Document generated on 05/09/2025 10:42 a.m.

Revue générale de droit

La situation juridique de l'enfant à naître en droit français : entre pile et face

François Diesse

Volume 30, Number 4, 1999–2000

URI: https://id.erudit.org/iderudit/1027762ar
DOI: https://doi.org/10.7202/1027762ar

See table of contents

Publisher(s)

Éditions Wilson & Lafleur, inc.

ISSN

0035-3086 (print)
2292-2512 (digital)

Explore this journal

Cite this article

Diesse, F. (1999). La situation juridique de l'enfant à naître en droit français : entre pile et face. *Revue générale de droit*, *30*(4), 607–661. https://doi.org/10.7202/1027762ar

Article abstract

Traditionally confined since the Roman law in a legal fiction which makes of him a being (human being!) at the same time legally nonexistent for lack of legal personality, and paradoxically ready to acquire rights, the fate of the designed child is the object of perpetual confusion (it goes to and from) between different and opposed legal categories, in doctrine as in jurisprudence.

Facing the legal aporias such a situation is generating, and the treatment at the very least "degrading and inhuman" imposed on this being at the beginning of his human life, this article proposes modestly, after a synthesis of various theories under discussion, that our law turns not towards the legal past of our system, but towards the "becoming" of the child to be born conferring him a clear statute; even if we must, following the example of articles 725 and 906 of the Civil code which suspend until the birth the effectivity of the rights acquired by the child, soften the effects of the possible legal personality recognised to him; and also revisit the direction and the range of the traditional concepts.

For sure, the eternal silence of the legislator on this question calls into question the virtues and the coherence of our legal system while opening, which is more, the way to the division of jurisprudence and the splits of the doctrine divided between purism (even intransigent) and humanistic conceptions of our law.

Droits d'auteur © Faculté de droit, Section de droit civil, Université d'Ottawa, 2000

This document is protected by copyright law. Use of the services of Érudit (including reproduction) is subject to its terms and conditions, which can be viewed online.

https://apropos.erudit.org/en/users/policy-on-use/

This article is disseminated and preserved by Érudit.

Érudit is a non-profit inter-university consortium of the Université de Montréal, Université Laval, and the Université du Québec à Montréal. Its mission is to promote and disseminate research.

https://www.erudit.org/en/

La situation juridique de l'enfant à naître en droit français : entre pile et face*

FRANÇOIS DIESSE
Chargé de cours de droit civil et de droit
des affaires à Philotechnique, Paris
Assistant à la Faculté des sciences juridiques et politiques
de l'Université de Dschang, Cameroun

RÉSUMÉ

Traditionnellement enfermé depuis le droit romain dans une fiction juridique qui fait de lui un être (humain!) à la fois juridiquement inexistant, faute de personnalité juridique, et paradoxalement apte à acquérir des droits, le sort de l'enfant conçu fait l'objet, en doctrine comme en jurisprudence, d'un chassé-croisé perpétuel entre catégories juridiques différentes et opposées.
Face aux apories juridiques qu'engendre une telle situation et au traitement pour le moins « dégradant et inhumain » infligé à cet être au commencement de sa vie humaine, le présent article propose modestement, après une synthèse des différentes théories en discussion, que notre droit dirige son regard,

ABSTRACT

Traditionally confined since the Roman law in a legal fiction which makes of him a being (human being!) at the same time legally non-existent for lack of legal personality, and paradoxically ready to acquire rights, the fate of the designed child is the object of perpetual confusion (it goes to and from) between different and opposed legal categories, in doctrine as in jurisprudence.
Facing the legal aporias such a situation is generating, and the treatment at the very least « degrading and inhuman » imposed on this being at the beginning of his human life, this article proposes modestly, after a synthesis of various theories under discussion, that our law turns not

* L'auteur remercie M^e^ Alexandra Diaby pour son aide.

non plus vers le passé de notre système juridique, mais vers le « devenir » de l'enfant à naître en lui conférant un statut : quitte, à l'instar des articles 725 et 906 du Code civil qui suspendent jusqu'à la naissance l'effectivité des droits acquis par l'enfant conçu, à atténuer les effets de l'éventuelle personnalité juridique à lui reconnue; quitte aussi à revisiter le sens et la portée des concepts traditionnels.

Pour sûr, l'éternel silence du législateur sur cette question remet en cause les vertus et la cohérence de notre système juridique en ouvrant, qui plus est, la voie à la division de la jurisprudence et au déchirement de la doctrine partagée entre les conceptions puristes, voire intransigeantes, et humanistes de notre droit.

towards the legal past of our system, but towards the « becoming » of the child to be born conferring him a clear statute; even if we must, following the example of articles 725 and 906 of the Civil code which suspend until the birth the effectivity of the rights acquired by the child, soften the effects of the possible legal personality recognised to him; and also revisit the direction and the range of the traditional concepts.

For sure, the eternal silence of the legislator on this question calls into question the virtues and the coherence of our legal system while opening, which is more, the way to the division of jurisprudence and the splits of the doctrine divided between purism (even intransigent) and humanistic conceptions of our law.

SOMMAIRE

Introduction 610

I. Un statut entre le vide juridique et le « trop plein » des solutions envisagées 616

A. L'enfant à naître, sujet ou objet de droit? 617

1. Le silence du législateur 618
2. La division de la doctrine 621
3. L'incertitude de la jurisprudence 625

B. Enfant à naître, personne ou être humain? 628

1. La personne physique opposée à l'être humain : une distinction extravagante 628
2. Les conséquences de la distinction 630

C. L'enfant conçu, sujet autonome ou *pars viscerum matris*? 632

1. Entre mère et fœtus, unité ou pluralité de sujets de droit? 632

a) La thèse de l'unité de sujet de droit et sa critique 632
b) Les arguments en faveur de la pluralité de sujets de droits 634

2. Entre mère et fœtus, une superposition de droits subjectifs 640

II. Un régime de protection entre inexistence et aptitude juridiques 645

A. Une personnalité conditionnelle 645

1. Les prétendus fondements de la personnalité conditionnelle 646

a) Le principe infans conceptus 646
b) Les textes du Code civil 648

2. La critique de la personnalité conditionnelle 649

B. Un titulaire *sui generis* de droits subjectifs 654

1. L'enfant conçu titulaire des droits patrimoniaux 654
2. ... mais quasi inexistant pour les droits extrapatrimoniaux 655

a) L'enfant conçu, titulaire infirmé de certains droits 655
b) L'enfant conçu, titulaire relatif de droits 659

Conclusion 660

INTRODUCTION

En fait de l'enfant à naître[1] le débat, très ancien mais toujours intense[2], est loin d'être clos[3]. La situation juridique de l'enfant conçu continue à diviser la jurisprudence et à déchirer la doctrine, faute de position ferme prise par le législateur. Un seul point fait l'unanimité : son statut juridique participe des questions sans réponse[4], assurément parce que « 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 »[5]. Ce statut navigue entre catégories juridiques différentes, généralement opposées, notre système juridique procédant par classification.

En effet, d'un côté, on admet que l'enfant conçu, peu importe comment[6], appartient à l'espèce humaine mais, de l'autre, on refuse d'en tirer toutes les conséquences juridiques nécessaires[7], quitte à revisiter le sens et la portée des concepts traditionnels. Si bien que le sort de l'enfant à naître fait

---

1. Cette expression utilisée par certains juges et la doctrine contemporaine, par son sens large, est sinon synonyme, du moins proche de la notion « d'enfant conçu ». Elle a pour avantage de mettre en relief la réalité de la vie humaine présente chez cet être indépendamment de toute limitation résultant des étapes de son évolution biologique. Voir *Trib. gr. inst. de Lille, ordonnance de non-conciliation, du 13 février 1998*, *D.* 1999. 177-178 (note X. LABBÉE); voir également D. VIGNEAU, *L'enfant à naître*, thèse Toulouse, 1988; N. MASSGER, *Les droits de l'enfant à naître*, Bruxelles, Bruylant, 1997.

2. La récente décision du *Trib. gr. inst. de Lille, ibid.*, relance la discussion sur le statut juridique de l'enfant conçu.

3. Pour une bibliographie plus étendue sur la question, voir J.-F. NIORT, « L'embryon et le droit : un statut impossible? », (1998-2) *R.R.J.* 461-477, notes nos 1-90.

4. Dans ce sens voir C. NEIRINCK, « L'embryon humain ou la question en apparence sans réponse de la bioéthique », *Les Petites affiches*, 9 mars 1998, n° 29, pp. 4-10.

5. M.-C. GAUDREAULT, « L'embryon en droit français : titulaire d'un statut juridique? », (1997) 28 *R.G.D.* 467-493, p. 470.

6. La différence entre les processus naturel et artificiel de procréation n'a ici qu'une importance relative.

7. On prétend qu'accorder une protection juridique à l'enfant à naître mettrait en cause la législation sur l'avortement. Ce qui n'est que pur échappatoire, pour ne pas étudier sérieusement le problème de conflit de droits qui se pose entre la mère et l'enfant à naître.

le va-et-vient entre protection absolue et un relatif « respect ». Par ailleurs, au trop plein des positions doctrinales, des décisions judiciaires et des textes concernant l'enfant, s'oppose de façon paradoxale un vide juridique quant à son statut entre le moment de sa conception et sa naissance.

Ce paradoxal constat mérite que l'on s'y attarde un instant, pour rappeler certaines des positions juridiques actuelles, prises de part et d'autre, et tenter de comprendre leur faiblesse. Un deuxième intérêt peut être tiré du développement que connaît actuellement la défense des droits de l'homme qui, en tant que système de protection de la dignité humaine[8], a le vent en poupe et qui à terme, risque de s'affirmer comme l'ultime issue pour fixer de façon plus solide la protection juridique de l'être humain avant la naissance[9].

Sur la situation juridique de l'enfant à naître, en effet, plusieurs solutions ont été proposées. Certaines de ces solutions ont été contestées, sans doute parce qu'elles sont extrémistes. Elles placent le sort de cet être à l'une des extrémités des classifications juridiques connues et qui distinguent les personnes des choses, les sujets des objets de droit. C'est le cas des thèses qui soutiennent que l'enfant à naître, en l'occurrence l'embryon, est une personne juridique dotée de la même protection juridique que les individus nés vivants et viables[10]. C'est également le cas des opinions qui défendent le contraire en démontrant que l'embryon humain n'est pas une

8. Dans ce sens, voir G. FLÉCHEUX, « La personne humaine », *D.* 1995. chron. 5 et ss.

9. Nous espérons que la ratification par la France, si non l'application par la Cour européenne des droits de l'homme, de la *Convention sur les droits de l'homme et la biomédecine* (Conseil de l'Europe, 4 avril 1997, Séries traités européens n° 164) et du *Protocole Additionnel à la Convention pour la protection des droits de l'homme et la dignité de l'être humain à l'égard des applications de la biologie et de la médecine, portant interdiction du clonage des êtres humains* (Conseil de l'Europe, 12 janvier 1998, Séries traités européens n° 168) offriront cette occasion.

10. Voir l'intervention du sénateur SEILLIER qui soutient que « devant la loi, tout être humain est une personne, de la fécondation à la mort », *J.O. Sénat,* 16 décembre 1991, p. 5410; Voir aussi G. MÉMETEAU, « La guerre de sécession n'aura pas lieu, ou la question des frontières et de l'autonomie du droit médical », (1995-3) *R.R.J.* 753; A. SÉRIAUX, *Les personnes*, Paris, Que sais-je, 1992, pp. 6 et 7; *C.A. Douai, 2 juin 1987, J.C.P.* 1989. II. 21250 (note X. LABBÉE); *Trib. Corr., 17 octobre 1990, Rev. Jur. Centre-Ouest*, 1992, p. 157 (note A. GIUDICELLI).

personne et n'a droit à cet effet à aucune reconnaissance, ni protection juridique[11].

D'autres propositions, plus conciliantes, ont cherché à atténuer l'intransigeance des courants extrémistes. On a ainsi défendu l'idée selon laquelle l'enfant à naître est bien une personne juridique, mais dont les droits sont affaiblis[12] et qui est privée de capacité d'exercice. L'idée la plus développée dans ce type de position est la progression par étapes successives de l'aptitude juridique au fur et à mesure que l'être humain évolue de la conception à la naissance et de celle-ci à la majorité civile[13]. On a aussi, dans la recherche d'un « juste milieu », soutenu l'hypothèse selon laquelle l'enfant à naître serait une personne juridique « conditionnelle »[14], « potentielle »[15], en « devenir »[16] ou encore une « personne future »[17].

---

11. *Conseil Constitutionnel, 27 juillet 1994*, *Rev. Fr. Dr. Const.* 1994, pp. 803-804 (note FAVOREU); *id.*, R.F.D.A. 1994, p. 1019 et *D.* 1995. 237 (note B. MATHIEU); *Journ. Int. Bioéthique*, mars 1996, p. 10 (note DESWARTE); voir aussi *Trib. gr. inst. Rennes, 30 juin 1993*, *J.C.P.* 1994. II. 22250 et *C.A. Toulouse 18 avril 1994*, *J.C.P.* 1995. II. 22472 (note C. NEIRINCK); *Crim. 31 janvier 1996*, *Droit pénal.* 1996. comm. 87; *J.C.P.* 1996. IV. 775 et I. 3950.

12. *C.E. 21 décembre 1990* (2 espèces), *D.* 1992. 283 (note SABOURIN); R.F.D.A. 1991, p. 316 et 1990, p. 1065 (note DEVOLVE et concl. STIRN); A.J.D.A.1991, p. 158.

13. Faisons remarquer d'ores et déjà que cette thèse est plus proche de l'esprit et de la lettre du Code civil, même si elle confond la personnalité, qui est acquise indépendamment d'un quelconque contenu matériel, avec la capacité qui, elle, peut évoluer avec l'âge ou les circonstances.

14. V° L'enfant conçu, J.Cl. Civil, Fasc., 50 sous article 16; P.-A. CRÉPEAU, « L'affaire Daigle et la Cour suprême du Canada ou la méconnaissance de la tradition civiliste », dans E. CAPARROS (dir.), *Mélanges Germain Brière*, Collection bleue, Montréal, Wilson et Lafleur Ltée, 1993. pp. 217-281, p. 257, n° 59; J.-P. GRIDEL, *Notions fondamentales de droit et droit français*, Paris, Éditions Dalloz, 1992, p. 632.

15. C'est l'opinion du Comité national d'éthique. Voir notamment son Rapport de 1989 sur les dons de gamètes et d'embryons; également les avis de ce Comité des 15 décembre 1986 et 23 mai 1984 (*J.C.P.* 1995. I. 3191). De même pour G. CORNU, l'embryon est « au minimum une personne potentielle », dans *Introduction. Les personnes. Les biens*, 6e éd., Paris, Montchrestien, 1993, p. 179; B. KOUCHNER reconnaît lui aussi à l'embryon « une potentialité de personne », *J.O.* Débat Ass., 20 novembre 1992, p. 5731.

16. Selon les auteurs de cette théorie, l'enfant à naître pour devenir une personne juridique doit passer par différentes étapes le conduisant progressivement de la période dite d'animation au stade d'embryon, et de celui-ci à la naissance avec à ce niveau la viabilité comme examen de passage pour entrer dans la catégorie des sujets de droit. Voir pour plus de détails, M.-C. GAUDREAULT, *loc. cit.*, note 5, p. 472.

17. X. LABBÉE, note sous *Trib. gr. inst. de Lille*, ordonnance de non-conciliation du 13 février 1998, *supra*, note 1, p. 178.

D'autres thèses encore ont été défendues et qui nous paraissent d'emblée inadmissibles. C'est l'exemple des doctrines qui, partant de la fausse idée que la qualité de sujet de droit n'est pas liée à la personnalité juridique, prétendent que l'enfant à naître n'est pas une personne, mais est un sujet de droit[18]. Ceci est inconcevable puisque toute personne juridique est nécessairement un sujet actif ou passif de droit. Un autre exemple est le cas des thèses qui soutiennent que l'embryon humain n'est pas une personne juridique et n'est pas non plus une chose[19]. C'est aussi le cas des voix qui s'élèvent pour soutenir que l'enfant à naître serait à la fois personne et chose, sujet et objet. En effet, selon cette doctrine, il serait titulaire de droits, serait-ce le droit de succéder ou de recevoir des donations, c'est-à-dire sujet de droit au sens du *Code civil*, et en même temps une chose. Car, « chassé de l'humanité » et ne relevant pas de la catégorie des personnes juridiques, il serait purement et simplement rangé dans la catégorie opposée, celle des choses.

D'autres thèses, elles aussi non suivies par le législateur, se veulent réformistes ou, au contraire, conservatrices. C'est l'hypothèse des courants qui se fondent certainement sur la réalité biologique de l'homme et soutiennent que la vie humaine commence avec la conception et que par conséquent, la protection instituée par l'article 16 du Code civil est due à l'enfant à partir de ce moment. Cette thèse s'oppose à celle, classique ou traditionnelle, qui depuis longtemps a toujours soutenu que la qualité de sujet de droit s'acquiert à la naissance, et qu'avant cette naissance, l'enfant n'est rien d'autre qu'une partie intégrante du système biologique de la femme qui le porte.

D'autres solutions enfin ont manqué de susciter l'adhésion générale pour deux raisons fondamentales. Soit parce qu'elles se situent exclusivement dans l'hypothèse du phénomène nouveau de la procréation artificielle, et de ce fait privent leurs analyses des arguments historiques qui auraient

18. *Cf.* thèse inspirée de celle de R. DEMOGUE, « La notion de sujet de droit », (1909) *Rev. trim. dr. civ.*, p. 611.

19. G. CORNU, *op. cit.*, note 15, n[os] 459 et ss.; S. PHILIPS-NOOTERNS, « Être ou ne pas être... une personne juridique : variations sur le thème de l'enfant conçu », dans *Mélanges Germain Brière*, *op. cit.*, note 14, pp. 197 et ss.

permis de mieux appréhender le statut de l'enfant conçu dans son unité, soit parce qu'elles sont entachées par les originelles erreurs de compréhension et d'interprétation des droits de l'enfant à naître[20]. Ou alors parce qu'elles s'abstiennent, dans leurs analyses, de considérer l'importance des données conjoncturelles d'antan, aujourd'hui dépassées avec le progrès de la médecine, qui avaient conduit le juge, à une époque où le taux de mortalité infantile était effrayant, à situer par exception et par prudence la naissance de la personnalité juridique de l'enfant conçu au moment de l'effectivité des droits nés dans son patrimoine fixé par le législateur à la naissance[21].

C'est sans doute de là qu'est partie la confusion entre la date d'acquisition de la personnalité juridique par l'enfant, c'est-à-dire son aptitude à acquérir des droits située à sa conception[22], et qui en aucun cas ne peut être postérieure à la pénétration des droits dans son patrimoine, avec le moment où les droits ainsi acquis peuvent commencer à produire des effets juridiques. En plaçant à tort cette aptitude à acquérir des droits[23] à la naissance, elle avait transformé une règle générale du droit patrimonial[24] en piètre disposition dérogatoire du droit de la personnalité juridique. Cette dérogation parfois qualifiée de fiction consistant à dire qu'avant la naissance une personne ne peut être titulaire de droits que par exception à la règle, créée de toute pièce par la doctrine et soutenue par la jurisprudence, selon laquelle la personnalité juridique s'acquiert à la naissance.

---

20. En l'occurrence, les articles 311-4, 725, 902 et 906 du Code civil et le « principe *infans conceptus* » ont été à tort compris comme refusant toute personnalité juridique avant la naissance. P.-A. CRÉPEAU est à cet égard plus explicite lorsqu'il déclare que « le régime de faveur accordé à l'enfant à naître dans la tradition civiliste repose sur une fiction de naissance anticipée, à la condition que l'enfant naisse par la suite vivant et viable », dans *Mélanges Germain Brière*, *op. cit.*, note 14, p. 257, n° 59.

21. Pour les biens acquis par donation ou par testament, voir l'article 906 al. 3 du Code civil.

22. Dans ce sens, voir les articles 725 (1° et 2°) et 906 alinéas 1 et 2 du Code civil et dans une certaine mesure l'article 311-4 du même Code.

23. Par exemple, la capacité de recevoir entre vifs ou par testament prévue à l'article 906 du Code civil.

24. Il est reconnu en droit des biens qu'un droit subjectif prend naissance toujours dans un patrimoine préalablement existant; qu'il n'y a pas de patrimoine sans titulaire.

Cette fiction conduit malheureusement à la situation où l'enfant conçu peut posséder des droits sans exister juridiquement, parce qu'il n'est pas considéré comme un sujet de droit. Ou, pire encore, on se retrouve dans la position très inconfortable d'admettre qu'une chose, un non-sujet de droit, est considérée comme titulaire possible de droits. Car n'étant pas sujet, l'enfant conçu est automatiquement renvoyé dans la catégorie juridique des objets de droit.

Force est de reconnaître que cette fiction juridique pose plus de problèmes qu'elle entend résoudre. Elle conduit directement dans une aporie qui, en vilipendant les thèses prônant le refus de la personnalité juridique à l'enfant conçu, a le mérite de permettre d'accorder plus de crédibilité à la doctrine qui récuse la thèse de l'acquisition de la personnalité juridique à la naissance et qui tente de situer celle-ci à la conception.

Cette aporie longtemps décriée par une partie de la doctrine invite à envisager sérieusement le statut juridique de l'enfant conçu. Et pour cause. Car, à l'heure actuelle, sa situation se trouve enfermée dans une kyrielle interminable de contradictions dont elle a du mal à s'en sortir et que justifie d'ailleurs l'intensité des débats que le sort de l'enfant à naître a connus depuis quelques années. En l'occurrence, rappelons que ce sort se trouve dilué dans la navette entre « rigueur classique et exaltation baroque »[25]; entre le statut de personne et celui de chose, et donc entre sujet et objet de droit; entre sujet autonome et produit du corps de la femme voire produit biologique; entre inexistence juridique et être humain[26]; entre fiction, produit d'une anticipation juridique, et réalité humaine ou biologique incontestable[27]; entre sujet de droit confirmé, d'un côté, et être potentiel ou à venir, voire un non-être juridique, de l'autre; entre, d'une part, le désir de liberté, de maîtrise de la sexualité et de maternité de la femme qui justifient selon les auteurs la dépénalisation de

25. G. MÉMETEAU, « La situation juridique de l'enfant conçu. De la rigueur classique à l'exaltation baroque », (1990) 89 *Rev. trim. dr. civ.* 611-624.

26. Voir J.-F. NIORT, *loc. cit.*, note 3, pp. 473 et ss.

27. En liant, par fiction, l'existence juridique à la personnalité et en situant l'acquisition de cette personnalité à la naissance, on s'oppose à la vérité biologique de la vie humaine qui prend sa source dans la conception.

l'avortement et, d'autre part, le désir d'enfant qui pousse les époux à préconiser la procréation médicalement assistée; entre la nécessité de recherche scientifique et de progrès de la médecine et, en revanche, le respect de la dignité humaine; le goût du profit ou le risque d'industrialisation de la procréation médicalement assistée et l'impérative indisponibilité du corps humain; entre la percée de la « conception moderne » et la résistance de l'approche « ancienne de l'état des personnes »[28]...[29]

Cette somme de contradictions, pour le moins illimitées, montre à quel point le statut de l'enfant à naître oscille entre le vide législatif et le trop plein des solutions proposées par les juges et la doctrine (I.); ce statut incertain étant lui-même un prélude à un régime de protection partagé entre d'un côté, l'inexistence juridique de l'enfant et ses conséquences et, de l'autre, une aptitude à acquérir des droits largement affirmée (II.).

I. UN STATUT ENTRE LE VIDE JURIDIQUE ET LE « TROP PLEIN » DES SOLUTIONS ENVISAGÉES

La position de notre droit sur la situation de l'être humain avant l'accouchement est restée inchangée. Au silence du législateur, la jurisprudence et la doctrine ont toujours répondu par leurs division et tâtonnement sur la question. À vrai dire, le statut de l'enfant conçu n'a connu d'évolution que dans le sens de sa perplexité et de la dégradation de la vie humaine qui gît en lui, poussée par la venue sur la scène juridique des réalités polymorphes que constituent le fœtus ou l'embryon, *in utero* ou *in vitro*[30].

28. B. EDELMAN, « Le conseil constitutionnel et l'embryon, (décision du conseil constitutionnel n° 94-343-344 DC du 27 juillet 1994, *J.O.* 29 juillet) », *D.* 1995. chron. 209, n° 32.

29. À cette liste inépuisable, peut-on encore ajouter la différence et parfois l'opposition qui existe entre les conceptions religieuse, juridique et la réalité biologique de la vie humaine chez l'embryon ou le fœtus.

30. Comme ce fut le cas dans les procès de Maryville. *Cf.*, J. LEJEUNE, *L'enceinte concentrationnaire. D'après les minutes du procès de Maryville*, Coll. Des chrétiens, J.-C. DIDELOT (dir.), Librairie Arthème Fayard, 1990.

Cette lacune du législateur, de 1804 aux lois de juillet 1994, a en effet été perçue comme un refus de toute personnalité à l'enfant à naître, et plus récemment comme le rejet de cet être de toute appartenance humaine[31]. Ce qui replace sur le terrain de la discussion les questions de savoir si l'enfant à naître est-il un sujet ou un objet de droit (A.), un sujet autonome ou une *pars viscerum matris*[32] (C.), ou encore l'idée de soutenir, comme on l'a fait à son égard, qu'il n'est pas une personne mais un être humain (B.).

A. L'ENFANT À NAÎTRE, SUJET OU OBJET DE DROIT?

Il est déconcertant de découvrir, qu'à l'heure où le développement des mesures de protection de l'animal est en passe de donner lieu à l'octroi d'une personnalité à cet être vivant[33], notre droit positif ait encore de la réticence à reconnaître à l'enfant à naître la qualité de personne juridique. De même, il est honteux de constater que la situation de l'enfant à naître demeure, à l'aube du troisième millénaire, dans l'incertitude[34].

---

31. B. EDELMAN, *loc. cit.*, note 28, p. 207, n° 2.

32. Cette précision est d'importance. Car, sur la scène juridique, les rôles sont distribués aux acteurs, personne ou sujet de droit, à travers les prérogatives qui leur sont conférées et qui permettent de caractériser la personne comme sujet actif ou passif de droit. La personnalité juridique confère donc à l'être humain, sujet du droit, la capacité « d'obliger les autres envers lui et de s'obliger envers les autres ». Ce qui sur cette scène n'est pas sujet est automatiquement rangé dans la catégorie des objets de droit.

33. La *Déclaration universelle des droits des animaux* votée par l'UNESCO le 15 octobre 1978 a été perçue comme une telle tentative. Voir A. M. SOHN-BOURGEOIS, « La personnification de l'animal : une tentative à repousser », *D.* 1990. chron. 33; J.-P. MARGUENAUD, *L'animal en droit privé*, Préface de Lombois, PUF, 1992; S. ANTOINE, « Le droit de l'animal : évolution et perspectives », *D.* 1996. chron. 126.

34. L'enfant conçu est, en effet et on ne le rappellera jamais assez, admis tantôt comme un sujet de droit, pour certains; tantôt comme un objet pour d'autres. Pour d'autres encore, il a un statut hybride. C'est un « ni sujet, ni objet de droit », ou si l'on préfère, il est tantôt une personne juridique, tantôt une chose. L'enfant conçu est ainsi traité un peu plus qu'une chose : il aurait droit au respect. Mais, il est considéré beaucoup moins qu'une personne juridique. Il est dans une situation largement inférieure à celle d'une personne morale dont l'existence juridique résulte d'une simple fiction, dont la seule réalité palpable se situe dans l'imagination du législateur. Celle-ci est un sujet de droit, contrairement à l'enfant à naître en dépit des réalités biologique, physique et humaine qui le caractérisent.

Pour ce dernier, le législateur ne s'est jamais prononcé clairement. Face à ce silence (1.) qui maintient la doctrine dans ses errements et sa division (2.), une partie importante de la jurisprudence antérieure et postérieure aux lois de 1994 a conclu à l'absence de personnalité juridique chez l'enfant à naître (3.).

1. Le silence du législateur

Notre législateur s'est toujours abstenu de se prononcer clairement sur la nature juridique de l'être humain avant sa naissance. Il se contente d'affirmer que dès la conception l'enfant est capable de recevoir par donation ou par testament, et de préciser ensuite que les droits dont il est titulaire ne deviennent effectifs que si cet enfant naît vivant et viable. Il ne dit pas précisément si cet être humain a ou non la personnalité juridique. Cette omission des rédacteurs de notre *Code civil* à l'époque était concevable, la théorie de la personnalité étant une construction essentiellement doctrinale.

Curieusement, dans les lois dites modernes, le législateur se borne à rappeler que la dignité de l'être humain est protégée dès le commencement de la vie sans cependant situer ce commencement. Si bien que sur le plan législatif, il y a un vide juridique quant à savoir si l'enfant conçu est une personne ou au contraire une chose. Et pourtant, de la codification de 1804 aux récentes lois sur la bioéthique, il a eu maintes occasions pour trancher définitivement cette question[35].

Le silence des lois Veil sur le statut juridique de l'enfant conçu est déroutant. Il est très mal perçu, puisqu'il y va de la dignité humaine que le législateur veut pourtant assurer. Plus qu'une indifférence, ce silence a été analysé comme une sorte d'abandon de la situation de l'être humain, à l'aurore de sa vie, au libre choix entre le sort réservé aux sujets de droit et celui reconnu aux choses. On a d'ailleurs constaté que, « s'agissant de l'embryon humain, le développement de la contraception et de la dépénalisation de l'avortement laissent croire que

35. Il aurait pu prendre position à l'une des occasions de l'évolution de notre législation relative au droit de la personne ou suivre certaines propositions qui lui ont été faites dans ce sens.

l'embryon humain, dans les limites temporelles légales, est un pur objet au pouvoir de la mère; cela conduit certains médecins ou chercheurs à penser que le pouvoir de détruire [...] fonde le droit d'utiliser l'embryon humain comme bon leur semble, et notamment pour la recherche [...] »[36].

Après les textes sur l'avortement[37], les lois sur la bioéthique[38] ont relancé la discussion sur la situation juridique de l'enfant à naître, en l'occurrence sur sa nature juridique de laquelle dépend sa protection par le droit[39]. Avant les lois sur la bioéthique, certaines propositions ont souhaité, mais en vain, donner à l'enfant à naître un statut juridique en disposant que « dès le moment de sa conception, l'enfant conçu est sujet de droit, sa vie est celle d'un être humain et doit être respectée en tant que telle »[40].

Les rapports Mattéi et Lenoir[41] qui ont inspiré le législateur de 1994 ont eux aussi refusé de prendre position sur la nature juridique de l'embryon[42]. Le rapport Mattéi se contente de déclarer que pour des raisons scientifiques, contraceptives et philosophiques, « la mission recommande de s'en

---

36. Comité national d'éthique, avis 23 mai 1984, 15 décembre 1986, *supra*, note 15.

37. Voir la *Loi n° 75-17 du 17 janvier 1975* relative à l'interruption volontaire de la grossesse (*J.O.* 18 janvier 1975; *B.L.D.* 1975. 48); les décrets n° 75-352, n° 75-353 et n° 75-354, tous du 13 mai 1975 portant application de la *Loi n° 75-17 du 17 janvier 1975* (*J.O.* 15 mai 1975; *D.* et *B.L.D.* 1975, pp. 154 et ss.); *Loi n° 79-1204 du 31 décembre 1979* relative à l'interruption volontaire de la grossesse (*J.O.* 1er janvier 1980; *D.* et *B.L.D.* 1980, p. 71) et *Décret n° 80-632 du 5 août 1980* (*J.O.* 8 août 1980).

38. Lois n° 94-653 (respect du corps humain) et n° 94-654 (don et utilisation des éléments et produits du corps humain; assistance médicale à la procréation et au diagnostic prénatal), toutes du 29 juillet 1994 (*J.O.* 30 juillet 1994).

39. G. MÉMETEAU, *loc. cit.*, note 25, p. 612.

40. Proposition de messieurs BAS, BOUVARD et autres, n° 2158, *J.O.* débats Ass. nat., 24 mai 1984, art. 1er; Également, la proposition de PALMÉRO et LOMBARD, n° 217, Sénat, 7 avril 1983.

41. Si les deux rapports sont différents sur plusieurs points, ils refusent cependant tous les deux de prendre parti sur la nature juridique de l'embryon.

42. Le rapport Mattéi (*La vie en question*, Documentation française, 1994) ne distinguait pas entre les embryons *in vitro* et *in utero*, et reconnaissait à tous les deux le respect dû à tout être humain. Le rapport de madame Lenoir, (*Aux frontières de la vie*, Documentation française, 1991, deux volumes) traitait spécifiquement le cas de l'embryon *in vitro* dont il réduisait considérablement le respect qui lui était dû. Ces différences entre les deux rapports se retrouvent sur le plan juridique entre la solution du législateur largement influencé par le rapport Mattéi et la décision du Conseil constitutionnel qui se penche vers le rapport Lenoir.

tenir à la réaffirmation du respect de la vie dès son commencement et de ne pas aborder l'impossible statut de l'embryon »[43], après avoir cependant précisé que « l'embryon n'est que l'expression morphologique temporaire d'une seule et même vie qui commence dès la fécondation et se poursuit jusqu'à la mort ».

Le rapport Lenoir, quant à lui, se situant délibérément dans une perspective médico–scientifique ne s'intéresse qu'à l'originalité des recherches dont l'embryon *in vitro* pouvait faire l'objet. De ce fait, il considère l'embryon comme un « objet qui doit être protégé » par la nécessité du consentement des géniteurs, la non-réimplantation une fois expérimentée ... et en déduit le respect de la vie de l'embryon qui apparemment ne peut prétendre à aucune dignité.

Ainsi est née une opposition largement contestable entre le respect de la vie de l'embryon dès le commencement de sa vie et sa qualification qui, à notre avis ne pose aucune difficulté dès lors qu'il est indiscutable que la vie de l'embryon fait partie intégrante de la vie humaine qui commence avec la conception et se termine avec la mort. Cette opposition a eu pour conséquence de semer un doute sur la qualité d'être humain de l'embryon, de lui retirer cette qualité sans malheureusement lui en proposer une autre. L'embryon est ainsi devenu « humain d'un côté, mais pas assez humain de l'autre, il se situe dans une zone étrange et ambiguë »[44].

Et pourtant, les lois bioéthiques étaient attendues comme l'occasion idéale de combler les lacunes du droit concernant les valeurs essentielles qui s'attachent à la personne humaine, de les faire entrer dans le royaume juridique en les enlevant du domaine des opinions philosophiques, morales ou religieuses où notre tradition juridique les avait confinées[45]. La nature de la personne humaine, le statut de l'embryon et le moment où commence la vie, et donc sa protection, sont aux nombres de ces questions que malheureusement le législateur de 1994 a préféré ignorer.

---

43. J.-F. MATTEI, *Rapport à Monsieur le Premier Ministre sur l'éthique biomédicale*, Paris, 15 novembre 1993, p. 96.

44. B. EDELMAN, *loc. cit.*, note 28, n° 6.

45. B. MATHIEU, « La dignité de la personne humaine : quel droit? quel titulaire? », *D.* 1996. chron. 283.

La convention bioéthique[46] ne dit rien non plus sur la définition de l'être humain, mais renvoie le problème au droit interne. Le projet de rapport explicatif relevait seulement que la dignité doit être respectée dès le commencement de la vie.

C'est donc par le silence que le législateur a résolu l'épineuse question de la nature juridique de l'enfant à naître. Un silence qui est à l'origine de la division de la jurisprudence et des contradictions de la doctrine à propos du statut juridique de l'*infans conceptus*. On comprend dès lors pourquoi les lois sur la bioéthique qui fondaient l'espoir de voir ce vide juridique comblé étaient très attendues par les juristes, et pourquoi la déception de ceux-ci fut grande lorsque ces lois ont laissé dans l'oubli les questions juridiques relatives à la nature juridique de l'embryon pour s'attaquer uniquement aux problèmes techniques. En effet, force est de constater qu'aujourd'hui encore, plus que dans le passé, la doctrine et la jurisprudence sont dans l'impossibilité de dire d'une même voix quel est le statut juridique de l'enfant à naître. C'est donc avec raison que revient de façon récurrente au débat la question de savoir si l'enfant à naître est un sujet ou un objet de droit. Cette question ne peut plus être simplement ignorée ou évincée par le droit positif.

2. La division de la doctrine

La doctrine majoritaire continue à soutenir que la personnalité s'acquiert à la naissance. Ce, en dépit des dispositions du *Code civil* qui donnent pleine aptitude juridique à l'enfant conçu pour succéder et recevoir par donation ou par testament. Ce, aussi, malgré les textes récents qui affirment le respect de tout être humain dès le commencement de la vie[47]. Ce, enfin, sans penser aux nombreux textes internationaux qui reconnaissent à tout individu un droit à la vie qui

46. *Cf. Convention sur les droits de l'homme et la biomédecine* (Conseil de l'Europe, 4 avril 1997, séries traités européens n° 164) et le *Protocole Additionnel à la Convention pour la protection des droits de l'homme et la dignité de l'être humain à l'égard des applications de la biologie et de la médecine, portant interdiction du clonage des êtres humains* (Conseil de l'Europe, 12 janvier 1998, séries traités européens n° 168).

47. Voir art. 16 C. civ. issu de la *Loi n° 94-653 du 29 juillet 1994*; article 1er de la *Loi Veil du 17 janvier 1975*, *supra*, note 37.

doit être protégé par la loi[48]. Pour cette doctrine donc, l'enfant n'a pas avant la naissance de personnalité juridique. Il n'est pas sujet de droit.

La discussion reste ouverte parce que ces textes qui protègent l'enfant subordonnent l'efficacité de ses droits au fait que cet enfant naisse viable. Aussi, parce que les lois protégeant sa dignité dès le commencement de sa vie ne précisent guère si cette vie s'entend dans le sens biologique et donc prend sa source dans la conception ou, au contraire, dans le sens de la doctrine pour qui la personne juridique naît avec la section du cordon ombilical qui relie l'enfant à la mère.

Cette doctrine déclare en effet « qu'en principe, on commence à être sujet de droit à la naissance »[49]; que la personnalité naît « avec cette première manifestation d'autonomie (biologique) qu'est la naissance »[50], ou que la personnalité juridique s'acquiert à la naissance, à condition que l'enfant naisse vivant et viable[51]. Au soutien de cette thèse, la doctrine invoque, à notre avis à tort, la règle « *infans conceptus* [...] » héritée du droit romain et du *Code civil*. À tort, en effet, la lettre comme l'esprit des dispositions du *Code civil*, tout comme la règle *infans conceptus* invoquées rendent possible une autre interprétation.

Visiblement, en effet, la logique du raisonnement à propos de la situation juridique de l'enfant à naître gagnerait à être repensée. Il nous semble plus convaincant de suivre à la lettre le législateur qui, depuis 1804, reconnaît que l'enfant simplement conçu est apte à recevoir et de conclure que la personnalité juridique s'acquiert à la conception, moment à partir duquel l'être humain peut acquérir des droits. Dès lors, il devient aisé de constater que c'est uniquement pour des raisons pratiques ou techniques de mise en œuvre de ces droits que le législateur avait limité et plus exactement suspendu

48. Sur l'ensemble de ces textes et leur applicabilité, Voir J.-B. MARIE, « Instruments internationaux relatifs aux droits de l'Homme. Classification et état des ratifications au 1er janvier 1999 », *Human Rights Law Journal*, Offprint from vol. 20, nos 1-3, 1er janvier 1999, (en association avec l'Institut international des droits de l'homme), pp. 115-133.

49. B. STARCK, *Introduction au droit*, 4e éd., Litec, par H. ROLAND et L. BOYER, 1996, p. 388, n° 1031.

50. J.-F. NIORT, *loc. cit.*, note 3, p. 474, n° 25.

51. C'est-à-dire doté des organes nécessaires pour continuer à vivre.

les effets de ceux-ci en déclarant que ces droits ne produiront d'effets juridiques que si son titulaire parvient à naître vivant et viable.

Cette volonté du législateur se dégage clairement des dispositions du *Code civil* sur les successions, les donations et les testaments. En effet, à l'article 725 du *Code civil*, après avoir posé comme principe que « pour succéder, il faut nécessairement exister à l'instant de l'ouverture de la succession », le législateur précise immédiatement après que « celui qui n'est pas encore conçu » tout comme « l'enfant qui n'est pas né viable » « sont incapables de succéder ». Ce qui revient à dire que l'enfant conçu au moment de l'ouverture de la succession « existe », puis qu'il est reconnu apte à succéder. Cette existence de l'enfant conçu est, et ne peut être que, juridique. Elle est l'expression de la volonté explicite du législateur.

Dans la même logique, le législateur, après avoir posé comme règle que « toutes personnes » peuvent recevoir par donation ou par testament (art. 902), ajoute que pour être capable de recevoir, il suffit d'être conçu au moment de la donation ou à l'époque du décès du testateur (art. 906 al. 1 et 2). Il en résulte que l'enfant conçu au moment de la donation ou au décès du testateur, du seul fait qu'il est apte à « recevoir », doit être considéré comme une personne au sens de l'article 902. Le fait que les biens ainsi reçus par cet enfant à naître ne pourront produire « leur effet qu'autant que cet enfant sera né viable », est une autre question relevant non pas de l'aptitude de leur titulaire à être sujet de droit, mais de l'effectivité ou de la mise en œuvre des droits qui lui sont échus.

Autrement dit, ce n'est pas, contrairement à ce que l'on a toujours soutenu, l'acquisition de la personnalité par l'enfant à la conception qui constitue une dérogation, mais le fait de reporter à sa naissance l'effectivité de ses droits. De même, ce qui est conditionnelle, potentielle ou tournée vers l'avenir ce n'est pas son aptitude à acquérir des droits, mais la mise en œuvre ou la réalisation des droits ainsi acquis. En d'autres termes, l'acquisition de la personnalité précède, et la pénétration des droits dans le patrimoine du sujet suit. Cette règle du droit civil s'apparente à un axiome dont les termes sont difficiles à inverser.

Par ailleurs, et à propos cette fois-ci de la règle *infans conceptus,* il convient d'admettre que la fiction instituée par ce principe, au même titre que l'exigence de la viabilité, répondait certainement à un double besoin : respecter l'existence de l'enfant à naître considéré comme sujet de droit en sauvegardant ses intérêts, d'une part, et, d'autre part, préserver les tiers contre les risques de complication et les difficultés de mise en œuvre des droits dont le titulaire n'aurait aucune chance de survivre à la naissance, en limitant l'efficacité ou la réalisation des droits échus à cet enfant.

Ainsi, distinguer l'acquisition de la personnalité, et donc l'existence juridique du sujet, de l'effectivité des droits échus à ce dernier permet de voir d'un œil nouveau, et non plus simplement renouvelé, le statut juridique de l'enfant à naître[52].

Une autre raison s'ajoutant aux précédentes établit pourquoi l'enfant à naître ne peut ne pas avoir la personnalité juridique. En effet, apte à acquérir des droits et essentiellement des biens, la situation juridique de l'embryon est nettement meilleure que celle d'un condamné à une peine de réclusion perpétuelle qui ne peut recevoir de donation. Son incapacité, qui se limite à l'exercice des droits dont il peut être titulaire, est moins grave que l'incapacité de jouissance qui paralyse les droits patrimoniaux du condamné. Dans ces conditions, on voit mal comment ce dernier, dont la qualité de sujet de droit n'est pas contestée, sera mieux protégé que l'enfant qui, contrairement au premier, est apte à recevoir. Par ailleurs, on se trouverait dans une situation juridique où, face à deux êtres humains, celui qui constitue une menace pour la société est mieux protégé que celui qui n'a aucune possibilité de nuire et qui, au contraire, est dans un ardent besoin de protection. Notre tradition juridique dont le plus grand souci est de protéger le plus vulnérable (ou le plus faible) serait mise en cause.

Il convient d'ajouter que le progrès scientifique a invalidé la position du droit classique dont l'ordonnancement logique de ses solutions, à la fois raisonnables et tempérées par son esprit soucieux de modération, était le résultat d'une interprétation

52. Pour un exemple de base juridique de cette distinction, voir l'arrêt *Locoche*, *infra*, note 53.

prudente et réaliste prenant en compte les données conjoncturelles de l'époque, plutôt que de s'en tenir fidèlement à la solution préconisée par le législateur. En effet, devant l'importance des enfants mort-nés ou nés non viables les premiers juges avaient à juste titre situé la naissance juridique du sujet, titulaire des droits, à la date de l'effectivité de ces droits. Si cette solution encore en vigueur aujourd'hui a toujours eu l'avantage de trancher les conflits de droits entre personnes vivantes et viables, d'une part, et celles, d'autre part, qui n'ont pas pu à leur naissance remplir ces conditions, elle aboutit à faire croire que l'on peut acquérir des droits subjectifs sans exister, ce qui est juridiquement inconcevable. En plus, avec le progrès de la médecine qui invite au renversement de la logique juridique, cette position classique aboutit à une aberration. Elle amène à appliquer paradoxalement une règle restée générale malgré elle (l'acquisition de la personnalité à la naissance) à une situation de plus en plus rarissime (la non-viabilité des enfants nés devient une exception) et à imposer une solution maintenue à tort exceptionnelle (la personnalité à la conception) à une situation devenue générale. Car, presque toutes les grossesses suivies par un médecin conduisent à la naissance d'un enfant vivant et viable. Reste à déplorer le fait que ce progrès scientifique n'ait pas suffisamment éclairé la sagesse de nos juges.

3. L'incertitude de la jurisprudence

Les décisions jurisprudentielles donnant ou reconnaissant des droits subjectifs à l'enfant à naître et qui émanent des juridictions aussi bien civiles, pénales qu'administratives sont nombreuses[53]. Dans l'affaire *Locoche*, la Cour de cassation, pour attribuer à l'enfant à naître une rente d'accident de travail, affirmait que « l'enfant conçu est considéré comme né en tant que son intérêt l'exige [...] on ne saurait sans nuire à son intérêt reporter au jour de la naissance seulement le

53. *Ch. Réunies, 8 mars 1939, D.* 1941. 37 (note J. DE LA MORANDIÈRE); *C.E. 6 novembre 1968, J.C.P.* 1969. II. 16054; *C.E. 29 novembre 1974, J.C.P.* 1975. I. 2723; *Civ. 1ère 10 décembre 1985, Defrenois.* 1986. I. 668, art. 33722; *C.A. Douai, 2 juin 1987, J.C.P.* 1989. II. 21250 (note X. LABBÉE); *C.A. Lyon, Ch. Correct., 13 mars 1997, J.C.P.* 1997, Éd. G. jurisprudence n° 22 955, pp. 522-528; *D.* 7997. 41, pp. 557-561; Droit pénal, 1997, n° 10, pp. 4-5; *C.A. Reims, 3 février 2000, Defrenois 2000*, n° 9, pp. 568-572.

bénéfice d'un droit qui lui est acquis dès la mort de son père, sauf à ne produire d'effets définitifs que s'il naît viable »[54].

Le Tribunal correctionnel de Bobigny a déclaré que l'enfant conçu est « destiné par nature à devenir une personne humaine et juridiquement protégé dès sa conception »[55]. Et dans un cas particulièrement révélateur, une femme enceinte de 9 mois avait été blessée dans un accident et l'enfant extrait à la suite d'une césarienne était mort né. La Cour d'appel de Douai a retenu qu'il y a homicide au motif que rien ne permettait de dire que l'enfant était mort au moment de l'accident. Ainsi, il doit être considéré comme ayant été vivant et viable en raison de son état de maturité. La Cour aurait-elle pu considérer qu'il y avait simples blessures sur la personne de la mère[56] ? À cette jurisprudence constante, il importe d'ajouter une décision du Conseil d'État du 21 décembre 1990[57] qui reconnaît expressément à l'embryon des droits extra-patrimoniaux en affirmant que le droit à la vie prévu par l'article 2 de la *Convention européenne des droits de l'homme* concerne bien l'embryon.

Curieusement, le Conseil constitutionnel appelé à se prononcer sur le statut de l'enfant conçu, et de l'embryon en particulier, a déclaré que ce dernier n'était pas une personne juridique, mais un être humain[58]. En effet, dans cette décision très critiquée[59], il a décidé que certains embryons ne bénéficiaient d'aucune protection constitutionnelle et que le respect dû à tout être humain dès le commencement de la vie ne leur est pas applicable. L'embryon, selon le Conseil constitutionnel, n'est donc pas un sujet de droit. Il n'a pas la personnalité juridique. Cette solution qui loin de trancher le débat sur la nature juridique de l'enfant conçu le complique davantage puisqu'elle place à nouveau la situation de l'enfant à naître entre l'endroit et l'envers. Elle met à nu les lacunes de la législation sur la bioéthique du 29 juillet 1994.

---

54. *Cass. (ch. Civ.) 24 avril 1929*, *D.H.* 1929. 298.

55. *22 nov. 1972*, *Gaz. Pal.* 1972. II. 890.

56. *2 juin 1987*, *J.C.P. 1989*. II. 21250 (note X. LABBÉE), *loc. cit.*, note 52; *C.A. Lyon*, *13 mars 1997*, *supra*, note 53.

57. A.J.D.A. 1991. p. 91.

58. *Décisions n° 94-343* et *344 D.C. du 27 juillet 1994*, *J.O.* 29 juillet 1994, *op. cit.*, note 11.

59. Voir la contestation vigoureuse de B. EDELMAN, *loc. cit.*, note 28; également B. MATHIEU, *loc. cit.*, note 45, p. 283.

Le Conseil constitutionnel va encore plus loin que les lois sur la bioéthique, dans la mesure où, « saisi par les députés de l'ensemble des dispositions législatives visant l'embryon *in vitro* — qu'il s'agisse de sa nature, de son intégrité ou encore de son insertion dans la famille d'accueil — le Conseil en a fait une sorte d'« objet technique », pas même digne de respect, un non-être humain si l'on préfère »[60]. Par extension, l'enfant conçu serait chassé de l'humanité. Car, selon le Conseil constitutionnel « le législateur a estimé que le principe du respect de tout être humain dès le commencement de la vie » n'était pas applicable aux embryons[61].

La position du juge constitutionnel est difficile à digérer. Car, si l'enfant conçu n'est pas encore une personne, il ne peut être protégé par le droit en tant que sujet de droit dès le commencement de sa vie. Et si cet enfant est protégé dès la conception, alors il convient d'admettre qu'il est reconnu apte à être sujet de droit à partir de ce moment. Comme le dit un auteur, « on n'a pas à protéger dès la conception ce qui n'a pas encore une nature humaine. Et, si on le protège, c'est qu'il a déjà cette nature qui seule supporte des droits desquels naît la protection. Or, médicalement, ce qui est à la conception est déjà ce qui naîtra ultérieurement. Alors, comment opérer une dissociation entre la vie déjà humaine et la qualité de personne sujet de droit? »[62].

La solution du juge constitutionnel a été sévèrement critiquée. Et à juste titre. Car, « contre la volonté du législateur le conseil constitutionnel a créé une sous-catégorie d'être humain, ressuscitant ainsi une forme d'esclavage »[63]. On estime en effet que si le respect est le signe distinctif de tout être humain, comme la dignité l'est de la personne, un être humain qui ne mérite plus le respect est chassé de l'humanité. Aucun obstacle juridique ne s'opposerait donc à ce qu'il soit utilisé comme un animal ou un biotope, sous réserve de lui reconnaître les garanties octroyées par le législateur. Cet

60. B. EDELMAN, *loc. cit.*, note 28, n° 1.

61. Le Conseil constitutionnel semble se réfugier derrière l'idée fausse mais répandue selon laquelle reconnaître des droits à l'embryon, c'est mettre en cause la législation relative à l'avortement.

62. G. MÉMETEAU, *loc. cit.*, note 25, p. 619.

63. B. EDELMAN, *loc. cit.*, note 28, n° 14.

être humain chassé de l'humanité mérite le nom d'esclave, c'est-à-dire « un être humain réduit à son existence purement biologique, de sorte qu'il est indifféremment instrument vivant ou pur matériau soumis à la volonté d'autrui »[64].

Quoi qu'il en soit, et contre toute attente, le Conseil constitutionnel a fragilisé la protection de l'enfant conçu, a méconnu ses droits, allant même jusqu'à remettre en cause certains principes que l'on croyait acquis, se refusant ainsi de s'aligner derrière les données actuelles de la médecine dans son progrès.

B. ENFANT À NAÎTRE, PERSONNE OU ÊTRE HUMAIN?

La doctrine est unanime pour admettre que « la qualité de sujet de droit appartient aux êtres humains » ou que « la personnalité juridique est liée au corps de l'individu et non à sa conscience ou à sa volonté »[65]. Par suite, chercher à distinguer les personnes des êtres humains est une tentative qui sort du bon sens. Cette distinction est, du reste, extravagante (1.) et ses conséquences sont dangereuses (2.).

1. La personne physique opposée à l'être humain : une distinction extravagante

Dans la décision précitée le Conseil constitutionnel a laissé entendre qu'il existe par ordre d'importance des personnes humaines (celles déjà nées et titulaires de personnalité juridique); des êtres humains constitués par des embryons *in utero* et enfin des non-êtres humains représentés par des embryons *in vitro*. Il en tire la conséquence suivante : les personnes humaines ont droit à la dignité et à tous les droits rattachés à la personnalité juridique; les être humains ont droit uniquement au respect de la vie et les non-êtres humains n'ont aucun droit subjectif puisqu'ils sont soumis à la volonté de l'homme scientifique pour ses recherches.

64. *Id.*, n° 15.
65. B. STARCK, *op. cit.*, note 49, p. 386, n^os^ 1029 et 1030.

À la suite de cette décision, certains auteurs ont soutenu que l'enfant à naître n'est pas une personne, mais un être humain[66]. En effet, disent-ils, la personne qui suppose la conscience de soi dont la qualité juridique éminente est la dignité est ici opposée à l'être humain (embryon ou fœtus) qui a droit au respect, une sorte de prédignité : le respect serait donc à l'embryon (ou fœtus) ce que la dignité est à la personne.

Une telle distinction ne peut séduire. En effet le mot « être » n'est ni une notion ni un concept juridique. Il n'a pas de définition en droit. Dans le langage courant, il désigne ce qui est « vivant et animé ». Si on qualifie cet être d'« humain », au sens de personne physique évidemment, c'est parce que l'on reconnaît ouvertement en lui cette nature. Cet être est un Homme, un petit homme dont le destin biologique est inscrit dans l'A.D.N., affirment les spécialistes et surtout le sénateur Chérioux[67].

Par ailleurs, la personne traduite du latin *persona* désigne soit le rôle qu'un individu joue dans la société, soit l'individu lui-même envisagé du point de vue de ce rôle. C'est dans ce sens aussi que ce mot est employé en droit pour traduire le rôle actif ou passif des sujets de droit[68]. La personnalité juridique confère ainsi à l'être humain, sujet du droit, l'aptitude à recevoir des droits subjectifs ou la capacité « d'obliger les autres envers lui et de s'obliger envers les autres ». Ces rôles pouvant être alternatifs ou cumulatifs.

Parce qu'ils ont un rôle à jouer sur la scène juridique les sujets de droit ou personnes s'opposent aux choses qui, elles en tant qu'« objet », sont dans une relation d'appropriation avec les personnes. Dans cette classification juridique, il n'y a pas place à une catégorie intermédiaire. C'est donc de façon très artificielle que l'on cherche à imposer les « êtres humains » comme troisième catégorie à côté des personnes et des choses, c'est-à-dire entre les sujets et les objets de droit.

---

66. J.-F. NIORT, *loc. cit.*, note 3, pp. 473-477.

67. Dans *Compte rendu analytique*, Sénat, 19 janvier 1994, n° 66, col. 13.

68. Sur la scène juridique, les rôles sont distribués aux acteurs, sujets de droit, à travers les prérogatives qui leur sont conférées et qui permettent de les caractériser comme sujet actif ou passif de droit.

C'est cette classification difficile à remettre en cause qui confère aux personnes humaines la protection absolue dont elles ont besoin. Sans elle, on court le risque de confusion entre sujet et objet et, partant, le danger de vilipender la dignité et la protection de l'Homme.

2. Les conséquences de la distinction

Très longtemps avant les lois sur la bioéthique les études avaient pourtant révélé que « les avancées scientifiques et ses pratiques actuelles de congélation des embryons humains suscitent un renouvellement de la réflexion philosophique et théorique, afin de puiser en elle le fondement du respect dû à l'embryon humain en passe de devenir un matériau de laboratoire »[69]. Ce risque n'a malheureusement pas été totalement écarté.

En effet, la distinction entre les personnes et les êtres remettrait en cause la capacité de l'enfant à recevoir ou à être titulaire de droit dès sa conception, dès lors que l'expression « être humain » désignerait tout embryon et, par la suite, tout enfant avant la naissance[70].

Elle remettrait également en cause le droit à la vie et tout l'arsenal des droits humains pourtant très protégés par la loi. En effet, ces droits seraient limités à une partie seulement d'hommes puisque la naissance servirait de prétexte à cette discrimination. Cette distinction réintroduit par la petite porte la ségrégation autrefois connue par les esclaves[71], les étrangers[72] et dans une certaine mesure par la femme[73], avec la seule différence que l'on se sert aujourd'hui de l'âge de l'être

69. C. LABRUSSE-RIOU ET AUTRES, *Rapport au Premier ministre sur Les procréations artificielles*, La Documentation française, 1986, p. 58.

70. J.-F. NIORT, *loc. cit.*, note 3, pp. 473-477, n^os^ 23-30.

71. Dans l'Antiquité, et jusqu'à une époque plus récente, la condition d'esclave de certains êtres humains les privait de tout droit subjectif. Jusqu'en 1848, l'esclave était assimilé à une chose que son propriétaire avait le droit de vendre ou de louer.

72. Avant la *Loi de 1819* qui abrogea le droit d'aubaine, les étrangers étaient dans une situation d'infériorité juridique (B. STARCK, *Introduction au droit*, 3^e^ éd., par H. ROLAND, L. BOYER, n° 970.

73. Voir la situation (avant la *Loi n° 65-570 du 13 juillet 1965*) de la femme mariée qui veut devenir commerçante.

humain alors qu'auparavant le critère de discrimination était la race, l'origine ou le sexe de l'individu.

Si une telle ségrégation pouvait être admise, on ne voit pas pourquoi le législateur ou le juge n'irait pas jusqu'à épouser les thèses des professeurs Crick et Watson, Prix Nobel de la médecine en 1962, qui proposaient que la naissance officielle soit reportée à dix jours afin que pendant ce délai on puisse éliminer tous ceux qui seraient porteurs d'une tare quelconque[74].

Par cette distinction, le Conseil constitutionnel range trop facilement l'enfant conçu dans la catégorie de simples et banales choses. Or, traiter ainsi un être humain, simplement parce qu'il n'est pas encore né, revient à méconnaître l'essence même de cet être, sa destination et assurément notre origine puisque nous aussi sommes passés par-là.

Si l'embryon ou le fœtus est une chose, comme semble le considérer le Conseil constitutionnel et certains auteurs, la chose d'aujourd'hui deviendra demain une personne humaine. L'aporie essentiellement juridique gagne dans ce cas le terrain scientifique, où il est impossible d'expliquer comment une chose, un objet en l'occurrence, peut devenir, par on ne sait quelle métamorphose, une personne humaine[75].

L'on peut bien admettre que la protection juridique dont bénéficie l'enfant à naître soit graduée selon qu'il ait été implanté ou non en tant qu'embryon, né viable ou non. En revanche, il est particulièrement dangereux de considérer que certains embryons doivent être traités comme s'ils ne participaient en rien à la dignité de la personne humaine, ou comme si ces êtres ne faisaient pas partie de la nature humaine.

Ceci est d'autant choquant que l'observation scientifique révèle que dès la conception, il y a un être humain rassemblant toute l'information génétique nécessaire et suffisante pour structurer, sauf anomalies génétiques ou perturbation de l'environnement maternel, chacune de ses qualités physiques,

74. Cités par C. PHILIPPE, « La viabilité de l'enfant nouveau-né », *D.* 1996. chron. 29.

75. On ne pourra nous contredire en invoquant l'exemple de la chenille qui se transforme ensuite en papillon. Car, en tout état de cause, chenille et papillon sont tous des choses, au sens juridique du terme.

neuropsychiques et relationnelles[76]. Autant donc admettre définitivement que « l'embryon ou le fœtus doivent être reconnus comme une personne humaine qui est [...] vivante et dont le respect s'impose à tous »[77] en tant que sujet de droit.

C. L'ENFANT CONÇU, SUJET AUTONOME OU *PARS VISCERUM MATRIS*?

Certes, scientifiquement l'enfant à naître est une partie du système biologique de sa mère. Ce fait permet-il de conclure qu'entre lui et sa mère il n'y a qu'un seul sujet de droit et par conséquent un seul patrimoine? Si tel n'est pas le cas, l'on doit, au contraire, en déduire qu'il y a entre les deux une pluralité de sujets de droit, et non une unité (1.) et une superposition de patrimoines au lieu d'une confusion (2.).

1. Entre mère et fœtus, unité ou pluralité de sujets de droit?

La thèse de l'unité de sujet de droit[78] a été largement défendue malgré les nombreuses critiques (a.) et indépendamment du fait que les arguments en faveur de la pluralité de sujets de droits entre les deux (b.) sont plus affirmés.

a) La thèse de l'unité de sujet de droit et sa critique

En faveur de l'unité, on fait valoir que le statut donné actuellement par notre droit à l'enfant simplement conçu tient compte à la fois du fait que cet être n'est pas encore une personne au sens juridique du terme, qu'en même temps, sauf accident il deviendra une telle personne[79]. Selon cette thèse

76. Ch. HENNAU-HUBBET, *Rapport en bioéthique dans les années 90, Gent* 1987. I. 226.

77. *Avis du 22 mai 1984 sur les prélèvements de tissus d'embryons ou de fœtus humains morts, J.C.P.* 1985. 3191.

78. Selon cette thèse, entre la mère et le fœtus il n'y a qu'un seul sujet de droit, parce que seule la première aurait la personnalité juridique.

79. Voir G. MÉMETEAU, *loc. cit.*, note 25, p. 615.

c'est « seulement par sa naissance que l'enfant forme vraiment une personne distincte et se trouve avoir son existence propre dans la société »[80].

Par ailleurs, messieurs Atias et Dijon estiment inutile la revendication des droits de l'embryon et la possible recherche d'un droit pour cette personne en pensant que le droit suppose la relation et que l'embryon ou le fœtus ne sont pas dans une situation de relation. Sans doute, à tort dans la mesure où il y a dès le départ une relation avec au moins la mère : relation d'appropriation si l'on considère l'embryon ou le fœtus comme une chose (ou objet); relation de conflit d'existence, de qualité de vie ou d'obligation entre deux sujets de droit, si l'embryon est une personne[81].

Quoi qu'il en soit, pour ceux qui défendent cette thèse,

> [l]a vérité est que l'enfant dans le sein de sa mère, le fœtus, n'a pas encore une existence distincte de celle de sa mère, *pars viscerum matris*; c'est seulement par la naissance qu'il acquiert une existence indépendante et extra-utérine [...] C'est donc aussi à certains égards, par une faveur bienveillante, que l'enfant simplement conçu est admis à succéder; faveur, du reste, très justifiée, nous en convenons, puisque après tout, l'existence, si elle n'est point commencée, a son principe dans la conception, et que l'enfant qui doit naître aura, effectivement, besoin des biens de la succession qu'on lui attribue.[82]

Par conséquent, l'enfant conçu ne serait protégé que par le truchement de sa mère, seule sujet de droit.

Nous constatons d'ores et déjà qu'en sourdine cette thèse donne, à tort ou à raison, naissance à une sorte de protection par procuration de l'être humain, alors que les droits de l'enfant conçu sont en droit positif totalement indépendants de ceux et surtout de la personne de la mère qui le porte. De même, elle conduit à créer bon gré malgré, une sorte de personnalité juridique à titre conservatoire qui recueille les

---

80. V. MARCADÉ, *Explication théorique et pratique du Code civil*, tome III, Paris, Delamotte, 1885, p. 42

81. G. MÉMETEAU, *loc. cit.*, note 25, pp. 616.

82. C. DEMOLOMBE, *Cours de droit civil. XIII — Traité des successions*, Paris, A. Durand (et Pédone-Lauriel), 1845-1882, p. 174.

biens de l'enfant conçu en attendant sa naissance. Or, une telle personnalité sera soumise elle aussi aux mêmes difficultés que le statut de l'enfant à naître que l'on veut pourtant éluder.

En effet, que l'on la considère par anticipation à la naissance de l'enfant ou au contraire par rétroaction dès sa conception[83], force est de constater que cette personnalité qui ne peut exister sans titulaire aura pour bénéficiaire, soit le néant si l'on soutient l'inexistence juridique de l'enfant à naître, ou au contraire, une personne humaine lorsque l'on considère que la qualité de sujet de droit est pour les personnes physiques consubstantielle à la nature humaine. On le voit, dans le premier cas, on en arrive à résoudre un problème relativement simple en lui superposant un autre plus compliqué.

Au demeurant, il y a certainement dans cette solution une grande incohérence. Comment le droit peut-il protéger le patrimoine d'un individu tout en refusant de considérer son existence? N'est-il pas vrai que pour posséder, il faut d'abord exister? L'enfant conçu ne peut être, quel que soit le degré de fiction juridique à laquelle on a recours, titulaire de droits patrimoniaux et extra-patrimoniaux que si juridiquement il existe. Car, à défaut de sujet de droit reconnu à cet enfant à naître, quel patrimoine recueillera alors les biens qui lui sont dévolus dès la conception et qui sont tant garantis par le législateur?

b) Les arguments en faveur de la pluralité de sujets de droits

D'un point de vue juridique il apparaît que la mère et l'embryon qu'elle porte forment deux sujets de droit distincts. Cette constatation est affirmée en droit de façon implicite et de façon plus explicite. De façon implicite, on reconnaît que « par l'effet d'une fiction favorable à l'enfant, le droit moderne

83. G. GOUBEAUX, *Droit civil. Personnes. Famille. Incapacité. Biens. Obligations. Sûretés*, tome 1, 26e éd., Paris, L.G.D.J., 1997, n° 68.

consacre la maxime coutumière [...] », en l'occurrence, la règle *infans conceptus* qui confère à l'enfant conçu la qualité d'être sujet de droit[84].

Donc, au moins par le truchement de la fiction, l'enfant conçu est vraiment considéré sur la scène juridique comme une personne distincte de sa mère[85]. Ceci est si indiscutable que selon le Conseil d'État, cette fiction est unilatérale. Seul l'intérêt de l'enfant la fait jouer. L'enfant seul en profite et non un tiers pour lui-même[86].

De façon plus ouverte, l'existence chez l'enfant conçu d'une personnalité juridique indépendante de celle de sa mère découle du *Code civil* qui reconnaît à cet être l'aptitude à recevoir des droits subjectifs, à être titulaire dès le commencement de sa vie de droits extra-patrimoniaux, bien que le Conseil constitutionnel ne soit pas de cet avis[87].

La théorie générale du droit de la personnalité, se situant dans la continuité du droit romain, est sans doute plus favorable à cette thèse. L'adage « infans conceptus [...] » en exprime la substance lorsqu'il assimile l'enfant simplement conçu à une personne dont l'aptitude à jouir des droits dont elle est titulaire est déjà confirmée et rendue irrévocable par sa naissance. Certains voient dans cette réalité biologique et humaine une sorte de fiction. Et pourtant, soutiennent à juste titre d'autres auteurs, « ce n'est que l'application de la

84. L'idée de donner un statut à l'embryon est considérée comme une fausse bonne idée par certains auteurs qui pensent que le caractère continu du déroulement du phénomène vital rend improbable le découpage de la vie, de la conception à la mort, en catégorie soumises chacune à un droit différent (voir Rapport Mattei, La Documentation française, 1996; Voir également B. MATHIEU, *loc. cit.*, note 45, p. 283).

85. Contre cette existence juridique de l'enfant à naître, on fait valoir que sa personnalité dépend de deux conditions : il doit naître vivant et viable. Nous ferons remarquer que, outre le fait qu'il est notoire que ces conditions imposées par le *Code civil* concerne la réalisation des droits de l'enfant conçu et non son existence juridique, que cet enfant doit avant ces conditions qui ne se posent qu'à la naissance franchir avec succès une précondition imposée par les lois sur l'I.V.G. et la bioéthique. Il doit d'abord échapper à la destruction par avortement ou autrement. Car, sa vie dépend de la volonté de la mère ou du couple parental, ou du milieu scientifique (destruction de l'embryon congelé), du maintien de ce que les auteurs appellent le « projet parental » (*cf.*, G. MÉMETEAU, *loc. cit.*, note 25, p. 616).

86. *C.E. 19 mars 1971, J.C.P.* 1971. 16720.

87. Voir B. EDELMAN, *loc. cit.*, note 28.

théorie juridique à la réalité »[88]; application dont le droit positif se donne la charge de mettre en exergue dans plusieurs circonstances. La Cour de cassation avait déjà reconnu que la règle *infans conceptus* est un principe général de droit, qu'il s'agit d'un principe fondamental reconnu par les lois de la République[89] et par conséquent que l'assimilation de l'enfant conçu à la personne née a pour effet de conférer la personnalité juridique à l'enfant dès sa conception. Par ailleurs, il a été admis que l'enfant pouvait recevoir réparation autonome des dommages subis *in utero*[90], dommages distincts de ceux de la mère[91]; que l'enfant simplement conçu pouvait être reconnu[92]. Il est compté parmi les bénéficiaires d'une majoration de capital-décès[93] et d'un avantage de rente de travail[94].

Cette humanisation, par le droit[95], du traitement de l'embryon ou du fœtus ne manque pas d'antécédents. Puisque naguère, et en considération de la personne et de l'innocence de l'enfant encore dans le ventre de sa mère, la loi pénale avait interdit d'exécuter les femmes enceintes condamnées à la peine de mort.

Jadis, le *Code civil* protégeait le droit à la vie de l'enfant conçu en prévoyant la désignation d'un curateur au ventre en cas de décès du mari, lorsque la femme était enceinte, évidemment pour prévenir toute atteinte aux intérêts de cet enfant à naître, la suppression de sa vie et le mépris de ses droits successoraux en l'occurrence. Même si ce texte est abrogé (ancien art. 393), il continue néanmoins à nous éclairer sur l'esprit du *Code civil* et la volonté de ses rédacteurs de considérer que l'enfant à naître est une personne juridique à part entière, mais frappé d'une incapacité géné-

88. G. MÉMETEAU, *loc. cit.*, note 25, p. 614.

89. *Civ. 1re 10 décembre 1985*, *Gaz. Pal.*, 9-10 juillet 1986.

90. *Civ. 2e, 21 avril 1966*, *J.C.P.* 1966. 14710.

91. Voir en droit comparé, FAIFAX-STONE, « Cinq problèmes de responsabilité en droit américain », (1956) *R.I.D. Comp.* 232.

92. *Aix 10 février 1806*, inédit; *Civ. 16 déc. 1811*, inédit.

93. *Civ. 1re, 10 décembre 1985*, *loc. cit.*, note 89.

94. *Ch. Réunies, 8 mars 1939*, *S.* 1941. 1. 25 (note BATTIFOL); *D.* 1941. 137 (note J. DE LA MORANDIÈRE).

95. On a ardemment souhaité cette humanisation en dépit des convictions très scientistes du Conseil constitutionnel et dans une certaine mesure du géniteur des lois sur la bioéthique qui tendent à chosifier certains enfants conçus.

rale, qui bien que plus accentuée que celle de son aîné — enfant mineur — invite non pas à méconnaître son existence juridique en tant que titulaire de droits, mais plutôt à suspendre l'effectivité de ceux-ci en retardant leurs jouissance et exercice.

L'enfant à naître a donc une vie juridique, corollaire de sa vie humaine, qui lui est propre. Cette vie existe. Le diagnostic prénatal la révèle. La maman en est continuellement le témoin et le restera toute la vie. Cette vie se déroule comme un continuum de la conception à la mort, comme celle de toute personne. Cette vie est honorée dès la conception, par le *Code civil*, par le droit positif dès son commencement au sens des textes récents, qui ne peuvent se rétracter dès que surviennent les difficultés graves dans cette vie, telle la non-conformité de l'enfant à naître. Tout au plus, et c'est le souhait de notre législateur, il s'est avéré plus judicieux de limiter les conséquences juridiques d'une vie humaine qui, par la brièveté de sa durée, poserait plus de problèmes ou compliquerait inutilement la jouissance et l'exercice des droits des tiers. Cette considération justifie, en effet, l'effacement rétroactif des droits acquis par l'enfant non viable ou mort-né, proposé par notre législateur afin de simplifier le traitement des conflits de droits qui se poserait à propos du testament, des donations ou des actions relatives à la filiation acquis dès la conception par cet enfant malchanceux.

C'est donc à bon droit qu'une partie de la jurisprudence et de la doctrine soutient la personnalité juridique de l'enfant conçu. Tandis que certains croient que l'enfant conçu est investi de la qualité de sujet de droit, à la condition résolutoire de naître vivant et viable, d'autres affirment que l'enfant « dans la perspective traditionnelle, 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. Pas plus que le droit civil avec l'adage *infans conceptus* [...] le droit pénal ne tient compte de son degré de développement »[96]. D'autres encore reconnaissent que « rien ne permet d'attribuer sur le plan éthique une valeur différente à l'enfant

96. R. THERY, « La condition juridique de l'embryon et du fœtus », *D.* 1982. chron. 231, n° 12.

né et à l'enfant à naître. La personnalité juridique qui doit être reconnue à ce dernier est la base même de sa protection légale, tant sur le plan civil que sur le plan pénal »[97].

L'enfant à naître possède donc une vie dont la figure d'homme qui en est l'aboutissement dépend simplement de la croissance des cellules que cet être possède dès la conception. Cette vie est différente de celle de sa mère[98]. Sinon, comment expliquer la fécondation *in vitro*? Pourquoi alors légiférer sur l'avortement si entre la mère et l'enfant qu'elle porte il ne se posait pas un problème de relation juridique entre deux sujets de droit? Comment comprendre que notre droit ait toujours reconnu et défendu dès la conception les droits patrimoniaux de l'enfant conçu, indépendamment de ceux de sa mère?

D'un point de vue biologique, l'enfant conçu constitue un être humain différent de sa mère, ayant une vie propre à lui. D'après les sciences biomédicales, la même entité, dès la fécondation se développe sans rupture, en principe, pendant 9 mois jusqu'à la naissance. Le même développement se poursuit après la naissance et ne s'arrête qu'avec la mort de l'individu. Pendant tout ce temps, ce que l'on constate est que l'être humain se trouve dès la conception, à partir des premières cellules, dans un constant processus de développement qui ne connaît aucune rupture, ni métamorphose. La croissance et le perfectionnement des premières cellules durant la vie de l'être ne changent pas la nature de ce dernier. Et si tel n'est pas le cas, peut-on alors nous dire à quel moment de son existence l'enfant à naître effectue son passage de la chose ou de l'animal à l'homme?

À vrai dire, comme le remarque à juste titre M. Galloux, si l'embryon n'était pas déjà une personne, comment l'enfant né le serait-il devenu, la personne ne pouvant procéder de rien, ni d'une autre espèce[99]?; le néant ne pouvant donner naissance à quelque chose et encore moins à une personne

97. J. MIGNON, « L'enfant à naître est-il une personne protégée par la loi? », *Conc. Méd.*, 25 septembre 1982, p. 5063.

98. Dans ce sens, il est indiscutable que « l'embryon humain est, sur le plan scientifique, membre à part entière de l'espèce humaine », M.-C. GAUDEAULT, *loc. cit.*, note 5, p. 469.

99. G. MÉMETEAU, *loc. cit.*, note 25, p. 619.

physique. Si l'enfant conçu n'est pas une personne, pourquoi le faire bénéficier d'une protection autonome qui suppose un sujet de droit? Pourquoi lui reconnaître des droits patrimoniaux réservés aux sujets de droit? Le néant peut-il être titulaire de droits réels, voire personnels? Comment un non-sujet de droit peut-il être admis à discuter la succession avec les autres héritiers?

L'embryon en effet, compte d'emblée comme « participant au moins virtuel du genre humain ». Les grandes dimensions de la personne existent en lui à l'état latent comme des virtualités en attente d'accomplissement. Cette « potentialité biologique de la personne humaine recelée par cet individu en gestation [...] et la représentation anticipée d'une personne psychosociale dont l'édification a commencé [...] » invite, à aligner l'existence juridique de la personne à sa nature biologique. « L'embryon est une personne potentielle, ce qui signifie qu'il existe dès la conception une potentialité, une virtualité de personne [...]; l'embryon doit être tenu pour être dont l'avenir possible assigne des limites au pouvoir d'autrui »[100]. Il en résulte donc que l'embryon en tant que potentialité de personne doit voir sa dignité reconnue, car c'est la personne physique qui gît en lui qui est ainsi protégée[101]. De même, le droit de l'embryon doit être concilié avec d'autres droits, ceux des tiers, la mère et les autres héritiers en l'occurrence.

Ainsi, l'être humain, du seul fait que sa nature humaine n'est pas contestée, devrait être considéré comme sujet de droit dès le commencement qui se situe à la conception. Cette harmonie, cette concordance entre les réalités scientifique et juridique aurait pour avantage de résoudre définitivement les problèmes que pose la situation de l'enfant conçu. Cette situation n'est plus entre pile et face, entre sujet et objet, entre personne et chose. Elle n'est pas pile ou face, mais pile tout court. Quitte à résoudre le conflit de droits qui se poserait par rapport à ceux de la femme sur son corps, par rapport à l'intérêt de la recherche qui n'a de raison d'être que le bien qu'elle apporte à l'être humain et donc à l'embryon aussi.

100. Voir J. BERNARD, *La bioéthique*, Paris, Flammarion, 1994, p. 83.
101. B. MATHIEU, *loc. cit.*, note 45, p. 283.

En tout cas, les manipulations génétiques nous invitent à travers la fécondation *in vitro* à admettre une vie distincte chez l'enfant conçu. Le fœtus dans son éprouvette n'est plus une partie inséparable de sa mère. Ce développement devrait servir de support à l'acquisition de la personnalité par l'enfant à naître.

2. Entre mère et fœtus, une superposition de droits subjectifs

La mère enceinte et l'enfant qu'elle porte sont tous les deux en situation de relation juridique. Les deux vies ne sont pas confondues. Elles n'en constituent pas une seule, malgré leur interdépendance. Chacun a des droits subjectifs distincts de ceux de l'autre. Il est titulaire de droits subjectifs, patrimoniaux et extra patrimoniaux qui s'imposent à tous. Ainsi le droit de l'enfant à la vie est reconnu par la plupart des conventions internationales. Dans le même sens le *Code de la santé publique* reconnaît à l'enfant conçu le droit aux soins proportionnés à son état (art. 209-4), interdit toute recherche sur la femme enceinte qui serait de nature à porter atteinte à la santé de l'enfant.

Dans une certaine mesure, les lois du 29 juillet 1994 « garantit le respect de l'être humain dès le commencement de sa vie » (art. 16 C. civ.) et sanctionne pénalement toute production et utilisation d'embryon à des fins de recherches ou d'expérimentation ou à des fins commerciales ou industrielles (art. 511-15 et ss. C. pén.).

Ainsi « [le] droit essentiel qu'il leur appartient de préserver est celui de l'enfant à naître qui dès sa conception, c'est-à-dire dès la formation de l'embryon, possède pleinement en virtualité tout au moins, tous les attributs de la personne humaine, pareil droit, juridiquement protégé en dépit de l'atteinte que le législateur a estimé opportun de lui porter par la législation sur l'avortement [...] »[102] ne peut être mis en balance avec des droits qui ont une force juridique inférieure, tels les droits naturels des futurs père et mère à

102. *Toulouse 21 septembre 1987*, *D.* 1988. 184 (note HUET-WEILLER); *J.C.P.* 1988. 21036 (obs. SALLE DE LA MARNIÈRRE).

l'enfant, à la paternité ou à la maternité. Les droits de l'enfant priment sur ces derniers. De même, une Cour d'appel déclare à juste titre que le « principe du respect de l'enfant à naître impose que soit sauvegardé son droit qui découle à la fois du droit naturel et du droit positif à avoir un père et une mère et qu'il soit interdit d'en faire un orphelin dès avant sa naissance »[103].

La jurisprudence de la Commission européenne des droits de l'homme va dans ce sens, bien qu'elle ne soit pas plus précise. La Commission a en effet déclaré dans l'affaire *Brüggemann et Scheuten* c. *R.F.A.* que « lorsqu'une femme est enceinte sa vie privée devient étroitement associée au fœtus qui se développe, ainsi l'article 8, paragraphe 1 ne peut s'interpréter comme signifiant que la grossesse et son interruption relèvent par principe exclusivement de la vie privée de la mère »[104].

Dans cette affaire, la requête était introduite par un homme qui désirait empêcher sa femme d'avorter[105]. Cette tendance de la jurisprudence européenne tend à garantir à l'enfant le droit de naître sain sans pour autant interdire l'interruption volontaire de grossesse, ni compromettre les droits de la femme qui doivent cependant s'exercer dans le cadre d'une certaine légalité[106].

Dans toutes ces décisions, le fœtus se voit reconnaître implicitement une personnalité juridique et des droits indépendants de ceux de la mère. Cette personnalité du fœtus ne signifie cependant pas que ce dernier a un droit à la vie de

---

103. *Ibid.*

104. *Résolution n° DH (78)1, du 17 mars 1978* (Requête n° 6959/75 et saisine de la Commission le 14/10/1977). Dans cette espèce, la Commission a saisi l'occasion pour préciser que le terme « personne » de l'article 2 de la *Convention européenne des droits de l'homme* ne recouvrait pas l'enfant à naître. Ce qui la met en contradiction avec sa propre jurisprudence antérieure. Cette précision nous semble superflue dans la mesure où la commission avait à régler un problème de conflit entre les droits de la femme sur son corps et le droit à la vie de l'enfant.

105. Cette considération est suffisante pour limiter l'audace de l'ancienne Commission européenne des droits de l'homme qui serait sans doute allé plus loin dans son analyse. Il ne fallait surtout pas donner à la protection de cet enfant conçu une valeur absolue.

106. À titre de droit comparé, Voir D. CUSTOS, « La cour suprême américaine et la liberté d'avortement », (1995) *R.D.Publ.* 1119.

caractère absolu[107]. Cependant, ces droits de l'enfant à naître confirment son autonomie juridique en tant que sujet. Cette autonomie soulève naturellement un problème de conflit juridique entre les droits de l'enfant et ceux de la mère, notamment le droit à son corps.

Le droit positif tranche ce conflit souvent en faveur de la femme[108], mais de façon générale d'une manière très nuancée. Tel est le cas de la *Loi sur l'avortement* qui tranche ce conflit en faveur de la femme pendant les douze* premières semaines de la conception. Pendant cette période, le respect de la vie de l'embryon cède le pas sur le droit à la dignité et à l'intégrité physique de la mère. Ce droit à la vie du fœtus n'est donc pas inexistant. Il passe simplement en seconde place devant les droits extra patrimoniaux de la mère[109].

À partir de la treizième semaine, la protection du fœtus est plus assurée par la loi : plus d'interruption de grossesse possible, sauf pour des raisons thérapeutiques. De plus, à cette période commence sa protection sociale (déclaration de grossesse, examen prénatal, droit aux allocations, congé de maternité à partir du sixième mois) en plus de son aptitude à être titulaire de droits patrimoniaux. Car, le père peut consentir une donation, tester au profit de son enfant à naître[110]. Ainsi, au-delà de la douzième semaine, c'est le respect du droit à la vie de l'enfant conçu qui prévaut sur le droit de la femme sur son corps.

---

107. P. BOUCAUD, « Le noyau intangible des droits de l'enfant » *in Noyau intangible des droits de l'homme*, Actes du 7e Colloque interdisciplinaire sur les droits de l'homme à l'Université de Fribourg, 23-25 novembre 1989, Suisse, éd. universitaire de Fribourg, 1991, p. 85.

108. Par exemple, *Trib. gr. inst. de Bizerte 28 novembre 1955*, *D.* 1957. 138 (note A.R.). Également O. DHAVERNAS, « Entrave à l'I.V.G., esquisse d'un bilan », (1997) *Rev. Sc. Crim.* 820-825 et la jurisprudence citée; « Entrave à l'I.V.G, entrave à la libre exercice des droits des femmes », (1997) 44-45 *Revue juridique d'Île-de-France* 55-83.

* Depuis l'*Ordonnance 2000-548 du 15 juin 2000*, art. 4, *J.O.*, 22 juin 2000, p. 9340.

109. Les jurisprudences constitutionnelles européennes relatives à l'avortement traduisent implicitement cette primauté des droits de la mère sur ceux de l'embryon. *Cf.*, N. LENOIR, « Droit européen et respect de la vie », Conférence prononcée devant la fédération des étudiants catholiques de Strasbourg le 18 novembre 1991.

110. R. THERY, « La condition juridique de l'embryon et du fœtus », *D.* 1982. chron. 231.

Dès lors, et contrairement à ce que soutiennent certains auteurs, la législation sur l'avortement ne s'opposerait pas forcément à l'attribution de la personnalité juridique à l'enfant pendant toute la période de gestation puisqu'elle s'occupe essentiellement à gérer un problème de conflit de droits entre la mère et son enfant. Car, même lorsqu'il tranche en faveur des droits de la femme, le législateur a tenu à limiter ce droit de la femme à recourir à l'I.V.G. en le soumettant à des conditions très strictes[111].

Les atteintes aux droits de l'enfant à naître sont donc exceptionnelles, et doivent être interprétées restrictivement. L'anéantissement rétroactif de ses droits patrimoniaux, tout comme les possibilités juridiques de mettre un terme à son existence, par avortement ou par destruction de l'embryon en cas de P.M.A., ne permettent pas de conclure à l'absence de personnalité de l'embryon, à son inexistence juridique.

Dans les deux cas, il y a simplement une préférence exprimée par le législateur. Les arguments ne manquent pas pour justifier ce choix. Il s'agit, en cas d'anéantissement rétroactif des droits patrimoniaux, de mettre un terme aux difficultés juridiques de mise en œuvre de ces droits. L'intérêt de l'enfant à naître et celui de la mère peuvent justifier l'avortement. Cet intérêt n'est pas à démontrer en cas d'avortement thérapeutique, décidé par le médecin pour sauver la vie de la mère et limiter les atroces souffrances de l'enfant qui risque de ne pas y survivre.

En cas d'I.V.G., l'intérêt de l'enfant n'est pas à priori évident. Mais, il n'est pas inexistant. On peut se demander, en effet, ce qui attend un enfant qui n'est pas désiré, qui est haï par ses géniteurs dès la conception, et qui de ce fait risque d'être privé de tout ce qui est meilleur pour lui, y compris l'amour de ses parents? Imposer à la femme le maintien de cette vie qui ne vient que de commencer à travers l'interdiction de l'I.V.G., c'est fabriquer non pas un, mais deux malheureux. La femme, sûrement, qui risque de rejeter sur l'enfant les conséquences de la rigueur de la loi, parce qu'elle a le

111. Dans les conditions posées par les articles L.162-3 et ss. du *Code de la santé publique*.

sentiment que cet être est la cause de ses problèmes. Mais aussi l'enfant qui culpabilisé, maltraité risque d'avoir une vie aussi indésirable que sa conception. Une telle situation est incompatible avec la qualité de vie dont le législateur impose le respect. Comme le précise une Cour d'appel dans un cas voisin, « pareille situation est d'autant plus à prescrire que les conséquences psychologiques [...] ne pourront qu'être de la plus haute gravité pour l'enfant »[112].

En somme, l'enfant à naître ne peut pas être réduit à une simple *pars viscerum matris*. Le contraire relève de l'absurde. En effet, comment concevoir juridiquement qu'un produit du corps de la femme puisse disposer d'un patrimoine autonome susceptible d'être en concours avec celui de cette dernière? Comment imaginer une chose, fut-elle une masse de chair et d'os, titulaire de droits de propriété, prérogative qui appartient exclusivement aux sujets de droit? Si la chose peut posséder des biens, la personne, en l'occurrence la mère, à qui appartient cette chose ne devient-elle pas purement et simplement titulaire des biens de cette chose en vertu du principe selon lequel l'accessoire suit le principal? Dans ce cas l'enfant conçu n'aurait aucun patrimoine, aucun bien à protéger par la loi. Il n'intéresserait pas particulièrement le droit des personnes. Celui-ci l'aurait considéré avec autant d'indifférence qu'il ne s'intéresse aux kystes qui parfois s'établissent dans une partie du corps humain.

Et puisque le législateur protège l'être humain dès le commencement de la vie, ne faut-il pas ajuster la naissance de la personnalité juridique avec le début de la vie biologique de l'homme qui se situe à la conception? N'est-il pas plus réaliste de reconnaître que l'enfant commence à vivre dès sa conception, et que par conséquent toute réponse juridique qui se veut idoine doit faire sienne cette réalité biologique et la consacrer? L'existence juridique de l'être se doit donc de rejoindre la réalité scientifique de la vie biologique tout en l'humanisant. C'est de cette façon que l'enfant conçu cessera d'être pris pour chose ou objet de droit et que sa protection sera mieux assurée. Ceci y va en effet de son intérêt.

112. *Toulouse 21 septembre 1987*, *supra*, note 102.

II. UN RÉGIME DE PROTECTION ENTRE INEXISTENCE ET APTITUDE JURIDIQUES

Sans le ranger complètement dans la catégorie des choses, celle opposée aux personnes, une tendance jurisprudentielle et doctrinale semble refuser de reconnaître à l'enfant conçu le statut de sujet de droit. Sur la scène juridique, il serait ignoré, en tant qu'acteur, car bénéficierait d'une personnalité encore conditionnelle (A.), sorte de compensation de son inexistence juridique. Mais paradoxalement il serait admis comme titulaire, qui plus est d'un genre particulier, de biens et de certaines prérogatives juridiques attachées à sa personne et exclu d'autres (B.).

A. UNE PERSONNALITÉ CONDITIONNELLE

Dans l'état actuel de notre droit et selon la majorité des auteurs, l'enfant à naître serait inexistant ou n'aurait qu'une personnalité conditionnelle. On soutient dans le premier cas que « l'absence de signes habituels de la personnalité »[113] conduit à conclure que « l'enfant conçu n'est pas une personne » et ne peut par conséquent être protégé en tant que telle[114]. Cependant tout le monde s'accorde pour admettre qu'en cas de menace touchant ses intérêts l'enfant à naître se voit accorder fictivement une personnalité, qui reste conditionnelle. Or, en examinant les fondements juridiques (1.) ayant conduit à cette conclusion, force est de constater à quel point ils sont critiquables (2.).

---

113. Par « signes habituels de la personnalité », on entend parler des nom et prénom, de l'état civil, du domicile, de la nationalité. Remarquons d'ores et déjà que ces « signes » se rapportent, non pas à l'existence de la personnalité (en tant que critères), mais à la manifestation de celle-ci. On ne peut donc déduire de leur absence, le défaut de personnalité. La reconnaissance de celle-ci dépend uniquement de l'aptitude à être sujet de droit, et non de la capacité à jouir ou à exercer les droits acquis. Qui plus est, ces éléments en ce qui concerne l'enfant conçu sont déterminables avant la naissance de l'enfant. Or, la notion de « déterminable » en tant qu'élément de constatation ou de reconnaissance d'une situation juridique n'est, ni inconnue, ni inopérant dans notre système juridique.

114. *Cf.*, X. LABBÉE, note sous *Trib. gr. inst. de Lille (ordonnance de non-conciliation du 13 février 1998)*, *supra*, note 1, p. 178.

1. Les prétendus fondements de la personnalité conditionnelle

Pour rejeter la personnalité juridique de l'enfant à naître, on a invoqué la règle *infans conceptus* (a.) et certaines dispositions du *Code civil* (b.).

a) Le principe infans conceptus

La doctrine classique, à la suite d'une compréhension erronée de la règle *infans conceptus*[115], avait réussi à dérouter les juristes à propos du moment de naissance de la personnalité juridique de l'enfant conçu. En effet, à travers une double confusion cette doctrine avait fini par faire admettre, à tort évidemment, que l'enfant conçu ne devient sujet de droit qu'à partir de la naissance. Elle est arrivée à cette fausse conclusion à cause d'une confusion dans le sens et la portée de la règle *infans conceptus*.

À propos de la maxime « infans conceptus [...] », cette doctrine avait bien compris que l'intérêt de cette règle était d'instituer une fiction juridique favorable à l'enfant conçu. Malheureusement, elle s'était trompée sur l'objet auquel se rapporte cette fiction. Au lieu d'y percevoir une fiction de naissance, comme le dit clairement la maxime « infans conceptus [...] » (l'enfant simplement conçu est considéré comme né...) elle y a vu une fiction de personnalité, une fiction d'humanité[116] que l'on ne rencontre nulle part dans l'adage[117]. Pour s'en convaincre, il suffit de chercher à savoir d'abord la raison de la fiction, et ensuite de se demander pourquoi une fiction de naissance et non pas d'existence.

En effet toute fiction juridique a pour but de défendre un intérêt juridiquement protégé en favorisant soit son existence, soit son exercice, sa mise en œuvre ou son effectivité. Dans le cas particulier de la règle *infans conceptus*, il s'agit

115. Sur cette maxime voir H. ROLAND, L. BOYER, *Adages du droit français*, 3e éd., Paris, Litec, 1992, p. 410; R. LALOU, *Étude de la maxime, infans conceptus*, Paris, Thèse Paris, 1904; L. SEBAG, *La condition juridique des personnes avant la naissance*, Paris, Thèse Paris, 1938; X. LABBÉE, *La condition juridique du corps humain avant la naissance et après la mort*, Thèse Lille II, 1986.

116. C. ATIAS, « La situation juridique de l'enfant conçu », dans *La vie prénatale. Biologie, morale et droit*, Paris, Téqui, 1986, p. 122.

117. Dans ce sens voir, G. MÉMETEAU, *loc. cit.*, note 25, p. 620.

non pas de permettre la naissance d'un droit, mais de le protéger de ceux des tiers. En effet, l'adage ne joue que si l'intérêt de l'enfant conçu est menacé. Si effectivement les droits de l'enfant conçu sont menacés, c'est bien parce qu'ils existent déjà. On n'a donc plus besoin d'une fiction pour lui reconnaître ces droits. Seule une fiction d'exercice de ces droits peut être nécessaire pour assurer leur protection.

Cette solution est assurément d'importance. Sur le plan successoral elle protège les droits de l'enfant dont le père venait à décéder pendant la durée de la grossesse. Les héritiers de cet enfant se partageront également sa succession excluant ceux du père si cet enfant décédait lui-même peu après sa naissance. « Ainsi en plaçant la personnalité à la conception, on modifie radicalement la dévolution de l'hérédité. Cette solution est avantageuse à bien d'autres égards, ouvrant par exemple l'action en réparation du préjudice qui aurait été causé *in utero* à l'enfant »[118].

Dans un passé très lointain, dans le même esprit que le principe *infans conceptus* — il importe une fois de plus de le rappeler — il était possible de nommer un curateur pour défendre les intérêts de l'enfant conçu pendant qu'il est encore dans le ventre de sa mère. À cette époque, la fiction instituée par la règle *infans conceptus* permettait au curateur ainsi nommé de représenter cet enfant dont les droits sont en concours avec ceux des tiers, des autres héritiers par exemple.

La fiction permet donc d'anticiper juridiquement la naissance de l'enfant conçu, assurément parce que, en principe, c'est à la naissance que les droits de l'enfant deviennent effectifs. C'est à ce moment qu'ils produisent des effets juridiques à l'égard de tous. Le curateur n'existant plus aujourd'hui, c'est au juge que revient la tâche de protéger les droits menacés de l'enfant conçu. Par application de l'adage *infans conceptus*, le juge doit en effet considérer que les droits de l'enfant conçu sont opposables à tous, parce qu'il est présumé comme déjà né dès lors qu'il y va de son intérêt. La présomption de naissance permet ainsi de rendre effectif les droits que l'enfant a acquis depuis sa conception.

---

118. B. STARCK, *op. cit.*, note 72. Également, *C.A. Lyon, 13 mars 1997, supra*, note 53.

Mais seulement, « une protection complète de la personnalité de l'enfant voudrait que soit dépassée la fiction pour être affirmée la réalité de la personnalité dès la conception, comme les données scientifiques actuelles le permettaient peut-être »[119].

b) Les dispositions du Code civil

Certes, le législateur a lui-même posé une limite à la protection juridique de l'enfant à naître notamment dans les articles 311-4 et 906 alinéa 3 du Code civil. Il ne peut en effet jouir de ses droits que si à la naissance il est vivant et viable. Il devient d'emblée très important de remarquer que, contrairement à ce que l'on a toujours soutenu mais à tort, cette limitation ne vise ni directement ni indirectement l'aptitude de l'enfant conçu à acquérir des droits. Elle ne concerne en rien sa vocation à être sujet de droit. En effet, cette limitation que l'on a souvent mal interprétée ne met pas en cause la personnalité juridique de l'enfant à naître, mais plutôt institue une atténuation des effets de celle-ci. Les droits qu'elle permet à l'enfant d'acquérir ne produiront les effets attendus « qu'autant que l'enfant sera né viable », dit l'alinéa 3 de l'article 906 à propos du testament et des donations. Ce n'est donc pas son existence juridique qui est remise en cause, du moins dans ce texte, mais l'effectivité des droits que cette personnalité a permis à l'enfant conçu d'acquérir.

Les dispositions du *Code civil*, à cet égard, sont claires lorsque, par exemple, l'article 725 après avoir souligné que « Pour succéder, il faut nécessairement exister à l'instant de l'ouverture de la succession » précise que celui qui n'est pas encore conçu, tout comme l'enfant qui n'est pas né viable sont inaptes à succéder. En effet, non encore conçu, le premier n'existe pas. Le néant, le vide ne peut succéder. C'est la moindre des logiques. Le second, l'enfant qui n'est pas né viable, va disparaître aussitôt. Son droit à la succession bien que acquis depuis l'ouverture de la succession, n'aura jamais la possibilité d'être effectif du fait de sa non-viabilité.

119. M. RAYNAUD, « L'enfant peut-il être sujet de droit? », *D.* 1988. 109. §19.

De même, aux termes de l'article 906, il suffit d'être conçu pour être apte à recevoir une donation ou à hériter. Les droits ainsi acquis ne produiront leur effet qu'à la naissance — vivant et viable — de leur titulaire. L'article 314 du même *Code* relatif à la présomption de paternité de l'enfant né avant le 180e jour du mariage précise que la légitimité de cet enfant remonte à la conception. Et un auteur de se demander, « s'il n'y a pas de sujet de droit, à qui attribuer cette qualité? »[120]. Tout ceci démontre que l'idée même de personnalité conditionnelle est insatisfaisante et sans doute décevante.

2. La critique de la personnalité conditionnelle

Pour ceux qui réfutent toute personnalité à l'enfant conçu, la naissance n'est cependant pas toujours la condition nécessaire de la personnalité. L'enfant ne devient sujet de droit que, sous la condition qu'il naisse ensuite vivant et viable[121]. À partir de cette thèse de la personnalité conditionnelle qui n'est pas unanimement partagée est née une autre divergence. Selon certains, cette règle signifierait que l'enfant dès sa conception aurait une personnalité conditionnelle que la naissance ne ferait que confirmer. On invoque dans ce sens une décision du Tribunal de grande instance de Lille qui avait jugé que la reconnaissance prénatale confère à un enfant simplement conçu une filiation sous la condition suspensive de sa naissance vivant et viable; il n'y a pas lieu de réitération de la reconnaissance après la naissance[122].

Pour d'autres, au contraire, la personnalité ne serait attribuée qu'à la naissance et l'adage la ferait remonter fictivement à la conception pour sauvegarder les intérêts de l'enfant : « La personnalité de l'enfant né vivant et viable rétroagit dans son intérêt à la date de sa conception »[123].

120. G. MÉMETEAU, *loc. cit.*, note 25, p. 620.
121. B. STARCK, *op. cit.*, note 72, n° 977.
122. *Trib. gr. inst. de Lille 3 février 1987, J.C.P.* 1990. II. 21447 (note X. LABBÉE).
123. G. GOUBEAUX, *Droit civil. Personnes. Famille. Incapacité. Biens. Obligations. Sûretés*, tome 1, 26e éd., L.G.D.J., 1997, n° 68.

Quoi qu'il en soit, la règle *infans conceptus* et les dispositions du *Code civil* précitées sont analysées dans le sens de l'anticipation ou de la rétroactivité de la personnalité juridique de l'enfant à naître, pour soutenir l'inexistence de ce dernier.

Les auteurs en concluent que l'enfant n'est nullement doté *ab initio* d'une personnalité juridique avant sa naissance. Tout au contraire, disent-ils, c'est bien sa naissance qui permet en droit de faire rétroagir, de remonter la personnalité au temps de la conception de cet enfant. Ce qui reviendrait à dire que l'embryon ou le fœtus qui se trouve encore dans le ventre de la mère, et à plus forte raison hors de celui-ci, n'aurait droit à aucune protection juridique spécifique. Il n'est pas un sujet de droit, il n'a pas de personnalité juridique propre. Il ne peut être titulaire de droits, parce que jusqu'à la naissance il serait inexistant en droit. Par conséquent, lui accorder la protection et encore moins le respect de la vie, deviendrait dans cette vision archaïque, reconnaissons-le, inconcevable, cette protection assurée par la loi étant une spécificité de la dignité humaine.

Il est indiscutable que la notion de personnalité conditionnelle risque très facilement de se transformer en prétexte pour situer l'enfant conçu en marge d'une protection efficace à laquelle il aspire en tant qu'être humain[124]. En tout état de cause, elle a pour résultat de lui refuser la protection juridique de base que le droit accorde à tous ses sujets pour en faire un bien appartenant à la mère ou aux chercheurs par exemple. Car, « [on] n'a pas de droit sur une personne; on a des droits sur une non-personne ou sur une chose, droit d'une part d'utilisation et de destruction, droit d'autre part de fabrication et de commande, ou d'abandon »[125].

Qui plus est, cette doctrine, comme nous avons essayé de le démontrer aurait malencontreusement interprété la fiction

124. Parler d'être humain sans personnalité juridique fait penser aux aberrations du passé qui avaient conduit à mettre hors la loi certaines classes d'individus en raison de leur race, de leur pauvreté, de leur sexe. Avec cette différence qu'aujourd'hui on se sert de l'âge et de la viabilité de l'être humain.

125. G. MÉMETEAU, *loc. cit.*, note 25, p. 617.

de naissance proposée par la règle *infans conceptus* en fiction d'existence ou de personnalité juridique. Elle aurait aussi abusivement transformé la viabilité[126], entendue par le *Code civil* comme une garantie de survie après la naissance[127] et comme condition d'effectivité des droits échus à l'enfant dès sa conception, en critère de vie passée et par suite en condition d'existence juridique pendant la grossesse pour finalement en inférer une inexistence juridique de l'enfant comme sujet de droit, et proposer un effacement rétroactif d'une vie que l'on reconnaît pourtant avoir existé et duré pendant presque neuf mois[128]. D'où ses nombreuses critiques essentiellement dirigées vers la portée donnée à la notion de viabilité utilisée dans une règle d'exception prévue comme telle pour limiter les effets de la personnalité juridique et non pas pour créer celle-ci comme on l'a fait[129].

Cette conception de personne sans droit, ou déchue de ses droits jusqu'à la naissance, s'oppose naturellement à celle que nous défendons et qui consiste à considérer l'enfant mort

126. Abusive, en effet, « la viabilité est un facteur prévu explicitement par le *Code civil* dans certains cas bien déterminés. La doctrine en a fait une construction juridique générale. Cette extension est incompatible avec l'esprit de notre ordre juridique », R. DIERKENS, *Les droits sur le corps et le cadavre de l'homme*, Préface J. ROSTAND, Paris Masson, 1966, p. 36. « D'ailleurs, qu'est-ce que cette viabilité? C'est une qualité de vie, et il est tout à fait paradoxal que la qualité de vie soit devenue le prétexte de l'élimination (de *lege ferenda*) des individus estimés ne pas correspondre à certaines normes de développement, d'intelligence, d'utilité » (G. MÉMETEAU, *loc. cit.*, note 25, p. 621). La viabilité, remarque un auteur, est une condition propre au droit successoral et de la procédure en matière de filiation (C. ATIAS, *in La vie prénatale, biologie, morale et droit, op. cit.*, note 116, pp. 124-125). Elle n'est qu'un « moyen commode pour répartir les liens familiaux sans tenir compte d'un être dont les héritiers ne paraissent pas devoir l'emporter sur ceux de ses parents » (C. DEMOLOMBE, *Cours de droit civil ..., op. cit.*, note 82, p. 151, n° 180).

127. G. BAUDRY-LACANTINERIE, *Traité théorique et pratique de droit civil, I, Des biens*, Paris, Sirey, 1905, n° 293.

128. « Il est difficile d'accepter que la protection de la vie soit limitée par les doctrines médicales du moment. Or, la notion de viabilité est un concept à contenu variable, liée à l'état des connaissances et des techniques médicales du moment »; *cf.* HENNAU-HUBLET, *Rapport en Bioéthique dans les années 90*, tome 1, *Gent.* 1987. I. 240.

129. Cette solution est pernicieuse et ses conséquences juridiques graves. Il suffit de pousser la logique un peu plus loin en se demandant si la non-viabilité survenue à la suite d'un accident de travail par exemple, celle d'un mourant en l'occurrence, conduirait, elle aussi, à l'exclusion du monde du droit et à l'effacement rétroactif de la personnalité de ce sujet dont l'existence juridique n'a jamais été contestée.

né ou né non viable comme ayant effectivement existé et qui situe le moment de l'acquisition de la personnalité juridique à la conception de l'être humain. Cette dernière thèse a le mérite de corroborer l'esprit et la lettre du *Code civil*, de correspondre à la réalité biologique de la vie humaine et de situer le commencement de la vie juridique au même endroit que le commencement de la vie humaine. C'est-à-dire à la conception. C'est ici que la nature l'a elle-même placé.

D'ailleurs, il est indiscutable que lorsque, pour de nombreuses raisons, les auteurs demandent de considérer l'enfant non viable, ou celui mort-né, comme n'ayant jamais existé, ils reconnaissent implicitement avant tout qu'il a existé. En effet, la fiction de naissance dans ce cas viserait certainement, non pas l'effacement d'une existence que le législateur a lui-même constatée et protégée depuis son commencement mais un autre but, à savoir priver d'effet la dévolution successorale, la donation ou le testament (art. 906 C. civ.) pour cause de non-viabilité, ou faire obstacle à une action en justice relative à la filiation d'un enfant non viable (art. 311-4 C. civ.).

Comme le souligne monsieur Penneau, « si, en effet il est facile d'effacer rétroactivement des droits, qui ne sont après tout qu'une obstruction, comment concevoir une personne sous condition résolutoire : une personne existe ou n'existe pas, et, si elle a existé, comment l'effacer ensuite de cette existence ».

Quoi qu'il en soit, de là est partie la confusion entre l'anormalité grave et le défaut rétroactif de personnalité; entre, d'un côté, faire partie du « catalogue des biens-portants », c'est-à-dire la bonne conformation, et de l'autre, l'existence juridique. De là est partie aussi l'assimilation, de l'effacement rétroactif, pour des raisons techniques, des droits de l'enfant non-viable ou mort-né avec l'impossible effacement de l'existence de celui-ci[130].

130. La famille, la mère qui a eu le malheur d'avoir cet enfant peut-elle un jour l'oublier définitivement, au point de ne plus s'en souvenir? Son souvenir restera aussi réel que la mort d'un adulte, d'un être cher que l'on a perdu. Inutile donc, même par des artifices juridiques, de chercher à gommer ses traces, d'ignorer les vestiges de l'existence de cet être qui a été désiré et aimé par ses parents, et restera à jamais présent dans leur conscience et dans leur cœur.

Le Code civil invoqué comme source juridique de la personnalité conditionnelle de l'enfant conçu a été lui aussi mal compris par la doctrine[131]. Les articles 311-4, 725, 902 et 906 affirment implicitement la qualité humaine de l'enfant conçu lorsque ces articles accordent à ce dernier la possibilité d'être titulaire de droit avant la naissance. On en déduit que le Code civil avait déjà pris parti sur la qualité juridique de l'embryon ou du fœtus : « cet être humain peut déjà être titulaire de droits [...] Son existence physique le fait compter parmi les héritiers de ses parents au même titre que ses aînés »[132]. On rejoint ici les propos de Chabot qui déclarait lors des travaux préparatoires du Code civil qu'il suffit que l'enfant soit conçu pour être habile à succéder, parce que « l'enfant existe réellement dès l'instant de la conception et qu'il est réputé né lorsqu'il y va de son intérêt »[133].

Le rapprochement de ces textes est très riche d'enseignements. Il résulte en effet de ces différents articles que l'aptitude à être sujet de droit prend sa source dans la conception. Car, « celui qui est conçu est une personne susceptible de recevoir entre vifs. C'est une personne vivante. D'ailleurs seules les personnes sont titulaires de droits, et celui de recevoir en est un parmi d'autres, qui suppose un titulaire »[134]. Il en résulte aussi que le Code civil établit une distinction très nette entre la naissance d'un droit dans le patrimoine du sujet et l'effectivité de ce droit. Le bien entre dans le patrimoine de l'enfant conçu au moment de l'ouverture de la succession (art. 725) ou de la donation (art. 906). Mais l'exercice et la jouissance des droits relatifs à ce bien restent subordonnés au fait qu'à terme l'enfant naisse vivant et viable. On devra reconnaître aussi avec G. Mémeteau que dans l'esprit de ces textes, l'enfant conçu et qui se révélerait après, non viable, a bel et bien existé en tant que sujet de droit, mais doit être privé de ses droits, parce que la défaillance de sa constitution lui ôte toute chance de survivre, le privant ainsi d'une

131. Il convient de rappeler que l'intérêt juridique pour la personne humaine est d'origine doctrinale (C. ATIAS, *Les personnes, les incapacités*, 1re éd., Paris, PUF, 1985, n° 4).

132. *Id.*, n° 8.

133. G. BAUDRY-LACANTINERIE, *Traité théorique et pratique de droit civil, VI*, Paris, Sirey, 1905, p. 137.

134. G. MÉMETEAU, *loc. cit.*, note 25, p. 614.

des conditions nécessaires exigées pour la jouissance et l'exercice des droits patrimoniaux dont il a vocation[135].

En somme, l'enfant conçu ne peut donc pas être une personne en devenir, encore potentielle, et posséder des droits légalement protégés. Il est sujet de droit à part entière, peu importe que l'exercice et la jouissance de ses droits soient retardés ou suspendus jusqu'à sa naissance. Encore que déjà né vivant et viable, l'enfant ne recouvre pas pour autant la pleine capacité juridique. Jusqu'à sa majorité, il est frappé d'une incapacité générale d'exercice qui ne le prive pas de son aptitude à être sujet de droit.

B. UN TITULAIRE *SUI GENERIS* DE DROITS SUBJECTIFS

Si aucune disposition légale ne consacre ouvertement l'enfant à naître en tant que sujet de droit, plusieurs articles du Code civil consacrent et protègent ses droits patrimoniaux, en attendant sa naissance (1.). Il serait pourtant inexistant en ce qui concerne certains droits extrapatrimoniaux (2.).

1. L'enfant conçu titulaire des droits patrimoniaux...

En vertu de l'article 906 du Code civil, l'enfant à naître peut acquérir des biens par donation ou par testament. De même, il résulte implicitement de l'article 725 que l'enfant conçu à l'instant de l'ouverture de la succession est héritier. De même, depuis toujours la jurisprudence dans tous les systèmes juridiques de tradition civiliste reconnaît et protège les droits patrimoniaux de l'enfant à naître[136]. Ainsi par application de la règle *infans conceptus*, elle a admis que cet enfant pouvait être bénéficiaire d'une majoration de capital décès, qu'il pouvait être bénéficiaire même avant sa conception d'une assurance-vie.

---

135. Ces articles ont été écrits à un moment où les fécondations artificielles et *in vitro*, n'étaient pas en question. Ce qui nous conduit à poser la question de savoir si les solutions du droit classique se sont renforcées au gré de l'évolution de la science ou au contraire si celle-ci par de nouvelles possibilités de procréation qu'elle a mises en place a plutôt invalidé les réponses du droit positif sur la situation juridique de l'enfant conçu.

136. P.-A. CRÉPEAU, *loc. cit.*, note 14, p. 232, n° 22.

Mais il ne s'agit toujours là que d'une protection tempérée dont l'efficacité est conditionnée par la naissance et la viabilité de l'enfant[137]. C'est la réalisation de ces conditions qui déclenche la jouissance des droits de l'enfant à l'héritage ou aux donations faits pendant sa gestation. Car, si l'enfant conçu n'arrive pas à terme ou ne naît pas viable, le droit considère qu'ils ne lui ont jamais été attribués. Il demeure que l'enfant conçu est incontestablement titulaire des droits patrimoniaux, même si on ne peut en dire autant des droits liés à sa personne.

2. ... mais quasi inexistant pour les droits extra-patrimoniaux

Pour certains droits extra-patrimoniaux, notre droit positif déclare que l'enfant à naître est inapte à en être titulaire (a.) alors que pour d'autres il semble lui reconnaître cette aptitude (b.).

a) L'enfant conçu, titulaire infirmé de certains droits

Il résulte des textes sur l'avortement et de ceux sur la bioéthique que l'enfant à naître n'a droit ni à la dignité, ni à son intégrité physique. En effet, par rapport au droit à la dignité, bien qu'il touche à la nature profonde de l'homme, ses contours sont mal dessinés au niveau européen comme en droit interne et font l'objet d'appréciations contradictoires. Le droit à la dignité a du mal en effet à sortir du cadre du droit naturel pour s'inscrire dans celui du droit positif.

Au niveau européen, sur la question de l'application en faveur de l'enfant conçu de certains droits fondamentaux comme le principe de la dignité, la Cour européenne des droits de l'homme ne se prononce pas clairement alors qu'elle en a eu l'occasion dans l'affaire *Open door et Dublin Well woman* c. *Irlande*[138].

---

137. Sur la portée de ce principe, voir P.-A. CRÉPEAU, *id.*, notamment p. 231, n° 20 et p. 252, n° 53.

138. *Décision Open door du 29 octobre 1992*, Série A 246-A.; également, V. BERGER, *Jurisprudence de la cour européenne des droits de l'homme*, 6e éd., Paris, Sirey, 1998, pp. 463-467, nos 1219-1226.

En droit interne, la préparation et le vote des lois françaises relatives à la bioéthique ont permis en effet de prendre conscience de l'absence de normes de références explicites dans la constitution susceptibles d'encadrer le législateur à propos du droit à la dignité. Ce droit ne figure dans aucun texte constitutionnel et le Conseil constitutionnel ne s'y était jamais référé jusqu'en 1994.

La question, à lui posée à cette date, était de savoir si le principe de la dignité est susceptible de concerner l'embryon. Cette question a soulevé les disputes les plus vives et a rendu les juges plus prudents. Car, elle oppose entre eux les concepts philosophiques et moraux et soulève des questions sociales de grande importance comme celle relative à l'avortement.

Le Conseil constitutionnel, pour trancher le débat, a d'abord affirmé en terme de principe que « la sauvegarde de la dignité de la personne humaine contre toute forme d'asservissement et de dégradation est un principe constitutionnel »; que « la primauté de la personne humaine, le respect de l'être humain dès le commencement de la vie, l'inviolabilité, l'intégrité et l'absence de caractère patrimonial du corps humain ainsi que l'intégrité de l'espèce humaine » sont des principes visant « à assurer le respect du principe de sauvegarde de la dignité de la personne humaine »[139].

Et se pose alors la grande question : puisque le droit à la dignité est inhérent à la personne humaine, doit-on aussi prendre en compte l'être humain avant sa naissance, l'embryon et le fœtus par exemple? Le Conseil a répondu dans le sens négatif. Il a décidé que l'enfant à naître, en l'occurrence l'embryon, ne pouvait pas prétendre à ce droit à la dignité.

Ainsi, certains embryons, notamment ceux produits en surnombre lors d'une procréation médicalement assistée, tout comme ceux âgés de moins de dix semaines sont considérés par le Conseil constitutionnel et la *Loi Veil* comme n'ayant droit à aucune dignité, ni à aucun respect de leur vie. Ils peuvent être détruits librement. On a beau affirmer que le principe de la dignité a une valeur absolue; qu'il est une sorte de

139. *Décision du Conseil constitutionnel n° 94-343-344 D.C. du 27 juillet 1994*, *J.O.* 29 juillet 1994.

droit naturel préexistant à toute construction juridique; qu'il est la matrice d'un certain nombre de garanties légales[140], il n'en reste pas moins que ces embryons étant chassés de l'humanité[141] ne peuvent prétendre à ces droits. Le Conseil constitutionnel déclare qu'ils ne sont pas des « personnes humaines » au sens de l'article 16 du Code civil.

À propos du droit à l'intégrité, on est aussi passé de l'illusion à la déception. En effet, « [...] on veut bien croire que les lois du 29 juillet 1994 sont humanistes — sous bénéfice d'inventaire — mais il n'est pas humaniste d'avoir ressuscité l'esclavage sous les espèces de l'embryon *in vitro*. Or, il apparaît non seulement que cet embryon a été chassé de l'humanité, mais encore que, autour de lui s'est développée une sorte de droit naturel quelque peu terrifiant »[142].

Apparemment, la *Loi du 29 juillet* garantit au corps humain un statut échappant au sort destiné aux choses. Elle pose le principe selon lequel chacun a droit au respect de son corps. Elle en tire comme conséquence que le corps humain est inviolable. Ainsi, en tant que fondements des droits de l'homme biologique, le respect de l'être humain et l'inviolabilité du corps sont des principes que la *Loi du 29 juillet* a mis en œuvre pour protéger l'être humain, dans son statut juridique, dans son droit à la vie privée et quant au respect de son identité.

Malheureusement, force est de constater comme l'a confirmé le Conseil constitutionnel que l'enfant à naître n'est pas concerné par ces garanties. Il n'en a pas encore droit jusqu'à sa naissance, date à laquelle il cesse d'être inexistant, selon la jurisprudence. Cet embryon n'a point droit à son intégrité et aux droits qui en résultent, puisqu'il « ne représente, — aux yeux du Conseil constitutionnel — pas même quelque chose de l'humanité, de sorte qu'il pourrait même être sélectionné »[143].

Par ailleurs, avant la décision du Conseil constitutionnel précitée la lecture de l'arsenal législatif sur les droits de l'homme entretenait une certaine illusion. La *Loi de 1994* et

140. B. MATHIEU, *loc. cit.*, note 45, p. 285.
141. B. EDELMAN, *loc. cit.*, note 28, pp. 205 et ss.
142. *Id.*, n° 2.
143. *Id.*, n° 3.

la *Convention internationale sur les droits de l'enfant* déclarent protéger l'être humain dans sa personne dès le commencement de la vie, naturellement dès la conception pouvait-on penser. En vertu de l'article 2 de la *Convention européenne des droits de l'homme*, « le droit de toute personne à la vie est protégée par la loi »; la *Déclaration universelle des droits de l'homme* énonçait dans son article 3 que « tout individu a droit à la vie, à la liberté et à la sûreté de sa personne ». Le *Pacte international relatif aux droits civils et politiques* réaffirme dans son article 6 alinéa 1 que « le droit à la vie est inhérent à la personne humaine ». Conformément aux dispositions de l'article 6 sur les droits de l'enfant les États parties reconnaissent à chaque enfant le droit inhérent à la vie et assurent sa vie et son développement[144].

Seulement, tous ces textes internationaux ne disent pas à partir de quel âge on peut être considéré comme enfant[145], ni si l'embryon et le fœtus sont des hommes ou du moins des enfants au sens de ces conventions. La question se pose alors de savoir si le droit doit ou non protéger l'enfant à naître, préserver en l'occurrence ses chances d'acquérir la personnalité. La surprise de la doctrine sera très grande en découvrant avec l'aide du Conseil constitutionnel que l'enfant à naître n'est pas considéré comme une personne au sens de ces textes.

En effet, partant du principe que l'embryon *in vitro* n'est pas un être humain, le Conseil constitutionnel en a conclu qu'il n'a point droit à son intégrité. Il a préféré le considérer comme un simple amas de cellules ou comme du matériau génétique en faisant ainsi abstraction de son devenir humain. En tant que tel, il n'a pas droit au respect dû à tout être humain. L'embryon *in vitro* ne bénéficie selon le Conseil constitutionnel que de simples garanties juridiques « du genre que l'on peut octroyer, par exemple, à l'animal »[146]. Ce non-être

144. Selon l'article 5 de la *Charte africaine des droits et du bien être de l'enfant*, le droit à la vie est un droit imprescriptible et par conséquent les États assurent non seulement la survie et le développement de l'enfant mais aussi sa protection.

145. L'article 1 de la Convention se contente de définir l'enfant « en tant que être humain âgé de moins de 18 ans [...] » sans se prononcer sur le problème de l'enfant à naître.

146. B. EDELMAN, *loc. cit.*, note 28, n° 4.

humain a cependant le droit de ne pas être expérimenté, de ne pas être donné comme une chose, ce qui le distingue des animaux.

b) L'enfant conçu, titulaire relatif de droits

Avant les lois du 29 juillet 1994, le droit jurisprudentiel français reconnaissait à l'embryon des droits. C'est ainsi que le Conseil d'État a admis que l'embryon, même s'il ne bénéficie pas de la personnalité juridique, a un droit à la vie plus ou moins relatif au sens de l'article 2 de la *Convention E.D.H*[147].

Cette décision du Conseil d'État aurait constitué le point de départ d'une sorte de révolution de la mentalité des médecins et des juristes à l'égard de l'enfant conçu, parce que pour une fois on espérait que « le commencement de la vie » aurait une signification commune aux uns et aux autres.

Cette belle expression n'a été en réalité là encore qu'une vaine exaltation qui ne réussira pas à se substituer à la résistance de la conception classique[148] en favorisant l'affirmation de la personnalité de l'enfant conçu, parce que l'existence de sa vie, serait-ce biologique, est incontestable.

Par ailleurs, des lois du 29 juillet 1994, « on espérait une déclaration des droits de l'homme face à la science [...] on se retrouve avec des petites bougies à la flamme vacillante qui ne tardera pas à s'éteindre au grand vent des bouleversements de la science biomédicale »[149]. « Car c'est la dignité humaine qui, toute entière, est en cause, dans ce que l'on fait du plus petit d'entre nous, de ce minuscule, que nous avons tous été et sans lequel nous ne serions pas »[150].

En effet, par rapport à l'enfant à naître, les garanties consacrées par le législateur du 29 juillet 1994 risquent de devenir purement et simplement des mesures trompeuses.

147. *C.E. 21 décembre 1990, A.J.D.A.* 1991. 91.

148. Longtemps avant les lois de la bioéthique, on avait déjà observé cet enthousiasme chez certains auteurs. Voir G. MÉMETEAU, *loc. cit.*, note 25, pp. 611-624.

149. G. RAYMOND, « L'assistance médicale à la procréation », *J.C.P.* 1994. I. 3796.

150. Texte cité en épigraphe par G. MÉMETEAU, *loc. cit.*, note 25, p. 611.

Celui-ci n'en bénéficie qu'à la naissance, car aucun texte de portée générale n'a voulu situer le commencement de la vie au moment de la conception. Et par conséquent l'embryon, ou le fœtus, est privé du droit au respect de son être « humain », son corps est implicitement violable, il n'aurait pas droit à la vie encore moins au respect de son identité. Les autres mesures à savoir le principe du consentement, les sanctions pénales, le principe de l'anonymat, le secret médical, les règles sur la sécurité sanitaire, les contrôles administratifs n'ayant qu'un rôle incident sur la protection de l'enfant.

En somme, sur le sort de l'enfant à naître persiste une incertitude juridique qui a pour conséquence de fragiliser les droits de l'homme à un moment où ceux-ci se trouvent, avec la jurisprudence de la Cour européenne des Droits de l'Homme, dans leur vitesse de croisière d'émancipation.

CONCLUSION

Aujourd'hui encore, et malgré l'évolution accomplie dans tous les domaines y compris en droit, le sort de l'enfant à naître fait partie des plus insolites situations juridiques. Il fait le va-et-vient entre sujet et objet de droit; entre personne titulaire de biens et chose pour ce qui est de son statut juridique. Il a droit à une protection quasi absolue de ses droits patrimoniaux, mais ne bénéficie que d'un simple et relatif « respect », puisqu'il est déclaré juridiquement insignifiant pour être admis comme sujet bien qu'appartenant à l'espèce humaine dès la conception.

Et pourtant, la vie humaine est un concept qui ne peut inspirer protection que par rapport au sujet de droit qui l'incarne. À partir des connaissances scientifiques actuelles, cette vie, qui prend sa source dans la fécondation, est un processus continu qui accompagne l'être durant toute son existence. Cette vérité scientifique est juridicisée par les conventions internationales relatives aux droits de l'Homme, lorsqu'elles imposent le respect de l'être humain dès le commencement de la vie, et mieux encore par l'article 16 de notre *Code civil*.

Face aux inventions, aux exploits techniques que les hommes développent dans tous les domaines, il y a urgence à

développer en même temps un surcroît de conscience, un respect bien compris de l'être humain transcendant toutes choses. De cette sacralisation de la vie humaine dès son commencement biologique dépend l'efficacité de toute protection juridique de l'Homme, quel que soit son âge.

Il est donc évident que le statut juridique de l'enfant conçu, constamment repoussé comme une balle de tennis, a plus que jamais besoin d'une base juridique solide prenant appui sur la réalité biologique de la vie et s'enracinant profondément dans une conception de l'être humain formant un tout indivisible dans sa nature. Peu importe les nuances et degrés qui peuvent être apportés aux droits subjectifs dont il peut être titulaire pour atténuer leurs effets juridiques.

François Diesse
2, allée François Rabelais
93390 CLICHY s/Bois
France
Tél./Téléc.: (331) 43-88-35-58
Courriel: fdiesse@yahoo.fr