « Nice Historique », 1969, p. 103.

²⁹ F.E. Fodéré, *Traité de médecine légale...*, op. cit. vol 1, p. XV.

³⁰ Les indications bibliographiques les plus précises sont fournies par J.M. Carbasse, *Histoire du droit pénal et de la justice criminelle*, Paris, Ed. P.U.F., 2000, p. 347, note 203 ; pour le moyen âge, Y. B. Brissaud, *L'infanticide à la fin du moyen Age*, op. cit. p. 229, note 1 ; E.R. Coleman, *L'infanticide dans le haut moyen Age*, Annales E.S.C. 1974, 2, pp. 315-335 ; pour le XIXe siècle italien : L. Lucchini (s.d.), *Digesto italiano – Enciclopedia di legislazione, dottrina e giurisprudenza*, Torino, Unione tipografica editrice, 1906, vol. XIII, pp. 663-664, ainsi qu'un ouvrage de psychologie sociale : G. Di Bello, P. Meringolo, *Il rifiuto della maternità, l'infanticidio in Italia dall'ottocento ai giorni nostri*, op. cit. ; pour le XIXe siècle français, R. Garaud, *Traité théorique et pratique de droit pénal français*, Paris, Ed. Sirey, 1935, vol. V, p. 181 et s., J.M. Donovan, *Infanticide and the juries in France 1825-1913*, op. cit. pp. 175-176 ainsi que la thèse d'A. Tillier, *Les femmes, l'infanticide et le contrôle social dans les campagnes de la France armoricaine 1825-1865 : essai d'anthropologie juridique*, Thèse, Histoire, Paris I, 2000, pp. 493-576, dont a été extrait : A. Tillier, *Des criminelles au village – femmes infanticides en Bretagne 1825-1865*, Presses Universitaires de Rennes, 2001, 279 p.

³¹ F. Grapin, *Variations sur la définition de l'infanticide in Histoire de la criminalité de l'Antiquité au XXe siècle*, Colloque Dijon, 1991, Publications de l'Université de Bourgogne, Ed. Universitaires de Dijon, 1992.

³² Pour plus de détails, M. Ortolani, *L'infanticide devant le Sénat de Nice...*, op. cit. p. 151 et s.

atroce des crimes sur la personne de son propre enfant, et donc de connaître sa situation. Il va sans dire que l'infanticide, dans la définition qu'en donne le droit pénal piémontais, est un crime presque exclusivement féminin³³, un homme n'intervenant éventuellement qu'en qualité de complice.

Ces femmes sont généralement jeunes, entre dix-sept et trente-six ans dans les dossiers étudiés, avec une moyenne d'un peu plus de vingt-six ans, et leur jeune âge est parfois source d'immaturation, d'ignorance et de naïveté. Leur situation économique est assez modeste : beaucoup sont paysannes, bergères, domestiques ou ménagères³⁴. Ce facteur économique n'est pas sans influence sur la détermination des mères criminelles : des conditions matérielles pénibles, la crainte de ne pas avoir les moyens d'élever l'enfant, sont des éléments de nature à influencer leur résolution³⁵.

Une autre caractéristique de leur situation est l'isolement affectif : la plupart de ces jeunes femmes sont célibataires, ou, plus rarement, veuves ; dans la plus grande majorité des cas, l'infanticide est le « *crime de la solitude* »³⁶, de l'isolement et de la précarité, celui de jeunes femmes en rupture avec leur milieu protecteur d'origine, qu'il s'agisse du foyer conjugal ou paternel³⁷.

Quelle peut-être alors l'origine de sa grossesse ? Illégitime le plus souvent³⁸, elle peut avoir des causes très diverses. Elle peut tout d'abord être la conséquence d'une vie dissolue, « *malhonnête et scandaleuse* »³⁹, parfois qualifiée de « *libertine et licencieuse* »⁴⁰. Derrière ces formules stéréotypées, il s'agit parfois d'adultère, mais aussi de « *pratiques incestueuses* »⁴¹, voire de prostitution. La grossesse peut ensuite être la conséquence d'une liaison ancillaire entre

³³ L'infanticide, comme l'empoisonnement, sont considérés comme des « *crimes féminins par excellence* » : J. Pinatel, *Le phénomène criminel*, Paris, M.A. Editions, 1987, p. 92 ; A. Porteau-Bitker, *Criminalité et délinquance féminine dans le droit pénal des XIIIe et XIVe s.*, in « *Revue historique de droit français et étranger* », 1980, p. 34 ; J.Y. Coppolani, *La criminalité féminine devant la sénéchaussée de Grasse au XVIIIe s.*, in « *Annales méditerranéennes d'histoire et d'ethnologie juridique* », 1976-77, vol. 1, p. 45 ; A. Cabanis, J. Poumarede, P. Spiteri, *La femme criminelle devant la Cour d'Assises de la Haute-Garonne de 1811 à nos jours*, in « *Annales de l'Université des sciences sociales de Toulouse* », 1979, tome 27, p. 262 ; pour des exemples plus contemporains : R. Cario, *Contribution à la connaissance et à l'explication de la criminalité des femmes*, in « *Revue internationale de criminologie et de police technique* », 1987, vol. 40, p. 306 ; R. Cario, *Femmes et criminelles*, Ed. Erès, 1992, p. 68 ; plus récemment, Ch. Bard, F. Chauvaud, M. Perrot, J.G. Petit, (s.d.) *Femmes et justice pénale XIXe-XXe siècles*, Presses Universitaires de Rennes, 2002, notamment les communications d'A. Tillier et S. Dupont-Bouchat.

³⁴ La pauvreté est généralement l'une des caractéristiques de la mère infanticide : G. Di Bello, P. Meringolo, *Il rifiuto della maternità...*, op. cit. p. 95 et s. ; B. Garnot, *La perception des délinquants en France du XIVe au XIXe s.*, in « *Revue Historique* », 1996, n° 600, p. 356 ; A. Tillier, *Les femmes, l'infanticide et le contrôle social...*, op. cit. évoque (p. 202 et s.) les professions des mères infanticides et, p. 213, leur précarité de situation.

³⁵ N. Courakis, *Contribution à une analyse pluridisciplinaire de l'infanticide*, in « *Revue pénitentiaire et de droit pénal* », 1978, n° 3, p. 348.

³⁶ M. Chataignier, *De l'infanticide dans ses rapports avec la loi, la morale, la médecine légale et les mœurs administratives*, Paris, 1855, p. 169 évoque la « *solitude meurtrière* » de la mère infanticide ; R. Lalou, *L'infanticide devant les tribunaux français 1825-1910*, in « *Communications* », 1986, n°4, p. 184.

³⁷ J.E. Doussot, *La criminalité féminine au XVIIIe s.*, in *Histoire de la criminalité de l'Antiquité au XXe siècle - nouvelles approches - Colloque de Dijon 1991*, op. cit. p. 176.

³⁸ ADAM, 2 FS 234, p. 286 r°, 1/2/1823 : affaire Magaglio : « *enfant illégitime* » ; ADAM, 2 FS 234, p. 320 r°, 14/10/1823 : affaire Amalberti : « *donné naissance à un enfant suite à un illicite commerce...* » ; à Turin, à la même époque, on signale un enfant illégitime pour quatre naissances : U. Levra, *L'altro volto di Torino risorgimentale 1814-1848*, Comitato di Torino per la storia del Risorgimento italiano, Torino, 1988, p. 70 ; E. Simonpaoli, *Les enfants illégitimes de la ville de Nice aux XVIIe-XVIIIe s.*, Mémoire maîtrise histoire, Nice, 1975.

³⁹ ADAM, 2 FS 237, p. 54 v°, 21/11/1835 : affaire Sauvaigo.

⁴⁰ ADAM, 2 FS 234, p. 186 r°, 7/10/1820 : affaire Bonfante.

⁴¹ ADAM, 2 FS 238, p. 18 v°, 25/5/1838 : affaire Rey : « *pratique incestueuse et scandaleuse* » ; des exemples similaires en Isère : M.F. Brun-Jansen, *Criminalité et répression pénale au siècle des Lumières - l'exemple du Parlement de Grenoble*, in « *Revue historique de droit français et étranger* », 1998, p. 350.

un patron et sa domestique⁴², ou celle, plus fréquente encore, qui met en scène une jeune fille pauvre, séduite par une promesse de mariage puis abandonnée⁴³. Mais il peut s'agir aussi de simples relations (« *illicites amours* ») entre de jeunes gens sans l'intention d'y donner suite.

La situation de ces jeunes femmes nous permet de cerner de manière un peu plus précise leur état psychologique⁴⁴. Les procédures d'instruction poursuivies devant le Sénat de Nice révèlent souvent des personnalités passives. A cela s'ajoute un sentiment de culpabilité, auquel se mêle l'amertume de ne pas être soutenue par le géniteur, qui, au mieux, se contente de lui conseiller d'avorter s'il est encore temps. Quant à l'acte criminel lui-même, il est souvent commis « *dans un état anormal* »⁴⁵ : au moment de l'accouchement, le plus souvent solitaire, la psychologie de la mère peut être profondément perturbée, l'affolement et l'angoisse de l'avenir pouvant entraîner une certaine confusion mentale.

De l'ensemble de ces conditions matérielles et psychologiques, découlent les motivations de l'acte criminel. Outre les éventuelles causes pathologiques liées à l'état particulier évoqué ci-dessus, ces motivations sont pour l'essentiel de nature économique ou sociale⁴⁶. Sur le plan économique, c'est la crainte de ne pouvoir nourrir une bouche supplémentaire, qui, dans les classes sociales défavorisées, peut expliquer en partie l'infanticide, souvent après une tentative d'avortement qui a échoué⁴⁷. L'infanticide est bien le crime de la misère et du désespoir. Mais c'est sur le plan social que se situe la motivation essentielle : l'infanticide est commis par la mère pour « *laver sa faute* » ; elle se débarrasse d'un nouveau-né dont l'existence souillerait sa réputation aux yeux de la société, sauve ainsi son honneur et préserve son avenir⁴⁸.

Pour saisir la portée de cet argument il faut le replacer dans le contexte du XIXe siècle et souligner le poids respectif de la religion, de la famille et de la société. Tout d'abord, la fornication entre personnes non engagées dans les liens du mariage est un péché. Ensuite, c'est la réprobation de sa famille que craint la jeune fille : « *l'enfant constitue le témoignage d'une faute - explique la doctrine - dont elle a intérêt à se défaire pour détruire toute trace de sa faiblesse ... et pour se soustraire à la vengeance de celui pour lequel cette faute constitue un outrage, qu'il soit son mari, son père ou son frère* »⁴⁹. Ainsi, par honte, par pudeur mais aussi par crainte, elle s'obstine à occulter sa grossesse au regard de ses proches ou prend la fuite. Enfin, c'est la réprobation sociale qu'il faut souligner, dont les conséquences affectent tant sa famille que son

⁴² ADAM, 2 FS 239, p. 94 v°, 5/11/1841 : affaire Verrando ; Honorée Mario, est enceinte du fils du baile du village de Marie, chez qui elle est domestique, et qui lui a déjà conseillé d'avorter : ADAM, 2 FS 238, p. 25 v° et 2 FS 628 n° 4887, 6/7/1838 : affaire Mario ; J. Dalby, *L'infanticide dans le Cantal au XIXe siècle : ses origines structurelles et ses mobiles*, in « Revue de la Haute Auvergne », 1996, n° 58, pp. 13-15 ; M. Vovelle, *Recherches sur la délinquance et la criminalité en Provence au XVIIIe siècle*, in « Provence Historique », 1978, tome 28, fascic. 114, p. 328.

⁴³ Sur ce thème, voir V. Demars-Sion, *Femmes séduites et abandonnées au XVIIIe siècle – l'exemple du Cambrésis*, Lille, Ed. Ester, 1991.

⁴⁴ N. Courakis, Contribution à une analyse pluridisciplinaire de l'infanticide, op. cit. pp. 349-351 ; G. Di Bello, P. Meringolo, *Il rifiuto della maternità...*, op. cit. p. 165 et s.

⁴⁵ S. Troisier, *La criminalité féminine*, in « Revue internationale de criminologie et de police technique », 1975, vol. 28, n°4, p. 379.

⁴⁶ Ces motivations sont détaillées par J. Dalby, *L'infanticide dans le Cantal au XIXe siècle : ses origines structurelles et ses mobiles*, op. cit. p. 6 et s.

⁴⁷ « Ou nourrir une bouche de plus ou tuer l'enfant » : P. Brouardel, *L'infanticide*, op. cit. p. 16.

⁴⁸ R. Martinage, *Punir le crime - La répression judiciaire depuis le Code pénal*, Lille, Ed. L'espace juridique, 1989 p. 45 ; J. Dalby, *L'infanticide dans le Cantal au XIXe siècle : ses origines structurelles et ses mobiles*, op. cit. p. 6 et s. évoque le poids d'une société patriarcale où « pour toute fille de paysan, le mariage est le but même de l'existence » ; concernant la notion d'honneur : S. Cavallo, S. Cerutti, *Onore femminile e controllo sociale della riproduzione in Piemonte tra sei e settecento*, in *Parto e maternità – momenti della biografia femminile*, in « Quaderni storici » 1980, n° 44, p. 346 et s.

⁴⁹ L. Lucchini (s.d.), *Digesto italiano*, op. cit. vol. 13, p. 668.

propre avenir : une naissance hors mariage condamne en effet une jeune fille à ne plus trouver de mari⁵⁰.

En ce qui concerne les modalités de l'acte criminel,⁵¹ l'infanticide peut revêtir deux formes : si la mort est consécutive à une privation de soins, à la négligence ou à l'erreur d'une personne inexpérimentée, on parle d'infanticide par omission. Il s'agit en revanche d'un infanticide par commission, si des actes de violence sont commis par la mère ou son complice afin d'ôter volontairement la vie au nouveau-né⁵². Sur la base des Royales Constitutions piémontaises, qui incluent dans la définition de l'infanticide l'existence de « *quelque signe de mort violente* », il s'agit alors de deux crimes distincts. Le premier, « *dérivant de l'impétie et de la négligence* » est qualifié par la doctrine d'« *infanticidio colposo* » ; le second d'« *infanticidio doloso* » pour souligner, sans qu'aucun doute ne soit possible, l'intention criminelle⁵³.

L'infanticide par omission a deux causes essentielles. Dans les douleurs et la détresse d'un enfantement laborieux, la jeune mère, privée de toute assistance, peut suffoquer le nouveau-né⁵⁴. La seconde cause, depuis longtemps la plus répandue⁵⁵, est l'absence de « *ligature funiculaire* ». Certains experts médicaux affirment « *qu'après la rescision du cordon ombilical, s'il n'y a pas de ligature, il s'en suit nécessairement une hémorragie sanguine* », mais cette affirmation est contestée par d'autres, et mérite donc d'être largement nuancée⁵⁶.

Quant à l'infanticide par commission, il peut revêtir les formes les plus sordides qui varient selon les circonstances et le lieu de l'accouchement⁵⁷. Rappelons que ces moyens ne sont révélés que par l'examen du cadavre, lorsque celui-ci est découvert, et lorsqu'il l'est suffisamment tôt pour permettre l'autopsie.

La suffocation, qui constitue la méthode la plus répandue, peut être obtenue de différentes manières : par exemple par l'occlusion des voies aériennes, en appliquant la main sur le nez et la bouche de l'enfant ou par la compression prolongée des parois de la poitrine. Nous n'avons pas rencontré d'exemples de strangulation, avec les mains ou un lien quelconque ; en revanche, les archives signalent des décès consécutifs à des coups entraînant des plaies voire une fracture du crâne, ainsi que de nombreux infanticides par submersion, pour lesquels, toutefois, il est difficile de savoir s'il s'agit véritablement de la cause du décès, ou d'un moyen servant à faire disparaître le corps d'un nouveau-né tué d'une autre manière.

Après le crime, et dès qu'elle le peut, la mère infanticide cherche à dissimuler le cadavre et à faire disparaître tout indice pouvant la compromettre⁵⁸. Dans 20% des affaires étudiées, le corps de l'enfant n'est pas retrouvé, et le juge doit alors s'appuyer sur d'autres indices :

⁵⁰ Les auteurs parlent alors d'infanticide « *honoris causa* » pour qualifier ce crime destiné - *nemo tenetur revelare propriam turpitudinem* - à préserver une jeune femme et sa famille de la honte, de l'infamie et du mépris : Y.B. Brissaud, *L'infanticide à la fin du moyen Age, ses motivations psychologiques...*, op.cit. pp. 233-234 ; certains auteurs ajoutent l'idée d'un infanticide par dépit, une sorte de vengeance contre ce géniteur (« *complexe de Médée* ») qui refuse d'assumer ses responsabilités : F. Carrara, *Corso di diritto criminale*, op. cit. p. 310.

⁵¹ Pour plus de détail, M. Ortolani, *L'infanticide devant le sénat de Nice...*, op. cit. p. 163 et s.

⁵² C.L. N'Zoala, *L'infanticide en cour d'Assises...*, op. cit. p. 35.

⁵³ F. Carrara, *Corso di diritto criminale*, op. cit. p. 335 ; G. Carmignani, *Elementi di diritto criminale*, La Vallette, 1848, vol. 2, p. 123.

⁵⁴ Divers exemples au Recueil Sirey, 1930, tome 8, § 106 sexes /5, p. 170.

⁵⁵ A. Pastore, *Il medico in tribunale – la perizia medica nella procedura penale d'Antico Regime*, sec. XVI-XVIII^o, Bellinzona, Ed. Casagrande, Biblioteca dell'A.S.T. 1988, p. 88.

⁵⁶ ADAM, 2 FS 626, n^o 4396, p. 61 v^o, 9/12/1836 : affaire Carabalona ; voir sur ce point les précisions d'A. Tardieu, *Etude médico-légale sur l'infanticide*, op. cit. p. 190 et s.

⁵⁷ Une typologie des différentes formes est proposée par C.L. N'Zoala, *L'infanticide en Cour d'Assises...*, op. cit. p. 18 et s. s'inspirant d'A. Tardieu, *Etude médico-légale sur l'infanticide*, op. cit. p. 98 et s.

⁵⁸ « Tué et caché pour détruire les traces de son délit » : ADAM, 2 FS 234, p. 186 r^o, 7/10/1820 : affaire Bonfante ; A. Tillier, *Les femmes, l'infanticide et le contrôle social...*, op. cit. p. 450 et s. : « sort des cadavres et rapports à l'enfant ».

témoignages, découverte du placenta, examen médical de la prévenue ... Lorsque le cadavre est découvert, on constate que la mère a multiplié les précautions pour brouiller les pistes. En général, les corps des enfants qui ont péri de mort violente sont enterrés dans la campagne ou la forêt⁵⁹, ou jetés dans des lieux où la disparition du cadavre est censée être activée, latrines ou tas de fumier⁶⁰.

Une fois le crime commis et le corps dissimulé, la jeune femme, dès que ses forces le permettent, s'oblige à se montrer en public et à « *reprendre ses activités un moment interrompues* »⁶¹. C'est un moyen de refermer cette parenthèse qui a fait d'elle une criminelle et, aux yeux de tous, une manœuvre servant à montrer qu'elle n'était pas enceinte et à confirmer ses dénégations antérieures.

Qualification juridique de l'infanticide

Le cadre chronologique de notre recherche étant limité à la période 1814-1839, de la chute de l'Empire au Code pénal piémontais, ce sont les Royales Constitutions de 1770, intégralement rétablies en 1814, qui constituent la référence légale en matière d'infanticide ; cette ébauche de codification s'est elle-même substituée aux éditions précédentes des Royales Constitutions, remontant respectivement à 1723 et 1729⁶².

En ce qui concerne l'infanticide, l'effort de rationalisation et d'unification du droit pénal conduit en 1723, sous Victor Amédée II, ignore ce crime qui reste en pratique assimilé à l'homicide. Mais dès 1729, le Livre IV des Constitutions consacré aux matières pénales s'est accru de nouvelles dispositions et, pour la première fois dans le droit pénal piémontais, l'infanticide est individualisé et défini⁶³. Lorsqu'en 1770 une nouvelle édition des Constitutions est publiée, c'est la même définition de l'infanticide qui est retenue selon la formulation suivante, qui en constitue donc l'élément légal : « *Sera reconnue coupable d'infanticide toute femme qui sera convaincue d'avoir occulté sa grossesse et son accouchement, l'enfant se trouvant privé du baptême par la main du prêtre et d'une publique et ordinaire sépulture, et y concourra également quelque signe de mort violente, sans lequel on aura recours, dans les circonstances mentionnées, à une rigoureuse torture pour en retirer la vérité, et ne restera jamais aux frais du Fisc la preuve que l'enfant est né vivant* ». ⁶⁴

Malgré l'imperfection de cette formulation, l'infanticide est désormais un crime *sui generis*, distinct de l'homicide⁶⁵, bien que les peines applicables dans les deux cas restent

59 ADAM, 2 FS 237, p. 284, v°, 9/2/1838 : affaire Giacobi.

60 Voir supra ; F. Paterno, *Le sentenze penali del Senato di Casale nel XIX° secolo fino all'unità d'Italia*, Tesi laurea, Torino, 1992-93, p. 79 ; A. Di Fabio, *Ricerche sulla criminalità nel regno di Sardegna...*, op. cit. p. 74.

61 Y.B. Brissaud, *L'infanticide...*, op. cit. p. 236 ; A. Tillier, *Les femmes, l'infanticide et le contrôle social...*, op. cit. p. 376 : « un impératif : être vue ».

62 M. Viora, *Le costituzioni piemontesi...*, op. cit. ; G.S. Pene-Vidari, *Ossevazioni su diritto sabaudo e diritto comune* » in « *Rivista di storia del Diritto Italiano* », 1979, vol. LII, pp. 1-13 ; G.S. Pene-Vidari, *Giudici e processo nelle raccolte legislative settecentesche*, in « *Rivista di diritto processuale* », 2002, a. LVII, n° 1, pp. 60-101.

63 Royales Constitutions 1729, Livre 4, Titre 34, Chapitre 4, §3 ; L. Campari, *Il reato d'infanticidio...*, op. cit. pp. 39-43 ; V. Sommacal, *La criminalità nel regno di Sardegna durante il regno di Vittorio-Emmanuele I*, Tesi laurea, Torino, 1986-87, pp. 153-154 ; A. Di Fabio, *Ricerche sulla criminalità nel regno di Sardegna attraverso le sentenze del Senato del Piemonte tra il 1780 e la fine dell'Antico Regime*, Tesi laurea, Torino, 1993-94, p. 72 ; en droit français, la notion d'infanticide reste également imprécise jusqu'au XIXe s : V. Demars-Sion, *Un procès en « infanticide » à Lille en 1789 : l'affaire Marie-Christine Vermont*, in *Juges et criminels – études en hommage à Renée Martinage*, Lille, Ester -l'espace juridique, 2000, p. 66.

64 Duboin – *Raccolta delle leggi*, Vol. 8, Livre 5, Titre 4, p. 82 : dispositions delle R. Costituzioni de 1770 (7/4/1770) lib. IV, tit. XXXIV, cap. IV Dell'infanticidio ; un édit du 10/6/1814 supprime toutefois l'usage de la torture pour connaître les complices.

65 La doctrine pénale italienne continuera à souligner bien plus tard que si les éléments objectifs de l'infanticide ne diffèrent guère de ceux de l'homicide, il n'en va pas de même pour ses éléments subjectifs (les raisons qui ont

similaires. Le contenu de cette définition s'explique par les valeurs que la monarchie piémontaise a voulu défendre, où l'on dénote à la fois l'influence de l'Église et celle de la législation pénale des états voisins.

Dans l'Empire, c'est sous Charles-Quint, en 1530-1532, qu'est promulguée la *Caroline* (*Peinliche Gerichtsordnung*) qui, dans son article 131, prévoit la répression des « *filles et femmes qui font périr leur enfant* »⁶⁶. Ce texte retient pour définir l'infanticide la clandestinité de la grossesse, l'accouchement secret et la découverte postérieure du cadavre ; si la mère prétend que l'enfant est mort accidentellement ou mort-né, c'est à elle qu'il appartient d'en apporter la preuve. A défaut, sur les seuls indices de la clandestinité de l'accouchement elle est présumée coupable⁶⁷. Si une femme est soupçonnée d'avoir accouché secrètement, elle peut être examinée par des femmes expérimentées pour en établir la preuve⁶⁸.

En France, il faut attendre l'édit de février 1556 - sous Henri II - pour que la monarchie, dans le cadre d'une politique familiale de « *réarmement moral* » dictée par des considérations d'ordre religieux, tente de mettre un terme à l'ensemble des problèmes et des incertitudes posés par l'infanticide et l'avortement et d'en rendre plus efficace la répression⁶⁹. Pour ce faire, l'édit avance une innovation considérable : une déclaration de grossesse⁷⁰, qui devient une preuve légale destinée à rendre impossible la clandestinité⁷¹. Cette disposition introduit une véritable présomption d'infanticide en cas de grossesse non déclarée et d'accouchement occulte⁷². Cet édit restera en principe en vigueur jusqu'à la Révolution ; il sera d'ailleurs confirmé par Henri III en 1585 et par une déclaration de Louis XIV en 1708, sa lecture étant même ordonnée au prône des messes paroissiales⁷³. Toutefois, vue l'imprécision du texte, il appartiendra à la jurisprudence de l'interpréter, ce qui se fera de manière restrictive, c'est-à-dire en réunissant tous les éléments constitutifs du crime (découverte d'un cadavre, absence de déclaration, recel de grossesse, accouchement clandestin, absence de baptême et de sépulture chrétienne) avant de condamner l'intéressée pour infanticide⁷⁴.

A la lumière de la législation pénale étrangère, la conception de l'infanticide que proposent les Royales Constitutions de la monarchie piémontaise s'explique plus aisément.

déterminé l'auteur) : F. Carrara, *Programma del corso di diritto criminale*, Lucca, Tipografia Giusti, 1872, vol. 1, § 1201, p. 301 ; L. Lucchini (s.d.), *Digesto italiano...*, op. cit. vol. 13, p. 668.

⁶⁶ Le texte évoque aussi « la femme qui, secrètement, par mauvaise volonté et de propos délibéré, tuera son enfant après qu'il aura reçu la vie et sa forme naturelle... » : R. Bouton, *L'infanticide – Etude morale et juridique*, Thèse droit, Paris, 1897, p. 93.

⁶⁷ M. Possetti, *Essai sur l'évolution morale et juridique de l'infanticide*, DES Droit romain et histoire du droit, Paris, 1957, p. 28 ; Y. Bongert, *L'infanticide au siècle des Lumières*, in « *Revue historique de droit français et étranger* », 1979, p. 248 ; O. Gauban, *De l'infanticide*, op. cit. pp. 25-26.

⁶⁸ Y. Jeanclos (s.d.), *L'infanticide du XVIe au XXe s.*, in *Les délits de nature corporelle et sexuelle en France et en Europe du XVIe s à nos jours*, Strasbourg, Faculté de droit, 1997, p. 54.

⁶⁹ A. Laingui, A. Lebigre, *Histoire du droit pénal*, op. cit. pp. 174-175 ; J.M. Carbasse, *Histoire du droit pénal...*, op. cit. pp. 323-324.

⁷⁰ M.C. Phan, *Les déclarations de grossesse en France XVIe-XVIIIe siècles : essai institutionnel*, in « *Revue d'Histoire moderne et contemporaine* », 1975, pp. 61-88 ; concernant l'autorité devant laquelle cette déclaration doit être effectuée, voir Merlin, *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence*, « *grossesse* », Paris, Ed. Garnery, 1812, 4e ed. Tome 5, p. 589

⁷¹ « Que toute femme qui se trouvera duement atteinte et convaincue d'avoir celé, couvert et occulté tant sa grossesse que son enfantement, sans avoir déclaré l'un ou l'autre et avoir pris de l'un ou de l'autre témoignage suffisant, mesme de la vie ou mort de son enfant lors de l'issue de son ventre, et après se trouve l'enfant avoir esté privé tant du saint sacrement du baptesme que (de) sépulture publique et accoustumée, soit telle femme tenue et réputée d'avoir homicidé son enfant » : Ordonnance de 1556.

⁷² M. Possetti, *Essai sur l'évolution morale et juridique de l'infanticide*, op. cit. p. 14 et s.

⁷³ Il est par exemple introduit en Corse en 1770 : M.J. Cesarini-Dasso, *La criminalité féminine en Corse au XVIIIe siècle 1770-1789*, Mémoire D.E.A. Histoire du Droit, Nice, 1985, p. 251 ; sur la publicité de ce texte, V. Demars-Sion, *Un procès en « infanticide » à Lille en 1789...*, op. cit. p. 68, note 18.

⁷⁴ J.M. Carbasse, *Histoire du droit pénal...*, op. cit. p. 324 ; Y. Bongert, *L'infanticide au siècle des Lumières*, op. cit. p. 255.

En application durant une grande partie du XVIII^e siècle, cet édifice législatif va brusquement être balayé par la Révolution française. Avec l'entrée des armées de la Révolution à Nice, en septembre 1792, et plus tard au Piémont, ce sont des principes tout à fait nouveaux qui vont être introduits en matière pénale⁷⁵. Le Code pénal français du 25 septembre 1791, appliqué à Nice - semble-t-il - de manière assez inégale⁷⁶, ne prévoit aucune disposition spéciale relative à l'infanticide et abandonne la présomption d'homicide admise depuis 1556 ; soumis au droit commun, il est désormais considéré, soit comme un meurtre, en l'absence de toute circonstance aggravante, soit comme un assassinat, en cas de préméditation⁷⁷. Sous ce régime, la fréquence des infanticides semble s'être accrue, ce qui explique la tendance à la sévérité qui se dégage des travaux préparatoires au Code pénal napoléonien.

Dans un souci de protection accrue de l'enfant, son article 300 rétablit une qualification distincte et spécifique à l'infanticide, ainsi retiré de la catégorie des meurtres ordinaires : « *Est qualifié infanticide le meurtre d'un nouveau né* ».

Dans le royaume de Piémont-Sardaigne, ce Code pénal, appliqué tardivement, ne le sera que durant une période assez brève puisque, dès la chute de l'Empire, Victor Emmanuel I s'empresse de rétablir la législation d'Ancien Régime⁷⁸, et, en matière pénale, les Royales Constitutions de 1770 redeviennent donc applicables, complétées éventuellement par les dispositions intervenues jusqu'en 1800 ; elles le restent jusqu'au Code pénal dont la monarchie va se doter en 1839.

Les éléments constitutifs de l'infanticide, que la cour devra rechercher, sont donc clairement établis au nombre de trois : l'occultation de la grossesse, un accouchement clandestin et un signe de mort violente, ce qui suppose que l'enfant est né vivant.

Nous laisserons de côté les deux premiers éléments, dont la preuve est faite par d'autres moyens que le recours à l'expertise, pour nous arrêter au troisième élément constitutif de l'infanticide nécessitant le recours à un médecin expert. L'expertise devra apporter la preuve que l'enfant était vivant pour attester qu'un homicide a été commis et montrer que le nouveau-né porte « *quelque signe de mort violente* ». Avec l'expertise, la science apporte une réponse aux exigences posées par le droit.

● Le confortement du droit par la science : le recours à l'expert

Le dictionnaire Larousse de 1870 définit l'expertise comme étant « *l'opération à laquelle procèdent des personnes possédant la connaissance spéciale d'une science, d'un art, d'un métier, en vue de résoudre une question qui leur est adressée par le juge. On appelle experts les personnes chargées de cette opération et l'acte ou le procès-verbal qui la constate se nomme rapport* »⁷⁹.

Un tel procédé est peut-être moins ancien en matière d'infanticide qu'en ce qui concerne l'homicide ou le viol, mais, dès la fin du XVIII^e siècle, deux types d'intervenants apparaissent déjà : la sage-femme examinant la mère et le chirurgien procédant à l'expertise du corps du nouveau-né⁸⁰. Le recours à un expert est devenu systématique au Piémont dans la pratique légale

⁷⁵ A. Leca, *Les principes de la Révolution dans les droits civil et criminel*, in *Les principes de 1789*, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 1989, p. 113 ; la dimension sacrilège de l'infanticide notamment va disparaître.

⁷⁶ M. Bouloiseau, *Délinquance et répression. Le tribunal correctionnel de Nice 1800-1814*, op. cit. p. 214 et s. ; cette question reste à étudier en matière criminelle.

⁷⁷ Répertoire Dalloz – législation, doctrine, jurisprudence, 1853, tome XIV, p. 595, § 80.

⁷⁸ En Sardaigne également, le droit pénal continue à présenter ses caractères d'Ancien Régime : M. Da Passano, *Il diritto penale sardo dalla restaurazione alla fusione*, in *Ombre e luci della Restaurazione*, Colloque de Turin 1991, Rome, Pubblicazione degli archivi di stato, 1997, p. 403.

⁷⁹ Cité par F. Chauvaud, *Les experts du crime...*, op. cit. p. 10.

⁸⁰ A. Pastore, *Il medico in tribunale, la perizia medica nelle procedura penale dell'Antico Regime XVI-XVIII^e*, op. cit. p. 140 ; l'expertise est également largement utilisée à la même époque en matière de viol : A. Coluccia, *Indagine tecnico-scientifica a valenza etica nell'attività peritale sul reato di stupro nella trattatistica settecentesca*, in « La

de la Restauration⁸¹. L'étude de la jurisprudence du Sénat permet de préciser le rôle de l'expert mais de dessiner également les contours, sinon de sa situation sociale, au moins de sa culture médicale.⁸²

La condition de l'expert : situation et culture médicale

Nos recherches ne nous ont pas permis de toujours déterminer l'identité de ces experts, d'autant plus qu'ils varient selon le niveau de la procédure.

Durant la phase d'information, c'est souvent le médecin local, assisté du chirurgien et d'une ou plusieurs sages-femmes⁸³, qui est appelé à visiter l'accouchée et à pratiquer, dans l'urgence, l'autopsie d'un cadavre ayant déjà commencé à se décomposer⁸⁴.

Les rapports requis, dans les mois qui suivent, par le Tribunal provincial et par le Sénat sont demandés à des praticiens plus connus, tels Louis Bellieud, chirurgien de l'Université de Turin, ou un médecin-expert représentant le proto-médecin⁸⁵. Le plus souvent cependant, il s'agit de compte rendus collectifs, établis par plusieurs médecins-experts, destinés à corroborer ou infirmer les conclusions de l'expertise précédente ; ils acquièrent parfois le volume et l'autorité de véritables traités de médecine légale⁸⁶.

Sans doute, sur le plan scientifique, l'expertise médicale ne fera des progrès significatifs qu'à partir du milieu du XIXe siècle⁸⁷, mais les consultations étudiées confirment néanmoins que les médecins niçois possèdent, sous la Restauration, toutes les connaissances scientifiques dont on peut disposer à leur époque dans ce domaine. La lecture de leurs rapports peut permettre en quelque sorte de reconstituer virtuellement leur bibliothèque, et souligne en même temps l'étendue de leur culture médicale. La consultation que dépose en 1823 le docteur Ange Maccary, dans l'affaire Amalberti, est un modèle du genre.

Leopoldina – criminalità e giustizia nelle riforme del 700 », (s.d. L. Berlinguer, F. Colao), Milano, Ed. Giuffrè, 1991, vol XII, p. 147 ; un exemple d'expertise dans une affaire d'infanticide en 1707 in C. Desmaze, *Histoire de la médecine légale*, op. cit. p. 214 ; cette expertise est également confirmée par S. Porcu, *Ricerche su un trattato del XVIII° secolo relativo al diritto penale e processuale sabauda*, Tesi laurea, Torino, 1992-93, p. 15 ; sur les origines de la médecine légale, J.M. Carbasse, *Histoire du droit pénal et de la justice criminelle*, op. cit. p. 349, n° 205 ; M. Porret, *Victime du crime en son corps et son âme. Les enjeux de la médecine judiciaire au siècle des Lumières à Genève*, in « Les victimes. Des oubliées de l'histoire ? » (s.d. B. Garnot), Presses Universitaires de Rennes, 2000, pp. 467-480.

⁸¹ G. Gazzero, *Indirizzo pratico legale per ben formare i processi criminali*, Torino, Ed. Orgeas, 1815, parte prima, p. 15.

⁸² G. Lambert, *Evolution et progrès de la médecine dans le Comté de Nice au XIXe siècle*, Mémoire maîtrise, Histoire, Nice, 2002.

⁸³ Ces praticiens rendent un rapport collectif, par exemple celui établi par « Giovanni Giuseppe Luca Issautier, medico, Eriggio Germond, chirurgo e due ostetrici » : ADAM, 2 FS 606, n° 273, p. 12 v°, 23/2/1820 : affaire Bagnis.

⁸⁴ Les morgues des villes ne sont pourvues d'appareils frigorifiques qu'à partir de 1882 : P. Brouardel, *Installation d'appareils frigorifiques à la morgue*, Paris, Ed. Baillière, 1880 ; voir également J.L. Casper, *Traité pratique de médecine légale*, Paris, Ed. Baillière, 1862, vol. 2 p. 53 le paragraphe relatif aux « autopsies tardives ».

⁸⁵ Respectivement, AD.A.M. 2 FS 614, n° 513, p. 63 r°, 19/2/1825 : affaire Guérin ; 2 FS 611, n° 508, p. 49 r°, 1/2/1823 : affaire Magaglio ; le protomédicat est une institution d'origine lombarde développée au Piémont afin d'exercer un contrôle sur toutes les professions sanitaires : J. Malaussena, *Le Magistrat de santé et la protection sanitaire à Nice au XIXe s.*, Thèse droit, Nice, 1983 ; J. Malaussena, *La politique sanitaire à Nice au XIXe siècle*, in « Nice Historique », 1994, n° 1, p. 5.

⁸⁶ ADAM, 2 FS 611, n° 786, p. 44, 11/10/1823 : affaire Millo ; 2 FS boîte 76, n° 786, 14/10/1823 : affaire Amalberti : consultation donnée par le médecin Ange Maccary « docteur en médecine et en chirurgie, correspondant de diverses sociétés de médecine », composée de 106 folios.

⁸⁷ F. Chauvaud, *Les experts du crime...*, op. cit. p. 40 ; ce n'est que durant la deuxième moitié du XIXe siècle que l'expertise pour infanticide sera révolutionnée par Ambroise Tardieu, (*Etude médico-légale sur l'infanticide*, op. cit.) et Pierre Brouardel, (*L'infanticide*, Paris, Ed. Baillière, 1879).

Dans une introduction au style incomparable, il explicite le sens de sa démarche : « *afin d'approcher les intentions du législateur, qui préfère qu'un coupable échappe à l'épée de la justice, plutôt que de voir condamner une innocente poursuivie par les trompeuses apparences de la calomnie, je déploierai tous mes efforts pour faire triompher l'innocence et dissiper les ombres dont est revêtu le supposé crime d'infanticide...* ». Il rappelle ensuite que face à « *une malheureuse, accusée d'un crime auquel répugnent les lois de la nature, comme l'ont admis Montesquieu, Beccaria, Filangieri et d'autres grands hommes, le magistrat, loin de présumer un crime avant d'en avoir la preuve, doit au contraire présumer le bien en faveur de tous les accusés* ». Puis à ce plaidoyer en faveur de la présomption d'innocence il ajoute : « *s'il ne m'était pas possible de prouver à l'évidence l'innocence de l'accusée, j'espère pouvoir au moins faire naître un doute salutaire qui fera pencher la balance de la justice en faveur de cette malheureuse* ».

Une fois ses intentions posées, et étant précisées les orientations de la philosophie pénale auxquelles il adhère, c'est en médecin qu'il poursuit, en reprenant chacune des étapes de l'autopsie pratiquée au cours de la phase d'instruction, et en critiquant, point par point, les conclusions hâtives qui en ont été tirées. Ces longs développements sont largement argumentés et fondés sur l'opinion de multiples auteurs de médecine légale, parmi lesquels quelques distinctions méritent d'être opérées. L'auteur, comme beaucoup de ses confrères ne manque pas de citer les grands auteurs de l'Antiquité, tels qu'Hippocrate ou Ovide, mais les principales références visent des médecins du XVIIe et surtout XVIIIe siècle.

Le XVIIe siècle semble tout entier dominé par l'autorité du romain Paul Zacchias (1584-1659), proto-médecin des états pontificaux, sans doute le plus grand médecin légiste de son temps, surnommé « *l'Hermès italien* » ou « *le Mercure des jurisconsultes* »⁸⁸. Mais les experts se réfèrent aussi aux travaux moins théoriques du parisien François Mauriceau (env. 1650-1709), accoucheur à l'Hôtel Dieu, et auteur renommé du « *Traité des femmes grosses et de celles qui sont accouchées* » (1668)⁸⁹, et de Jean Riolan (1580-1657), qui fut premier médecin de Marie de Médicis⁹⁰.

Certains des auteurs du XVIIIe siècle sont français, parmi lesquels Jean-Baptiste Senac (1693-1770), premier médecin de Louis XV, le strasbourgeois Jean-Georges Roederer (1726-1763)⁹¹, Plouquet auteur d'un « *Commentarius medicus in processus criminales super homicidium, infanticidium* » (1736), les plus connus étant le montpelliérain Jean Astruc (1684-1766)⁹² et surtout le chirurgien accoucheur parisien André Levret (1703-1780)⁹³. Mais la plupart des médecins cités sont étrangers, souvent allemands : Jean Godefroy Zeller (1656-1734), médecin de l'impératrice d'Autriche⁹⁴, Frédéric Hoffmann (1660-1742), professeur de médecine à Iéna⁹⁵, Gérard Van Swiéten (1700-1772), originaire de Leyde, et auteur d'ouvrages de médecine

⁸⁸ Il est l'auteur des *Quaestiones medico-legalium* publié à Rome, en neuf livres, de 1621 à 1635 et plusieurs fois réédité et complété aux XVIIe et XVIIIe siècles.

⁸⁹ Adversaire de l'hystérotomie, Mauriceau est notamment l'inventeur d'un « tire-tête » qui portera son nom.

⁹⁰ Professeur d'anatomie et de pharmacie, Riolan est, entre autres, l'auteur d'un *abrégé d'anatomie avec histoire du foetus humain* (1608).

⁹¹ Médecin spécialiste des accouchements, Roederer est né à Strasbourg mais enseignera à Göttingen ; il est l'auteur de *De artis obstetriciae* (1751).

⁹² Professeur à Montpellier, Astruc est l'auteur d'un « *Traité des maladies des femmes* » en six volumes (publié entre 1761 et 1765) et d'un *Manuel des accouchements* (1766).

⁹³ Accoucheur de Madame Dauphine, mère de Louis XVI, Levret est l'auteur des *Observations sur les causes et les accidents de plusieurs accouchements laborieux* (1747, 4e ed. 1770), de *L'art des accouchements démontré par des principes de physique et de mécanique* (1753, plusieurs fois réédité, et qui reste l'ouvrage de référence jusqu'à la publication des travaux de Baudeloque), et du *Traité des accouchements laborieux* (1770) où il présente l'utilisation des « forceps de Levret ».

⁹⁴ Zeller est originaire du Duché de Wurtemberg, et étudie à Tübingen où il devient professeur de médecine ; il est l'auteur de *Quod pulmonis in aqua subsidentia infancidas non absolvat* (1691, réédité en 1746).

⁹⁵ Il est l'auteur d'une *Medicina rationalis systematica* en neuf volumes (1730) traduite en langue française en 1739 sous le titre *Médecine raisonnée d'Hoffmann*.

pratique, Philippe Conrad Fabricius (1714-1774), professeur d'anatomie à l'université d'Helmstadt, mais également le médecin anglais Alexandre André Hunter (1733-1809), auteur de « *Sur l'incertitude des signes de l'infanticide* ».

Cependant ce sont naturellement les travaux de médecins contemporains, écrivant à la fin du XVIIIe et au début du XIXe siècle, qui sont le plus souvent cités, preuve que ces experts niçois correspondent avec les principales sociétés de médecine d'Europe et n'ignorent pas les publications les plus récentes de médecine légale, qu'il s'agisse d'ouvrages ou de revues spécialisées. Ils empruntent ainsi leurs conclusions à Jean-Pierre Frank⁹⁶, Paul Augustin Mahon (1752-1801)⁹⁷, Christian Rodolphe Wiedemann (1770-1839)⁹⁸, ou aux médecins italiens Barzellotti (« *Questioni di medicina legale* ») et Tortosa (« *Istruzioni di medicina forense* » 1809). Les plus cités restent néanmoins les français Jean-Louis Belloc (1730-1807)⁹⁹, Claude Martin Gardien¹⁰⁰ et surtout l'incontournable Jean Louis Beaudeloque (1746-1810)¹⁰¹ qui fait autorité durant les premières décennies du XIXe siècle. Enfin, parmi les plus contemporains, Fodéré (« *Traité de médecine légale* » 1813) et, plus tard, Orfila (« *Leçons de médecine légale* » 1823) figurent également en bonne place.

Le rôle de l'expert

L'expertise trouve sa place dans une procédure, dont toutes les zones d'ombre n'ont pas disparu ; telle qu'elle ressort des dossiers du Sénat de Nice, elle semble suivre trois phases, qui correspondent également aux trois niveaux de la hiérarchie judiciaire¹⁰².

L'information (« *informazione fiscale* ») a lieu devant le Juge de Mandement, héritier du Juge de Paix de la période française. Ce sont le plus souvent les autorités municipales qui le saisissent, et le « *Juge royal du Mandement* » (avocat ou procureur fiscal) s'empresse de procéder aux premiers actes de l'information ; celle-ci porte à la fois sur les faits et sur la personnalité de la délinquante. De ce fait, il appartient au Juge de Mandement d'effectuer une descente sur les lieux (« *sopraluogo* ») suivie d'une perquisition, de rassembler les indices et pièces à conviction, et, si nécessaire, de rechercher le corps du délit ; il doit ensuite faire arrêter et interroger la prévenue, entendre les témoins et faire procéder, en raison de l'urgence, à une visite médicale de celle-ci et à l'autopsie du cadavre (« *autopsia cadaverina* ») ; il s'agit de la première expertise, et qui est en même temps la plus importante, à laquelle on a recours. Si les circonstances l'exigent, le Juge du Mandement fait procéder à l'incarcération de l'intéressée, si cela n'a pas déjà été ordonné par le maire, et un procès-verbal (« *processo verbale* ») est établi pour clore ces formalités.

A l'issue de cette phase d'information, c'est devant la juridiction provinciale (Tribunal de Préfecture) que l'affaire va être instruite comme pour toutes les affaires criminelles, après

⁹⁶ Médecin allemand d'origine française, auteur d'une *Police médicale* (publiés entre 1779 et 1813 ; traduction italienne en 19 volumes de 1807 à 1830).

⁹⁷ Médecin français originaire de Chartres, titulaire de la Chaire de médecine légale à l'Ecole de médecine sous la Révolution ; il est l'auteur d'une *Médecine légale et police médicale* (1802).

⁹⁸ Médecin danois, professeur d'accouchements et coordinateur d'un institut de sages femmes ; il est l'auteur des *Instructions pour les sages femmes* (1802).

⁹⁹ Médecin originaire d'Agen ; il est l'auteur d'un *Cours de médecine légale théorique et pratique* (1801, réédité en 1811 et 1819).

¹⁰⁰ Il est l'auteur d'un *Traité complet des accouchements et des maladies des filles, femmes et enfants* en quatre volumes, publié à Paris en 1807 et réédité en 1816 et 1823.

¹⁰¹ Originaire de Picardie, chirurgien accoucheur et professeur d'obstétrique, il sera nommé premier accoucheur de l'impératrice Marie-Louis par Napoléon ; il est l'auteur des *Principes sur l'art des accouchements* (1775), ouvrage pratique, sorte de *vade mecum* des sages femmes, et surtout de *L'art des accouchements* (1781 mais connaît de multiples rééditions) destiné aux médecins et chirurgiens.

¹⁰² Nous décrivons ici la procédure telle qu'elle ressort des dossiers étudiés, mais les variantes sont assez nombreuses, et une étude plus approfondie du déroulement du procès criminel reste à faire.

l'inculpation de l'intéressée¹⁰³. Devant cette juridiction, a lieu tout d'abord un interrogatoire de l'accusée (« *costituto dell'inquisita* ») au cours duquel, après l'énumération de ses qualités, sont rappelés les termes de la déposition qu'elle a faite lors de sa première comparution qu'on lui demande de confirmer. Intervient ensuite un « *acte de répétition, contestation et assignation à défense* » qui débouche sur l'acte d'inculpation : désormais « *le Fisc la tient pour coupable d'infanticide* » (« *il fisco la tiene (ou « *costituisce* ») rea d'infanticidio* »). Il lui appartient alors de désigner un avocat devant le Tribunal provincial, et un autre devant assurer sa défense devant le Magistrat suprême, le plus souvent l'avocat des pauvres du Sénat ; entre temps, elle a été transférée dans les prisons du Sénat (« *carceri senatorie* »). Cette phase d'instruction se poursuit par les conclusions de l'Avocat fiscal provincial, suivies des conclusions en défense (« *conclusioni defensionali* ») de l'avocat de l'inculpée. Un rapport d'expertise peut encore être sollicité lors de cette phase du procès, mais, étant donné le temps écoulé depuis la mort de l'enfant, le médecin expert s'en tient à des considérations théoriques sur les opérations pratiquées précédemment (« *consulto in senso di pura verità* »). Pour clore cette phase d'instruction, les « *conclusions définitives* » de l'Avocat Fiscal provincial permettent la saisine du Sénat.

Devant la cour souveraine, la procédure est plus rapide. Un dernier rapport d'expertise (« *perizia* ») peut être sollicité par le Sénat, qui a alors recours aux plus savantes sommités locales ; à ce stade de la procédure il s'agit généralement d'une contre-expertise « théorique », requise par le Ministère public, pour donner un avis sur les constatations formulées par les experts intervenus au cours des phases précédentes. Selon les cas, les conclusions de la première expertise sont déclarées « *erronées pour n'être pas fondées sur les règles de la médecine légale* »¹⁰⁴.

Après cette dernière étape, l'Avocat fiscal général dépose les conclusions du Ministère public. Vient enfin la plaidoirie de l'avocat des pauvres, qui dépose pour finir ses « *conclusions en défense* »¹⁰⁵. La sentence du Sénat intervient alors dans un délai de quelques semaines.

Quel que soit le niveau de la procédure où il intervient, l'expert se voit en général assigner une triple mission¹⁰⁶ : d'abord établir un lien entre la prévenue et l'infanticide supposé (que le corps ait ou non été retrouvé), c'est-à-dire, par une visite médicale, montrer que celle-ci vient d'accoucher ; ensuite, après une autopsie du cadavre, apporter la preuve que l'enfant est né vivant, puisqu'il n'y a pas homicide si celui-ci était déjà mort ; enfin, rechercher les causes de la mort violente. Seule l'expertise peut ainsi répondre aux conditions posées par la loi pour qualifier le crime d'infanticide, et permettre au juge d'asseoir sur les preuves qu'elle apporte une solution judiciaire.

• De l'expertise à la solution judiciaire

L'expertise se situe véritablement au cœur de la procédure dans la mesure où elle fournit des preuves, en principe difficilement réfutables, permettant de dissiper les doutes du magistrat. Son déroulement (A) met en évidence pourtant la difficulté et la complexité des expériences qui doivent être pratiquées et sa portée (B) en souligne, malgré ses limites, les conséquences qu'elle va entraîner sur le plan du droit.

¹⁰³ M.B. Bertini, M.P. Niccoli, *L'ordinamento giudiziario durante la Restaurazione*, op. cit. p. 132 ; cette procédure faisant apparaître un second degré d'instruction après le juge de Mandement est assez proche de celle du code français de 1791.

¹⁰⁴ ADAM, 2 FS 611, p. 46 v°, 11/10/1823 : affaire Millo.

¹⁰⁵ A titre de comparaison, concernant les conclusions en défense, voir : Nice, Bibliothèque de Cessole, CES 148 : G. Fornari, *Aringa a difesa di Luigia Ghiglione davanti al Podestà e Luogotenente auditore generale di Monaco – 1/2/1783*, 24 pages, imprimé.

¹⁰⁶ Selon les circonstances de l'affaire, d'autres questions particulières pourront être posées à l'expert ; concernant la forme du rapport : F. Chauvaud, L. Dumoulin, *Experts et expertises judiciaires...*, op. cit. p. 178 et s.

Déroulement de l'expertise sur le plan médical

Les diverses constatations auxquelles le médecin doit se livrer sur le corps de la prévenue et sur le cadavre de l'enfant doivent lui permettre de réunir les preuves dont la justice a besoin pour inculper d'infanticide une jeune femme sur laquelle ne pèsent, pour l'heure, que des présomptions. L'essentiel, pour qu'il y ait eu infanticide, étant de montrer que l'enfant n'était pas mort-né, nous distinguerons les expertises périphériques de cette étape cruciale destinée à démontrer que l'enfant a vécu.

La première étape de la mission de l'expert est constituée par l'examen clinique de la prévenue, qui doit éclairer le juge sur trois points : montrer que, contrairement à ce qu'elle prétend en général, celle-ci a accouché très récemment ; établir quelle est la date de cet accouchement ; préciser quel est l'état de maturité de l'enfant qu'elle a mis au monde.

L'état puerpéral que l'on cherche à prouver est attesté par toute une série de signes dont beaucoup sont faciles à déceler¹⁰⁷. Depuis toujours, les sages-femmes savent déceler « *ces signes laissés par la grossesse (et l'accouchement) sur le corps de la femme* »¹⁰⁸. Dans les jours qui suivent la délivrance, « *le visage des parturientes est pâle et défait* », la peau du ventre est froissée, « *molle, détendue et pendante* »¹⁰⁹ ; outre ces plissements, des éraillures y sont apparues, tandis qu'une ligne brune s'étend de l'ombilic au pubis. Les seins apportent aussi des indices pratiquement incontestables, notamment leur « *turgescence* », indissociable de la grossesse¹¹⁰. Mais c'est l'examen des organes génitaux qui offre les indices les plus convaincants. Outre le fait que « *les parties naturelles externes sont en état de relâchement* »¹¹¹, la diminution du volume du corps et du col de l'utérus constitue la première des indications caractéristiques de l'accouchement¹¹². De même, les écoulements particuliers qui se font par les parties externes et qui se prolongent quelques temps après la délivrance, appelés lochies, sont également déterminants.

Une fois le fait attesté, c'est la date de l'accouchement que cherche à préciser l'expert de manière à établir une correspondance exacte entre la prévenue et le corps du délit, et montrer ainsi qu'elle est la mère de l'enfant mis à mort. Pour ce faire, l'expert se fonde notamment sur la fluxion mammaire et sur la diminution du volume de l'utérus, qui s'opère d'une façon suffisamment régulière pour que l'on puisse déterminer le temps qui s'est écoulé depuis la délivrance. Enfin, dans l'hypothèse où le corps n'a pas été retrouvé, l'examen de la prévenue doit permettre de connaître l'état de maturité du fœtus.

Si l'examen de la prévenue est important, c'est l'autopsie du cadavre de l'enfant, que l'on suppose avoir péri par un crime, qui constitue l'étape essentielle de l'expertise médicale. Il s'agit en effet de montrer, pour qu'il y ait eu homicide, que celui-ci est bien né vivant et qu'il a vécu, ne serait-ce que quelques instants.

En revanche, il semble que sa viabilité, qui n'est que l'aptitude à continuer à vivre, ne soit pas, malgré les hésitations de la doctrine, un critère retenu par la législation piémontaise et la jurisprudence du Sénat de Nice¹¹³. La viabilité de l'enfant n'est pas une condition, un élément

¹⁰⁷ A. Tardieu, *Etude médico-légale sur l'infanticide*, op. cit. p. 217 et s. ; C.L. N'Zoala, *L'infanticide en Cour d'Assises*, op. cit. p. 24 et s.

¹⁰⁸ A. Pastore, *Il medico in tribunale, la perizia medica nelle procedura penale dell'Antico Regime*, op. cit. pp. 134-135.

¹⁰⁹ ADAM, 2 FS 606, n° 273, p. 5 r°, 23/2/1820 : affaire Bagnis.

¹¹⁰ ADAM, 2 FS 625, n° 3977, p. 43 r°, 21/3/1835 : affaire Sauvaigo.

¹¹¹ ADAM, 2 FS 611, n° 786, p. 2 r°, 11/10/1823 : affaire Millo.

¹¹² A. TARDIEU, *Etude médico-légale sur l'infanticide*, op. cit. p. 221 et s.

¹¹³ Sur cette question controversée au XIXe siècle, voir notamment : *Répertoire Dalloz*, 1853, tome XIV, § 87, pp. 597-598 ; F. Labori, *Répertoire encyclopédique de droit français*, Gazette du Palais, tome VIII, § 39 pp. 111-112 ; L. Lucchini (s.d.), *Digesto italiano*, op. cit. pp. 674-675 ; une analyse très fine de la question chez E. Pessina, *Enciclopedia del diritto penale italiano*, op. cit. pp. 602-603 ; F. Carrara, *Programma del corso di diritto criminale*, 1872, op. cit. p. 349 et s. fournit de nombreux exemples doctrinaux des tenants de la viabilité comme élément

constitutif de l'infanticide. Autrement dit, il y a infanticide dès que la vie est ôtée à un enfant né vivant, même s'il n'est pas viable ; il suffit qu'il ait existé quelque frêle qu'ait été cette existence.

Cependant, dans divers rapports d'expertise, la formule consacrée « *vivant et viable* » est retenue par le médecin. Nous pensons que l'intention des experts n'est pas de faire de la viabilité une condition supplémentaire pour retenir la qualification d'infanticide. Dans l'esprit de ces hommes de l'art, mais qui ne sont pas juristes, la viabilité n'est probablement qu'un caractère de la victime, venant souligner que celle-ci est parfaitement vivante, car apte à le rester et que sa mort n'a pas été naturelle ; c'est en quelque sorte un critère confortatif de la condition unique qu'est la vie de l'enfant, mais cela ne fait pas pour autant de la viabilité une composante nécessaire de l'infanticide.

L'autopsie du cadavre commence par un examen externe permettant de noter ses mensurations, sa conformation générale, l'état de la peau et les lésions qu'il a pu subir¹¹⁴. Cet examen permet aussi de préciser l'état de maturité de l'enfant et montrer qu'il est né à terme¹¹⁵. Pour cela, trois critères essentiels sont retenus : le développement général, l'état du tégument externe, et le niveau d'ossification.

Vient ensuite l'examen interne du cadavre, suite à l'ouverture de l'abdomen, de la cavité thoracique, du cou, et de la tête éventuellement¹¹⁶. Bien entendu, cette opération est différente selon l'état du corps, notamment l'avancement de sa décomposition. Lorsque l'autopsie est possible, les archives révèlent que plusieurs examens sont pratiqués¹¹⁷, les experts s'en tenant généralement aux plus probants¹¹⁸. Le plus simple est l'examen de voies digestives. Chez un enfant qui a vécu, l'estomac contient de la salive conséquence de la déglutition, et, s'il a été alimenté, « *du lait fluide ou caillé* »¹¹⁹ (plus ou moins digéré), signe d'un commencement de soins apportés par la mère. Les intestins peuvent aussi receler des traces d'alimentation, et leur coloration est le signe d'une éventuelle hémorragie : « *rouges à l'état naturel, ils sont alors pâles et décolorés* »¹²⁰.

La circulation du sang dans les organes du nouveau-né est également une preuve que celui-ci a vécu ; or l'un des caractères du sang qui a circulé c'est que, extrait des vaisseaux, il se coagule immédiatement. De ce fait, des lésions traumatiques autour desquelles le sang est coagulé ont été occasionnées du vivant de l'enfant.

Mais à l'évidence, la preuve essentielle de la vie, aussi courte soit-elle, est apportée par la respiration, et c'est autour d'elle que va s'articuler l'essentiel de l'expertise.

Selon que l'enfant a ou non respiré, des différences apparaissent, portant sur la situation, l'apparence extérieure, la structure et le volume des poumons, d'où l'importance de ces constatations qui portent le nom de « *docimasie pulmonaire optique* »¹²¹.

Les poumons d'un enfant n'ayant pas respiré sont enfoncés profondément dans la cavité thoracique, présentent une surface lisse et une couleur rouge brun et uniforme, leur structure est compacte et spongieuse. En revanche, les poumons d'un nouveau-né ayant respiré sont dilatés et

constitutif de l'infanticide : voir par exemple G. Carmignani, *Elementi di diritto criminale*, 1848, op. cit. pp. 121-122.

¹¹⁴ A. Lacassagne, *Le vademecum du médecin expert*, Lyon, Ed. Storck, Paris, Ed. Masson, 1892, p. 216.

¹¹⁵ A. Tardieu, *Etude médico-légale sur l'infanticide*, op. cit. p. 26 : ce critère, indépendant de la viabilité, est important dans la mesure où il renseigne le juge sur l'état psychologique et la détermination de la mère qui a conduit sa grossesse jusqu'à son terme avant de se défaire de l'enfant.

¹¹⁶ A. Lacassagne, *Le vademecum du médecin expert*, op. cit. p. 217 et s.

¹¹⁷ Des critères tels que la raideur ou le relâchement des membres, ou l'ordre de putréfaction des organes, utilisés sous l'Ancien Régime, ne sont plus retenus : A. Pastore, *Il medico in tribunale...*, op. cit. pp. 139-141.

¹¹⁸ J.L. Casper, *Traité pratique de médecine légale*, 1862, op. cit. p. 498, note très justement que « ce qui est superflu doit être rejeté comme inutile et même comme nuisible dans ces circonstances où les épreuves incertaines servent d'armes aux avocats contre le médecin ».

¹¹⁹ ADAM, 2 FS 606, n° 251, 17/7/1819 : affaire Donzella.

¹²⁰ ADAM, 2 FS 606, n° 273, p. 86 v°, 23/2/1820 : affaire Bagnis.

¹²¹ A. Lacassagne, *Le vademecum du médecin expert*, op. cit. p. 219.

remplissent la poitrine, leur surface est irrégulière, leur teinte inégale et marbrée¹²², leur structure dilatée (ce qui a repoussé le diaphragme), « *crépitante* »¹²³, et leur poids a augmenté sous l'influence de l'accès de sang et d'air.

Au cours de cet examen, l'expérience essentielle pour déterminer la respiration et la vie du nouveau-né est constituée par « *la docimasia hydrostatique* ». Cette démonstration, inaugurée par T. Bartholin en 1663 et Schreger en 1682¹²⁴, consiste à mesurer la densité des poumons en les plongeant dans un récipient rempli d'eau, à la surface duquel ils surnagent s'ils ont respiré et dont ils gagnent le fond s'ils sont encore à l'état fœtal.

Ainsi, les poumons de l'enfant mis au monde par Marguerite Bagnis « *ont une expansion qui indique qu'il a respiré... puis extraits et plongés entiers dans un récipient, ils flottent sur l'eau et immergés à plusieurs reprises remontent toujours à la surface* »¹²⁵. Dans une affaire similaire, l'expert relate « *avoir ouvert le cadavre, en avoir extrait les poumons, qui, déposés dans l'eau ont flotté... tandis que les autres parties adhérentes tendaient vers le fond... puis lesdits poumons ouverts, il en est sorti des bulles d'air mêlées à un mucus et une lymphe sanguine* »¹²⁶. Inversement, « *des poumons petits, étroits, de couleur vermillon, placés très haut sur la colonne vertébrale, puis découpés en morceaux et plongés dans l'eau prennent constamment le fond ; (ils prouvent que) dans le corps du fœtus ne s'est pas développé l'exercice des fonctions vitales* »¹²⁷.

Après l'examen de la mère, et la démonstration que l'enfant a vécu, la troisième mission de l'expert va consister à déceler, selon les termes du droit pénal piémontais « *quelque signe de mort violente* ».

Les traces externes de la suffocation sont difficilement décelables si ce n'est lorsqu'elle a lieu par l'occlusion forcée des voies aériennes ; quelques blessures locales extérieures peuvent alors apparaître : déformation et aplatissement du nez et des lèvres, excoriations, empreinte des doigts et des ongles... Mais l'expert doit surtout rechercher les traces de suffocation dans les organes respiratoires et circulatoires : les poumons surnagent et des ecchymoses sont apparues sur de nombreux organes internes¹²⁸. Dans le cas d'un infanticide par enfouissement, l'expert va rechercher dans les voies aériennes ou digestives la trace des matières dans lesquelles l'enfant a été enseveli pour déterminer s'il a été enfoui vivant ou mort.

Parmi les signes de mort violente, les caractères des fractures du crâne produites par des violences extérieures exercées sur le nouveau-né, sont en général très tranchés. En revanche, l'enfant mort par submersion présente des poumons très volumineux, d'un aspect spongieux, gorgés d'eau et de sang ; le corps ayant séjourné dans l'eau offre les traces d'une putréfaction rapide. L'aspect du corps d'un nouveau-né mort par immersion dans les fosses d'aisance est également caractéristique¹²⁹. Si son état le permet, l'expert devra déterminer si l'enfant y a été jeté vivant en se fondant sur la présence des matières de la fosse dans l'appareil digestif.

¹²² Sur l'état des poumons des développements très fins chez J.L. Casper, *Traité pratique de médecine légale*, op. cit. pp. 505 et s.

¹²³ « *Crépitante* » signifie ici produisant un froissement lors de la pression ; ADAM, 2 FS 611, n° 508, p. 49 r°, 1/2/1823 : affaire Magaglio : « *la sortie de l'air des cellules des poumons est accompagnée d'une sorte de sifflement ou de crépitement (« schioppettio »)* ».

¹²⁴ F. Carrara, *Programma del corso di diritto criminale*, op. cit. p. 323 ; cette expérimentation ne semble pas antérieure au XVIIe siècle (M. Possetti, *Essai sur l'évolution morale et juridique de l'infanticide*, op. cit. p. 20), mais elle est confirmée par C. Plessix-Buisset, *Le criminel devant ses juges en Bretagne aux XVIe et XVIIe siècles*, op. cit. p. 256.

¹²⁵ ADAM, 2 FS 606, n° 273, p. 14 v°, 23/2/1820 : affaire Bagnis ; des conclusions similaires in ADAM, 2 FS 628, n° 5040, 1/12/1838 : affaire Raybaut.

¹²⁶ ADAM, 2 FS 611, n° 508, p. 5 v°, 1/2/1823 : affaire Magaglio.

¹²⁷ ADAM, 2 FS 625, n° 3701, p. 6, 29/8/1834 : affaire Buixino.

¹²⁸ A. Tardieu, *Etude médico-légale sur l'infanticide*, op. cit. p. 101 et s. p. 276 et s.

¹²⁹ ADAM, 2 FS 627, n° 4432, 3/6/1837 : affaire Roux.

Reste l'hémorragie ombilicale, qui, bien que fréquente, ne peut être considérée comme une « *trace de mort violente* », d'autant plus que le défaut de lien n'entraîne pas nécessairement l'hémorragie et donc la mort. Un médecin explique que « *l'enfant ne meurt pas d'hémorragie lorsqu'on ne lie pas le cordon ombilical, attendue la nouvelle circulation qui s'établit dans le corps du nouveau-né, qui éloigne de ce cordon l'affluence du sang* »¹³⁰. Mais, le plus souvent, les rapports d'expertise étudiés soutiennent exactement le contraire : « *la mort a été causée par une expansion de sang consécutive à la non ligature de l'ombilic* » que le Ministère public considère souvent comme ayant été omise « *sciemment et dans l'intention de tuer* »¹³¹.

Ces quelques hésitations laissent entendre que l'expertise n'est pas toujours dénuée de faiblesses qui sont parfois de nature à amoindrir sa portée.

Portée de l'expertise sur le plan judiciaire

Conscients des conséquences que peuvent avoir pour prévenue les conclusions de l'expertise sur le plan judiciaire, médecins, avocats et magistrats se montrent souvent circonspects face à l'autorité des experts.

La docimasie hydrostatique se heurte à un certain nombre d'obstacles, dans la mesure où, sur le plan scientifique, la surnatation des poumons peut avoir d'autres causes que la respiration de l'enfant¹³². La putréfaction du corps notamment donne lieu au développement de gaz qui se répandent dans la trame des organes intra-thoraciques et peuvent entraîner la surnatation des poumons¹³³. Il est évident - soutient un expert - « *que les viscères peuvent flotter à cause du développement de la putréfaction, sans que l'enfant n'ait jamais respiré en dehors du ventre maternel* ». Et il poursuit : « *la docimasie pulmonaire est non seulement suspecte mais encore très fallacieuse dans ses résultats au point de ne mériter aucun crédit de la part des magistrats* »¹³⁴.

De même, l'insufflation, qui consiste à introduire artificiellement de l'air dans les voies naturelles de l'enfant apparemment mort pour le rappeler à la vie, produit les mêmes effets hydrostatiques, bien qu'elle n'entraîne pas d'afflux de sang et que l'appareil digestif soit souvent lui-même rempli d'air et ballonné. Ainsi Marguerite Bagnis explique « *avoir immédiatement soufflé à la bouche de l'enfant bien qu'il ne respira jamais* » et l'expert constate : « *l'air soufflé par la bouche de la mère dans celle de son fils peut dilater les poumons, les rendre moins lourds que l'eau et les faire flotter* »¹³⁵. A l'évidence, l'insufflation bouche à bouche, qu'elle ait été réellement un moyen de ranimer l'enfant ou, au contraire, un moyen de masquer l'infanticide, vient troubler la docimasie hydrostatique¹³⁶. Enfin, tout dépend de la manière dont la docimasie est pratiquée : si l'eau est trop chaude, ou bien si elle est salée, elle peut provoquer la surnatation des poumons ; inversement, si les organes restent gorgés de sang, ils couleront, même si l'enfant n'a pas respiré.

Se fondant sur les doutes des médecins eux-mêmes, les avocats des inculpés multiplient les attaques contre une expérience dont dépend souvent le sort de leur cliente. « *Les observations*

¹³⁰ ADAM, 2 FS 611, n° 796, p. 62, 14/10/1823 : affaire Amalberti.

¹³¹ ADAM, 2 FS 606, n° 273, p. 68 r°, 23/2/1820 : affaire Bagnis.

¹³² Causes évoquées en détail par J.L. Casper, *Traité pratique de médecine légale*, op. cit. p. 516 et s ; F. Carrara, *Programma del corso di diritto criminale*, op. cit. p. 323 ; Recueil Sirey, 1930, tome VIII, p. 168, § 106 ter.

¹³³ ADAM, 2 FS 606, n° 273, p. 87 v°, 23/2/1820 : affaire Bagnis ; des doutes sont émis cependant par P. Brouardel, *L'infanticide*, op. cit. p. 58 et s. cite Tamasia, *Sulla putrefazione del polmone*, in « *Rivista sperimentale di medicina legale* », 1876, III et IV : les poumons n'entreraient en putréfaction que si de l'air a pénétré dans leurs alvéoles.

¹³⁴ ADAM, 2 FS 611, n° 796, pp. 37-38, 14/10/1823 : affaire Amalberti.

¹³⁵ ADAM, 2 FS 606, n° 273, p. 57 r° et p. 87 v°, 23/2/1820 : affaire Bagnis.

¹³⁶ L'emphysème (J.L. Casper, *Traité pratique de médecine légale*, op. cit. p 519 et s.), la congélation des poumons ou leur conservation dans l'alcool, plus léger que l'eau, peuvent également provoquer des effets similaires (A. Tardieu, *Etude médico-légale sur l'infanticide*, op. cit. pp. 60-62) mais les archives consultées ne révèlent pas d'exemples de ce type.

effectuées par divers auteurs de médecine légale - expose de Cessole, Avocat des pauvres - démontrent malheureusement l'incertitude de l'expérience hydrostatique des poumons pour prouver qu'un fœtus a ou n'a pas respiré »¹³⁷. Ainsi, loin d'être un *infallibile argumentum*, la docimasie est qualifiée « d'insignifiante et fallacieuse » : « l'expérience des poumons, surtout lorsqu'elle est pratiquée onze jours après le décès - soutient un avocat - n'établit pas une preuve certaine et irréfragable que l'enfant est, sans doute possible, né vivant »¹³⁸. Tel est également l'avis d'une partie de la doctrine pour qui cette expérience est « réputée très fallacieuse »¹³⁹, d'où la nécessité d'y associer toutes les preuves scientifiques susceptibles de la conforter.

Pourtant, sur le plan du droit, la docimasie pulmonaire, est bien l'étape capitale dans le déroulement de la procédure. En effet, si la « preuve expertale »¹⁴⁰ est établie, c'est-à-dire si l'expert conclut que l'enfant a respiré, il y a eu homicide et la mère inculpée d'infanticide risque jusqu'à la peine de mort ; s'il détermine au contraire qu'il n'a pas respiré, il ne peut y avoir eu homicide et la peine encourue sera toute autre.

Étape capitale, elle n'en est pas moins une opération difficile. L'embarras de médecins de campagne, sollicités dès la phase d'information, est évident ; certains hésitent parfois dans leurs conclusions et l'Avocat fiscal général le déplore : « il semble ne pas être possible de conclure qu'a eu lieu un infanticide, et pour s'en convaincre il suffit de considérer l'incertitude de la cause de la mort, l'expert ayant jugé dans son premier rapport que l'enfant avait été suffoqué moyennant une forte pression au cœur et à l'abdomen ou bien par l'obturation de la bouche et des narines... et dans le second rapport que l'enfant pouvait être mort accidentellement »¹⁴¹.

L'embarras des ces experts improvisés est d'autant plus réel qu'ils risquent d'être contestés, à d'autres niveaux de la procédure, par des médecins expérimentés et reconnus¹⁴². Un spécialiste s'insurge : « Comment le chirurgien Maria a-t-il pu affirmer avec certitude que la détenue avait accouché depuis vingt ou trente jours, alors que Belloc dit qu'après huit jours, il est possible que l'examen clinique ne révèle plus aucune trace de l'accouchement ! »¹⁴³. Parfois, c'est l'Avocat fiscal général qui dénonce la légèreté de l'enquête : « les experts auraient dû procéder à l'expérience des poumons... mais rien n'a été fait de ce qui était indispensable à l'intérêt du Fisc... »¹⁴⁴.

Qui plus est, les difficultés et les carences de l'expertise, comme l'opacité de ses conclusions, se répercutent tout au long de la procédure : que de rapports en effet, selon l'expression de Fodéré, « sont plus prompts à embarrasser les magistrats qu'à les éclairer »¹⁴⁵. A ces lacunes, s'ajoutent enfin les divergences d'opinions concernant notamment la valeur de la docimasie hydrostatique ou les conséquences de l'hémorragie ombilicale, « matières sujettes à tant de controverses »¹⁴⁶.

¹³⁷ ADAM, 2 FS 628, n° 4670, 31/1/1838 : affaire Boetti.

¹³⁸ ADAM, 2 FS 606, n° 273, 23/2/1820 : affaire Bagnis.

¹³⁹ G. Carmignani, *Elementi di diritto criminale*, 1848, op. cit. p. 122 ; en France, cette expertise est critiquée dès le début du XVIIIe s : V. Demars-Sion, *Un procès en « infanticide » à Lille en 1789...*, op. cit. p. 87, note 107 qui cite C. Barberot, *L'homicide au XVIIIe s d'après les arrêts du Parlement de Paris*, thèse droit, Paris, 1969, p. 101.

¹⁴⁰ Sur cette notion : F. Chauvaud, L. Dumoulin, *Experts et expertises judiciaires...*, op. cit. chapitre VIII : « la preuve par expertise » : p. 86 et s.

¹⁴¹ ADAM, 2 FS 626, n° 4206, 7/10/1836 : affaire Mela.

¹⁴² F. Chauvaud, *Les experts du crime*, op. cit. p. 36 et p. 79.

¹⁴³ ADAM, 2 FS 611, n° 786, p. 44, 11/10/1823 : affaire Millo ; sur les doutes des médecins et leurs divergences, A. Tillier, *Les femmes, l'infanticide et le contrôle social...*, op. cit. p. 146 et s ; un exemple dans l'affaire Vermont : V. Demars-Sion, *Un procès en « infanticide » à Lille en 1789...*, op. cit. p. 83.

¹⁴⁴ ADAM, 2 FS 606, n° 251, 17/7/1819 : affaire Donzella : l'Avocat fiscal général réclamera d'ailleurs un complément d'information : « cet office croit indispensable de remédier aux diverses négligences et omissions que l'on rencontre dans ce procès ».

¹⁴⁵ Sans compter le risque de voir l'expert outrepasser sa mission et sortir de son rôle de médecin : F. Carrara, *Programma del corso di diritto criminale*, op. cit. p. 324, note 1.

¹⁴⁶ ADAM, 2 FS 611, n° 508, p. 49, 1/2/1823 : affaire Magaglio.

C'est donc une grande responsabilité qu'assume l'expert, et de Cessole, Avocat des pauvres, fait parfois retentir le palais du Sénat d'une impérieuse mise en garde : « *Lorsque de l'avis d'un expert dépend souvent, non seulement la liberté et l'honneur mais parfois la vie de la prévenue, ... l'enquête doit être scrupuleuse et assurée, particulièrement pour ces crimes qui, comme l'infanticide, sont le plus sujets à de fallacieuses apparences* »¹⁴⁷.

Pourtant, malgré les faiblesses dont elle porte l'empreinte, c'est l'expertise médicale, confortée par les autres moyens de preuve, qui va emporter la conviction du juge et lui permettre d'infliger une peine à la criminelle.

Les conséquences sur le plan judiciaire

Les Royales Constitutions de 1770, applicables au Piémont entre 1814 et 1840 (date d'entrée en vigueur du nouveau Code pénal)¹⁴⁸, punissent l'infanticide de la peine de mort ; leur chapitre IV, titre XXXIV est explicite :

« *La peine de l'infanticide sera toujours celle de la mort, et en sera punie non seulement la mère, mais aussi tous ceux qui y coopèreront* »¹⁴⁹.

Une telle sévérité ne doit pas surprendre dans l'arsenal répressif piémontais, dans la mesure où la mort est la règle pour la plupart des homicides¹⁵⁰, tout comme elle est la peine ordinaire de l'infanticide dans les législations européennes.¹⁵¹ Le Code pénal français de 1810, dans son article 302, punit l'infanticide de mort comme l'assassinat, le parricide et l'empoisonnement. Toutefois, cette loi va bénéficier d'une application relativement indulgente dans la mesure où, les Cours d'Assises ne pouvant retenir de circonstances atténuantes réservées aux matières correctionnelles, auront parfois tendance à prononcer des acquittements¹⁵².

Une fois ces sanctions énoncées, il reste à savoir comment elles vont être appliquées par les cours souveraines, autrement dit dans quel esprit les Sénats vont punir l'infanticide. Dans la pratique, les trois éléments constitutifs de l'infanticide (recel de grossesse, accouchement clandestin et mort violente) ne sont jamais réunis de manière certaine : le troisième de ces critères est constamment contesté et, même en présence d'un cadavre, la preuve de l'homicide est toujours discutable face à l'obstination d'une prévenue affirmant que l'enfant est né mort. Cela fait que, face à une preuve incomplète, le Sénat de Nice¹⁵³ va s'imposer de proportionner la peine aux faits tels qu'ils sont avérés.

En l'absence de preuves pleines et entières, le Sénat est contraint de moduler la sanction en fonction des éléments dont il dispose, qui ne sont souvent que des présomptions, et selon que

¹⁴⁷ ADAM, 2 FS 628, n° 4670, 31/1/1838 : affaire Boetti.

¹⁴⁸ Le nouveau Code pénal du 26 octobre 1839 entre en vigueur le 15 janvier 1840.

¹⁴⁹ Duboin – Raccolta delle leggi, Tome 6, Vol. 8, Livre 5, Titre 4, p. 82, art. 1.

¹⁵⁰ M. Ortolani, *Quelques affaires d'assassinat devant le Sénat de Nice sous la Restauration*, op. cit. p. 71 et s. ; c'est également la peine prévue pour l'avortement « réussi » : Duboin – Raccolta delle leggi, Tome 6, Vol. 8, Livre 5, Titre 4, p. 82, art. 2.

¹⁵¹ Concernant l'évolution de la peine applicable à l'infanticide, M. Ortolani, *L'infanticide devant le Sénat de Nice...*, op. cit. p. 195 et s.

¹⁵² Y. Jeanclos (s.d.), *L'infanticide du XVIe au XXe s.*, op. cit. p. 55 ; deux lois interviendront d'ailleurs le 25/6/1824 et le 28/4/1832 pour introduire l'individualisation des peines afin de faire bénéficier la mère de circonstances atténuantes, de manière à réduire les sanctions sans toucher à la qualification d'homicide ; cette évolution s'explique par la nécessité de « *prendre en compte l'état de détresse morale et matérielle dans lequel peut se trouver la jeune mère victime du déshonneur qui l'accable sous l'influence du milieu social dominant* » : F. Grapin, *Variations dans la définition de l'infanticide*, op. cit. p. 468 ; J. Signorel, *La criminalité en France au XIXe siècle*, in « *Revue politique et parlementaire* », 1902, p. 265 ; D. Vallaud, *Le crime d'infanticide et l'indulgence des Cours d'Assises en France au XIXe siècle*, in « *Informations sur les sciences sociales* », 1982, p. 477 ; J.M. Donovan, *Infanticide and the juries in France 1825-1913*, op. cit. p. 158 et s. ; A. Tillier, *Les femmes, l'infanticide et le contrôle social...*, op. cit. p. 164 et s.

¹⁵³ Bien que les sentences ne soient pas motivées, sauf demande expresse du souverain : L. Campari, *Il reato di infanticidio...*, op. cit. p. 52.

l'on ait ou pas retrouvé le cadavre ; ne pouvant appliquer la peine criminelle de l'infanticide, qui est la peine de mort, il se limite à appliquer une peine d'emprisonnement (« *carcere* ») dont il fera varier la durée.

Ainsi, en présence d'un cadavre, hormis les cas où l'enquête ne révèle aucun suspect¹⁵⁴, la cour établit d'abord un lien entre celui-ci et la prévenue¹⁵⁵ puis apporte les preuves de l'occultation de grossesse et de l'accouchement clandestin¹⁵⁶ ; reste à trouver « *quelque indice de mort violente* » que doit fournir l'autopsie du cadavre. Le rapport d'expertise qui s'en suit place la Cour devant trois hypothèses.

Dans un premier cas, il peut s'agir d'un avortement ou de la naissance d'un prématuré et la procédure est conclue par un non lieu. C'est le cas dans l'affaire Donzella, où l'intéressée a « *avorté d'un fœtus d'environ cinq mois* », sur lequel est pratiquée une autopsie tardive et peu concluante, et pour laquelle le Sénat ordonne « *qu'il ne soit donné lieu à aucune poursuite ultérieure* »¹⁵⁷.

Dans une deuxième hypothèse, l'enfant est né vivant, mais l'autopsie du cadavre révèle des signes de mort accidentelle. Dans l'affaire Mela, l'enfant est mort étouffé, sa mère ayant accouché sans aucune assistance et « *l'expert n'est pas en mesure de déterminer si la suffocation a été naturelle ou accidentelle* ». L'Avocat fiscal général conclut qu'elle a été sans doute la conséquence indirecte « *d'une coupable négligence ou impéritie* » mais, dans le doute, il réclame et obtient à l'encontre de l'accusée deux ans de prison¹⁵⁸.

Dans un troisième cas enfin, l'expertise montre que l'enfant est né vivant et le cadavre porte des signes de mort violente ; tous les éléments constitutifs du crime sont donc réunis. Ainsi Marguerite Bagnis est-elle « *inculpée d'infanticide par négligence de ligature du cordon ombilical, sciemment et avec l'intention de tuer* ». Il faut toute l'habileté du substitut de l'Avocat des pauvres, Fighiera, s'appuyant sur le rapport de quatre médecins niçois qui soulignent les incertitudes de la docimasie, pour introduire un doute dans l'esprit de la Cour : l'enfant était peut-être mort-né. Puis l'avocat dresse de sa cliente le portrait d'une jeune fille ignorante, rustique et inexpérimentée, incapable d'un quelconque dessein criminel et il conclut : « *si l'ordre social et la tranquillité publique exigent impérieusement la punition de ceux qui y portent atteinte, il n'est pas moins avantageux à la même société de défendre et protéger l'innocence qui gémit* ». Marguerite Bagnis est condamnée à cinq ans de prison¹⁵⁹.

C'est également autour de la cause de la mort de l'enfant que se noue l'affaire Magaglio : il est « *très probable que celui-ci soit né vivant* » et ait été suffoqué par sa mère affirme l'expert, qui reconnaît cependant que l'expertise est « *une matière sujette à de nombreuses controverses* ». Ses avocats soutiennent au contraire « *que l'expérience des poumons n'a pas été faite selon les règles de l'art* » et que, dès lors, « *il manque la preuve ou l'indice urgent de mort violente* ». « *S'agissant du corps du délit - affirme subsidiairement l'un d'entre eux - il ne suffit pas de prouver l'homme mort, la mort n'étant pas un délit (à supposer qu'il soit né vivant), mais il faut prouver que la mort a été violente et provoquée* ». Cette preuve ne pouvant être apportée, l'intéressée est condamnée à cinq ans de prison¹⁶⁰.

¹⁵⁴ Le dossier est alors classé sans suite : ADAM, 2 FS 623, n° 2368, 30/6/1832.

¹⁵⁵ Parfois, en l'absence d'une enquête sérieuse, la preuve de l'accouchement ne peut être rapportée, et par conséquent aucun lien ne peut être établi entre le cadavre et la prévenue : le Sénat ne peut alors qu'acquitter la prévenue et ordonner sa libération (« *inibisce molestia dal Fisco senza costo di spese e ordina rilasciarsi dal carcere* ») : ADAM, 2 FS 235, p. 343 v°, 30/1/1829 : affaire Imbert.

¹⁵⁶ Inversement, un accouchement clandestin suivi de la mort de l'enfant (dont on ne peut trouver la cause en raison d'une expertise tardive), consécutifs à une grossesse que la mère n'a pas cherché à occulter sont punis d'un an de prison : A.D.A.M 2 FS 237 p. 158 v°, 9/12/1836 : affaire Carabalona.

¹⁵⁷ ADAM, 2 FS 606, n° 251, 17/7/1819 : affaire Donzella : ordonnance de remise en liberté.

¹⁵⁸ ADAM, 2 FS 628, n° 4206, 7/10/1836 : affaire Mela.

¹⁵⁹ ADAM, 2 FS 606, n° 274 et 2 FS 234, p. 142 r°, 23/2/1820 : affaire Bagnis.

¹⁶⁰ ADAM, 2 FS 611, n° 508, p. 42, p. 49 et 2 FS 234, p. 286 r°, 1/2/1823 : affaire Magaglio.

Dans les procédures évoquées jusqu'à présent, le Sénat de Nice semble faire preuve d'une certaine indulgence par rapport aux dispositions des Royales Constitutions. Signalons toutefois que plusieurs circonstances peuvent entraîner une aggravation de la peine : la récidive, la concomitance d'autres crimes ou délits et la contumace¹⁶¹.

La conclusion qui se dégage de l'ensemble de ces jugements est le décalage entre, d'une part, la sévérité des dispositions législatives, qui punissent de mort l'infanticide, et, d'autre part, les sentences prononcées par le Sénat de Nice, qui font preuve d'une relative clémence à l'égard d'un crime pourtant odieux. Comme devant toutes les Cours souveraines du royaume, la peine de mort prévue par les textes, n'est jamais prononcée, sauf exception, en matière d'infanticide¹⁶². L'étude des procédures en révèle, sur le plan du droit, la raison essentielle¹⁶³ : face à l'incertitude des preuves permettant de réunir les éléments constitutifs du crime, notamment la difficulté pour le médecin expert de montrer, pour qu'il y ait eu homicide, que l'enfant était vivant, la Cour va proportionner la peine aux éléments dont elle dispose avec certitude et aux présomptions qu'elle peut y ajouter¹⁶⁴. La rigueur de la sanction apparaît donc moins en fonction de la gravité de l'acte incriminé que de la preuve de celui-ci. Dans un esprit qui est celui du *Pro modo probationum*, « un crime passible de mort d'après la loi est sanctionné par une peine moindre en raison d'une preuve incomplète »¹⁶⁵.

Malgré le recours à la science et à des preuves scientifiques, dont le rôle grandit et dont le juge est de plus en plus dépendant, celles-ci restent fragiles et donc contestables. Conscient de cette réalité et des conséquences que ses décisions peuvent avoir, le Sénat nous livre finalement, dans la subtile homogénéité de sa jurisprudence, une leçon de droit, de prudence et d'humanité.

¹⁶¹ Pour plus de détails, M. Ortolani, *L'infanticide devant le Sénat de Nice...*, op. cit. p. 203 et s.

¹⁶² M. Mangino, *La criminalità nel regno di Sardegna attraverso le sentenze del Senato di Piemonte durante il regno di Carlo Felice*, Tesi laurea, Torino, 1986-87, pp. 111-112 ; G. Rizzo, *la criminalità negli stati sabaudi...*, p. 160 ; A. Di Fabio, *Ricerche sulla criminalità...*, op. cit. p. 72 ; en France, la situation est assez similaire : R. Lalou, *L'infanticide devant les tribunaux français 1825-1910*, op. cit. p. 190 : « la peine de mort pour infanticide est tombée en désuétude dès la première moitié du XIXe siècle ».

¹⁶³ Dans les travaux portant simplement sur les sentences prononcées et non motivées, les auteurs s'étonnent de ce décalage entre la loi et la jurisprudence et entre les jugements eux-mêmes sans pouvoir l'expliquer : G. Rizzo, *la criminalità negli stati sabaudi...*, op. cit. p. 85 ; V. Sommacal, *La criminalità nel regno di Sardegna attraverso le sentenze del Senato di Piemonte durante il regno di Vittorio-Emmanuel I*, op. cit. pp. 154-155 ; A. Di Fabio, *Ricerche sulla criminalità...*, op. cit. p. 75 : « n'ayant à notre disposition que le dispositif de la sentence et ne pouvant en aucune façon connaître les motivations de la décision, nous ne pouvons formuler que des suppositions concernant le comportement du Sénat ».

¹⁶⁴ On s'éloigne de « la détermination rigide de la peine en fonction du type de crime, pour la concevoir au contraire en proportion de la gravité de celui-ci » : M. B. Bertini, M.P. Niccoli, *L'ordinamento giudiziario durante la Restaurazione*, op. cit. p. 128.

¹⁶⁵ Y. Bongert, *Le Pro modo probationum, intime conviction avant la lettre ?*, in « *Revue historique de droit français et étranger* », 2000, p. 37.