

L'embryon en droit français : titulaire d'un statut juridique ?

Marie-Claude Gaudreault

Volume 28, Number 4, December 1997

URI: <https://id.erudit.org/iderudit/1035617ar>

DOI: <https://doi.org/10.7202/1035617ar>

[See table of contents](#)

Publisher(s)

Éditions Wilson & Lafleur, inc.

ISSN

0035-3086 (print)

2292-2512 (digital)

[Explore this journal](#)

Cite this article

Gaudreault, M.-C. (1997). L'embryon en droit français : titulaire d'un statut juridique ? *Revue générale de droit*, 28(4), 467–493.
<https://doi.org/10.7202/1035617ar>

Article abstract

Recent progress in biotechnology has led to important discoveries in the field of life sciences and human reproduction. These discoveries have revived the debate over the legal status of the human embryo. This dilemma is not a new one; it has persisted since the Roman law period. What is new, however, is the context in which it is now raised: reproductive technology.

By way of a brief historical overview, the author introduces the various rules of law that have found and still find application under French civil law. From this overview it will become clear that French civil law has always been reluctant to recognize the juridical personality of the unborn. The analysis will then focus on the "bioethical" legislation introduced in France in July of 1994. Once again the question will appear straightforward: Where the human embryo is concerned, should it be considered a subject or an object of law? From this question the author concludes that the French legislation still lacks a definition of the legal status of the embryo. Nevertheless, the new legislation introduced in 1994 has established a set of rules and regulations aimed at increasing control over new reproductive technologies and while doing so, increasing protection of the human embryo conceived by means of artificial reproduction.

L'embryon en droit français : titulaire d'un statut juridique?

MARIE-CLAUDE GAUDREAU*
Notaire

RÉSUMÉ

Les récents progrès de la biotechnologie ont mené à d'importantes découvertes dans le domaine des sciences de la vie et de la reproduction humaine. Lorsqu'il s'agit de l'embryon humain, il n'en fallait pas plus pour relancer le débat quant à sa qualification juridique. Dans la mesure où la question s'est posée dès l'époque du droit romain, la problématique n'a donc vraiment de nouveau que le contexte dans lequel elle est maintenant soulevée : la procréation médicalement assistée. Par un rappel historique, l'auteure nous présente les diverses règles qui ont trouvé et qui continuent toujours de trouver application selon le droit civil français. L'on constatera ainsi que le droit a toujours hésité à reconnaître une personnalité juridique à l'enfant conçu. Par la suite, l'analyse s'arrête aux modifications apportées à la législation française en juillet 1994, par les lois dites « bioéthiques ». Encore une fois, la question semble simple; sommes-nous en présence d'un sujet ou d'un objet de droit?

ABSTRACT

Recent progress in biotechnology has led to important discoveries in the field of life sciences and human reproduction. These discoveries have revived the debate over the legal status of the human embryo. This dilemma is not a new one; it has persisted since the Roman law period. What is new, however, is the context in which it is now raised: reproductive technology. By way of a brief historical overview, the author introduces the various rules of law that have found and still find application under French civil law. From this overview it will become clear that French civil law has always been reluctant to recognize the juridical personality of the unborn. The analysis will then focus on the "bioethical" legislation introduced in France in July of 1994. Once again the question will appear straightforward: Where the human embryo is concerned, should it be considered a subject or an object of law? From this question the author concludes that the French legislation still lacks a definition of the legal

* Ce texte est une version révisée d'une recherche dirigée réalisée dans le cadre d'une maîtrise à la Faculté de droit de l'Université d'Ottawa (LL.M.). L'auteure tient à remercier monsieur le professeur J. Beaulne, de cette Faculté, pour ses précieux commentaires et son assistance quant à la réalisation de cette recherche. Les opinions émises sont celles de l'auteure.

Sans définir de statut précis pour l'embryon humain, le législateur français vient, par cet ensemble de lois, à tout le moins encadrer pour la première fois l'assistance médicale à la procréation et par le fait même, établir une protection pour tout embryon issu de cette dernière.

status of the embryo. Nevertheless, the new legislation introduced in 1994 has established a set of rules and regulations aimed at increasing control over new reproductive technologies and while doing so, increasing protection of the human embryo conceived by means of artificial reproduction.

SOMMAIRE

Introduction	469
I. La situation de l'embryon, en droit français, antérieurement aux lois bioéthiques de 1994	470
A. L'état du questionnement sur le statut de l'embryon en droit français.....	471
1. Les principes de droit pré-Code civil	471
a) <i>Le principe romain de l'infans conceptus</i>	471
b) <i>Le principe de l'animation</i>	472
2. Les droits de l'embryon dans le <i>Code civil français</i>	472
a) <i>Le domaine des successions</i>	473
b) <i>Le domaine des libéralités</i>	473
B. La situation juridique de l'embryon	475
1. Les implications juridiques des règles de droit applicables à l'embryon.....	475
a) <i>La conditionnalité de la personnalité</i>	475
b) <i>La personnalité rétroactive ou l'anticipation de la personnalité?</i>	476
c) <i>Le meilleur intérêt de l'enfant à naître</i>	477
2. Le statut juridique de l'embryon et ses droits	477
a) <i>La personnalisation de l'embryon</i>	477
b) <i>La réification de l'embryon</i>	478
c) <i>La personne par destination</i>	478
II. Les modifications législatives de juillet 1994 : vers un nouvel ordre?.....	479
A. Les lois bioéthiques de juillet 1994	479
1. La loi n° 94-653 du 29 juillet 1994.....	480
a) <i>Le respect du corps humain</i>	481
b) <i>L'inviolabilité du corps humain</i>	482
c) <i>La protection de l'embryon humain</i>	483
2. La loi n° 94-654 du 29 juillet 1994.....	485
a) <i>L'assistance médicale à la procréation</i>	485
b) <i>Res extra-commercium et les principes de recherche et d'expérimentation</i>	486
c) <i>La notion de l'accueil de l'embryon conçu in vitro</i>	487

B. L'impact des modifications introduites par les lois bioéthiques sur l'embryon et son statut.....	488
1. Le statut de l'embryon et ses droits.....	488
2. L'ironie des embryons surnuméraires	489
3. Vers une plus grande protection de l'embryon humain?.....	490
Conclusion.....	491

INTRODUCTION

Les récents progrès de la biologie et de la médecine ont mené à des découvertes importantes pour l'homme. Ainsi, la procréation médicalement assistée ou l'assistance médicale à la procréation, comme l'on se plaît à l'appeler en France¹, est venue repousser les barrières de la stérilité; par le fait même, c'est toute l'humanité qui s'est vue sur le point d'être transformée. Ce développement technologique dans les sciences de la vie ne s'est toutefois pas fait sans heurter l'ordre éthique et juridique préétabli. Les nouvelles règles du jeu en matière de procréation concernent autant l'individu que la société, les relations entre l'homme et la science que le « droit » à l'enfant *versus* les droits de ce dernier². C'est à ces droits de l'enfant que nous allons nous intéresser plus particulièrement.

Selon les normes juridiques, dès l'instant de sa naissance vivante et viable, l'enfant reçoit la qualification de personne et ainsi la capacité et les droits inhérents à cet état. Toutefois, les juristes sont plus sceptiques lorsqu'ils s'arrêtent aux implications qu'une telle qualification antérieure à la naissance pourrait avoir. C'est sur cet aspect de la question que nous nous concentrerons et plus particulièrement, sur l'état du droit lorsqu'il s'agit de l'enfant conçu qui en est au stade embryonnaire de son développement.

Il semble étonnant que cet « être », si petit soit-il, engendre autant de réflexions et d'interrogations quant à sa qualification juridique. Pourtant l'embryon humain est, sur le plan scientifique, membre à part entière de l'espèce humaine; comme le disait Tertullien, « est déjà homme l'entité destinée à le devenir » (*Homo est qui future est*)³.

1. En France, la « procréation médicalement assistée » (PMA) désigne l'assistance médicale après la naissance alors que « l'assistance médicale à la procréation » (AMP) s'attache à toutes les interventions antérieures à la naissance qui mènent à la conception artificielle de l'enfant, voir à cet effet l'article L. 152-1 du *Code de la santé publique*; H. CARVAIS-ROSENBLATT, « De la procréation médicalement assistée à l'assistance médicale à la procréation : les nouvelles dispositions de la loi du 29 juillet 1994 », *Gaz. Pal.* 1994, II, 12.

2. M. BUGUET-CORDIER, « La médecine moderne de la procréation dans le droit de la famille et dans le droit successoral », *Rapports officiels du notariat français*, XXI^e Congrès international du notariat latin, France, 1995, p. 197.

3. J.-P. GRIDEL, *Notions fondamentales de droit et droit français*, Paris, Éditions Dalloz, 1992, p. 620.

C'est toutefois sur le plan juridique que la qualification de l'embryon cause un dilemme. Traditionnellement, le droit a toujours hésité à reconnaître spécifiquement une personnalité juridique à l'enfant conçu mais non né et ce, même s'il bénéficie d'une certaine protection. Dès lors, il faut se demander si nous sommes juridiquement en présence d'une personne, sujet de droit ou encore d'une simple chose, objet de droit. La question est à la fois simple mais combien difficile, surtout lorsque l'on se rappelle que l'embryon est, qu'on le veuille ou non, l'incarnation même de ce que nous avons tous déjà été et sans lequel aucun de nous ne serait. À ces difficultés plus classiques s'ajoute la question épineuse des embryons surnuméraires générés lors de l'assistance médicale à la procréation. Le tableau ne peut être plus complet!

Voilà pourquoi il devient important, sinon urgent, de définir le statut juridique de l'embryon. Le législateur se devait d'intervenir à ce niveau et, puisque la France a en 1994 adopté une réforme par le biais des lois dites « bioéthiques »⁴, nous nous intéresserons donc à analyser, sous le point de vue exclusif du droit français, la portée de ces modifications sur l'embryon et sur son statut. Ceci nous laisse donc devant deux questions d'envergure à savoir : la reconnaissance, en droit français, d'un statut juridique à l'embryon et l'efficacité de la protection législative qui lui est accordée.

Ainsi, nous constaterons que la réforme de juillet 1994 est certainement venue bouleverser certains aspects du droit français en matière d'assistance médicale à la procréation et en ce qui touche plus particulièrement l'embryon. Toutefois, nous sommes en droit de nous interroger sur l'efficacité de cette intervention du législateur. L'on se doit de constater que la réforme opérée en juillet 1994 n'a peut-être pas eu l'impact espéré par certains sur la situation juridique de l'embryon. On peut également mettre en doute l'efficacité de la protection envisagée pour l'embryon qui, malgré un encadrement rigoureux, souffre de l'incohérence de certaines dispositions.

I. LA SITUATION DE L'EMBRYON, EN DROIT FRANÇAIS, ANTÉRIEUREMENT AUX LOIS BIOÉTHIQUES DE 1994

Il faut se rappeler que lorsqu'il s'agit strictement de biologie, l'état d'embryon est un des trois stades identifiés dans le développement de l'enfant non né. Selon le Comité consultatif national d'éthique, l'état d'embryon désigne,

[...] le stade du développement qui marque le passage d'une cellule unique, l'œuf, à un ensemble complexe de cellules, le fœtus. Au cours de cette période l'œuf commence par se diviser, puis les cellules obtenues se différencient les unes des autres et s'organisent pour définir progressivement les caractéristiques propres du fœtus.⁵

4. *Loi n° 94-653 du 29 juillet 1994 relative au respect du corps humain, JO, 30 juillet 1994; Loi n° 94-654 du 29 juillet 1994 relative au don et à l'utilisation des éléments et produits du corps humain, à l'assistance médicale à la procréation et au diagnostic prénatal, JO, 30 juillet 1994.*

5. CCNE, *Les recherches sur les embryons humains in vitro et leur utilisation à des fins médicales et scientifiques*, Rapport 1986, Doc. fr., p. 32, cité dans H. CARVAIS-ROSENBLATT, *loc cit.*, note 1, p. 14.

Ainsi, lorsque l'on réfère à l'embryon, l'on parle en fait du produit de la conception dans sa deuxième étape de développement, c'est-à-dire dès la deuxième semaine, lors de l'implantation dans la cavité utérine, jusqu'à environ six à huit semaines après la fécondation⁶.

A. L'ÉTAT DU QUESTIONNEMENT SUR LE STATUT DE L'EMBRYON EN DROIT FRANÇAIS

1. Les principes de droit pré-Code civil

Dans la mesure où la question s'est posée dès le droit romain, la problématique entourant le statut juridique de l'embryon n'a vraisemblablement de nouveau que le cadre dans lequel elle est généralement soulevée, soit celui de la procréation médicalement assistée ou encore de l'assistance médicale à la procréation. Historiquement, il est clair que dès l'origine du questionnement sur son statut, l'embryon ne bénéficie pas d'une personnalité civile distincte de sa mère puisque selon les conceptions biologiques de cette époque, il est *pars viscerum matris*⁷.

a) Le principe romain de l'*infans conceptus*

C'est toutefois un autre adage romain rapporté au *Digeste*, *infans conceptus pro nato habetur quoties de commodis ejus agitur*⁸, qui nous en apprend plus long sur la situation juridique de l'embryon. Selon ce principe, l'embryon est tenu pour né chaque fois qu'il y va de son intérêt premier. À l'époque du droit romain, cette maxime servait à justifier des solutions précises et déterminées, soit lors de prétentions à une succession par l'enfant né *post mortem* du *de cujus* ou pour lui attribuer la *status libertatis*⁹. Cette théorie, considérée comme un principe général du droit¹⁰, a longtemps paru suffisante puisqu'elle présente l'avantage de la logique et du bon sens¹¹.

6. THE GLOVER REPORT TO THE EUROPEAN COMMISSION, *Ethics of New Reproductive Technologies*, J. GLOVER (éd.), DeKalb, Northern Illinois University Press, 1989, p. 94.

7. Selon cet adage, l'enfant non né était une partie intégrante de la chair de sa mère, sans être dissociable de quelque façon que ce soit de cette dernière et ce, jusqu'à la naissance; J.-H. ROBERT, « Les techniques bio-médicales en face du droit pénal », dans *Archives de philosophie du droit : droit et science*, tome 36, Paris, Sirey, 1991, p. 81.

8. C'est-à-dire que l'enfant conçu est réputé né dès qu'il y va de son intérêt.

9. Le *status libertatis* consistait à permettre à un enfant d'être considéré comme libre malgré le fait que sa mère ait été esclave lors de l'accouchement si cette dernière avait été, à un moment quelconque de la grossesse, libre. Voir à cet effet, J.-P. GRIDEL, *op cit.*, note 3, p. 630.

10. Le principe *infans conceptus* est jugé par la jurisprudence française comme étant un principe général, non écrit, du droit. Cette jurisprudence ne décide toutefois pas s'il s'agit d'un principe fondamental reconnu par les lois de la France. Néanmoins, elle admet la généralité du principe qui assimile l'enfant conçu à la personne née; voir à cet effet une jurisprudence de la Cour de cassation selon laquelle on peut reconnaître un enfant conçu et ainsi le compter parmi les bénéficiaires d'une majoration de capital-décès, Cass. 1^{re} civ. 10 décembre 1985, (*Gaz. Pal.*, 1986.2, somm. p. 323, note PIÉDELIÈVRE).

11. G. MÉMETEAU, « La situation juridique de l'enfant conçu, de la rigueur classique à l'exaltation baroque », (1990) 89 *Rev. trim. dr. civ.*, p. 612.

Afin de vraiment apprécier cette maxime à sa juste valeur, il faut également s'attarder à son application dans le droit positif français. Comme nous le verrons, plusieurs solutions législatives et jurisprudentielles ont pour base première l'*infans conceptus*¹². Ainsi, cette capacité de l'enfant conçu d'être titulaire de droits est réaffirmée dans plusieurs articles du *Code civil français* qui ont été directement inspirés de cet adage romain et dont nous verrons la portée un peu plus loin¹³.

b) *Le principe de l'animation*

Une autre période à identifier dans le développement des théories sur les droits de l'enfant conçu est celle qui a vu naître le concept de l'animation, connu également sous le nom de « l'humanisation différée »¹⁴. C'est un principe qui a pour racines la philosophie. Aristote a d'ailleurs élaboré certaines distinctions à son égard et Saint-Thomas d'Aquin l'a fait sien. Toutefois, c'est à Justinien que reviendra l'initiative de fixer le début de l'animation de l'enfant conçu au quarantième jour de la grossesse. Avec le Moyen-Âge, apparaîtront différents seuils d'animation selon le sexe de l'enfant¹⁵.

Déjà à ces différentes époques et malgré des connaissances limitées dans le domaine des sciences de la vie, le principe de l'animation consiste à reconnaître progressivement un statut à l'embryon à partir d'étapes situées entre la conception et la naissance, sous réserve de naître vivant et viable. Ainsi, on considère notamment que l'embryon ne sera reconnu en tant qu'individu que par l'acquisition progressive des attributs caractéristiques de l'être humain¹⁶.

C'est en fonction de cette théorie que se posait, à ces époques, la question qui nous intéresse, soit l'existence de la personnalité de l'embryon. Cette théorie sera toutefois condamnée au XVII^e siècle que pour mieux réapparaître dans la philosophie moderne, sous le couvert de la personnalité potentielle ou humanisation différée, concept sur lequel s'interroge toujours le monde juridique¹⁷.

2. Les droits de l'embryon dans le *Code civil français*

Les choses en sont restées là pour l'enfant conçu jusqu'en 1804, année de l'introduction du *Code civil français*. Par le fait même, le droit positif français a multiplié les utilisations de la maxime de l'*infans conceptus*. Ainsi, plusieurs des dispositions du Code sont venues accorder un certain statut à l'embryon au regard

12. À titre d'exemple voir l'application des articles 725 et 906 du *Code civil français*. C'est également très tôt que la Cour de cassation s'est prononcée sur la question. Dans un arrêt de la Chambre des requêtes en date du 22 mars 1841, la Cour suprême déclare : « Attendu que l'art. 725 [...] donne à l'enfant conçu tous les droits qu'il aurait s'il était né [...] », Cass. req. 22 mars 1841, Rép. civ. v. Succession n^o 84, note 1; voir aussi G. RAYMOND, « Le statut juridique de l'embryon humain », *Gaz. Pal.* 1993, I, 8.

13. Il s'agit ici des dispositions prévues aux articles 725, 902, 906, 1048, 1049 et 1082 du *Code civil français*. Par ailleurs, il faut ici souligner que l'on retrouve des dispositions similaires aux articles 617, 1814 et 1840 du *Code civil du Québec*.

14. S. LE BRIS, « La procréation médicalement assistée et parentalité à l'aube du 21^{ème} siècle », (1994) *I C.P. du N.*, p. 141.

15. G. RAYMOND, *loc cit.*, note 12, p. 7; G. MÉMETEAU, *loc cit.*, note 11, p. 618.

16. S. LE BRIS, *loc cit.*, note 14.

17. *Ibid.*; G. RAYMOND, *loc cit.*, note 12, p. 7.

de la loi, et ont considéré l'enfant conçu comme étant capable de supporter les éléments d'un actif patrimonial avant même sa naissance¹⁸.

Lors des travaux préparatoires à la rédaction du Code civil, il fut d'ailleurs déclaré qu'il « suffit que l'enfant soit conçu pour être habile à succéder, “parce que l'enfant existe dès l'instant de la conception et qu'il est réputé né lorsqu'il y va de son intérêt” »¹⁹. Cette représentation de l'enfant conçu se retrouve ainsi à quelques reprises dans le *Code civil français*.

Cependant, mis à part l'appropriation implicite de la maxime romaine de l'*infans conceptus* et la présomption de durée de la grossesse prévue par l'article 312 du Code civil de l'époque, les questions à savoir quel est le statut juridique réel de l'embryon et s'il peut être titulaire de droits sont demeurées sans réponse concrète.

a) *Le domaine des successions*

Un premier exemple de droits accordés à un enfant conçu suite à l'application du principe de l'*infans conceptus* dans le droit positif se retrouve au Chapitre Deuxième du Titre Premier, « Des successions », ainsi :

Art. 725. Pour succéder, il faut nécessairement exister à l'instant de l'ouverture de la succession. Ainsi, sont incapables de succéder :

- 1° Celui qui n'est pas encore conçu;
- 2° L'enfant qui n'est pas né viable;

Il est à noter que c'est *a contrario* que l'article 725 du *Code civil français* doit être interprété. Ainsi, on a tôt fait d'en déduire que l'enfant conçu qui naît viable peut hériter d'une part dans la succession *ab intestat* du défunt et ce, même si sa naissance est posthume²⁰. Ceci nous permet de constater que certains droits sont effectivement accordés à l'enfant non né, en autant qu'il ait une naissance viable²¹.

Cette interprétation trouve également un soutien dans la jurisprudence française qui s'est notamment prononcée, par l'intermédiaire de la Cour de cassation²², à l'effet que cet article 725 du Code civil donnait à l'enfant conçu tous les droits dont il bénéficierait s'il était déjà né. Par l'application de cet article, l'embryon se retrouve donc titulaire de droits et par le fait même, d'une personnalité juridique conditionnelle à sa naissance vivante et viable.

b) *Le domaine des libéralités*

L'embryon se voit également reconnaître certains droits en matière de donation et de succession testamentaire. Ainsi, le Code civil dispose :

Art. 906. Pour être capable de recevoir entre vifs, il suffit d'être conçu au moment de la donation. Pour être capable de recevoir par testament, il suffit d'être conçu à l'époque du décès du testateur. Néanmoins, la donation ou le testament n'auront leur effet qu'autant que l'enfant sera né viable.

18. J.-P. GRIDEL, *op cit.*, note 3, p. 630.

19. G. MÉMETEAU, *loc cit.*, note 11, p. 614.

20. J.-P. GRIDEL, *op cit.*, note 3, p. 630. Le *Code civil du Québec*, au premier alinéa de son article 617, adopte également cette attitude face aux qualités requises pour succéder.

21. À cet égard, notons que la notion de conditionnalité qui se rattache à la maxime de l'*infans conceptus* sera traitée plus particulièrement dans une section ultérieure de l'analyse.

22. Cass. req. 22 mars 1841, voir *supra*, note 12.

Il est à noter que l'article 906 du *Code civil français* doit être analysé en parallèle avec la disposition prévue à l'article 902 de ce même Code²³. Cet article énonce le principe d'application générale en ce qui concerne la capacité de recevoir par donation entre vifs ou par testament. De la lecture de ces deux dispositions, on peut conclure que l'enfant conçu et donc l'embryon, est une personne susceptible de recevoir entre vifs²⁴.

Il est aussi possible de déduire de quelques autres dispositions du *Code civil français* qu'un certain statut est accordé à l'enfant conçu. Ainsi en est-il des dispositions prévues respectivement aux articles 1048²⁵, 1049²⁶, et 1082²⁷ du Code civil. Le point de rattachement commun à ces dispositions, mis à part le fait qu'elles traitent toutes trois de donations entre vifs ou testamentaires, est très certainement l'inclusion possible, à titre de donataires ou bénéficiaires, des enfants à naître.

Il faut toutefois souligner que ces dispositions ont toutes été rédigées à une époque où l'assistance médicale à la procréation était inexistante et la création en laboratoire d'embryons, impensable. Ce fait a une importance évidente pour comprendre les textes ainsi que leurs limites. On peut ainsi remarquer que le *Code civil français* ne s'intéressait à l'enfant à naître qu'en regard de l'impact patrimonial. Le législateur ne s'est ainsi attardé qu'à prévoir l'éventualité selon laquelle un enfant conçu pourrait bénéficier de droits antérieurement à sa naissance vivante et viable.

Conséquemment, jamais le *Code civil français* d'avant 1994 ne semble s'intéresser à l'aspect de la personnalité juridique de l'embryon ou de l'enfant à naître. Ainsi, bien que l'on puisse affirmer que l'enfant conçu pouvait bénéficier de droits s'il naissait vivant et viable, rien n'indique que ce dernier était aussi titulaire d'un statut et de ce que l'on peut appeler les « droits de la personnalité ». Dès lors, la portée réelle de ces textes du Code civil n'avait pour effet que d'effleurer la question de l'enfant conçu. Cet état des choses était-il dû au fait que l'on présumait

23. Art. 902. Toutes personnes peuvent disposer et recevoir, soit par donation entre vifs, soit par testament, excepté celles que la loi en déclare incapables.

24. G. MÉMETEAU, *loc cit.*, note 11, p. 614. Parallèlement, ce même principe est repris au *Code civil du Québec*, à ses articles 1814 et 1840.

25. Art. 1048. Les biens dont les père et mère ont la faculté de disposer, pourront être par eux donnés, en tout ou en partie, à un ou plusieurs de leurs enfants, par actes entre vifs ou testamentaires, avec la charge de rendre ces biens aux enfants nés et à naître, au premier degré seulement, desdits donataires.

26. Art. 1049. Sera valable, en cas de mort sans enfants, la disposition que le défunt aura faite par acte entre vifs ou testamentaire, au profit d'un ou plusieurs de ses frères ou sœurs, de tout ou partie des biens qui ne sont point réservés par la loi dans sa succession, avec la charge de rendre ces biens aux enfants nés et à naître, au premier degré seulement, desdits frères ou sœurs donataires.

27. Art. 1082. Les père et mère, les autres ascendants, les parents collatéraux des époux, et même les étrangers, pourront, par contrat de mariage, disposer de tout ou partie des biens qu'ils laisseront au jour de leur décès, tant au profit desdits époux, qu'au profit des enfants à naître de leur mariage, dans le cas où le donateur survivrait à l'époux donataire.

Pareille donation, quoique faite au profit seulement des époux ou de l'un d'eux, sera toujours dans ledit cas de survie du donateur, présumée faite au profit des enfants et descendants à naître du mariage.

que cet enfant était déjà effectivement doté de la personnalité juridique ou était-ce plutôt parce que l'on ne s'était jamais vraiment interrogé sur la question? Or, c'est précisément sur cette notion de la personnalité juridique que se concentre toujours la problématique actuelle entourant l'enfant conçu.

B. LA SITUATION JURIDIQUE DE L'EMBRYON

1. Les implications juridiques des règles de droits applicables à l'embryon

À la lecture de ces différentes dispositions, on peut constater que le droit français a mis en œuvre différents mécanismes afin d'accorder à l'enfant conçu l'accès à des droits normalement réservés au titulaire de la personnalité juridique. Par ailleurs, la majorité de ces dispositions sont reliées de près ou de loin à l'application de la maxime de l'*infans conceptus*. Comme nous l'avons déjà mentionné, l'application de cet adage en droit positif français est traditionnellement réservée à l'établissement de droits héréditaires à l'égard de l'enfant non né, ce qui lui permet d'être saisi et de bénéficier de droits comme être vivant et viable et ce, avant même sa naissance²⁸. Le relais pris par la doctrine nous indiquait aussi que : « dans la perspective traditionnelle, l'enfant conçu a un statut uniforme tout au long de la grossesse : il le doit à sa qualité de sujet de droit, évidemment toujours égale à elle-même »²⁹. Nonobstant ceci, il faut souligner que les solutions proposées n'ont aucunement eu pour effet de personnaliser l'embryon pendant la période prénatale.

a) La conditionnalité de la personnalité

Conséquemment, il est nécessaire de tempérer cette règle proposée par l'adage *infans conceptus*. Ce principe démontre d'ailleurs une certaine incohérence en accordant à l'enfant non né un statut qui, d'un côté tient compte du fait qu'il n'est pas encore une personne au sens juridique du terme mais qui de l'autre côté, admet qu'il deviendra une telle personne, sous réserve d'accidents de parcours. On atténue ainsi la règle afin de mieux imposer à la personnalité de l'enfant conçu une condition³⁰.

Ainsi, cette « logique apparente » du droit découlant de l'application de l'*infans conceptus* repose essentiellement sur la création d'une fiction juridique par laquelle l'embryon peut, si tel est son intérêt patrimonial, bénéficier de la personnalité juridique conditionnelle³¹. De cette fiction juridique, il faut noter deux

28. J. VAUTIER et P. CHASSAING, « Le notaire et l'enfant à naître », *Répertoire du notariat Defrenois*, n° 1, 1995, p. 16; voir également S. PHILIPS-NOOTENS, « Être ou ne pas être... une personne juridique : variations sur le thème de l'enfant conçu », dans *Mélanges Germain Brière*, E. CAPARROS (dir.), Collection bleue, Montréal, Wilson et Lafleur Ltée, 1993, p. 207.

29. G. MÉMETEAU, *loc cit.*, note 11, p. 615.

30. *Ibid.*

31. J.-P. GRIDEL, *op cit.*, note 3, p. 632; S. PHILIPS-NOOTENS, *loc cit.*, note 28, p. 207; P.A. CRÉPEAU, « L'affaire *Daigle* et la Cour suprême du Canada ou la méconnaissance de la tradition civiliste », dans *Mélanges Germain Brière*, *op. cit.*, note 28, pp. 257-258.

choses : d'abord, ce n'est que sur le plan strictement patrimonial que l'intérêt de l'enfant entre en jeu. Il n'est d'ailleurs jamais question dans aucune des dispositions du Code civil de l'intérêt personnel de l'enfant à naître. Ensuite, il faut souligner la conditionnalité de cette personnalité puisque son obtention, par le jeu du principe de l'*infans conceptus*, est soumise à la condition initiale de la naissance vivante et viable de l'enfant. La question de l'intérêt de l'enfant conçu de bénéficiaire de ces droits entre également en jeu comme condition subsidiaire aux deux précédentes, venant ainsi restreindre encore plus l'application de la théorie de l'*infans conceptus*.

b) *La personnalité rétroactive ou l'anticipation de la personnalité?*

Le concept de la personnalité juridique conditionnelle de l'embryon soulève aussi deux hypothèses quant à son application. S'agit-il en fait d'une condition rétroactive dès qu'il y a naissance vivante et viable de la part de l'embryon ou plutôt de l'anticipation d'un statut découlant de cette même naissance vivante et viable? La réponse peut tenir dans la question de la naissance de l'enfant et la condition de naître vivant et viable qui, « à partir du moment où l'on admet l'anticipation de la personnalité civile de l'embryon, ne peut s'analyser que comme une condition résolutoire »³².

Ainsi, à défaut de naître vivant et viable, la personnalité civile de l'embryon disparaîtra rétroactivement et, aux yeux du droit, il sera supposé n'avoir jamais existé et par conséquent, n'avoir jamais été titulaire de quelconques droits. Il est à noter que cette condition résolutoire ne vient aucunement remettre en cause la qualité d'être humain de l'embryon mais simplement sa personnalité civile.

Cependant, il faut ici encore tempérer cette approche en s'attardant à l'application des dispositions proposées par le *Code civil français*. Dans un premier temps, on peut constater que l'article 906 du Code civil soumet la personnalisation de l'enfant au fait d'être conçu et d'être ainsi capable de recevoir. Dans l'éventualité où cet enfant n'aurait pas une naissance viable, cette disposition présume non pas que cet enfant n'a jamais existé mais plutôt que c'est la libéralité devant lui profiter qui est privée d'effet. Cet article du Code présente un intérêt certain pour l'analyse du statut de l'enfant à naître. Il faut se rappeler qu'à l'article 725 du Code civil, c'est contre l'enfant qui n'est pas né viable que la présomption de « non-existence » joue alors qu'à l'article 906 du même Code, c'est plutôt la libéralité qui est directement affectée. Selon un auteur, cette distinction est importante puisque, si les mots ont un sens, le Code civil prend ici position quant à la qualité juridique du sujet, soit l'enfant conçu et donc, l'embryon³³.

À la lecture de ces quelques dispositions, on est à même de constater que l'application du droit positif n'est vraiment effective que rétrospectivement à la naissance vivante et viable de l'embryon. Les articles 725, 902 et 906 du *Code civil français* réaffirment la qualité humaine de l'enfant conçu et lui donnent ainsi ouverture à la personnalité juridique.

Si en droit civil, l'homme n'est reconnu sujet de droits que s'il possède la personnalité juridique, cette personnalité est le fruit au moins de la lecture du code conférant des droits [en l'occurrence patrimoniaux] à l'enfant conçu.³⁴

32. G. RAYMOND, *loc cit.*, note 12, p. 10.

33. G. MÉMETEAU, *loc cit.*, note 11, p. 614.

34. *Ibid.*

c) *Le meilleur intérêt de l'enfant à naître*

Malgré ceci, il ne faut également pas oublier que bien que l'on assimile à l'enfant né celui simplement conçu, son existence n'est toujours pas, sur le plan juridique, distincte de celle de sa mère; il est toujours *pars viscerum matris* et, selon les termes de ce vieil adage, ce n'est que par sa naissance qu'il acquerra cette existence indépendante. Donc, « l'enfant conçu n'est vraiment une personne que par le fruit de l'imagination [et, ...] seul l'intérêt de l'enfant la fait jouer »³⁵.

C'est justement à ce niveau, soit celui de l'intérêt de l'enfant qu'il est intéressant de s'attarder brièvement. Cette notion vient en fait imposer une autre limitation à l'application de l'adage de l'*infans conceptus*. En soumettant l'enfant, pendant le stade embryonnaire, à une condition du meilleur intérêt, on vient retirer à ce même enfant à naître le plein exercice des attributs de la personnalité juridique.

Il faut peut-être se réjouir du fait que l'enfant conçu ne puisse être investi que de droits et jamais d'obligations. Néanmoins, en lui niant la possibilité de détenir un patrimoine complet, actif et passif, on vient du même coup nier à l'embryon la substance nécessaire à la formation d'une personnalité juridique complète³⁶. Dès lors, il est entendu que la théorie classique de l'*infans conceptus*, en instaurant le principe de la personnalité conditionnelle pour l'enfant conçu répond ainsi à un double besoin de respecter le principe d'existence de l'embryon tout en restreignant son application. Toutefois ceci ne semble pas suffisant pour conférer à l'enfant à naître la personnalité juridique et par conséquent un statut déterminé.

2. Le statut juridique de l'embryon et ses droits

Nous venons d'identifier les implications juridiques qui ressortent des différentes dispositions du *Code civil français* d'avant 1994. Il faut maintenant évaluer l'impact de ces implications lorsqu'il s'agit de définir si l'embryon bénéficiait bien d'un statut déterminé et protégé par la loi avant même la réforme de juillet 1994. À ce niveau, on peut constater que trois différentes possibilités sont disponibles sur le plan juridique; soit la personnalisation de l'embryon, sa réification ou encore, la notion médiane de personne par destination.

a) *La personnalisation de l'embryon*

D'un côté, on peut d'abord constater que l'enfant conçu pouvait, à l'occasion, tirer profit de droits dont seul un titulaire de la personnalité juridique pouvait normalement bénéficier. L'application du principe général de droit qu'est la maxime de l'*infans conceptus*, alliée aux dispositions pertinentes du *Code civil français* dont nous avons déjà discuté les effets, venaient bien refléter cette conception de la personnalité juridique quoique conditionnelle de l'embryon. Cette « conditionnalité » de la personnalité juridique était toutefois un obstacle majeur à l'obtention d'un statut pour l'embryon. Ce dernier ne pouvait ainsi en aucun temps

35. *Id.*, p. 616.

36. J.-P. GRIDEL, *op cit.*, note 3, p. 633.

bénéficiaire pleinement des attributs de la personnalité juridique et ce, quant à l'aspect patrimonial de la question mais aussi et surtout, quant à l'aspect « droits de la personnalité ». Dès lors, la personnalité accordée à l'enfant à naître était incomplète, son état de sujet de droit s'en retrouvant, par le fait même, menacé.

b) La réification de l'embryon

D'un autre côté, certains textes prévus ailleurs qu'au Code civil ne s'inscrivaient pas dans cette ligne traditionnelle du droit. Il en était ainsi pour certaines dispositions prévues au *Code de la santé publique*, notamment à l'article 671-2 bis, alinéa sixième :

Les deux membres du couple peuvent par ailleurs préciser qu'ils acceptent que, lors de la conservation, à titre exceptionnel, une recherche scientifique puisse être effectuée dans les conditions prévues à l'art. L. 672-7.

Cette disposition qui, remise dans son contexte, traitait plus spécifiquement des embryons congelés issus de l'assistance médicale à la procréation, tend à faire de l'embryon un objet de droit. Cette réification de l'enfant conçu s'infère de la confirmation, faite par cet article, de la maîtrise des « parents » sur l'embryon. Parallèlement, il faut aussi noter que cette disposition imposait, par surcroît, une inégalité entre les embryons. Ainsi, les règles de droit antérieures à 1994 différaient selon qu'ils étaient conçus *in vivo* ou encore *in vitro*³⁷. Dès lors, on ne peut que conclure qu'ici, le législateur a choisi d'aborder l'embryon en tant qu'objet de droit et non en tant que sujet de droit.

c) La personne par destination

Inévitablement, ces différentes interprétations du statut de l'enfant conçu ont résulté en une troisième opinion, soit celle de l'embryon, chose par nature mais personne par destination³⁸. Selon cette thèse, l'embryon/enfant conçu ne jouit, au présent, d'aucun état, patrimoine ou droit à la vie comparable à celui de l'homme déjà né. Toutefois, une chose peut néanmoins être soumise à la protection juridique la plus stricte, pouvant même à l'extrême, être traitée comme une personne sans en être une pour autant. Cette théorie s'appuie en totalité sur un instrument du droit des biens, la destination, qui a l'effet de parfois transformer profondément le régime juridique applicable à une chose. Ainsi, le droit moderne a inventé, sur le modèle des immeubles par destination, les personnes par destination³⁹.

Selon cette interprétation, les personnes par destination sont des choses par nature qui, en raison de leur incorporation à une personne, se voient appliquer le régime juridique de cette dernière et donc, sa protection civile et pénale puisqu'il est impossible d'atteindre la chose sans atteindre la personne⁴⁰. Si l'on se rappelle le vieil adage de *pars viscerum matris*, l'application de cette théorie à l'enfant conçu est d'autant plus intéressante puisque, dépourvu de personnalité propre, il

37. G. RAYMOND, *loc cit.*, note 12, p. 8.

38. C'est là l'opinion de Xavier LABBÉE, soutenue dans sa thèse de doctorat, *Condition juridique du corps humain avant la naissance et après la mort*, Lille 1986, PUF, 1990, cf. (1990) 89 *Rev. trim. dr. civ.* 606 et citée dans J.-P. GRIDEL, *op cit.*, note 3, p. 633.

39. *Ibid.*, p. 634.

40. *Ibid.*

emprunte celle de sa mère avec laquelle il viendrait se confondre juridiquement. Toutefois, il faut se demander si cette intégration physique de l'enfant conçu à sa mère est suffisante pour lui refuser le statut de personne juridique distincte.

Cette thèse vient évidemment se heurter au concept que nous avons examiné plus tôt, soit celui de la personnalité juridique conditionnelle de l'embryon et à celui énoncé par l'article premier de la *loi n° 75-17 du 17 janvier 1975*⁴¹.

À la lumière de ces textes, peut-être faut-il en déduire que l'enfant conçu est une personne à statut juridique inférieur et que la seule solution disponible pour sortir de cette impasse est de décider que l'embryon n'a pas la personnalité juridique, qu'il est un être humain mais non une personne⁴².

C'est sur ces différentes bases que la situation juridique de l'enfant conçu devait s'analyser en droit civil français avant l'introduction des lois bioéthiques de juillet 1994. Quoiqu'il ait bénéficié d'une protection minimale et de certains droits, soumis aux conditions dont nous avons parlé, le concept de la personnalité juridique de l'enfant conçu et donc, de l'embryon était ambigu, incertain et indéterminé.

En définitive, à la question à savoir si le droit français d'avant 1994 reconnaissait un statut juridique à l'embryon, il faut répondre que selon les textes, trois options sont envisageables. De ces dernières découle nécessairement un degré de protection législative différent pour l'enfant à naître. Toutefois, force est de reconnaître qu'il ressort des dispositions d'avant 1994 que le législateur n'a jamais pris position sur la question. Les modifications apportées par les lois bioéthiques de juillet 1994 ont-elles tranché de la problématique entourant l'enfant à naître, c'est ce que nous devons maintenant examiner.

II. LES MODIFICATIONS LÉGISLATIVES DE JUILLET 1994 : VERS UN NOUVEL ORDRE ?

Dans le domaine de l'éthique biomédicale, la gravité des problèmes soulevés par les questions de l'assistance médicale à la procréation et de l'embryon humain est certaine. La nécessité de légiférer sur ces questions s'est finalement imposée d'elle-même. Toutefois, nous verrons que l'adaptation du droit français à cette situation s'est faite avec plus ou moins de succès.

A. LES LOIS BIOÉTHIQUES DE JUILLET 1994

En France, « l'institutionnalisation » de la bioéthique par la création, en 1983, du Comité consultatif national d'éthique pour les sciences de la vie et de la santé⁴³ est considérée comme l'étape fondatrice menant à l'adoption des lois dites bioéthiques de 1994. La principale tâche de ce comité était de donner des avis sur

41. Cette loi sur l'interruption volontaire de grossesse, aussi connue sous le nom de la loi Veil, est venue dépénaliser l'avortement. Toutefois, il est énoncé à son article premier que : « La loi garantit le respect de tout être humain dès le commencement de la vie ».

42. J.-P. GRIDEL, *op cit.*, note 3, p. 635.

43. Décret n° 83-132 du 23 février 1983.

les grands problèmes posés dans le cadre de la bioéthique et d'établir des règles morales face à ceux-ci. Ultimement, il a également été chargé d'approfondir la réflexion sur un certain nombre de questions juridiques, ce qui inaugura une longue série de rapports et de propositions en la matière.

Dans un premier temps, on envisagera l'adoption d'une loi bioéthique d'application générale venant mettre fin aux incertitudes et incohérences en ce qui touche aux sciences de la vie. Dès mars 1989, les options fondamentales en matière de bioéthique étaient cernées dans ce qu'il convient d'appeler « l'Avant-projet Braibant sur les sciences de la vie et les droits de l'homme », qui fut vivement critiqué et finalement, abandonné⁴⁴. Cet avant-projet fut suivi d'une série de rapports⁴⁵ des commissions de l'Assemblée nationale et du Sénat qui ont mené au dépôt à l'Assemblée nationale, d'un ensemble de trois projets de lois sur les questions bioéthiques⁴⁶. Ces trois projets sont à l'origine des lois bioéthiques adoptées en juillet 1994.

De ces trois dernières lois, deux nous intéressent plus particulièrement, soit la *loi n° 94-653 du 29 juillet 1994 relative au respect du corps humain* et la *loi n° 94-654 du 29 juillet 1994 relative au don et à l'utilisation des éléments et produits du corps humain, à l'assistance médicale à la procréation et au diagnostic prénatal*. Cette création d'un ensemble de règles juridiques entourant le domaine de la bioéthique et des sciences de la vie est ainsi le reflet de vingt-cinq années d'évolution, de développement et d'élaboration qui ont abouti en deux corps de règles juridiques distinctes, mais dont la construction première vise à créer un lien cohérent entre elles⁴⁷.

1. La loi n° 94-653 du 29 juillet 1994

La *loi n° 94-653 du 29 juillet 1994 relative au respect du corps humain* a codifié de grands principes du droit positif français. Parmi ceux-ci, le respect du corps humain, l'inviolabilité de celui-ci ainsi que la protection de l'embryon humain sont trois aspects qui présentent un intérêt pour l'enfant à naître. Ainsi, nous nous pencherons plus particulièrement sur ces aspects de la loi afin de ressortir les différentes implications juridiques soulevées par ces dispositions en ce qui a trait au statut de l'embryon.

44. L'avant-projet de loi Braibant avait soulevé une vive controverse dans la mesure où il venait établir une distinction entre les embryons selon qu'ils étaient conçus *in vivo* ou *in vitro*. Ces derniers pouvant devenir, sous réserve de certaines conditions, objets de recherche scientifique alors que ce n'était pas le cas pour l'embryon conçu *in vivo*; voir à cet effet, G. RAYMOND, « L'assistance médicale à la procréation (Après la promulgation des "lois bioéthiques") », *J.C.P.*, 1994, II, éd. G., 3796, p. 460.

45. Voir notamment le Rapport Lenoir de juin 1991, le Rapport Bioulac et le Rapport Sérusclat, tous deux en 1992; voir M. BUGUET-CORDIER, *loc cit.*, note 2, p. 198.

46. D. THOUVENIN, « Les lois n° 94-548 du 1^{er} juillet 1994, n° 94-653 et n° 94-654 du 29 juillet 1994 ou comment construire un droit de la bioéthique », *Actualité législative Dalloz*, n° 18, 26 octobre 1995, pp. 156-158; J. MASSIP, « L'insertion dans le Code civil de dispositions relatives au corps humain, à l'identification génétique et à la procréation médicalement assistée », *Gaz. Pal.*, 1995, I, 8.

47. D. THOUVENIN, « De l'éthique biomédicale aux lois "bioéthiques" », (1994) 93 *Rev. trim. dr. civ.*, p. 730; voir également du même auteur, *loc cit.*, note 46, p. 149.

a) Le respect du corps humain

Le *Code civil français* ne prévoyait, à l'origine, aucun article spécifique quant au corps humain. Quant à elle, la doctrine posait comme règle qu'il ne peut être assimilé à une chose puisque c'est la personne elle-même. Ainsi, on en déduisait les principes d'inviolabilité et d'indisponibilité du corps qui ont été, par après, consacrés par la jurisprudence. La *loi n° 94-653 du 29 juillet 1994 relative au respect du corps humain*, reconnue conforme à la Constitution par décision du Conseil constitutionnel du 27 juillet 1994⁴⁸, profite des différentes applications des sciences biomédicales pour consacrer ces principes et introduire officiellement le corps humain dans le *Code civil français*⁴⁹.

C'est désormais au Chapitre II du Titre Premier du Livre I du Code civil qu'il faut chercher les grands principes touchant « Du respect du corps humain »⁵⁰. Véritable déclaration d'intention sur la philosophie du législateur⁵¹, il en revient ainsi à l'article 16 du Code civil, réintroduit par l'article 2 de la loi, d'établir les deux grands principes en la matière : « la primauté de la personne et le respect de l'être humain ». Ainsi, selon ce nouvel article :

Art. 16. La loi assure la primauté de la personne, interdit toute atteinte à la dignité de celle-ci et garantit le respect de l'être humain dès le commencement de sa vie.⁵²

Il s'agit là d'une disposition de portée générale, pratiquement philosophique, dont les conséquences ne pourront être évaluées qu'au fil de son application pratique. Néanmoins, on peut déjà remarquer que la rédaction apporte un certain intérêt pour déterminer de la situation juridique de l'embryon.

Cet article qui introduit trois principes, présente un intérêt lorsqu'il vient, *in fine*, fixer comme point de départ à la protection de la personne, le commencement de « sa » vie. Il faut toutefois noter que le législateur a soigneusement évité de dire ce qu'il convient de déduire et conclure de cet énoncé quant au début de la vie. On ne peut cependant que faire le rapprochement avec l'article premier de la *loi du 17 janvier 1975 sur l'interruption de grossesse* où il est plutôt prévu que la protection de l'être humain débute dès le commencement de « la » vie⁵³.

48. Conseil constitutionnel, 27 juillet 1994, Décis. n° 94-343-344 DC : *JO* du 29 juillet 1994, p. 11024.

49. Cf. Article 16 et 16-1 à 16-9 du *Code civil français*, introduits par les articles 2 et 3 de la *loi n° 94-653 du 29 juillet 1994*; il est à noter que nous ne ferons référence, dans le texte, qu'à l'article pertinent du Code civil introduit par la loi bioéthique.

50. Ce chapitre rassemble des dispositions diverses, les unes de l'ordre des principes, les autres d'ordre procédural, qui peuvent avoir un impact plus ou moins important sur l'interprétation que l'on peut avoir de la situation de l'embryon. Il est à noter que les dispositions incorporées au chapitre deuxième du Code civil, plus précisément aux articles seizième et suivants, sont stipulées d'ordre public. La question de l'ordre public est ainsi traitée par l'article 16-9 du Code civil, qui est introduit par l'article 3 de la *loi n° 94-653 du 29 juillet 1994* relative au respect du corps humain.

51. C. BYK, « La loi relative au respect du corps humain », *J.C.P.* 1994, II, éd. G., 3788, p. 405.

52. Les italiques sont les nôtres.

53. L'article premier de cette loi, qui n'a pas été intégrée au *Code de la santé publique*, se lit comme suit : « La loi garantit le respect de tout être humain dès le commencement de la vie »; voir également J. MASSIP, *loc cit.*, note 46, p. 4.

S'attarder à ce détail peut sembler vouloir jouer indûment sur le sens des mots. Quoique la modification puisse sembler mineure, le choix du terme entraîne manifestement une toute autre dimension dans l'interprétation et l'application de l'article et de la notion du commencement de la vie. Mais surtout, l'introduction au *Code civil français* du concept du « commencement de sa vie » dans le cadre de la protection et du respect de l'être humain, nous semble important pour la détermination de la protection et éventuellement, du statut accordé à l'embryon dans le schème juridique.

Néanmoins, il serait ici faux de croire que par ce fait, le législateur soit venu accorder à l'enfant conçu et à l'embryon un statut équivalent à la personnalité juridique que nous connaissons déjà en droit. Cette disposition a plutôt pour effet d'instaurer un principe dont la nécessité tout autant que la justification sont directement reliées au progrès dans les sciences de la vie et à leur impact dans le monde juridique⁵⁴.

Ici, la référence à la loi nous renvoie à une norme extérieure au Code civil bien que ce texte en fasse partie intégrante. D'autre part, on peut déplorer l'absence de précision sur la nature des énoncés formulés à l'article 16 du Code civil, particulièrement en ce qui a trait au commencement de la vie. Toutefois, selon le professeur Thouvenin, il y a tout lieu de penser que nous sommes en présence de règles de nature constitutionnelle, relevant directement des droits de l'homme⁵⁵. Cette interprétation semble confirmée par la décision du Conseil constitutionnel, en date du 27 juillet 1994 qui, à propos de l'ensemble des dispositions de la loi soumises à son étude, énonçait que « les principes ainsi affirmés tendent à assurer le respect du principe constitutionnel de sauvegarde de la dignité humaine »⁵⁶.

Ces principes énoncés à l'article 16 du *Code civil français* ne constituent en fait qu'une introduction ayant l'apparence d'une déclaration des droits de l'homme. C'est réellement aux articles subséquents, abstraction faite des articles 16-4, 16-6 et 16-8 du Code civil, que revient la tâche de fixer les droits subjectifs dont chaque personne est titulaire⁵⁷.

b) *L'inviolabilité du corps humain*

La loi relative au respect du corps humain du 29 juillet 1994 élabore plus longuement sur l'idée de l'inviolabilité du corps comme élément d'appartenance à l'espèce humaine. Ici, s'opère en fait un lien intéressant entre la notion du respect du corps humain et celle de sa non-patrimonialité⁵⁸. Ce lien découle du concept de l'inviolabilité du corps humain qui se retrouve au deuxième alinéa de l'article 16-1 du Code civil⁵⁹.

54. D. THOUVENIN, *loc cit.*, note 47, p. 733.

55. *Id.*, note 46, p. 160; voir également du même auteur, *loc cit.*, note 47, p. 731.

56. Décision n° 94-343-344 DC du 27 juillet 1994, *JO* 29 juillet 1994, 11024; *Id.*, *loc cit.*, note 46, p. 160.

57. *Id.*, p. 162.

58. Art. 16-1 du *Code civil français*; *Id.*, note 46, p. 163.

59. Art. 16-1 (2) du *Code civil français* selon lequel : « le corps humain est inviolable ».

En effet, le terme « inviolable » comprend à la fois l'intangibilité du corps — on ne peut pas y toucher — et son caractère sacré, duquel découle sa non-patrimonialité.⁶⁰

Conséquemment, c'est d'abord à l'article 16-1 du Code civil que se retrouve le principe du *res extra-commercium*. Ainsi, le corps humain, ses éléments et ses produits ne peuvent faire l'objet d'un droit patrimonial⁶¹.

Ce concept présente indéniablement un intérêt pour l'enfant conçu en instaurant l'application du *res extra-commercium* pour le corps humain en général. Le fait que ce dernier, ses éléments ou produits ne puissent faire l'objet de droits patrimoniaux est d'une importance capitale pour le statut de l'enfant conçu. Il faut toutefois noter que l'embryon ne peut aucunement être assimilé aux organes, tissus ou produits humains car ils sont porteurs de l'hérédité et de tout ce que cette dernière entraîne en matière de transmission des caractères⁶². Dès lors, serait-il erroné de conclure que, puisque l'embryon n'est pas assimilé à un produit, organe ou tissu humain, sa protection relève ainsi de celle accordée à son corps en tant qu'humain ?

c) *La protection de l'embryon humain*

Les articles 16 et suivants du *Code civil français*, introduits par la *loi relative au respect du corps humain*, ne suscitent en réalité qu'un intérêt d'ordre général pour la question du statut ou de la protection de l'embryon humain. Toutefois, ce dernier fait l'objet d'une attention plus spécifique à l'article 9 de cette même loi. C'est à cet article que l'on vient établir les balises qui entourent les grands principes incorporés au Code civil, en énonçant une série de dispositions d'ordre pénal concernant entre autres et plus directement, la protection de l'embryon humain⁶³.

Ainsi, les aspects essentiels « De la protection de l'embryon humain », innovation partielle du droit pénal, sont insérés à la Section troisième du Chapitre premier, Titre premier du Livre V du *Code pénal*. De l'article 511-15 à l'article 511-25 de ce dernier, le législateur vient établir les différentes infractions possibles en ce qui touche l'embryon humain et établit ainsi les bases entourant sa protection.

Ces infractions peuvent être regroupées en quatre différentes sous-sections. D'abord, certains de ces articles viennent réprimer la méconnaissance de dispositions prévues au *Code de la santé publique*⁶⁴. Il en est ainsi de l'article 511-21 du *Code pénal* qui renvoie à l'article L. 162-17 du *Code de la santé*

60. D. THOUVENIN, *loc cit.*, note 46, p. 163.

61. Ce principe est exprimé à l'article 16-1 *in fine* du *Code civil français* et est élaboré plus en détail dans le cadre de l'article 16-5 du Code civil : « Les conventions ayant pour effet de conférer une valeur patrimoniale au corps humain, à ses éléments ou à ses produits sont nulles ». Il faut noter que cette prise de position est également adoptée à l'article L. 116-17 modifié du *Code de la propriété intellectuelle* et donc, incorporée dans le droit des brevets. Par le fait même, on vient ici exclure la question de la brevabilité du corps humain, de ses éléments et produits. Ce sont en fait les éléments et produits du corps qui, en circulant de façon « extra-corporelle », entraînaient un questionnement sur des solutions déjà controversées. Cet ensemble de dispositions a ainsi mis fin à ces différentes interrogations en établissant clairement le principe de l'indisponibilité du corps humain, de la personne, de ses produits et éléments. Voir à ce sujet, C. BYK, *loc cit.*, note 51, 3788, p. 406.

62. D. THOUVENIN, *loc cit.*, note 46, p. 191.

63. C. BYK, *loc cit.*, note 51, p. 411.

64. Le *Code de la santé publique* énonce des règles quant aux procédures et à la manipulation permise lorsqu'un embryon humain est en jeu, règles que nous verrons à la prochaine section.

publique, relatif au diagnostic biologique préimplantatoire. La même approche est utilisée à l'article 511-24 du *Code pénal* qui traite quant à lui de la question de l'assistance médicale à la procréation exercée à des fins autres que celles prévues par l'article L. 152-2 du *Code de la santé publique*⁶⁵.

La protection de l'embryon s'organise également autour de dispositions qui traitent de la santé de l'embryon. Ainsi, toute implantation d'embryon est soumise à certaines règles de procédure prévues par le *Code de la santé publique*⁶⁶. Concernant plus directement la protection de l'embryon, le législateur sanctionne de deux ans d'emprisonnement le fait de procéder à un transfert d'embryon sans avoir consulté les résultats des tests de dépistages de maladies infectieuses imposés par l'article L. 152-5 du *Code de la santé publique*⁶⁷.

La section sur la protection de l'embryon vient aussi réaffirmer le principe de *res extra-commercium* lorsqu'il s'agit de l'embryon humain. Ainsi, le *Code pénal* établit les peines admissibles lors de l'obtention d'embryons contre un paiement et la conception et/ou l'utilisation d'embryons *in vitro* à des fins industrielles ou commerciales⁶⁸. Par ces articles, il devient indiscutable que l'embryon, tout comme le corps humain en général, ne peut et ne devrait jamais être l'objet de droits patrimoniaux.

C'est toutefois dans les articles 511-17 à 511-19 du *Code pénal* que réside le cœur de la protection de l'embryon. Ces trois dispositions touchent à la non-commercialité de l'embryon⁶⁹ et à la recherche et l'expérimentation sur ce dernier⁷⁰. Ces articles imposent de lourdes peines pour toutes infractions aux obligations énoncées dans les dispositions concernées des lois bioéthiques. Ainsi, le fait de concevoir *in vitro* des embryons humains pour fins industrielles, commerciales ou de recherche contrevient aux notions de protection de ce dernier. Il en va de même pour le fait de procéder à une étude sur l'embryon en contravention de l'article L. 152-8 du *Code de la santé publique* qui interdit spécifiquement toute recherche, étude ou expérimentation sur l'embryon, sous réserve de cas exceptionnels⁷¹. Ces cas exceptionnels ne seront justifiables que lorsqu'il sera possible de démontrer que l'étude ou l'expérimentation envisagée a une finalité médicale et ne peut ainsi porter atteinte à l'embryon.

65. C'est à cet article que l'objet et les conditions d'admissibilité à l'AMP sont énoncés. Quant aux activités de l'assistance médicale à la procréation, voir également l'article 511-22 du *Code pénal*; C. BYK, « Aperçu rapide sur la loi n° 94-653 du 29 juillet 1994 », *J.C.P.*, 1994, II, éd. G., (sans pagination).

66. Ces dispositions sont plus particulièrement visées par les articles 511-16, 511-20 à 511-24 du *Code pénal*.

67. Cf. Art. 511-25 du *Code pénal*.

68. Cf. Art. 511-15 et 511-17 du *Code pénal*.

69. Art. 511-17. Le fait de procéder à la conception *in vitro* d'embryons humains à des fins industrielles ou commerciales est puni de sept ans d'emprisonnement et de 700 000 F d'amende. Est puni des mêmes peines le fait d'utiliser des embryons humains à des fins industrielles ou commerciales.

70. Art. 511-18. Le fait de procéder à la conception *in vitro* d'embryons humains à des fins de recherche ou d'expérimentation est puni de sept ans d'emprisonnement et de 700 000 F d'amende.

Art. 511-19. Le fait de procéder à une étude ou une expérimentation sur l'embryon en violation des dispositions de l'article L. 152-8 du code de la santé publique est puni de sept ans d'emprisonnement et de 700 000 F d'amende.

71. C. BYK, *loc cit.*, note 65, (sans pagination).

Toutes les dispositions introduites par la section troisième de la loi relative au corps humain stipulent une peine et une amende spécifique pour chacune des contraventions touchant à la protection de l'embryon. Malgré cela, ce n'est pas tant la peine énoncée que le fait qu'il y en ait une qui importe vraiment pour toute la question du statut de l'embryon. En instaurant ces dispositions, le législateur indique clairement son intention d'établir les paramètres de la protection juridique de l'embryon.

2. La loi n° 94-654 du 29 juillet 1994

Afin de dresser un tableau complet de cette protection et de la situation de l'embryon, il faut également examiner la deuxième composante du groupe dit des lois bioéthiques, soit la *loi n° 94-654 du 29 juillet 1994 relative au don et à l'utilisation des éléments et produits du corps humain, à l'assistance médicale à la procréation et au diagnostic prénatal*.

Le garde des Sceaux a présenté la *loi n° 94-654 du 29 juillet 1994* comme étant « la traduction des principes énoncés dans la *loi n° 94-653* »⁷² mais en les appliquant cette fois-ci aux prélèvements d'organes, de tissus, de cellules et de produits, au don et à l'utilisation des gamètes ainsi qu'à l'assistance médicale à la procréation. Cette loi, également promulguée le 29 juillet 1994, prévoit aussi une liste d'infractions pénales qui, pour la plupart, sont expressément liées à celles introduites dans le *Code pénal* par la *loi n° 94-653 du 29 juillet 1994*⁷³. Et, tout comme cette dernière, la *loi n° 94-654 du 29 juillet 1994* débute par reprendre et fixer des principes généraux, déjà élaborés par la jurisprudence traitant du corps humain. Ainsi, elle impose des règles précises sur un ensemble de questions souvent problématiques comme c'est le cas lorsqu'il s'agit de l'assistance médicale à la procréation.

a) *L'assistance médicale à la procréation*

C'est dans le cadre précis de l'assistance médicale à la procréation qu'il faut aller chercher les implications de cette loi sur le statut de l'embryon. C'est donc par l'intermédiaire de l'article 8 de la loi qu'est inséré, après le Chapitre II du Titre Premier du Livre II du *Code de la santé publique*, le Chapitre II *bis* relatif à « l'assistance médicale à la procréation ». Les textes prévus aux articles L. 152-1 à L. 152-10 du *Code de la santé publique*, relatifs à « l'AMP » conduisent irrémédiablement à d'importantes considérations quant au statut juridique de l'embryon.

C'est par un énoncé de principe général que le législateur attaque la question des techniques de reproduction. L'article introductif L. 152-1 du *Code de la santé publique* pose ainsi les principes entourant l'assistance médicale à la

72. D. THOUVENIN, *loc cit.*, note 46, pp. 210-211.

73. *Id.*, p. 210.

procréation⁷⁴. Cette dernière est par la suite subordonnée à différentes conditions qui ont pour finalité de remédier à l'infertilité médicalement diagnostiquée du couple et d'éviter la transmission à l'enfant d'une maladie particulièrement grave.

Ce sont ces conditions qui viennent également encadrer la conception *in vitro* de l'embryon. « Un embryon ne peut être conçu *in vitro* que dans le cadre et selon les finalités d'une assistance médicale à la procréation telle que définie à l'article L. 152-2. [...] »⁷⁵. Par ces énoncés, on voit que le législateur a estimé important, dans l'intérêt de l'enfant à naître, que la loi réglemente étroitement les conditions d'application de la procréation assistée⁷⁶. C'est ainsi que les paramètres entourant l'embryon dans le cadre d'une « AMP » sont définis.

b) Res extra-commercium et les principes de recherche et d'expérimentation

Le législateur poursuit en réaffirmant des principes parallèles à ceux prévus par la loi n^o 94-653 du 29 juillet 1994 relative au corps humain, mais cette fois-ci, en ayant plus particulièrement à l'esprit, l'embryon conçu *in vitro*. Ainsi, le principe de l'indisponibilité du corps est adapté à l'embryon humain, ce dernier devient par le fait même, officiellement *res extra-commercium*.

Art. L. 152-7. Un embryon humain ne peut être conçu ni utilisé à des fins commerciales ou industrielles.

Il devient donc inutile de se tourner vers l'analogie exprimée pour le corps humain à la loi n^o 94-653 du 29 juillet 1994, l'embryon ne peut être l'objet d'aucun droit patrimonial sur sa « personne ». C'est dans le même esprit que le législateur traite de la question de la recherche et de l'expérimentation sur l'embryon. Une disposition ayant pour effet de prohiber toute recherche ou expérimentation sur l'embryon est introduite spécifiquement au *Code de la santé publique*. Ainsi, selon l'article L. 152-8, alinéa premier de ce Code, « [l]a conception *in vitro* d'embryons humains à des fins d'étude, de recherche ou d'expérimentation est interdite »⁷⁷. On poursuit au deuxième alinéa de ce même article en stipulant que « [t]oute expérimentation sur l'embryon est interdite »⁷⁸.

Il faut toutefois tempérer cette règle puisqu'il est convenu, dans ce même article, qu'à titre exceptionnel, des études pourront être menées sur l'embryon. Deux conditions se rattachent cependant à la réalisation de ces études. Premièrement, le consentement écrit des « parents » doit être obtenu et deuxièmement, l'intérêt réel de l'embryon est pris en considération puisque l'étude doit avoir

74. Art. L. 152-1. L'assistance médicale à la procréation s'entend des pratiques cliniques et biologiques permettant la conception *in vitro*, le transfert d'embryons et l'insémination artificielle, ainsi que de toute technique d'effet équivalent permettant la procréation en dehors du processus naturel.

75. Art. L. 152-3, alinéa 1 du *Code de la santé publique*.

76. J. MASSIP, *loc cit.*, note 46, p. 8.

77. Art. L. 152-8, alinéa 1 du *Code de la santé publique*.

78. Art. L. 152-8, alinéa 2 du *Code de la santé publique*.

une finalité médicale et surtout, ne pas porter atteinte à l'embryon⁷⁹. Encore une fois, nous sommes à même de constater que le législateur accorde à tout le moins, une certaine importance à toute la question de la protection de l'embryon.

c) *La notion de l'accueil de l'embryon conçu in vitro*

Mais c'est toutefois dans deux dispositions, soit les articles L. 152-4 et L. 152-5 du *Code de la santé publique*, que réside l'essentiel des prétentions de l'embryon à un statut juridique. Nous savons déjà que les règles en matière d'assistance médicale à la procréation imposent comme principe que la fécondation *in vitro* soit effectuée avec les gamètes d'au moins un des membres du couple⁸⁰. Cependant, ces deux articles trouvent exceptionnellement application lorsque l'implantation *in vitro* est exécutée à l'extérieur du couple ayant conçu l'embryon. Conséquemment, le législateur vient distinguer cette forme de don en utilisant le terme de « l'accueil » de l'embryon.

Art. L. 152-4. À titre exceptionnel, les deux membres du couple peuvent consentir par écrit à ce que les embryons conservés soient *accueillis* par un autre couple dans les conditions prévues à l'article L. 152-5.

En cas de décès d'un membre du couple, le membre survivant est consulté par écrit sur le point de savoir s'il consent à ce que les embryons conservés soient *accueillis* par un autre couple dans les conditions prévues à l'article L. 152-5.⁸¹

Prise seule, la question de l'accueil de l'embryon peut sembler sans importance. Remise dans son contexte et analysée à la lumière de la disposition subséquente énonçant la procédure applicable, la notion de l'accueil prend une toute autre envergure et devient beaucoup plus qu'un simple changement de terme. Selon certains, le terme « accueil » est significatif pour l'embryon puisqu'il lui confère un statut juridique⁸².

Cette interprétation s'infère des règles de procédure nécessaires à l'accueil de l'embryon et prévues par l'article L. 152-5 du *Code de la santé publique*. En examinant ces règles, on se rend compte que l'accueil d'un embryon est subordonné à l'accomplissement de plusieurs conditions qui sont, dans leur formulation, extrêmement analogues à celles prévues pour l'adoption d'un enfant. Ainsi, l'accueil de l'embryon est notamment subordonné à une décision de l'autorité judiciaire basée sur le consentement écrit du couple à l'origine de la conception. La décision du juge doit prendre en considération les conditions d'accueil que le couple est susceptible d'offrir à l'enfant à naître⁸³. Nonobstant toute similitude avec les règles de l'adoption, le simple fait d'être « accueilli » au lieu d'être l'objet d'un don peut-il constituer une base suffisante pour accorder un statut juridique

79. Cf. Art. L. 152-8, alinéa 5 du *Code de la santé publique*.

80. Cf. Art. L. 152-3 du *Code de la santé publique*.

81. Les italiques sont les nôtres.

82. H. CARVAIS-ROSENBLATT, *loc cit.*, note 1, p. 13; G. RAYMOND, *loc cit.*, note 44, p. 460.

83. Cet accueil de l'embryon doit également être fait de manière gratuite et anonyme; voir à cet effet, l'article L. 152-5 du *Code de la santé publique* et G. RAYMOND, « Aperçu rapide sur la loi n° 94-654 du 29 juillet 1994 relative au don et à l'utilisation des éléments et produits du corps humain, à l'assistance médicale à la procréation et au diagnostic prénatal », *J.C.P.*, 1994, II, éd. G., (sans pagination).

déterminé à l'embryon et ainsi dire qu'il possède une véritable personnalité juridique⁸⁴? On peut certainement s'interroger sur l'impact de ces dispositions à ce niveau et, puisque le législateur semble s'être refusé à légiférer explicitement sur la question, on ne peut qu'en tirer nos propres conclusions.

B. L'IMPACT DES MODIFICATIONS INTRODUITES PAR LES LOIS BIOÉTHIQUES SUR L'EMBRYON ET SON STATUT

Les lois bioéthiques de juillet 1994 ont assurément entraîné certains changements et modifications en ce qui a trait à l'assistance médicale à la procréation et à la protection de l'embryon. Quelles conclusions doit-on en tirer sur le plan juridique? Peut-on affirmer en toute certitude que l'embryon bénéficie désormais, par l'application des lois bioéthiques, d'un statut spécifique comparable à la personnalité juridique que nous connaissons en droit?

1. Le statut de l'embryon et ses droits

À la lecture des lois dites bioéthiques, on est à même de constater que le législateur a mis en œuvre une série de dispositions nouvelles visant à réglementer l'assistance médicale à la procréation tout autant que la protection du corps humain et de l'embryon. Ces dispositions, établies parallèlement aux principes de droit et à la législation préexistants, sont venues compléter plus que modifier le droit positif français en ce qui a trait au statut de l'enfant conçu.

L'Assemblée nationale, tout comme le Sénat, ont explicitement refusé d'inscrire dans les lois bioéthiques que l'embryon était une personne humaine et, à juste titre, de déterminer qui était homme de qui ne l'était pas. « L'homme est, de même que l'embryon est. »⁸⁵ Néanmoins, ce n'est pas la personne humaine qui devait être définie mais bien la personne juridique. Par conséquent, on se doit de conclure que rien n'a changé par rapport au droit antérieur; le législateur est toujours placé devant le même problème de qualification juridique.

Il faut constater qu'en promulguant les lois bioéthiques, le législateur n'avait sûrement pas pour dessein d'établir spécifiquement un statut particulier pour l'embryon. À tout le moins, lesdites lois auraient pu, à ce niveau, reprendre l'adage romain de l'*infans conceptus*. Quoi qu'il en soit, le principe général demeure et est loin d'être écarté, d'autant plus que le respect de l'être humain est désormais garanti « dès le commencement de sa vie »⁸⁶. Au risque de se répéter, on ne peut que souligner que le législateur évite soigneusement d'indiquer les conclusions à tirer de cet énoncé et encore moins de délimiter ce qui marque le début de cette vie humaine.

84. La doctrine est plutôt partagée sur cette question. D'un côté, on tend à dire que l'accueil vient déjà accorder un statut à l'embryon en assimilant ce dernier à l'enfant, voir à cet effet G. RAYMOND, *loc cit.*, note 44, p. 460. D'un autre côté, on prétend que la notion de l'accueil de l'embryon ne peut suffire à lui accorder un véritable statut, voir à cet effet J. LEMOULAND, « Procréation médicalement assistée et droit de la filiation (lois n^{os} 94-653 et 94-654 du 29 juillet 1994) », *Actualité législative Dalloz*, n^o 3, 16 février 1995, p. 17.

85. G. RAYMOND, *loc cit.*, note 44, p. 460.

86. Art. 16 du *Code civil français*.

Selon certains, ces textes, alliés aux dispositions sur l'accueil de l'embryon, à l'interdiction de recherche et au principe du *res extra-commercium* font disparaître tout doute et ambiguïté sur le statut juridique de l'embryon. Nécessairement, il s'agit bien d'un sujet de droit et non d'un objet de droit⁸⁷. Toutefois, un tel énoncé semble ironique lorsque l'on se rappelle que ces dispositions ne sont applicables qu'à l'embryon *in vitro* et surtout lorsque l'on regarde également le sort réservé, par la législation, aux embryons surnuméraires.

2. L'ironie des embryons surnuméraires

Le législateur n'a considéré que partiellement cette problématique que constituent les embryons *in vitro* surnuméraires⁸⁸. Ainsi, la *loi n° 94-654 du 29 juillet 1994*, à son article neuvième, plus particulièrement à l'alinéa deuxième, prévoit que :

Si leur accueil est impossible et si la durée de leur conservation est au moins égale à cinq ans, il est mis fin à cette conservation.

Ainsi, l'embryon conçu *in vitro* antérieurement à 1994 qui n'a pas été implanté, qui n'a pas bénéficié d'un accueil et qui est conservé depuis plus de cinq ans doit être détruit. D'abord, la destruction des embryons surnuméraires établit une inégalité entre les embryons humains. Au départ, selon son mode de conception, l'embryon bénéficie déjà d'un délai de survie différent. Ainsi, par la force des choses, l'embryon *in vitro* surnuméraire dispose de cinq ans de sa conception pour être implanté alors que la réalité de celui conçu *in vivo* est tout autre⁸⁹.

Cette disposition quant à la destruction des embryons surnuméraires semble, sur le plan strictement biologique, justifiable et logique, puisque l'on ne peut, entre autres, être certains des effets d'une cryoconservation à long terme. Néanmoins, cette disposition est à tout le moins incohérente avec le concept de la personnalité juridique de l'embryon que certains voient ressortir des lois bioéthiques mais également, avec l'esprit même de ces lois.

Nous voyons mal comment on pourrait concilier cette personnalité [juridique], ainsi que le respect qui est dû à son intégrité physique (art. 16 c. civ.), avec la possibilité d'y mettre un terme en cessant simplement la conservation de l'embryon.⁹⁰

En poursuivant l'analyse, on se doit également de noter que la disposition n'affecte que les embryons conçus avant 1994. Le législateur est ainsi demeuré évasif, pour ne pas dire muet, sur le sort de l'embryon conçu après les lois bioéthiques et qui n'a pas été implanté ou accueilli à l'expiration du délai de cinq ans énoncé dans la loi. Faut-il en déduire que la même règle est applicable à ces derniers, ou doit-on plutôt appliquer les grands principes de respect énoncés aux chapitres du corps humain, de l'assistance médicale à la procréation et de la protection de l'embryon ?

87. M. BUGUET-CORDIER, *loc cit.*, note 2, pp. 207-208; G. RAYMOND, *loc cit.*, note 44, p. 460.

88. La loi ne prévoit en effet que le sort des embryons existant à la date de la promulgation de ladite loi en juillet 1994 et fait donc totalement abstraction des autres, conçus postérieurement.

89. M. BUGUET-CORDIER, *loc cit.*, note 2, p. 278.

90. J. LEMOULAND, *loc cit.*, note 84, p. 18.

De toute évidence, nous sommes ici en présence de l'une des plus importantes incohérences au sein des lois bioéthiques de juillet 1994. Force est de constater que cette législation a l'effet pervers d'instaurer une « catégorisation » de l'embryon. Cette catégorisation est d'autant plus grave qu'il s'agit de la création d'un différent statut au sein même des règles de la fécondation *in vitro* et de l'assistance médicale à la procréation. C'est ultimement le statut même de l'embryon en tant que personne juridique qui s'en retrouve le plus affecté, mais aussi, c'est une incohérence qui, à la limite, peut remettre en question toute l'efficacité de la protection que ces lois tentent d'accorder à l'embryon!

3. Vers une plus grande protection de l'embryon humain?

Les dispositions sur l'assistance médicale à la procréation, combinées à celles touchant du respect du corps humain, entraînent des conséquences non négligeables en ce qui concerne la question du respect de la personne humaine⁹¹. Ainsi, la loi n° 94-653 du 29 juillet 1994 relative au respect du corps humain établit comme principe de base que le corps humain est protégé « dès le commencement de sa vie ». La question de savoir si la disposition est applicable à l'embryon ne devrait pas se poser. En principe, et à défaut d'être considéré en tant que personne juridique, l'embryon est, à tout le moins, un être humain doté d'un corps, si petit soit-il. Il ne s'agit là, bien sûr, que d'un principe à saveur plus philosophique que juridique, surtout lorsque l'on se rappelle que le législateur évite de déterminer les paramètres du commencement de la vie humaine...

Et que dire de la protection accordée à l'enfant à naître par le *Code pénal* nouvelle version introduite par les dispositions de la loi n° 94-653 du 29 juillet 1994! Le législateur, après avoir établi le droit subjectif en la matière par le biais des articles 16 à 16-9 du *Code civil français*, s'est par la suite donné les moyens d'en poursuivre l'application devant les tribunaux, venant ainsi assurer l'efficacité de cette protection.

Toutefois, il ne faut pas négliger de relever le caractère limité de cette dernière. De façon générale, ce n'est que l'embryon conçu *in vitro* et donc, dans le cadre d'une assistance médicale à la procréation, qui est protégé et encadré par les lois bioéthiques. L'embryon *in utero* n'est en fait couvert que par l'intermédiaire de la femme, par l'application de la loi du 20 décembre 1988 sur la recherche biomédicale sur l'être humain⁹².

Sans accorder de statut spécifique à l'embryon, la loi n° 94-654 du 29 juillet 1994, vient néanmoins, elle aussi, le protéger en limitant de façon précise, son utilisation. Par conséquent, c'est en interdisant certaines pratiques que cette loi a une incidence directe sur la protection de l'embryon.

C'est également dans le but de ne pas considérer l'embryon comme un ensemble de cellules biologiques que la loi a introduit des dispositions visant à contrôler sa création et à veiller à ce que sa nécessaire conservation pour des raisons liées à la technique médicale ne le réduise pas à n'être qu'un pur moyen.⁹³

91. G. RAYMOND, *loc cit.*, note 44, p. 460.

92. C. BYK, *loc cit.*, note 51, p. 412.

93. D. THOUVENIN, *loc cit.*, note 46, p. 193.

Toutefois, il nous semble que le seul souci réel des lois bioéthiques est « d'assurer le respect des limites fixées au développement de certaines technologies biomédicales (procréation médicalement assistée et diagnostic anténatal) »⁹⁴. Dès lors, la protection de l'embryon prévue par les lois bioéthiques n'est en fait qu'un « ramassis » de dispositions diverses. Est-ce dire que la protection prévue à ces lois est inefficace ?

L'essentiel du problème nous semble résider dans le fait que ni la place accordée à la « protection de l'embryon » dans le *Code pénal*, ni le contenu des textes de la *loi relative au respect du corps humain* et de la *loi relative au don et à l'utilisation des éléments et produits du corps humain, à l'assistance médicale à la procréation et au diagnostic prénatal* ne permettent d'avancer une théorie précise sur la nature juridique d'un embryon⁹⁵.

Sans les éléments nécessaires à la clarification de son statut, l'embryon se retrouve dans la même position incertaine, oscillant entre la personne juridique, la réification pure et simple, quoique moins plausible dû à l'esprit de protection des lois bioéthiques, ou encore l'option du statut intermédiaire qu'est celui de la personne juridique potentielle. Dès lors, toute tentative d'assurer une quelconque protection à l'embryon ne peut qu'entraîner la question à savoir à quel titre ce dernier doit en fait être protégé.

CONCLUSION

Dès lors, que faut-il conclure de l'état du droit français lorsqu'il s'agit de l'enfant à naître ? Sommes-nous en mesure d'affirmer que ce dernier bénéficie effectivement d'un statut selon le droit ou devons-nous conclure que nous sommes plutôt en présence d'une simple protection ?

D'abord, selon le droit positif préexistant à la réforme de juillet 1994, nous avons constaté que l'enfant conçu pouvait bénéficier de certains droits. Par l'application de différents principes juridiques comme celui de l'*infans conceptus*, le droit français permettait ainsi à l'enfant à naître, par l'effet d'une fiction juridique, de bénéficier de droits à caractère patrimoniaux et relevant de la personnalité juridique. Toutefois, dans ces cas exceptionnels, ces droits dont pouvaient bénéficier l'enfant conçu et donc l'embryon, étaient assujettis à la naissance vivante et viable de l'embryon. Conséquemment, s'agissait-il réellement d'un statut juridique déterminé qui était exceptionnellement accordée à l'enfant conçu ou était-ce plutôt une simple mesure relevant de la protection de ses intérêts ?

Selon l'ensemble des dispositions antérieures à la réforme de 1994, on peut affirmer que s'il y avait statut découlant de ces droits conditionnels, il ne s'agissait en fait que d'une personnalité juridique également conditionnelle et par conséquent, incomplète. L'incertitude face à cette conditionnalité de la personnalité et l'application de certaines autres dispositions, que nous avons déjà mentionnées, a fait en sorte de remettre en question cette personnalité de l'embryon en soulevant l'interrogation sur « l'état juridique » d'enfant conçu mais non né. Ainsi, le droit antérieur, lorsqu'il s'agissait de qualifier l'enfant à naître et conséquemment l'embryon, nous laissait inévitablement devant le débat à savoir si nous étions en fait en présence d'une personne, d'une chose ou encore, d'une personne par destination.

94. C. BYK, *loc cit.*, note 51, p. 412.

95. *Ibid.*

Face à cette situation imprécise, mais aussi à cause des questions soulevées par l'essor dans le domaine des sciences de la vie, le législateur français s'est senti forcé d'intervenir afin d'établir un cadre juridique au progrès de la biotechnologie. Cette intervention s'est concrétisée par la promulgation de la *loi n° 94-653 du 29 juillet 1994 relative au respect du corps humain* et de la *loi n° 94-654 du 29 juillet 1994 relative au don et à l'utilisation des éléments et produits du corps humain, à l'assistance médicale à la procréation et au diagnostic prénatal*. Ces lois nous proposent ainsi un ensemble, voulu cohérent, de règles qui constituent en fait, les premières limites nécessaires à l'application d'un droit qui est en constante évolution⁹⁶. En France, ceci est d'ailleurs grandement reflété par l'introduction au Code civil du nouvel article 16 qui affirme « [qu'il] s'agit d'assurer la primauté de la personne, d'interdire toute atteinte à la dignité de celle-ci et de garantir le respect de l'être humain dès le commencement de sa vie [...] »⁹⁷.

Évidemment, la question du statut de l'embryon, notion centrale de tous les débats entourant les lois bioéthiques, a, dans ce contexte, divisé les esprits. Le législateur n'a toutefois pas jugé opportun de se prononcer clairement sur cette question controversée de l'enfant à naître. Ainsi, la loi omet toujours de qualifier explicitement l'embryon au regard du droit. C'est donc dire que le droit antérieur est pratiquement inchangé et le principe de l'*infans conceptus* demeure toujours d'actualité; place est ainsi faite, encore une fois, aux différentes interprétations et interrogations quant à la personnalité juridique de l'embryon.

Malgré ces interrogations qui demeurent quant au statut juridique de l'embryon, on ne peut toutefois écarter la protection que les lois bioéthiques tentent d'apporter à l'embryon issu de l'assistance médicale à la procréation. Il en ressort ainsi une ferme intention de la part du législateur, à défaut de faire un choix quant au statut, d'établir les règles à suivre lorsqu'il s'agit de la conception *in vitro* d'un embryon. Certains diront même que cette protection est suffisante pour affirmer que l'enfant conçu est bien titulaire d'un statut et de la personnalité juridique.

Cependant, il ne faut pas oublier que ces dispositions sur la protection de l'embryon n'affectent que celui conçu *in vitro*. Ainsi, si un reproche doit être adressé aux lois bioéthiques, mis à part l'omission de qualifier juridiquement l'embryon, c'est bien celui d'avoir créé une protection applicable qu'à une seule catégorie d'embryon. Conséquemment, l'embryon *in vivo* est laissé pour compte et sa protection n'est ainsi assurée que par l'intermédiaire des principes et règles qui prévalaient déjà avant lesdites lois bioéthiques. Et que dire des embryons surnuméraires qui sont pourtant issus de l'assistance médicale à la procréation mais dont on justifie, à l'occasion, la destruction! De toute évidence, nous sommes ici en présence d'une incohérence de la loi qui peut nous porter à remettre en question l'efficacité réelle des dispositions prévues dans le cadre de la protection de l'embryon par les lois bioéthiques du 29 juillet 1994. Nonobstant ceci, ces lois énoncent, à tout le moins, les premières règles spécifiques à la protection de l'embryon humain, ce qui ne peut qu'avoir un impact sur l'état du droit face à l'embryon.

96. H. CARVAIS-ROSENBLATT, *loc cit.*, note 1, p. 17; D. THOUVENIN, *loc cit.*, note 47, p. 730.

97. M. BUGUET-CORDIER, *loc cit.*, note 2, p. 199.

Il est d'ailleurs intéressant de noter, comme un auteur se plaît à le souligner⁹⁸, qu'à défaut pour l'embryon d'acquérir un statut juridique et à force d'être l'objet d'une multiplicité de règles comme celles prévues aux lois bioéthiques de juillet 1994 et dans les différentes législations présentes et à venir, tout débat sur la question de son statut deviendra inutile et stérile. Ainsi, toujours selon cet auteur, verrons-nous peut-être la création implicite non pas d'un nouveau statut pour l'enfant à naître, mais plutôt d'un « embryon législatif »⁹⁹; ce dernier étant si bien entouré par un ensemble de règles et droits si précis que toute question d'un statut pour cet embryon sera tout simplement superflue!

D'ici là, force est de reconnaître que selon l'état actuel du droit tout autant que celui antérieur aux lois bioéthiques de juillet 1994, le fond du problème, lorsqu'il s'agit de l'embryon, réside toujours dans le fait que s'il est une personne, il est une personne qui n'est pas encore née¹⁰⁰; il est une personne en devenir dont la qualification juridique n'est toujours pas expressément déterminée et demeure donc, ambiguë.

Marie-Claude Gaudreault
Ministère de la Justice du Canada
Section du Code civil
284, rue Wellington, Tour St-Andrew, 7^e étage
OTTAWA (Ontario) K1A 0H8
Tél. : (613) 954-0198
Télec. : (613) 954-1209
C. élec. : marie-claude.gaudreault@justice.x400.gc.ca

98. C. BYK, « Chronique d'actualité : Bioéthique », *J.C.P.*, 1995, I, éd. G., 3848, p. 226.

99. *Ibid.*

100. C. BYK, « La recherche sur l'embryon humain », *J.C.P.*, 1996, II, 3949, p. 296.