
L'assimilation de l'embryon à l'enfant ?

Les indices civilistes de personnification de l'embryon

Aurore Catherine



Édition électronique

URL : <http://journals.openedition.org/crdf/7182>

DOI : 10.4000/crdf.7182

ISSN : 2264-1246

Éditeur

Presses universitaires de Caen

Édition imprimée

Date de publication : 31 décembre 2006

Pagination : 79-96

ISBN : 978-2-84133-277-9

ISSN : 1634-8842

Référence électronique

Aurore Catherine, « L'assimilation de l'embryon à l'enfant ? », *Cahiers de la recherche sur les droits fondamentaux* [En ligne], 5 | 2006, mis en ligne le 15 décembre 2020, consulté le 17 décembre 2020.

URL : <http://journals.openedition.org/crdf/7182> ; DOI : <https://doi.org/10.4000/crdf.7182>

Cahiers de la recherche sur les droits fondamentaux

L'assimilation de l'embryon à l'enfant ?

Les indices civilistes de personnification de l'embryon

Aurore CATHERINE

Doctorante en droit public
Université de Caen Basse-Normandie

I. La règle de l'*infans conceptus*

- A. La reconnaissance rétroactive de la personnalité juridique de l'embryon
- B. La condition de la naissance d'un enfant vivant et viable

II. Les ambiguïtés de l'article 16 du Code civil

- A. La mystérieuse notion d'« être humain »
- B. Les implications de la personnification de l'embryon

Le terme d'enfant désigne communément l'« être humain dans l'âge de l'enfance », l'enfance étant considérée comme « la première période de la vie humaine, de la naissance à l'adolescence »¹. Le tout premier élément de définition de l'enfant est donc *a priori* la naissance, considérée comme point de départ de la vie humaine. À l'ouverture d'un lexique de termes juridiques, l'enfant, quel que soit le qualificatif qui l'accompagne ou l'expression dont il fait partie, sous-entend au préalable la naissance : enfant adopté, enfant adultérin, enfant d'un premier lit, enfant incestueux, enfant légitimé, enfant naturel², enfant abandonné, enfant à charge, enfant en danger, enfant recueilli, enfant surveillé. Les définitions correspondantes commencent le plus souvent par « enfant né » ou « le mineur ».

Pourtant, le langage commun et certaines considérations juridiques amènent à remettre en cause, ou tout

du moins à discuter, ce sens commun, ou ce que beaucoup tiennent pour acquis. Il serait en effet possible de parler d'enfant avant même la naissance, lorsque ce « petit être » est encore dans le sein de sa mère.

Des expressions du langage courant viennent corroborer cette hypothèse. La femme enceinte dit qu'elle attend ou qu'elle porte un enfant. Les expressions « enfant conçu », « enfant à naître » qualifient clairement l'être vivant qui se développe dans le sein de sa mère. Cependant, certaines de ces expressions peuvent être interprétées comme formulant l'enfant au futur, ce qui permettrait de revenir à la définition commune de l'enfant : l'enfant n'est qu'avec la naissance. Ainsi, « attendre un enfant » peut laisser supposer que l'enfant est attendu par rapport au moment de sa naissance et non en ce qu'il est déjà un enfant dans le sein de sa mère. « L'enfant à naître » peut également être

1. *Dictionnaire culturel en langue française*, A. Rey (dir.), Paris, Dictionnaires Le Robert, 2005, t. II, p. 482.

2. Même si depuis l'entrée en vigueur de l'ordonnance n° 2005-759 du 4 juillet 2005 le 1^{er} juillet 2006 (*JO* du 6 juillet 2005), les adjectifs « naturel », « légitime » et « légitimé » sont à proscrire. Les articles 6, 16, 17 et 19 de l'ordonnance les suppriment tout au long du Code civil.

entendu dans ce sens : l'être en question ne sera un enfant qu'une fois né. Pourtant ces expressions sont ambiguës car elles peuvent être interprétées tout autrement : « attendre un enfant » peut signifier « porter un enfant », l'être en question est alors considéré véritablement comme un enfant. L'enfant à naître est l'enfant porté voué à passer par l'étape de la naissance. La seule expression dénuée de toute ambiguïté est l'enfant conçu : il ne peut s'agir que de l'enfant engendré mais non encore né. Cette expression est la plus flagrante de l'insertion de l'embryon dans la définition de l'enfant. Par ailleurs, certaines langues, originellement, assimilent l'enfant à l'embryon et, si l'on peut dire, « en aval », à la matrice. En gotique, « enfant » se dit *kilthei*, « la matrice, le sein de la femme », d'où l'ancien suédois *kulder, kilder* (suédois *kull*), l'ancien anglais *cild* (anglais *child*), l'allemand *Kind*.

La plupart de ces expressions ont été reprises par le langage juridique. La possibilité d'envisager l'intégration de l'embryon dans la définition de l'enfant peut dès lors être appréhendée juridiquement. L'expression « enfant conçu » garde le même sens qu'elle soit envisagée dans le langage courant ou juridiquement. D'autres expressions revêtent la même ambiguïté que dans le langage courant : l'enfant à naître, par exemple, est défini comme « l'enfant futur qui, encore qu'il ne soit ni né ni conçu, peut bénéficier de certains actes (C. civ., a. 1082) »³. Si peut être ainsi qualifié d'enfant un être qui n'existe pas encore, il est d'autant plus concevable de qualifier l'embryon d'enfant puisque lui existe vraiment. Catherine Puigelier semble apporter une nuance : « Enfant futur susceptible de bénéficier de droits alors qu'il n'est pas encore conçu ou né (article 1082 du Code civil) »⁴. Tandis que la première définition n'envisage même pas la conception de l'enfant, le réduisant en quelque sorte à un enfant imaginaire, la seconde permet d'admettre qu'un enfant conçu est un enfant à naître, que l'embryon est un enfant au sens juridique du terme⁵.

Ainsi, il apparaît tout à fait possible de discuter le critère de la naissance dans la définition de l'enfant. En effet, l'enfant ne peut-il pas être également l'être vivant avant la naissance, l'être se développant dans le ventre de sa mère, à savoir l'embryon ?

Il convient alors de préciser ce que sous-tend ici le terme « embryon ». La définition retenue dans le cadre de cet article diffère de celle qui se dégage de l'« approche objective “scientifique” » qui retient la faveur de la plupart des juristes⁶. En effet, selon cette démarche l'évolution de leurs raisonnements s'attache à celle de la science, comme si celle-ci détenait une vérité implacable⁷. Cette approche est ici critiquable car elle introduit un flou dans l'emploi du vocabulaire dans le domaine, le droit tentant de se calquer sur la science sans explicitement le faire. Si la médecine emploie de façon très précise les termes d'« embryon » et de « fœtus » en ce qu'ils correspondent scientifiquement à des stades d'évolution différents, tel n'est pas le cas du droit. Celui-ci utilise l'un ou l'autre terme de façon très désorganisée. Médicalement, la période embryonnaire correspond à deux phénomènes : la naissance d'un certain nombre de tissus et d'organes spécifiques, c'est-à-dire l'organogenèse, et la formation extérieure du corps humain, c'est-à-dire la morphogenèse. On parle d'embryon lors des deux premiers mois de grossesse. Ensuite, on parle de fœtus car la période fœtale voit la maturation des tissus et organes ainsi qu'une croissance rapide du corps. Tels sont les termes choisis par la science pour délimiter deux processus différents de développement de la vie humaine intra-utérine. Juridiquement, un tel choix serait-il justifié sachant que, selon le terme employé, le droit s'attelle à faire varier les considérations juridiques ? Si ce choix est celui de la science, il ne doit pas nécessairement être celui du droit⁸. Le droit ne peut s'attacher exclusivement à ces critères biologiques pour déterminer le statut juridique de l'être en cause, en raison de la progression continue de cet être vers la naissance. Adhérer à la vision biologique aurait de plus ceci d'approximatif que la science calcule « à partir du moment présumé de la fécondation »⁹, ce qui laisse planer une possible marge d'erreur, et donc un moment flou de passage de l'embryon au fœtus. Par conséquent, comment le droit pourrait-il se fonder sur cette frontière non déterminée pour en déduire des règles qui viendraient à changer selon la qualification d'embryon ou de fœtus ? Les juristes manquent de clarté sur la question, et la façon qu'ils ont d'employer l'un ou

3. G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, Paris, PUF, 2000, p. 333.

4. C. Puigelier, *Dictionnaire de droit privé*, Paris, Centre de publications universitaires, 1999, p. 216.

5. Certaines notions juridiques de l'enfant intègrent l'embryon dans la définition de l'enfant. Tel est le cas de la définition de l'enfant légitime donnée par P. Nicoleau : « enfant conçu ou né pendant le mariage de ses parents ou, au maximum, dans les trois cents jours après la dissolution de celui-ci » (*Dicojuris : Lexique de droit privé*, Paris, Ellipses, 1996, p. 147). Malgré la disparition de la notion d'enfant légitime depuis l'entrée en vigueur de l'ordonnance du 4 juillet 2005 réformant la filiation, le simple fait de parler d'enfant conçu permet de rattacher l'embryon au concept d'enfant.

6. Approche décrite par L. Cassiers dans « La dignité de l'embryon humain », *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, n° 54 (numéro spécial : *Progrès scientifiques ou techniques et droits de l'homme*), 2003, p. 406-407.

7. O. Cayla fait ainsi remarquer que « dans son affrontement au défi biologique, le droit part ainsi à la recherche d'une rationalité déontique apte à lui permettre de l'emporter “à armes égales” sur la logique biologique, c'est-à-dire apportant aux raisons de ses dispositions l'appui de l'argumentation et la force des démonstrations » (« Biologie, personne et droit », *Revue française de théorie juridique*, 1991, p. 4). Les juristes cherchent des réponses dans la biologie, raison pour laquelle ils « manifestent une répugnance quasi unanime pour le recours à l'outil autoritaire de la loi » (*ibid.*). Le droit semble ainsi nourrir un « complexe d'infériorité » à l'égard de la science (*ibid.*, p. 15).

8. Si le droit peut tenir compte de certaines réalités biologiques, bien qu'il ne le fasse pas toujours comme le prouve la fiction juridique de l'adoption par exemple, il doit aussi tenir compte de considérations plus abstraites qui fondent l'esprit de la société, dont la nature intrinsèque de l'humain est à l'origine.

9. F. Encha-Razavi, E. Escudier, *Embryologie humaine : de la molécule à la clinique*, 3^e éd., Paris, Masson, 2003, p. 10.

l'autre terme est incohérente¹⁰. Les confusions se retrouvent également dans les décisions de justice¹¹.

Le Comité consultatif national d'éthique, dans le rapport d'avril 1984 précédant son premier avis, définit alors ainsi l'embryon humain : ce terme « inclut tous les stades de développement du zygote, depuis la fécondation de l'ovule jusqu'au stade de la maturation permettant une vie autonome hors du corps maternel, soit vers la vingt-cinquième semaine gestationnelle (six cents grammes) »¹². Une autre définition que la définition purement médicale est ici retenue. Le Comité justifie sa définition : « Étant donné la difficulté de déterminer scientifiquement le passage du stade embryonnaire au stade fœtal, le terme "d'embryon" sera seul utilisé »¹³. Au regard de la confusion dans l'emploi des termes, c'est à cette définition qu'il convient d'adhérer mais en l'élargissant davantage : l'embryon est l'être vivant qui se développe dans le sein de sa mère depuis la fécondation jusqu'à la naissance¹⁴.

Ces considérations remettent inéluctablement en cause l'affirmation selon laquelle « la première période de la vie humaine » aurait comme point de départ la naissance. Le commencement de la vie humaine peut effectivement être considéré comme antérieur à la naissance. Une telle discussion a des implications majeures : elle peut permettre de déterminer si l'embryon est ou non un enfant. Si l'on considère le commencement de la vie à la naissance, l'embryon ne peut être un enfant. Mais si c'est la

fécondation qui est considérée comme le point de départ de la vie humaine, alors l'embryon peut être assimilé à un enfant. S'il est certain que l'embryon n'est pas autonome dans le sein de sa mère jusqu'à un certain stade de son développement, il est en tout cas vivant. Ce processus de développement dont il est l'objet est la preuve de sa vie¹⁵. Il s'agit certes de la vie intra-utérine, mais c'est une vie qui permet de qualifier l'embryon d'être vivant, qu'il se développe *in utero* ou *in vitro*. Le terme « enfant » peut donc intégrer dans sa définition la dimension embryonnaire de l'être vivant sur le point du commencement de la vie.

Au commencement de la vie humaine est systématiquement attaché le respect du principe de dignité de la personne humaine. S'il ne fait aucun doute que la naissance implique le respect de ce principe, l'embryon humain peut-il bénéficier de cette protection ? Lui reconnaître ce bénéfice participerait de son assimilation à l'enfant. Mais cela implique que lui soit appliquée la conception individualiste de la dignité. En effet, le principe de dignité souffre des différences de signification qui lui sont données. Schématiquement, la dignité est envisagée de deux façons : la conception *individualiste* et la conception *spécifique*. La première définit la dignité comme « la valeur éminente qui s'attache à l'individu compte tenu du caractère unique, irremplaçable de son accomplissement personnel »¹⁶. Cette définition lie la dignité à la liberté, en ce

10. Il suffit de feuilleter quelques lexiques des termes juridiques pour s'apercevoir du malaise dans ce domaine. Certains auteurs ont d'ailleurs totalement écarté la possibilité de les introduire dans leur ouvrage. Tel est le cas, par exemple, du *Lexique de droit privé* de P. Nicoleau et du *Lexique des termes juridiques* publié chez Dalloz (R. Guillien, J. Vincent (dir.), 15^e éd., Paris, Dalloz, 2005). Parfois, c'est l'un ou l'autre terme qu'il a été choisi de définir. Dans le dictionnaire élaboré par G. Cornu, seul le terme d'« embryon » apparaît, celui de « fœtus » ayant été occulté. L'embryon est défini comme « l'être humain à son commencement » (*Vocabulaire juridique*, p. 429). S'agit-il de l'être humain de la fécondation à la fin du deuxième mois de grossesse, « commencement » étant compris comme le commencement de la grossesse ? Cette définition englobe-t-elle, au contraire, la totalité de la grossesse, la grossesse n'étant qu'un commencement ? Cette solution serait à préférer si l'on se réfère à l'absence de la définition de « fœtus » dans ce dictionnaire. L'embryon, juridiquement, désignerait l'être en développement dans le sein de sa mère. C. Puigelier, dans son *Dictionnaire de droit privé*, a, quant à elle, inséré les deux termes en les développant longuement. Elle a tenu à se référer aux considérations retenues par la science, tout en faisant apparaître quelques contradictions. Elle envisage l'embryon comme un « organisme en voie de développement, depuis l'œuf fécondé jusqu'à la réalisation d'une forme capable de vie autonome et active » ; « L'embryon devient un fœtus au troisième mois de la grossesse ». L'embryon serait donc capable de vie autonome, c'est-à-dire de vivre en dehors de sa mère seul, à partir de la neuvième semaine. Cela paraît aberrant étant donné qu'à ce stade, si certains organes vitaux sont présents, ils ne sont pas développés. De plus l'embryon a à peine forme humaine. W.-J. Larsen écrit d'ailleurs dans son ouvrage qu'il n'est « pas possible encore de garder en vie des fœtus nés avant vingt-deux semaines » (*Embryologie humaine*, Bruxelles, De Boeck, 2004, p. 481). Dès lors, la survie d'un fœtus de neuf semaines est totalement inenvisageable, du moins aujourd'hui. Ensuite, C. Puigelier aborde la définition du fœtus. Il s'agit de l'« embryon humain de plus de trois mois ». Le fœtus serait donc un embryon... L'embryon dans cette définition deviendrait cette fois un fœtus à partir du début de la treizième semaine et non plus à partir du début de la neuvième comme l'indiquent les ouvrages de médecine... L'auteur semble se référer aux données scientifiques mais sans se tenir à leur rigueur. Les définitions sont ici confuses.

11. Dans l'arrêt *Vo contre France* du 8 juillet 2004 (req. n° 53924 / 00), la Cour européenne des droits de l'homme utilise parfois le terme de fœtus, notamment dans la formulation de la question de droit, parfois celui d'embryon. Parfois elle emploie même les deux à la fois allant jusqu'à mêler les conjonctions de coordination. Cela apparaît notamment au paragraphe 83 de l'arrêt : « De cet aperçu, il ressort qu'en France, la nature et le statut juridique de l'embryon et / ou du fœtus ne sont pas définis actuellement ». L'emploi de « fœtus » se fait davantage lorsque se pose la question de savoir si l'on peut qualifier d'homicide involontaire le fait qu'un tiers, c'est-à-dire une personne autre que sa mère, ait mis fin à son existence de façon non intentionnelle. L'emploi d'« embryon » est constant lorsqu'il s'agit d'envisager des recherches. Le même constat est réalisé au niveau interne. Les juridictions pénales emploient volontiers le mot « fœtus », tandis que les législations sur l'Assistance médicale à la procréation et la recherche utilisent le mot « embryon ». Ceci montre une fois de plus que les juristes se réfèrent à la biologie.

12. <http://www.ccne-ethique.fr>

13. Malgré cet effort de justification et de clarification du terme employé, le Comité, dès son premier avis (avis n° 1 du 22 mai 1984 sur les prélèvements de tissus d'embryons et de fœtus humains morts, à des fins thérapeutiques, diagnostiques et scientifiques), un mois plus tard, introduit l'expression « l'embryon ou le fœtus » plutôt que de se contenter comme il l'avait envisagé du terme « embryon ».

14. Paradoxalement, ce point de vue est appuyé par les titres des ouvrages de médecine concernant ce domaine. Tous comportent le seul mot « embryologie » : J. Langman, T.-W. Sadler, *Embryologie médicale*, 7^e éd., Rueil-Malmaison, Pradel, 2003 ; U. Drews, *Atlas de poche d'embryologie*, Paris, Flammarion médecine-sciences, 2002 ; F. Encha-Razavi, E. Escudier, *Embryologie humaine*... ; W.-J. Larsen, *Embryologie humaine*.

15. « Dès que l'ovule est fécondé, se trouve inaugurée une vie qui n'est ni celle du père ni celle de la mère, mais d'un nouvel être humain qui se développe par lui-même » (Congrégation pour la doctrine de la Foi, *Déclaration sur l'avortement provoqué*, 12-13 : AAS 66 (1974) 738).

16. G. Lebreton, « Les ambiguïtés du droit français à l'égard de la dignité de la personne humaine », in *Mélanges Patrice Gélard : droit constitutionnel*, Paris, Montchrestien, 1999, p. 55.

qu'elle la fonde et lui donne une explication philosophique. La dignité est ainsi un principe matriciel¹⁷, c'est-à-dire au fondement de tous les autres droits et libertés. La seconde, quant à elle, définit la dignité comme « la valeur éminente qui s'attache à l'être humain en sa qualité de membre de l'espèce humaine »¹⁸. Le lien avec la liberté est cassé, l'objectif étant cette fois de préserver l'espèce humaine, et non plus de favoriser l'accomplissement personnel de l'individu. Si la dignité reste un principe matriciel, elle n'est plus utilisée pour fonder les droits fondamentaux mais pour les limiter dans le sens où elle leur est supérieure et antérieure. Si la première conception l'emporte, l'embryon est considéré en tant que tel, pour lui-même, ce qui participerait à son assimilation à la définition de l'enfant. Si, au contraire, la seconde prévaut, l'embryon n'est plus considéré dans son caractère unique, il est protégé en tant que membre de l'espèce humaine, pour préserver l'humanité, et non lui-même. La question posée s'attache au vocabulaire employé. Si l'on considère que l'embryon peut être protégé par le principe de dignité, s'agit-il de la dignité de la personne humaine ou de la dignité humaine ? La première correspond à la conception individualiste, la seconde à la conception spécifique. Derrière cette question se profile celle du statut de l'embryon et celle de son assimilation à l'enfant. La conception individualiste amène à considérer l'être qu'elle concerne comme une personne.

Au commencement de la vie humaine, la plupart des auteurs font découler le début de la personnalité : ainsi pour certains la personnalité commence à la naissance, pour d'autres dès la fécondation. L'enjeu est de taille. Les éléments de réflexion précédents ne suffisent donc pas pour intégrer l'embryon à la définition de l'enfant. Parler d'enfant à partir de la naissance implique le statut juridique de personne. Il ne fait aucun doute que l'enfant dès sa naissance bénéficie de ce statut. Dès lors, vouloir intégrer l'embryon dans la définition juridique de l'enfant suppose d'admettre que l'embryon bénéficie également du statut juridique de personne, ce qui fait l'objet de nombreuses controverses. Du constat que l'enfant né est une personne, peut-on tirer l'analogie que l'embryon est une personne si l'on considère que celui-ci peut être intégré à la définition de l'enfant ? Cette analogie apparaît possible dans la mesure où de nombreux indices de droit civil vont dans le sens de la personnification de l'embryon. Ces indices permettraient donc d'adhérer à l'inclusion de l'embryon dans la définition de l'enfant et d'en déduire ainsi que la naissance n'est pas un élément de définition systématique de l'enfant en droit civil.

Cependant, aucun texte n'affirme explicitement la personnalité de l'embryon. Pourtant des éléments peuvent légitimement le laisser penser. Mais, c'est le plus souvent de façon très ambiguë.

Ces indices résultent essentiellement de deux règles : d'une part, de la règle de l'*infans conceptus* issue du droit romain ; d'autre part, de l'article 16 du Code civil issu de l'article 1^{er} de la loi du 17 janvier 1975 sur l'interruption volontaire de grossesse. Il convient d'étudier en tout premier lieu la règle de l'*infans conceptus* puisque cette notion d'enfant conçu est essentielle, voire centrale pour rattacher l'embryon à l'enfant. Cette notion indique biologiquement que l'enfant existe puisque conçu, mais cette conception donne aussi en droit parfois accès à la personnalité juridique (I). Cette personnalité juridique en droit civil a ses caractéristiques propres. Mais l'article 16 du Code civil, au regard de la question du statut de l'embryon, permet d'envisager plusieurs hypothèses. Si des éléments peuvent laisser entrevoir l'embryon comme bénéficiaire de la personnalité juridique telle qu'elle est communément admise en droit civil, il est tentant aussi d'y voir des sous-catégories dont l'une permettrait de personnifier l'embryon, mais sans pour autant lui attribuer la personnalité juridique (II).

I. La règle de l'*infans conceptus*

L'étude de cette règle amène à la reconnaissance rétroactive de la personnalité juridique de l'embryon (A). Cependant, elle impose deux conditions pouvant constituer des obstacles à cette reconnaissance : l'enfant doit naître vivant et viable (B).

A. La reconnaissance rétroactive de la personnalité juridique de l'embryon

La personnalité juridique est l'aptitude à être titulaire de droits et débiteur d'obligations. Elle concerne aussi bien les personnes physiques que les personnes morales. Il s'agit d'une fiction juridique. Pour ce qui est des personnes physiques, il est communément admis que la personnalité juridique s'acquiert en principe par la naissance. Bernard Teyssié parle du « principe de simultanéité »¹⁹. Il semble ainsi que l'embryon, étant par définition non né, ne puisse pas bénéficier de la personnalité juridique. Au premier abord, le statut de l'embryon ne peut donc pas être celui de personne, et, par voie de conséquence, l'embryon ne peut être inséré dans la définition de l'enfant.

Mais une telle impossibilité se trouve remise en cause par la dérogation énoncée par la maxime latine *infans conceptus pro nato habetur quoties de commodis ejus agitur*, signifiant que l'enfant conçu est considéré comme né chaque fois qu'il y va de son intérêt. Ainsi, la naissance n'est pas toujours nécessaire à l'acquisition de la personnalité. L'embryon peut être détenteur de la personnalité juridique. La première Chambre civile de la Cour de cassation

17. B. Mathieu, « Force et faiblesse des droits fondamentaux comme instruments du droit de la bioéthique : le principe de dignité et les interventions sur le génome humain », *Revue de droit public*, 1999, p. 99.

18. G. Lebreton, « Les ambiguïtés du droit français... », p. 56.

19. B. Teyssié, *Droit civil : Les personnes*, 8^e éd., Paris, Litec, 2003, p. 14.

a fait de cette maxime un principe général du droit dans un arrêt du 10 décembre 1985²⁰. Ce faisant, la Cour de cassation reconnaît la généralité du principe assimilant l'enfant conçu à la personne née. La personnalité juridique coïncidant au moins avec la naissance, ce principe permet d'attribuer cette caractéristique juridique à l'embryon. L'enfant conçu est réputé bénéficiaire de la personnalité juridique de l'enfant né. L'embryon peut de cette façon être sujet de droits. Il peut avoir une entière capacité de jouissance tout en ayant une incapacité totale d'exercice. Sa personnalité juridique rétroagit au jour présumé de sa conception. Celui-ci est déterminé par les alinéas 1 et 2 de l'article 311 du Code civil²¹.

Mais cette possibilité est envisageable uniquement s'il « y va de l'intérêt » de l'embryon. Ce n'est donc pas une règle générale. Elle ne l'est que lorsque la situation révèle un intérêt pour l'embryon. Qu'entend par l'intérêt de l'embryon ? Il devrait s'agir de tous les cas dans lesquels il serait nécessaire de le protéger contre toute atteinte extérieure, ou bien lorsqu'une situation lui serait bénéfique. Il convient d'agir en sa faveur, en tenant compte de lui. Agir dans son intérêt, c'est le positionner positivement dans une situation donnée. François Terré et Dominique Fenouillet rapprochent cet intérêt d'un avantage se concrétisant dans l'acquisition d'un droit : « sa naissance remonte à la date de sa conception s'il y trouve avantage, donc seulement s'il acquiert de la sorte des droits, et non s'il doit en résulter pour lui des obligations »²². Mais, d'après la règle, une telle situation n'intervient pas systématiquement. Pourquoi cet intérêt ne serait-il pas permanent ? Cela est d'autant plus gênant que la personnalité juridique, et par là même l'insertion dans la définition de l'enfant, n'interviendrait que dans certaines situations.

Ainsi, certaines règles civiles, dans des domaines bien particuliers, tiennent compte de l'embryon. C'est le cas en matière de succession. Selon l'ancien article 725 du Code civil, « pour succéder, il faut nécessairement exister à

l'instant de l'ouverture de la succession ». Ainsi, était incapable de succéder « celui qui n'[était] pas encore conçu ». *A contrario*, il suffisait d'être conçu pour succéder. Cet article était le seul du Code civil à utiliser le verbe « exister » dans ce domaine. Il convenait d'assimiler l'existence à la vie intra-utérine, donc dès la fécondation²³. La définition la plus souvent donnée au verbe « exister » abonde en ce sens : « exister » c'est « avoir une réalité »²⁴. « Selon la philosophie classique *exister* est synonyme de *être* »²⁵. Et justement, l'embryon est. Donc, il existe²⁶. L'existence correspond ainsi à la présence physique²⁷. « Exister » c'est aussi « vivre »²⁸, « vivre » ne s'entendant pas uniquement *ex utero*, mais aussi *in utero*. La vie *in utero* fait donc partie de l'existence. Le droit, par l'ancien article 725 du Code civil, prenait en compte cette existence. Le droit était ainsi en adéquation avec la réalité. Mais une autre définition peut être donnée : « commencer d'exister » peut être entendu comme « naître »²⁹. Le début de l'existence ne correspond plus alors à la fécondation mais à la naissance. Et l'article 725 a été modifié dans ce sens par la loi n° 2001-1135 du 3 décembre 2001 qui opère la refonte du droit successoral français³⁰. Désormais, pour pouvoir succéder, il faut « exister à l'instant de l'ouverture de la succession ou, ayant déjà été conçu, naître viable ». Cette nouvelle rédaction place l'*infans conceptus* en dehors de l'existence, juridique en tout cas, l'existence correspondant, semble-t-il, cette fois à la naissance³¹. C'est la fin de l'adéquation du droit avec la réalité, et par le même processus la création d'une fiction³². Si l'embryon ne bénéficie plus de l'existence juridique de l'article 725, il n'est toutefois pas ignoré juridiquement puisqu'il reste apte à succéder s'il naît vivant et viable. Cette modification a-t-elle réellement un sens ? L'actuelle évolution en matière de recherche, et notamment les revendications de libéralisation de la recherche en matière d'embryologie, peuvent expliquer cette nouvelle rédaction. Les dispositions concernant ces recherches dans la loi du 6 août 2004 sont un indice

20. « La détermination des enfants à charge vivant au foyer doit être faite en se conformant aux principes généraux du droit, spécialement à celui d'après lequel l'enfant conçu est réputé né chaque fois qu'il y va de son intérêt [...] » : 1^{re} Civ., 10 décembre 1985, *Bull. civ.* I, n° 339 ; *Gaz. Pal.*, 9-10 juillet 1986, note Piedelièvre.

21. Article 311 du Code civil : « La loi présume que l'enfant a été conçu pendant la période qui s'étend du trois centième au cent quatre-vingtième jour, inclusivement, avant la date de la naissance. La conception est présumée avoir eu lieu à un moment quelconque de cette période, suivant ce qui est demandé dans l'intérêt de l'enfant ».

22. F. Terré, D. Fenouillet, *Droit civil : Les personnes, la famille, les incapacités*, 6^e éd., Paris, Dalloz, 1996, p. 20.

23. G. Memeteau écrit dans ce sens que l'embryon est « l'être humain à l'aurore de son existence » (« La situation juridique de l'enfant conçu », *Revue trimestrielle de droit civil*, 1990, p. 612).

24. *Dictionnaire culturel en langue française*, A. Rey (dir.), p. 799.

25. *Ibid.*

26. Ce raisonnement est à rapprocher de l'existentialisme de J.-P. Sartre : « L'existence précède l'essence. Cela signifie simplement que l'homme est d'abord et qu'ensuite seulement il est ceci ou cela. En un mot, l'homme doit se créer sa propre essence » (*Action*, 29 décembre 1944, p. 11).

27. Dans ce sens, Chabot estime que « l'enfant existe réellement dès l'instant de la conception » (cité par G. Baudry-Lacantinerie, *Traité théorique et pratique de droit civil*, t. VI, Paris, Recueil Sirey, 1935, p. 137).

28. *Dictionnaire culturel en langue française*, A. Rey (dir.), p. 802.

29. *Ibid.*, p. 800.

30. Loi « relative aux droits du conjoint survivant et des enfants adultérins et modernisant diverses dispositions du droit successoral » : *JO*, 4 décembre 2001, p. 19279 ; *D.*, 2001, Lég., p. 3593.

31. Dans ce sens, voir M.-P. Baudin-Morin, « Être ou ne pas être... (à propos de la modification de l'article 725 du Code civil par la loi n° 2001-1135 du 3 décembre 2001) », *D.*, 2002, Point de vue, p. 1763 : « Cette alternative semble signifier que l'enfant conçu n'existe plus pour notre droit positif, et qu'il ne doit sa protection au plan successoral qu'à une sorte de fiction juridique qui étend à son profit les droits reconnus par la loi aux personnes existantes ».

32. Une fiction est « une opération par laquelle le législateur admet l'existence d'un fait qui est, pourtant, démenti par la réalité » (G. Cornu, *Droit civil : Introduction, les personnes, les biens*, 12^e éd., Paris, Montchrestien, 2005, p. 89).

supplémentaire. Pourtant, il n'est pas certain que la modification en question ait été voulue... À la lecture des travaux préparatoires de la loi du 3 décembre 2001, il semble que le changement de rédaction de l'article 725 du Code civil n'ait pas été particulièrement réfléchi, le législateur ayant le sentiment de ne pas opérer un changement de sens de la disposition³³. Seule une fusion des articles 725 et 725-2 du Code civil paraît avoir été opérée. Quel est dès lors l'intérêt d'une telle modification s'il s'agit d'exprimer la même idée ? Aucune décision de justice n'est venue à ce jour préciser le sens de cette nouvelle rédaction. Il semble donc opportun de continuer à considérer que l'embryon reste titulaire du droit de succéder, capacité révélatrice de sa personnalité juridique.

L'article 906 alinéa 2 du Code civil l'affirme par ailleurs clairement : « Pour être capable de recevoir par testament, il suffit d'être conçu à l'époque du décès du testateur ». L'embryon peut succéder, il peut être héritier. Pour cela, il faut donc nécessairement qu'il soit une personne juridique.

De même, il résulte de l'alinéa 1^{er} du même article que l'embryon peut recevoir une donation³⁴. L'analyse de la jurisprudence confirme que cette règle attribue à l'embryon la personnalité juridique. En effet, la première Chambre civile de la Cour de cassation, dans un arrêt du 22 juillet 1987, énonce que cette disposition traduit le principe fondamental suivant lequel il ne peut exister de droit sans sujet de droits³⁵. En l'espèce, il s'agissait d'un legs fait à une fondation non existante au jour du décès du disposant. Le legs a été déclaré nul. Au regard de la rédaction explicite de l'article en cause, le principe dont il est question dans l'arrêt est tout à fait transposable à l'embryon. Celui-ci, détenant le droit de recevoir entre vifs, est sans aucun doute un sujet de droits. Par conséquent, il est une personne juridique³⁶.

La jurisprudence est aussi très favorable à l'embryon, notamment en cas de décès du père. Dès 1935, la Cour de cassation reconnaît un droit à une rente à l'enfant simplement conçu au moment de l'accident du travail qui a

entraîné la mort de son père³⁷. Par ailleurs, le Tribunal de grande instance de Lille, dans un jugement du 13 février 1998³⁸, a tenu compte de la situation d'un embryon dans le cadre d'un divorce. Il s'agissait plus exactement d'une ordonnance de non-conciliation en divorce rendue par le juge aux affaires familiales. Alors que l'enfant n'est pas encore né, l'ordonnance règle l'exercice de l'autorité parentale, le lieu de résidence habituelle, le droit de visite et le montant de la pension alimentaire³⁹. Xavier Labbée en déduit que « l'enfant conçu n'est pas une personne », non seulement parce que le juge ne fait pas délibérément référence à la maxime de *l'infans conceptus*, mais également parce que ce « défaut de personnalité est stigmatisé par l'absence des signes habituels de la personnalité ». Si l'enfant conçu était une personne, il aurait un nom, un état civil, une nationalité et un domicile pour que puisse être engagée pour ou contre lui une action en justice devant la juridiction territorialement compétente. Tous ces signes, qui sont des notions relevant de l'état civil, ne peuvent pas être attribués avant la naissance comme le révèle l'alinéa 1^{er} de l'article 57 du Code civil⁴⁰. De plus, l'auteur relève que le jugement en question ne fixe les mesures en cause qu'à partir de la naissance de l'enfant. Toutes ces constatations marquent l'absence de personnalité juridique de l'embryon. Certes, ces signes ont leur importance dans l'attribution du statut de personne, mais doit-on se limiter à leur absence pour conclure à la non-personnalité de l'embryon ? Sont-ils les seuls éléments permettant de conférer le statut de personne juridique ? Non, ce ne sont pas des signes fiables de reconnaissance d'une personne. Il peut arriver qu'une personne née ne se soit vue attribuer aucun de ces signes. Tel est le cas d'un enfant né de façon cachée puis abandonné. De plus, l'acte de naissance d'un enfant peut être dressé jusqu'à trois jours suivant le jour de la naissance. En attendant l'enfant est considéré comme une personne juridique, puisque cette personnalité est automatiquement attribuée à la naissance. Si l'ordonnance en cause prend des décisions qui ne pourront s'appliquer qu'à partir de la naissance de l'enfant, c'est

33. En effet, l'apparition de la modification de l'article 725 du Code civil se fait lors du Rapport n° 378 (2000-2001) de N. About fait au nom de la Commission des lois et déposé le 13 juin 2001. Il s'agit de moderniser les qualités requises pour succéder. Le rapporteur estime simplement faire un rappel en affirmant « que pour succéder, il faut "exister" à l'instant de l'ouverture de la succession ou avoir été déjà conçu à la condition de naître viable (article 725) », avant d'aborder les modifications de la proposition de loi. Il ne paraît pas avoir conscience de la modification qu'il opère de l'article en question. Les deux rédactions semblent avoir pour lui un sens équivalent. Aucune discussion ne semble avoir été engagée sur la nouvelle formulation de l'article 725. La seule question à l'ordre du jour était l'amélioration du sort du conjoint survivant.

34. « Pour être capable de recevoir entre vifs, il suffit d'être conçu au moment de la donation ».

35. Civ. 1^{re}, 22 juillet 1987, *Bull. civ. I*, n° 258.

36. On peut considérer que certaines autres dispositions renforcent d'autant plus cet aspect qu'elles prennent en compte les enfants futurs, les enfants à naître. Tel est le cas de l'article L. 132-8 du Code des assurances permettant de contracter une assurance sur la vie au profit des enfants à naître du contractant, de l'assuré ou de toute autre personne désignée, et de l'article 1082 du Code civil permettant d'étendre aux enfants à naître de l'union les donations faites par contrat de mariage. Ces dispositions sont favorables à l'embryon dans la mesure où elles prévoient des bénéfices pour des êtres qui n'existent pas encore, alors même que l'embryon, lui, est une réalité physique.

37. Civ., 4 janvier 1935, *DR*, 1935, 1, 5, note A. Rouast ; S., 1936, 1, 17, note P. Esmein.

38. TGI Lille, 13 février 1998, *D.*, 1999, note X. Labbée, p. 177-178.

39. « Confions conjointement aux parents l'exercice de l'autorité parentale sur l'enfant à naître. Fixons la résidence habituelle de l'(es) enfant(s) chez la mère (à compter de sa date effective de naissance). Accordons au père un droit de visite qui s'exercera tous les dimanches de 15 heures à 18 heures, au domicile des grands-parents maternels. [...] Fixons la pension alimentaire mensuelle à la somme de 1300 F par enfant, [...] à compter de la date de naissance de l'enfant, [...] ».

40. Article 57 alinéa 1^{er} du Code civil : « L'acte de naissance énoncera le jour, l'heure et le lieu de la naissance, le sexe de l'enfant, et les prénoms qui lui seront donnés, les prénoms, noms, âges, professions et domiciles des père et mère, et, s'il y a lieu, ceux du déclarant. Si les père et mère de l'enfant naturel, ou l'un d'eux, ne sont pas désignés à l'officier de l'état civil, il ne sera fait sur les registres aucune mention à ce sujet ».

surtout parce qu'en pratique de telles décisions ne peuvent pas être mises en œuvre avant, l'enfant étant encore *pars viscerum matris* (dans le sein de sa mère). Ainsi, si Xavier Labbé note l'absence de la maxime latine dans la décision du tribunal pour appuyer la non-personnalité de l'embryon, ce constat peut amener à la conclusion contraire. Il n'est pas systématiquement nécessaire de reprendre une telle citation. Le seul fait de rendre une telle décision, alors que l'enfant n'est pas encore né, suffit à donner l'indice qu'il est considéré en tant que tel, qu'il peut être considéré comme une personne même s'il n'est pas encore né. Sinon, pourquoi ne pas attendre la naissance pour rendre un tel jugement par une procédure de référé ?

Un autre indice permet d'avancer que l'embryon peut être considéré comme une personne juridique. Il s'agit de la possibilité d'établir un lien de filiation avec lui par le biais d'une reconnaissance prénatale ou d'une possession d'état prénatale.

Tout d'abord, la validité de la reconnaissance prénatale est admise depuis longtemps par la jurisprudence. Le premier arrêt l'affirmant date du 16 décembre 1811 : « l'enfant conçu peut être reconnu avant la naissance »⁴¹. Pour cela, il suffit que l'embryon soit identifié. Si la reconnaissance émane du père, elle doit indiquer la mère car c'est la seule manière d'identifier l'embryon⁴². Le nouvel article 316 alinéa 1^{er} du Code civil a entériné cette possibilité⁴³. Il convient de rappeler, pour comprendre l'importance de cet indice au regard de la personnalité de l'embryon, que la reconnaissance est « un acte juridique parce qu'il procède de la volonté de son auteur à l'origine du lien juridique »⁴⁴. Il s'agit d'un acte volontaire par lequel un parent déclare être l'auteur de l'enfant et vouloir établir le lien de filiation. Cet acte juridique a des conséquences juridiques qui suivent l'enfant tout au long de sa vie. Le point de départ de cette reconnaissance est immédiat. La

reconnaissance prénatale pouvait même entrer en conflit avec la possession d'état d'enfant légitime postérieure⁴⁵. Donc la personnalité juridique de l'enfant explicitement reconnue par la loi à partir de la naissance est tout à fait envisageable dès avant cet événement. Certains effets attachés à la reconnaissance le corroborent. C'est le cas de l'attribution du nom. Il a été jugé que c'est au jour où la reconnaissance a été faite que le nom est attribué à l'embryon, et non à celui de la naissance⁴⁶. L'embryon peut donc porter un nom de famille, même s'il n'a pas encore de prénom⁴⁷. Ces éléments permettent déjà de le considérer comme un enfant à part entière.

La possession d'état prénatale est, elle aussi, d'origine jurisprudentielle. Le Tribunal de grande instance de Strasbourg l'a admise en 1983⁴⁸. En l'espèce, lors d'une procédure de divorce, dès l'échec de la tentative de conciliation, le mari avait demandé à exercer un droit de visite sur l'enfant à naître de sa femme. Pour établir son lien de filiation avec l'enfant, il invoquait le maintien de la cohabitation avec sa femme et la possession d'état d'enfant légitime qu'il avait conférée à l'enfant en réclamant un droit de visite. Le tribunal donna satisfaction au mari en se fondant sur la persistance de la cohabitation, sur le droit de visite sollicité (et obtenu), sur l'absence d'opposition de son épouse et sur le fait qu'aucun autre homme n'avait reconnu l'enfant⁴⁹. Cette possibilité d'établir un lien de filiation avec l'embryon appuie sa considération en tant qu'enfant⁵⁰. Les conséquences juridiques qui en découlent apportent incontestablement des indices supplémentaires à la personnification juridique de l'embryon.

Ainsi, au regard de la règle de *l'infans conceptus*, il est possible d'entrevoir l'embryon comme une personne juridique, mais seulement en ce qu'il peut être titulaire de droits, et non débiteur d'obligations. « Il est titulaire de tous les droits personnels ou patrimoniaux constitués

41. Cass. Civ., 16 décembre 1811, *Jur. gén.*, v^o Paternité et filiation, n^o 520 ; S. 1809-1811.I.433 (suite de Aix, 10 février 1806).

42. Un exemple en est donné par un arrêt du 2 janvier 1895 (*DP*, 1895.I.367) : « Dans l'acte litigieux reçu alors par le notaire, il (le père) a déclaré avoir entretenu avec Marie X. des relations intimes, à la suite desquelles elle est devenue grosse et pour agir en homme probe et honnête (sic), il s'est engagé, dans les conditions fixées au contrat dudit jour, à subvenir aux frais de nourriture et d'entretien que Marie X. serait obligée de faire pour l'enfant qu'elle devait mettre au monde, et à payer à cet enfant, dans le cas où il atteindrait sa majorité, une somme déterminée ». Pour les juges, cela avait constitué une reconnaissance de paternité et non pas seulement une promesse d'aliments.

43. L'ordonnance du 4 juillet 2005 portant réforme de la filiation a modifié l'article 316 du Code civil dans ces termes : « Lorsque la filiation n'est pas établie dans les conditions prévues à la section I du présent chapitre, elle peut l'être par une reconnaissance de paternité ou de maternité, faite avant ou après la naissance ».

44. A. Benabent, *Droit civil : La famille*, 10^e éd., Paris, Litec, 2001, p. 376.

45. « La reconnaissance (prénatale) n'est pas nulle lorsqu'elle a été souscrite avant que la possession d'état d'enfant légitime soit constituée » : Cass. Civ. 1^{re}, 4 mai 1994, *Bull. civ.* I, n^o 157 ; *D.*, 1995, som. 115, obs. F. Granet.

46. TGI Lille, 3 février 1987, *JCP*, 1990.II.21447.

47. Le nouvel article 311-21 alinéa 1^{er} du Code civil l'admet implicitement : « Lorsque la filiation d'un enfant est établie à l'égard de ses deux parents au plus tard le jour de la déclaration de sa naissance [...], ces derniers choisissent le nom de famille qui lui est dévolu... ». Cette rédaction laisse sous-entendre la possibilité de donner un nom de famille à l'enfant avant sa naissance.

48. TGI Strasbourg, 15 septembre 1983, *D.*, 1984, IR, 317, obs. D. Huet-Weiller.

49. La Cour d'appel de Montpellier a jugé, en 1996, que l'enfant n'ayant pas à l'égard des époux la possession d'état d'enfant légitime à la date de la reconnaissance prénatale, la demande en recherche de paternité naturelle était recevable (CA Montpellier, 10 juin 1996, sur renvoi Cass. Civ., 4 mai 1994 ; *D.*, 1997, som. 155, obs. F. Granet). En l'espèce, des époux avaient été en instance de divorce, puis s'étaient réconciliés. Auparavant, l'épouse avait eu une liaison et était tombée enceinte. L'amant fit une reconnaissance prénatale. La mère accoucha. Après la réconciliation, les époux traitèrent l'enfant comme le leur. La séparation et l'absence de cohabitation des époux pendant la majeure partie du temps précédent la reconnaissance sont un signe de l'absence de possession d'état d'enfant légitime, les époux n'établissant pas que dès la reprise de la vie commune, ils aient considéré l'enfant à naître comme étant celui de leur couple.

50. Par ailleurs, le nouvel article 317 alinéa 2 du Code civil (intégré dans une section III relative à l'établissement de la filiation par la possession d'état) peut permettre la possession d'état prénatale pour parer, par exemple, à un éventuel décès du père : « Quand le parent prétendu est décédé avant la déclaration de naissance de l'enfant, l'acte de notoriété peut être délivré en prouvant une réunion suffisante de faits au sens de l'article 311-1 ».

avant la naissance qu'il est raisonnable et utile de lui reconnaître »⁵¹. L'embryon est dans ce sens assimilable à l'enfant. Mais une condition vient limiter cette façon de considérer l'embryon. Pour que celui-ci puisse être titulaire de ces droits, encore faut-il qu'il naisse vivant et viable.

B. La condition de la naissance d'un enfant vivant et viable

La naissance d'un enfant vivant est insuffisante à faire rétroagir la personnalité juridique. La viabilité revêt son importance. L'enfant doit être né *vitae habilis* c'est-à-dire physiologiquement capable de survivre. L'Organisation mondiale de la santé a donné une définition de la viabilité en 1977 : un enfant est viable s'il est né après vingt-deux semaines d'aménorrhée ou s'il a atteint le poids de cinq cents grammes. Dans cette définition, il apparaît que la viabilité est entendue seulement en terme de durée de gestation et non pas forcément en terme d'aptitude à vivre. C'est pourquoi elle peut aujourd'hui être remise en cause notamment au regard des nouvelles données scientifiques et des avancées de la médecine permettant de faire survivre de grands prématurés. Le Doyen Cornu choisit d'ailleurs de définir l'adjectif « viable » comme être « physiologiquement apte à vivre, à survivre, se dit de l'enfant né vivant et doté des organes essentiels à la vie »⁵².

L'article 311-4 du Code civil, relatif à la filiation, donne un indice de la nécessité de la naissance viable pour faire rétroagir la personnalité juridique à l'embryon. En effet, « aucune action n'est reçue quant à la filiation d'un enfant qui n'est pas né viable ». L'absence de viabilité apparaît ici rédhibitoire en matière de filiation, celle-ci étant le minimum à établir à l'égard d'un enfant. Ceci est d'autant plus surprenant que la filiation peut être établie à l'égard d'un embryon. Mais il est à observer que l'article en cause ne concerne que les actions en matière de filiation et non la filiation elle-même. L'article 725 du même Code appuie la nécessité de la viabilité : pour succéder l'enfant conçu doit naître viable. L'article 906 alinéa 3 du Code civil dispose de la même façon que « la donation ou le testament n'auront leur effet qu'autant que l'enfant sera né viable ».

La personnalité juridique de l'embryon est ainsi conditionnée au fait que l'enfant naisse vivant et viable. Peut-on cependant parler de « personne conditionnelle » comme certains auteurs ont pu l'avancer ? Cela reviendrait à admettre, comme le fait remarquer Xavier Labbé, la possibilité de prendre des mesures conservatoires pendant la grossesse. Or telle n'est pas la nature des mesures qui sont prises durant cette période. « La naissance consolide une personnalité préexistante »⁵³. L'auteur souligne,

à juste titre, qu'« il n'existe pas juridiquement de personnes conditionnelles, futures et incertaines »⁵⁴. Sinon se poserait le problème des droits et avantages conférés à un embryon congelé en attente d'un transfert. Il en va de la sécurité juridique. De façon assez paradoxale, Xavier Labbé propose de qualifier l'embryon de « personne future » parce que la naissance est un événement futur et qu'ainsi, « aussi longtemps qu'il n'est pas né, la qualité de sujet ne lui est pas attribuée même à titre réduit »⁵⁵. Ce raisonnement est admissible. Cependant si l'enfant naît vivant et viable et si l'on se place rétroactivement au moment où l'embryon a été considéré, il était à ce moment-là une personne juridique. La personnalité est alors seulement confirmée lors de la naissance, selon la maxime latine. La naissance d'un enfant vivant et viable confirme la personnalité juridique antérieure attribuée par la règle de l'*infans conceptus*. L'inconvénient de cette règle est qu'elle n'attribue la personnalité juridique à l'embryon qu'en fonction de son état à la naissance et non en tant qu'il est embryon.

Un autre indice donné par le Code civil permet pourtant de contrecarrer cette conclusion un peu hâtive. L'article 79-1 alinéa 2 permet d'établir à l'état civil l'acte d'enfant sans vie. L'enfant sans vie est défini par Gérard Cornu comme « l'enfant décédé *in utero* (naguère dit mort-né) qui, déclaré sans vie lors de l'accouchement, est inscrit sur le registre des décès de l'état civil avec cette mention, y reçoit des prénoms, si les parents le désirent, et peut être inscrit, sous la même condition et avec la même mention, sur le livret de famille »⁵⁶. Permettre à l'embryon décédé dans le sein de sa mère d'être inscrit sur les registres de l'état civil, même s'il s'agit d'un acte constatant sa mort, peut être interprété comme une prise en compte de sa personnalité. La loi n° 93-22 du 8 janvier 1993⁵⁷, en son article 6, introduit l'article 79-1 au Code civil. Ce texte dispose que, dans le cas où un certificat médical attestant que l'enfant est né vivant et viable n'a pas pu être établi, « l'officier de l'état civil établit un acte d'enfant sans vie. Cet acte est inscrit à sa date sur les registres de décès et il énonce les jour, heure et lieu de l'accouchement, les prénoms et noms, dates et lieux de naissance, professions et domiciles des père et mère et, s'il y a lieu ceux du déclarant. L'acte dressé ne préjuge pas de savoir si l'enfant a vécu ou non ; tout intéressé pourra saisir le tribunal de grande instance à l'effet de statuer sur la question ».

Deux circulaires ont été prises par la suite pour préciser le sens de cette disposition. La première, du 3 mars 1993, émanant du ministère de la Justice, distingue deux situations permettant d'établir un acte d'enfant sans vie : d'une part, celle de l'enfant né vivant mais pas viable, quelle que soit la durée de la gestation ; d'autre part, celle, plus intéressante, d'un enfant mort-né, mais après cent

51. C. Labrusse-Riou, F. Bellivier, « Les droits de l'embryon et du fœtus en droit privé », *Revue internationale de droit comparé*, 2002, p. 389.

52. G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, p. 902.

53. X. Labbé, note au D., 1999, p. 178.

54. *Ibid.*

55. *Ibid.*

56. G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, p. 904.

57. Loi n° 93-22 du 8 janvier 1993 modifiant le Code civil relatif à l'état civil, à la famille et aux droits de l'enfant et instituant le juge aux affaires familiales : *JO*, 9 janvier 1993, p. 495 ; *Dalloz Sirey*, 6^e cahier, 1993, *Législation*, p. 179-183.

quatre-vingt jours de grossesse (vingt-huit semaines d'aménorrhée). La seconde circulaire, du ministère de la Santé, reprend le critère de viabilité de l'Organisation mondiale de la santé qui correspond à la vingt-deuxième semaine d'aménorrhée. La coexistence de ces deux circulaires apparaît problématique : qu'en est-il de l'enfant né entre la vingt-deuxième et la vingt-huitième semaine de gestation ? Une circulaire conjointe des ministres de l'Emploi et de la Solidarité, de la Justice et de l'Intérieur du 30 novembre 2001⁵⁸ est venue éclaircir ce point mais en retenant à nouveau le critère de la durée de gestation : si l'enfant né mort était viable, c'est-à-dire s'il avait atteint vingt-deux semaines d'aménorrhée ou cinq cents grammes, un acte d'enfant sans vie peut être dressé. Si l'enfant né mort n'était pas viable, c'est-à-dire s'il n'avait pas atteint le seuil de vingt-deux semaines d'aménorrhée ou le poids de cinq cents grammes, aucun acte ne peut être dressé⁵⁹. Ainsi, les enfants nés morts entre la vingt-deuxième et la vingt-huitième semaine d'aménorrhée et qui, jusqu'ici, ne connaissaient aucune existence légale, deviennent juridiquement des enfants sans vie au regard de l'état civil.

Une discrimination apparaît alors entre ceux nés après la vingt-deuxième semaine et ceux nés avant. Les premiers sont reconnus juridiquement, les seconds non, et cela en raison de l'avancée de leur développement, non par rapport à ce qu'ils sont en eux-mêmes. Ceux ne pouvant bénéficier d'une reconnaissance à l'état civil sont considérés par défaut comme un produit innommé classé dans la catégorie « débris humain ». Aucun indice de personnalité juridique n'apparaît les concernant. Un embryon ne vaut la peine d'apparaître à l'état civil qu'à partir de la vingt-deuxième semaine de son développement, ce qui est critiquable au regard du développement continu de l'embryon, variable d'un embryon à un autre, qui peut différer de quelques jours. Ce critère de la viabilité a quelque chose d'arbitraire. À partir du moment où la volonté des parents s'exprime, il devrait pouvoir être dressé un acte d'enfant sans vie quel que soit le stade de développement atteint par l'embryon lors de sa mort⁶⁰.

Parallèlement, une instruction générale relative à l'état civil en date du 11 mai 1999⁶¹ décide que l'enfant déclaré sans vie, et donc, entre autres, l'embryon décédé *in utero*, ne peut plus être reconnu. Ce n'est que lorsque l'enfant est né vivant et viable puis décédé que l'enfant

peut faire l'objet d'une reconnaissance⁶². Alors que le législateur de 1993 avait entendu mieux reconnaître l'enfant avant son inscription à l'état civil, notamment pour prendre en compte l'évolution des mentalités concernant l'embryon, cette nouvelle disposition vient renverser cette optique. Il est donc possible de dresser un acte d'enfant sans vie pour un embryon décédé à partir de la vingt-deuxième semaine mais il ne peut pas faire l'objet d'une reconnaissance... L'indice de personnalité de l'embryon que représente l'acte d'enfant sans vie est ainsi contrarié par l'impossibilité de reconnaître l'embryon car non né vivant et viable.

Malgré ces défauts dans la législation – qu'il conviendrait de corriger par une harmonisation des dispositions –, la condition de la naissance d'un enfant vivant et viable posée par la règle de l'*infans conceptus* peut constituer un indice permettant de détecter le statut de personne de l'embryon, et d'assimiler ce dernier à l'enfant. Les ambiguïtés causées par la rédaction de l'article 16 du Code civil en constituent un autre.

II. Les ambiguïtés de l'article 16 du Code civil

Il résulte de l'article 16 du Code civil que « la loi assure la primauté de la personne, interdit toute atteinte à la dignité de celle-ci et garantit le respect de l'être humain dès le commencement de sa vie ». La formulation adoptée révèle le malaise du législateur : qu'est un être humain et quand la vie commence-t-elle ? L'embryon peut-il être protégé par cette disposition ? C'est la question suscitée par la rédaction de cet article tant les notions insérées, notamment celle d'« être humain », sont ambiguës (A). Une réponse affirmative a nécessairement des implications sans précédent sur le statut de l'embryon, et ce d'autant plus qu'il s'agit d'une disposition d'ordre public comme le révèle l'article 16-9 du même Code⁶³ (B).

A. La mystérieuse notion d'« être humain »

L'article 16 du Code civil est à l'origine de grands débats sur la condition juridique de l'embryon en raison des notions floues d'« être humain » et de « commencement

58. Circulaire DHOS/E4/DGS/DACS/DGCL n° 2001-576 du 30 novembre 2001 relative à l'enregistrement à l'état civil et à la prise en charge des corps des enfants décédés avant la déclaration de naissance.

59. Les auteurs de la circulaire ont jugé ces critères « plus protecteurs et plus adaptés scientifiquement ».

60. Le 15 octobre 2003, une proposition de loi relative à la filiation d'un enfant sans vie a été déposée dans ce sens par A. Marty auprès de l'Assemblée nationale (n° 1130). Il s'agit de permettre l'établissement d'un acte d'enfant sans vie avant la vingt-deuxième semaine, la législation actuelle étant jugée « trop contraignante et humainement difficilement compréhensible pour les parents confrontés à cette douloureuse situation ».

61. Instruction générale relative à l'état civil, 11 mai 1999, JO, 28 juillet 1999, Annexe au n° 172, IEC 50003 à 50335, spécialement art. 461 sq.

62. En effet, l'ancien article 467 de l'Instruction générale relative à l'état civil posait que « rien ne s'oppose à ce qu'un enfant déclaré sans vie fasse l'objet d'une reconnaissance, soit dans l'acte dressé au moment de la déclaration, soit par acte séparé ; dans ce dernier cas, la reconnaissance doit être mentionnée en marge de l'acte d'enfant sans vie. L'enfant déclaré sans vie peut recevoir des prénoms si les parents en expriment le désir ». Le nouvel article 467 explique que « depuis la loi n° 93-22 du 8 janvier 1993 précitée, l'enfant sans vie ne peut être reconnu dès lors que les nouvelles dispositions relatives à la production d'un certificat médical ôtent toute ambiguïté sur la portée de l'acte d'enfant sans vie. En effet, le certificat médical permet de savoir si l'enfant est né vivant et viable ou non. Ce n'est que lorsque l'enfant est né vivant et viable puis décédé qu'il peut faire l'objet d'une reconnaissance [...]. En revanche, s'agissant des enfants sans vie pour lesquels un acte a été dressé avant l'entrée en vigueur de la loi du 8 janvier 1993 susvisée, un acte de reconnaissance peut toujours être établi en raison du doute qui subsiste sur l'existence juridique de l'enfant ».

63. Article 16-9 du Code civil : « Les dispositions du présent chapitre sont d'ordre public ».

de la vie » auxquelles il fait référence. L'embryon est-il un être humain ? Le commencement de la vie correspond-il à la fécondation ou à la naissance ? De la réponse à ces questions dépend le statut de l'embryon, sa personnification, et par là même son intégration dans la notion juridique d'enfant.

La notion d'être humain, pour commencer, est une notion florissante dans les textes juridiques, essentiellement depuis 1994⁶⁴. L'émergence de cette notion correspond à l'apparition du concept de dignité qui prône la protection de l'humain.

Si la notion d'être humain est de plus en plus présente en droit, que recouvre-t-elle ? Qu'est-ce qu'un être humain ? *Le Lexique des termes juridiques* publié chez Dalloz en donne la définition suivante : « personne physique (par opposition aux personnes morales), dotée de la personnalité juridique et dont la loi assure la primauté dans l'ordre juridique en interdisant toute atteinte à sa dignité et en garantissant son respect dès le commencement de la vie »⁶⁵. Quant au Doyen Cornu, il définit l'être humain comme « tout individu, homme ou femme, appartenant au genre humain (par opposition au règne animal, végétal et minéral), reconnu comme tel dès son origine (sa conception) et dont la loi, dès ce moment, garantit en principe le respect (16 c civ.) »⁶⁶. Ces définitions sont un peu floues, et ne se correspondent pas vraiment. La première se réfère à la personnalité juridique d'une personne physique. La seconde se réfère uniquement à la personne physique. Un seul point leur est commun : leur référence à l'article 16 du Code civil, soit explicite comme c'est le cas pour la définition *in fine* du Doyen Cornu, soit implicite par la reprise de certaines de ses expressions. Cela souligne bien l'ambiguïté qui résulte de cet article : l'être humain est-il nécessairement une personne juridique, une personne sans aspect juridique, ou peut-il être défini différemment encore ? Mais cela ne fait pas émerger une définition claire de l'être humain. Jean-Louis Bergel fait remarquer à ce sujet que le livre premier du Code civil, relatif aux personnes, est singulièrement pauvre en définitions⁶⁷. Le Doyen Carbonnier écrit de la même façon que les définitions sont nombreuses, « sauf dans le droit des personnes, où les institutions, étant

vécues, n'ont pas besoin de définitions »⁶⁸. Certains ont avancé que la définition légale ne se justifiait que lorsque la langue juridique s'éloigne du langage courant⁶⁹. Sophie Joly en déduit ainsi que « point n'est besoin d'ouvrir un dictionnaire pour constater que la personne se définit comme l'« individu de l'espèce humaine », synonyme d'« être », « homme », « individu », « mortel », antonyme de « chose » »⁷⁰.

L'être humain peut par ailleurs être envisagé sous deux aspects comme le suggère la Convention d'Oviedo de 1997 : d'une part, en tant qu'individu et, d'autre part, en tant que membre appartenant à l'espèce humaine. L'embryon est-il un être humain ? Dans son discours devant l'Assemblée nationale le 26 novembre 1974, Simone Veil, présentant son projet de loi sur l'interruption volontaire de grossesse, déclara que l'embryon n'était pas un être humain mais qu'il avait vocation à le devenir⁷¹, ce qui ne l'empêcha pas de le qualifier d'« être vivant »⁷². Pourtant, il est possible de voir dans cet être vivant les caractéristiques qui fondent l'humain. Même si au commencement l'embryon n'a pas forme humaine, ses gènes sont ceux caractérisant le genre humain. Les gamètes mis en cause sont des gamètes humains. Les chromosomes sont des chromosomes humains. Cet être est donc un être humain, même s'il n'est pas encore né, dans le sens de sa nature, de sa composition biologique. Il est alors facile de passer du vocabulaire « être vivant » à celui d'« être humain ». L'embryon est bien un être vivant appartenant au genre humain. Il s'agit d'une qualification biologique de l'être en cause. Mais qu'en est-il juridiquement ?

L'embryon peut, par son humaine nature, être assimilé à l'être humain auquel l'article 16 du Code civil fait référence. Il peut donc être considéré comme une personne juridique si l'on insère l'être humain dans la catégorie juridique de personne comme peut le laisser penser la place de l'article dans le livre premier du Code civil relatif aux personnes. Si l'être humain est une personne sujet de droits, alors l'embryon étant un être humain est sans aucun doute une personne juridique. Bernard Teyssié l'affirme avant même d'aborder le titre premier de son ouvrage : « L'être humain, apte à jouir de droits, constitue une personne »⁷³. Cette interprétation de l'article 16

64. Reprenant la formule de l'article premier de la loi du 17 janvier 1975 relative à l'interruption volontaire de grossesse à un mot près, les lois dites de « bioéthique » de 1994 insèrent dans le Code civil l'article 16 ci-dessus cité. La Convention européenne pour la protection de la dignité de l'être humain à l'égard de la biologie et de la médecine du 4 mai 1997, appelée aussi Convention d'Oviedo, traite également de l'être humain et ce, dès son préambule : « Convaincus de la nécessité de respecter l'être humain à la fois comme individu et dans son appartenance à l'espèce humaine... ». L'article premier reprend la notion : « Les parties protègent l'être humain dans sa dignité et dans son identité ». Le premier protocole à cette convention du 12 janvier 1998 relatif à l'interdiction du clonage y fait aussi référence : « L'instrumentalisation de l'être humain par la création délibérée d'êtres humains génétiquement identiques est contraire à la dignité de l'homme ». En droit français, la loi du 29 juillet 1998 sur la lutte contre l'exclusion s'y réfère également dans son article premier selon lequel il « existe un impératif national fondé sur le respect de l'égalité de dignité de tous les êtres humains ».

65. *Lexique des termes juridiques*, R. Guillien, J. Vincent (dir.), p. 234.

66. G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, p. 429.

67. J.-L. Bergel, « Typologie des définitions dans le Code civil », *RRJ*, 1986-4, p. 31 sq., spéc. n° 11, p. 40.

68. J. Carbonnier, *Droit civil : Introduction*, 24^e éd., Paris, PUF, 1996, p. 55.

69. J.-L. Bergel, « Importance, opportunité et rôle des définitions dans les textes législatifs et réglementaires », *RRJ*, 1987-4, p. 1123.

70. S. Joly, « Le passage de la personne, sujet de droits à la personne, être humain », *Droit de la famille*, octobre 2001, p. 9.

71. « L'embryon porte en lui définitivement toutes les virtualités de l'être humain qu'il deviendra » (S. Veil, A. Cojean, *Les Hommes aussi s'en souviennent : discours du 26 novembre 1974 ; suivi d'un entretien avec Annick Cojean*, Paris, Stock, 2004, p. 24).

72. *Ibid.*, p. 25.

73. B. Teyssié, *Droit civil : Les personnes*.

permet d'apporter un indice supplémentaire de personnification juridique de l'embryon.

Cette lecture de l'article est contestée par la majorité de la doctrine, et une interprétation différente de l'article est possible. L'article 16 semble opérer une dissociation au sein de la catégorie de personne. Il révélerait la catégorie de personne juridique, c'est-à-dire la personne sujet de droits, et la catégorie de personne non juridique qui serait représentée par l'être humain⁷⁴. Ainsi la catégorie de personne contiendrait deux sous-catégories : le sujet de droits et l'être humain⁷⁵. L'embryon serait ainsi une personne, au sens d'être humain, mais sans personnalité juridique, bénéficiant tout de même d'une protection particulière. Nul besoin de naissance et de viabilité pour définir alors l'être humain. Il serait la personne physique, la personne dans sa matérialité, prise en compte par sa simple corporalité, fut-elle encore dans le sein de sa mère ou décédée.

À l'origine de cette interprétation, on constate que la personne et le sujet de droits n'ont pas toujours coïncidé. En droit romain déjà, tout homme, esclave ou libre, est une personne sans pour autant jouir de prérogatives. Par la suite, le Code noir de 1685 qualifie l'esclave de meuble mais rend coupable de meurtre le maître qui le tue. En 1804, le Code civil ne reconnaît pas non plus la qualité de sujet de droits à l'esclave, ni même à l'étranger. C'est au nom du principe de dignité que l'esclavage est aboli par le décret Schoelcher du 27 avril 1848 : « L'esclavage est un attentat contre la dignité humaine ». L'expression « dignité humaine » choisie à l'époque, plutôt que celle de « dignité de la personne humaine », traduit déjà cette référence à l'être humain. Il ne s'agit pas encore d'une conception individualiste de la dignité, tout homme n'étant pas protégé pour lui-même mais par son appartenance à l'espèce humaine. Sophie Joly estime que la loi du 29 juillet 1994 a entendu « manifester introduire dans le droit positif une composante nouvelle de la personne, son humanité et, plus particulièrement, celle de l'embryon »⁷⁶. Ainsi il est plus aisé de distinguer ce qu'il faut entendre par personne non juridique. Il s'agit de la personne physique, de son caractère humain, c'est-à-dire de la personne humaine au sens primaire du terme. La personne n'est pas uniquement le sujet de droits. Cette façon de l'envisager en est une parmi d'autres. Toutefois, cette interprétation de l'article 16 ne cadre pas avec la qualification de « personne humaine potentielle » que le Comité consultatif national

d'éthique a choisie pour désigner l'embryon dans son avis de 1984⁷⁷ et réitérée dans celui de 1986⁷⁸. En effet, soit le Comité entendait « personne » en tant que personne juridique et au regard de la première thèse énoncée, la qualification de personne humaine potentielle peut être acceptée puisque très discutée au sein de la doctrine, soit le Comité a entendu la personne humaine comme elle a été strictement définie au regard de son appartenance au genre humain, et la qualifier de potentielle n'est pas admissible⁷⁹.

Mais plutôt qu'une sous-catégorie, ne peut-t-on pas interpréter l'article 16 comme faisant apparaître une troisième catégorie juridique ? À celles de personne et de chose viendrait s'ajouter celle d'être humain se voyant appliquer une protection particulière. L'embryon serait cet être humain bénéficiant d'une certaine protection juridique, différente de celles conférées aux personnes nées et aux choses, propre à sa nature et qui lui apporterait le respect énoncé par l'article 16. Une telle évolution du droit peut tout à fait être envisagée. Il s'agirait d'une protection en marge de la personnalité juridique qui s'intéresserait à la vie humaine indépendamment de la viabilité, qui s'intéresserait à l'embryon dont l'appartenance à l'humanité ne fait aucun doute. S'il s'agit d'une évolution probable du droit français, tel n'est pas l'état actuel du droit qui s'entend uniquement à deux catégories juridiques : les personnes et les choses. Xavier Labbée estime même qu'une telle évolution du droit n'est « ni souhaitable, ni concevable »⁸⁰. Considérer l'embryon comme une personne juridique serait alors compatible avec l'état actuel du droit puisqu'il s'agirait d'une catégorie de personne. L'auteur envisage plutôt l'embryon comme faisant partie de la catégorie des choses : ce serait une « chose sacrée » qui n'appartiendrait « peut-être pas à l'individu, mais à une entité supérieure échappant à notre ordonnancement juridique »⁸¹. Cette façon d'envisager l'embryon semble faire appel à la religion, au divin. L'entité supérieure dont il est question pourrait être Dieu. Toutefois, Xavier Labbée précise que « chose sacrée » n'est pas synonyme de « chose divine ». Il s'agirait alors d'une chose spécifique, pour laquelle chacun aurait une considération très particulière. Cette chose aurait une signification affective si intense qu'elle imposerait que lui soit porté un respect sans précédent, un respect absolu. Mais une telle protection de l'embryon par le sacré ramène davantage au statut de personne qu'à celui de chose. En effet, seule la personne est

74. S. Joly, « Le passage de la personne... », p. 9-15.

75. *Ibid.*, p. 13.

76. *Ibid.*, p. 11.

77. CCNE, Avis n° 1 du 22 mai 1984 : « L'embryon ou le fœtus doit être reconnu comme une personne humaine potentielle qui est, ou a été vivante et dont le respect s'impose à tous ».

78. CCNE, Avis n° 8 du 15 décembre 1986 relatif aux recherches et utilisations des embryons humains *in vitro* à des fins médicales et scientifiques.

79. G. Memeteau a vivement contesté cette expression de « personne potentielle » en estimant qu'« est potentiel ce qui n'existe pas encore », et que « l'on ne peut être à la fois un être humain et un non-être » : l'enfant conçu « est, faute de quoi on ne pourrait rien en dire ; s'il est, il n'est pas potentiel » (« La situation juridique de l'enfant conçu », p. 617).

80. X. Labbée, « La personne, l'âme et le corps », *Petites affiches*, 5 décembre 2002, p. 5 : « même s'il y a plusieurs catégories de choses ou même de personnes, il n'y a jamais eu (et il n'y aura sans doute jamais) de catégorie intermédiaire entre les personnes et les choses ».

81. *Ibid.*, p. 8. L'auteur fait remarquer que l'expression « chose sacrée » commence à apparaître en droit, notamment dans la jurisprudence. Mais il faut noter que cela concernait la dépouille mortelle. Un exemple en est donné par le Tribunal de grande instance de Lille lors d'une ordonnance rendue le 5 décembre 1996 (*D.*, 1997, p. 376 *sq.*, note X. Labbée).

protégée par le principe de dignité qui est un principe absolu.

La notion d'« être humain » peut être appréhendée de différentes façons au sein de l'article 16, et elle est indissociable de la notion de « commencement de la vie » à laquelle se réfère aussi l'article. Elles sont même intimement liées pour déterminer si l'embryon peut être cet être humain auquel l'article confère cette protection particulière.

L'ambiguïté de la notion de commencement de la vie vient de la question de savoir si ce moment correspond à la naissance ou à la fécondation. Si le législateur a considéré que le commencement de la vie est la naissance, l'embryon est exclu de la notion d'« être humain », et ne peut bénéficier de la protection de l'article 16. L'être humain serait uniquement l'être né et donc l'embryon ne serait aucunement considéré. L'être humain ne serait que la personne juridique telle que strictement entendue par le droit civil, née vivante et viable. Si le législateur a estimé que le commencement de la vie était la fécondation, l'embryon est juridiquement sans conteste un être humain. Quelle a été l'intention du législateur ? De nombreuses discussions ont eu lieu au sein de la doctrine à ce sujet.

Le législateur de 1994, en transposant l'article 1^{er} de la loi de 1975 dans le Code civil, en a cependant modifié un mot. La loi Veil avait choisi l'article « la » dans l'expression « commencement de la vie ». En 1994, l'article possessif « sa » lui est préféré. Celui-ci permet d'insister sur le fait qu'il s'agit bien de la vie de l'être humain. La volonté délibérée d'opérer ce changement marque celle de le protéger davantage. La première partie de l'article conférant une protection maximale à la personne, pourquoi ajouter « le respect de l'être humain dès le commencement de sa vie », si ce n'est pour intégrer l'embryon ? En droit la personne est l'être à partir de sa naissance. La deuxième partie de l'article suggère nécessairement l'embryon. Si le législateur n'avait pas entendu englober dans l'expression « commencement de sa vie » l'embryon, il n'aurait pas rédigé la deuxième partie de l'article 16 ou aurait affirmé que « l'être humain est protégé dès sa naissance ». Le changement d'article, qui peut passer inaperçu, est en fin de compte loin d'être anodin. Il s'agit d'une individualisation pour une plus grande protection. Se pose à nouveau la question de la personnalité de l'embryon. Est-ce que le fait que l'article 16 semble être composé de deux parties écarte l'embryon du statut de personne, s'il est considéré que la première partie concerne uniquement la personne et la seconde seulement l'être humain ? Si tel était le cas, il s'agirait donc de l'émergence d'une troisième catégorie juridique. Ou bien les deux parties sont dépendantes l'une de l'autre et font apparaître les deux sous-catégories de la

catégorie personne ? La plupart des auteurs font découler du commencement de la vie le début de la personnalité, juridique ou non. Pour eux la personnalité commence à la naissance. Pour d'autres, elle commence dès la fécondation. Cela montre bien que la troisième catégorie juridique n'est pas d'actualité en droit français et que pour certains l'aspect personnalité est préféré à celui de chose.

Ceux qui considèrent que le commencement de la vie est la naissance se basent le plus souvent sur l'apparition simultanée de la personnalité juridique affirmée explicitement en droit. Ils associent naissance, vie et personnalité juridique, laissant supposer qu'il n'y a pas de vie avant la naissance. Or la personnalité juridique n'est pas proprement attachée à la vie biologique. En témoigne la personnalité juridique des personnes morales. La personnalité juridique n'est qu'une fiction juridique davantage attachée au critère de la viabilité, en droit civil, qu'à celui de la vie, même si dans le cas de l'embryon cela serait éventuellement à remettre en cause au regard de la maxime de l'*infans conceptus*. François Terré et Dominique Fenouillet interprètent les travaux parlementaires précédant les lois bioéthiques de 1994 comme consolidant « la fixation de la date d'apparition de la personnalité juridique au seul moment de la naissance »⁸². Madame Boutin avait proposé un amendement faisant valoir que « dès la conception, l'être humain est une personne »⁸³. Il s'agissait de « refuser que l'embryon puisse être considéré comme une chose » mais comme une personne « actuelle et non potentielle ». Or cet amendement a été rejeté⁸⁴. Les auteurs en déduisent l'impossibilité de reconnaître l'embryon comme une personne juridique⁸⁵. Ils réitèrent leur raisonnement plus loin : « la personnalité juridique ne remonte pas à la date de la conception »⁸⁶. Mais ce raisonnement ne vaut qu'à l'égard de l'article 16 tel qu'inséré dans le Code civil par le législateur de 1994. L'article 1^{er} de la loi de 1975, dont l'article est issu, avait une autre signification pour François Terré et Dominique Fenouillet. Ils estiment que « dans l'intention de ceux qui furent à l'origine de cette disposition, il s'agissait bien de situer, dans notre droit, l'apparition de la personnalité juridique au moment de la fécondation »⁸⁷. Les travaux parlementaires du début des années 1990 font la différence entre les deux articles qui sont pourtant rédigés quasiment à l'identique. Les auteurs feraient donc état d'une régression dans la façon d'apprécier l'embryon entre les années 1970 et les années 1990. Mais l'intention du législateur de 1994 doit-elle être interprétée avec autant de sévérité ? Le rejet de l'amendement présenté par Madame Boutin ne traduit-il pas plutôt le malaise à affirmer clairement la personification comme cela avait déjà été le cas en 1984⁸⁸ et en 1989⁸⁹ (une proposition de loi posait que dès le moment de la conception, l'enfant conçu est

82. F. Terré, D. Fenouillet, *Droit civil...*, p. 26.

83. *JO*, déb. Ass. Nat., 3^e séance, 20 novembre 1992, p. 5838.

84. *Ibid.*

85. Le législateur ne l'a pas voulu, sinon il l'aurait fait expressément puisque c'est à lui que revient la tâche d'attribuer la personnalité juridique.

86. F. Terré, D. Fenouillet, *Droit civil...*, p. 27.

87. *Ibid.*, p. 22.

88. Ass. nationale, mai 1984, n° 2158.

89. Ass. nationale, 1989, n° 1156.

sujet de droits) ? Le législateur n'ose pas adopter une telle position eu égard aux questions qui se posent en France. Son hésitation est le reflet de celle de la société dont il est issu, dont les conceptions sont profondément ancrées dans une culture humaniste mais aussi judéo-chrétienne, société qui évolue avec les progrès techniques de la science et qui voit dans ces progrès la possibilité de mettre fin à ses maux, à ses maladies et d'avoir des enfants quand la stérilité semblait avoir triomphé. Si une volonté affirmée permettrait d'inscrire la personnalité juridique de l'embryon dans la loi, la peur de remettre en cause des acquis auxquels sont attachés les Français, telle que l'interruption volontaire de grossesse, l'emporte. Les ambiguïtés de l'article 16 permettent ainsi à la société de s'adapter en fonction de ses besoins, de ses attentes. De plus, le changement de « la » en « sa » marque la volonté de protéger davantage l'embryon, ce qui contrarie l'interprétation donnée à l'article 16 par François Terré et Dominique Fenouillet.

Les instances européennes ont eu, elles aussi, à se prononcer sur la question du commencement de la vie relativement à l'article 2 de la Convention européenne des droits de l'homme. Celui-ci concerne-t-il seulement l'être déjà né ou également l'être à naître ? Appelés à juger de la conventionnalité de l'avortement, les organes européens se sont montrés réticents à admettre que le commencement de la vie soit antérieur à la naissance, qu'il s'agisse de l'avortement thérapeutique comme dans la décision X. contre Royaume-Uni du 13 mai 1980⁹⁰, ou de l'avortement pour convenances personnelles, comme dans la décision H. contre Norvège du 19 mai 1992⁹¹. Dans la première décision, la Commission européenne a estimé, concernant le terme de « personne », qu'il ne pouvait pas s'appliquer avant la naissance, tout en affirmant qu'une telle application ne saurait être exclue dans un cas rare, par exemple pour l'application de l'article 6 paragraphe 1^{er} de la Convention européenne. Concernant le terme de « vie », elle a reconnu les divergences de points de vue sur la question du commencement de la vie mais sans réellement y répondre. Dans la seconde affaire, la Commission a estimé qu'il ne lui revenait pas de décider si l'embryon peut bénéficier d'une certaine protection de l'article 2. Elle a préféré affirmer que dans un domaine aussi délicat, les États doivent jouir d'un certain pouvoir discrétionnaire. Il s'agit de la marge nationale d'appréciation permettant aux États parties à la Convention de juger ce qui est le mieux pour leur société, étant les plus à même d'en connaître les moeurs et les attentes.

Il est majoritairement admis que le commencement de la vie est la fécondation. À partir de ce moment, un processus de vie se développe de façon continue. Par ailleurs,

la mort ultérieure qui se produit dans le sein de la mère est prise en compte par le droit sous certaines conditions, comme il a été étudié antérieurement. Ainsi, il ne fait aucun doute que l'être humain de l'article 16 est l'embryon. La loi de 1975, dont l'article 16 est issu, le prouve en n'autorisant l'IVG qu'à titre exceptionnel. Cette disposition d'ordre public impose son respect. Doit-il être respecté comme une personne juridique ? Comme une personne non juridique ? Ou autrement, d'une façon qui lui est propre ?

Il est possible de considérer que la personnalité juridique commence dès la fécondation, comme le laisse entrevoir la règle de l'*infans conceptus*. Mais il est aussi envisageable d'admettre dès la fécondation ce que Sophie Joly appelle la sous-catégorie d'« être humain ». Dans le cadre de cette théorie, il convient d'énoncer des dérogations au respect de l'embryon : l'interruption volontaire de grossesse et la destruction prévue des embryons surnuméraires, par exemple. Dans le cadre de l'interruption volontaire de grossesse, il pourrait être envisagé une personnification de l'embryon à compter seulement de la douzième semaine de grossesse⁹², la mère détenant jusqu'à ce stade le pouvoir de décider du sort de l'embryon. Ce serait donc la volonté de la mère qui permettrait de déterminer le statut juridique de l'embryon. Avant cette douzième semaine, l'embryon ne serait qu'une chose livrée aux mains de sa mère. Mais ce serait méconnaître la nature humaine inhérente à la théorie de la sous-catégorie juridique, ce serait ignorer l'humanité de l'embryon qui n'apparaît pas soudainement lors de la douzième semaine de grossesse, mais bien dès la fécondation. Dès lors, il paraît plus adéquat de faire de ces dérogations législatives au principe de l'article 16 du Code civil un fait justificatif par ordre de la loi⁹³. Dans ce cas de figure, la loi prévoit des exceptions au texte d'incrimination. Ces exceptions peuvent revêtir deux formes : le texte peut obliger son destinataire à effectuer un acte entrant dans le champ d'application d'une incrimination, ou simplement lui permettre d'effectuer un acte. Ainsi, la destruction des embryons surnuméraires au bout d'un certain délai correspondrait à la première forme et l'interruption volontaire de grossesse à la seconde. C'est d'ailleurs de cette façon que l'entend le Conseil constitutionnel dans sa décision de 1975 sur la loi Veil : la loi en cause n'admet qu'il soit porté atteinte au principe du respect de tout être humain dès le commencement de sa vie qu'en cas de nécessité et dans les conditions et limitations qu'elle définit.

Si l'on admet que le principe énoncé par l'article 16 s'applique dès la fécondation, il convient de s'arrêter sur la situation des embryons fécondés *in vitro*. Leur cas est particulier puisque la fécondation a lieu hors de l'utérus

90. CEDH, X. c. Royaume-Uni, 13 mai 1980, DR, 19, 244.

91. CEDH, H. c. Norvège, 19 mai 1992, DR, 73, 155.

92. La loi du 17 janvier 1975, modifiée par la loi du 4 juillet 2001, dispose que « la femme enceinte que son état place dans une situation de détresse peut demander à un médecin l'interruption de sa grossesse. Cette interruption ne peut être pratiquée qu'avant la fin de la douzième semaine de grossesse ».

93. S. Joly, « Le passage de la personne... », p. 15 ; un fait justificatif est une cause d'irresponsabilité pénale. L'acte commis en perd son caractère d'infraction, car, bien que rentrant dans le champ d'application d'une incrimination, l'acte est justifié. Il s'agit de l'ordre ou de l'autorisation de la loi ou du commandement de l'autorité légitime, de la légitime défense et de l'état de nécessité. Par contre, le consentement de la victime n'est pas un fait justificatif.

de la femme, dans une éprouvette. Ils sont donc plus vulnérables que l'embryon fécondé *in utero*. Si le commencement de la vie débute à la fécondation, les embryons fécondés *in vitro* sont concernés par l'article 16 du Code civil. Le problème est qu'ils font l'objet de manipulations dans le cadre de la procréation médicalement assistée en vue de laquelle ils sont créés. En effet, tous n'ont pas la chance de faire l'objet d'un transfert dans l'utérus d'une femme. Pour éviter d'avoir à pratiquer un grand nombre de ponctions d'ovocytes, qui ne sont pas sans danger pour la femme, plusieurs ovocytes sont prélevés en une seule fois. Pour augmenter les chances de voir naître un enfant pour le couple demandeur, ils sont fécondés et conservés par cryoconservation, c'est-à-dire à une température de -196°. C'est ce qui résulte de l'article L. 2141-3 alinéa 2 du Code de la santé publique révisé par la loi du 6 août 2004⁹⁴. Les embryons surnuméraires peuvent désormais aujourd'hui faire l'objet soit d'un don à un autre couple, si le couple géniteur y consent, soit faire l'objet de recherche, soit être détruits. Que penser dès lors du respect qui leur est dû au titre de l'article 16 ? La décision rendue par le Conseil constitutionnel en 1994 lorsqu'il a été saisi des lois de bioéthique peut apporter une réponse. Les députés requérants contestaient la disposition prévoyant que certains embryons surnuméraires pouvaient dans certains cas être détruits. L'article 9 de la loi de 1994 prévoyait l'arrêt de la conservation des embryons surnuméraires dépourvus de projet parental et conçus avant sa promulgation à l'échéance de cinq années. Ils invoquaient le droit à la vie tel qu'il est, selon eux, reconnu implicitement par les textes constitutionnels, tels que la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 et le préambule de la Constitution de 1946, et par la Convention européenne des droits de l'homme. Ils contestaient également les diagnostics prénataux pouvant déboucher sur un recours à l'avortement et à une sélection par destruction de ceux potentiellement handicapés. Pour le Conseil constitutionnel, le législateur a décidé que le principe du respect de tout être humain dès le commencement de sa vie, qu'il présente pourtant comme l'une des garanties du principe de dignité de la personne humaine, n'est pas applicable aux embryons fécondés *in vitro*, et semble s'y soumettre comme s'il n'était pas de sa mission de le contredire⁹⁵. L'embryon *in vitro* ne peut donc pas bénéficier de la protection de l'article 16, ni de son ambiguïté permettant de personnifier l'embryon. Que cela signifie-t-il ? Qu'il ne serait pas un être humain ? Que le commencement de la vie pour ces embryons n'est pas la fécondation

mais l'implantation ? Qu'est donc alors l'embryon *in vitro* ? Son statut est-il celui de chose ? Il semblerait que oui. Il ne deviendrait un être humain que lors de son transfert *in utero*. Cette exclusion de l'article 16 est fondée puisque l'embryon, qu'il soit fécondé *in vitro* ou *in utero*, revêt toutes les caractéristiques humaines, porte en lui la même humanité. Mais, tout en indiquant, implicitement, que le principe de dignité de la personne humaine est un principe absolu, le Conseil admet que certaines garanties légales du principe soient aménagées au nom d'autres exigences constitutionnelles. Il en est ainsi du droit à la vie de l'embryon durant les premiers stades de son développement. La décision prête à penser tout de même qu'il y a une différence de traitement entre les embryons *in utero* et ceux fécondés *in vitro*, les premiers bénéficiant de la qualification d'êtres humains et de la protection de l'article 16 et par là même d'une possible personnification, tandis que les seconds sont écartés de ce régime. Mais la décision du Conseil constitutionnel de 2001 relativement à la loi du 30 mai 2001 sur l'allongement du délai permettant de recourir à l'interruption volontaire de grossesse⁹⁶, peut être interprétée comme rétablissant une certaine égalité entre eux, même si celle-ci ne leur est pas favorable. Alors que la loi aurait pu être censurée, permettant une plus grande atteinte à l'embryon *in utero*, le Conseil la considère conforme aux principes constitutionnels, mais au prix d'une « dévalorisation du principe de dignité »⁹⁷. Celui-ci est en effet pour la première fois concilié avec le principe de liberté, celle de la femme, ce qui le limite et remet en cause son caractère absolu. La dignité de l'embryon *in utero* en ressort affaiblie, mais cependant pas anéantie comme peut légitimement le laisser penser la décision de 1994 à l'égard des embryons *in vitro*.

Malgré cette ombre dans le droit français concernant l'embryon, il est tout à fait envisageable de faire profiter l'embryon des ambiguïtés de l'article 16 du Code civil. Ce statut de personne lui permettrait une assimilation indubitable à la notion d'enfant. Mais cette reconnaissance implique des conséquences non négligeables.

B. Les implications de la personnification de l'embryon

Retenir une personnification de l'embryon à travers l'article 16, article d'ordre public, a de nombreuses implications.

Tout d'abord, faire de l'embryon une personne a des conséquences au regard des conventions internationales

94. « Compte tenu de l'état des techniques médicales, les membres du couple peuvent consentir par écrit à ce que soit tentée la fécondation d'un nombre d'ovocytes pouvant rendre nécessaire la conservation d'embryons, dans l'intention de réaliser ultérieurement leur projet parental. Une information détaillée est remise aux membres du couple sur les possibilités de devenir de leurs embryons conservés qui ne feraient plus l'objet d'un projet parental ».

95. CC, 27 juillet 1994, *D.*, 1995, p. 237 sq. (note B. Mathieu) : « Considérant que le législateur a assorti la conception, l'implantation et la conservation des embryons fécondés *in vitro* de nombreuses garanties ; que cependant, il n'a pas considéré que devait être assurée la conservation en toutes circonstances et pour une durée indéterminée, de tous les embryons déjà formés ; qu'il a estimé que le principe du respect de tout être humain dès le commencement de sa vie ne leur était pas applicable ; qu'il a par suite nécessairement considéré que le principe d'égalité n'était pas non plus applicable à ces embryons ; Considérant qu'il n'appartient pas au Conseil constitutionnel, qui ne détient pas un pouvoir d'appréciation et de décision identique à celui du Parlement, de remettre en cause, au regard de l'état des connaissances et des techniques, les dispositions ainsi prises par le législateur ».

96. CC, 27 juin 2001, *D.*, 2001, p. 2533 sq., note B. Mathieu.

97. *Ibid.*, p. 2536.

ratifiées par la France. Chacune d'entre elles protégeant la personne protégerait de la même façon l'embryon. La Convention européenne des droits de l'homme, dans son article 1^{er}, reconnaît les droits proclamés par ce texte à « toute personne relevant de leur juridiction ». Les articles 2 et 3 de la Convention énoncent que « le droit de toute personne à la vie est protégé par la loi. Nul ne peut être arbitrairement privé de vie » et que « nul ne peut être soumis à la torture ou à des peines ou traitements inhumains ou dégradants ». Si l'embryon est une personne au regard de l'article 16 du Code civil français, il devrait pouvoir être concerné par ces dispositions. Notamment, s'il est une personne sujet de droits, il doit pouvoir bénéficier des droits fondamentaux, dont celui du droit à la vie. Mais la jurisprudence de la Commission et de la Cour européenne paraît éviter soigneusement de prendre parti en la matière, se bornant à constater que dans la quasi-totalité des cas où le terme « personne » est employé c'est de telle façon qu'il ne peut s'appliquer qu'après la naissance⁹⁸. Dans l'arrêt *Open Door and Dublin Well Woman contre Irlande*⁹⁹ du 29 octobre 1992, la Cour européenne n'a pas considéré pertinent de déterminer « si la Convention garantit un droit à l'avortement ou si le droit à la vie reconnu par l'article 2, vaut également pour le fœtus ».

La Convention de New York du 20 novembre 1989 relative aux droits de l'enfant et ratifiée par la France le 2 juillet 1990 devrait donner une définition claire de l'enfant, permettant de savoir si l'embryon est ou non un enfant, et par voie de conséquence s'il est titulaire des droits proclamés par le texte. Mais il n'en est rien et la question de l'assimilation de l'embryon à l'enfant y reste entière. En effet, la Convention est dans un premier temps ambiguë en reconnaissant « la dignité inhérente à tous les membres de la famille humaine »¹⁰⁰. L'expression « membres de la famille humaine » est particulièrement englobante et permet largement d'y inclure l'embryon, si ce n'est pas en tant qu'homme, expression qui aurait pu être préférée, au moins en tant qu'être humain ou être vivant appartenant au genre humain. L'embryon peut alors tout à fait être concerné par la Convention. Le texte ne précise pas davantage le terme d'enfant dans son article 1^{er} qui a pourtant vocation à le définir : « Au sens de la présente Convention, un enfant s'entend de tout être humain âgé de moins de dix-huit ans, sauf si la majorité est atteinte plus tôt en vertu de la législation qui lui est applicable ». Si l'on considère en droit français que l'embryon correspond à l'être humain de l'article 16 du Code civil, il ne devrait y avoir aucun doute sur son assimilation à cette définition. Il serait ainsi titulaire notamment du « droit inhérent à la vie » de l'article 6 alinéa 1^{er} de la Convention. Mais l'article 7 alinéa 1^{er} semble dissiper le doute sur l'assimilation de l'embryon à l'enfant en disposant que « l'enfant est enregistré aussitôt sa naissance et a dès celle-ci le droit à

un nom, le droit d'acquérir une nationalité et, dans la mesure du possible, le droit de connaître ses parents et d'être élevé par eux ». L'enfant apparaît comme l'être à partir de la naissance ce qui exclut l'embryon de sa définition. Pourtant, l'aspect de la naissance n'apparaît qu'au septième article de la Convention et n'est pas un élément de définition dans l'article 1^{er}. La naissance pourrait donc être interprétée comme étant un point dans le temps à partir duquel l'enfant peut exiger la mise en place des droits dont il est question, et non comme l'élément majeur de la définition de l'enfant. Celle-ci peut donc tout à fait intégrer l'embryon. Un enfant étant une personne, et l'embryon pouvant être considéré comme une personne par l'article 16, il reste concevable d'affirmer que l'embryon est un enfant, sachant que l'enfant est « un être humain âgé de moins de dix-huit ans ».

Ensuite, la personnification de l'embryon par l'article 16 n'est pas indifférente à certaines grandes instances françaises. Le Conseil d'État, par exemple, dans son étude de 1999 concernant la révision des lois de bioéthique¹⁰¹, semble tenir compte de la disposition du Code civil. Sans prétendre qu'il personnifie l'embryon, le Conseil d'État est cependant favorable à une protection plus affirmée de l'embryon dans certains domaines, de telle façon qu'il semble parfois manifester une volonté de le traiter comme une personne.

C'est le cas concernant le transfert d'embryons *post mortem*. Le législateur de 1994 avait inscrit dans l'article L. 152-2 du Code de la santé publique que « l'homme et la femme formant le couple doivent être vivants » interdisant ainsi aussi bien l'insémination *post mortem* que le transfert d'embryons *post mortem*. Lors de son étude, cinq ans après, le Conseil d'État remet en cause ce choix. Il invoque pour cela la conservation d'« un certain parallélisme entre le processus de fivete interrompu par le deuil, et la grossesse naturelle pendant laquelle la future mère peut devenir veuve »¹⁰². Favoriser une telle opération marque la prise en compte de la nature de l'embryon, et cela notamment au regard de l'article 16. Le fait que le père soit décédé avant qu'ait pu avoir lieu le transfert dans l'utérus de la femme ne change pas la nature d'être humain de l'embryon même fécondé *in vitro*. Si la mère devient un parent célibataire, et que le projet parental semble quelque peu remis en cause, ce n'est cependant que partiellement. D'ailleurs, en Allemagne, le transfert *post mortem* d'embryons est autorisé pour permettre la naissance de l'enfant issu du projet parental qui existait avant le décès du père. La fécondation a eu lieu, l'embryon *in vitro* est un être humain, malgré ce que pourrait laisser penser la décision du Conseil constitutionnel de 1994, et le seul décès de l'homme ne doit pas pouvoir empêcher le processus vital voulu et enclenché de continuer. Pour cela des conditions et des limites doivent être élaborées. Le

98. CEDH, X. c. Royaume-Uni, 13 mai 1980, et H. c. Norvège, 19 mai 1992.

99. CEDH, *Open Door and Dublin Well Woman c. Irlande*, 29 octobre 1992, série A, n° 246 A, RTDH, 1993, p. 345, obs. F. Rigaux ; RFDC, 1993, p. 216, chron. F. Sudre.

100. Premier considérant du Préambule de la Convention.

101. CE, *Les Lois de bioéthique : cinq ans après*, Paris, La Documentation française, 1999.

102. *Ibid.*, p. 45.

Conseil préconisait l'expression du consentement formel du couple « de son vivant ». Cela est critiquable dans la mesure où le projet parental s'était exprimé antérieurement et que la conséquence en a été la fécondation. Mais cette disposition aurait pu avoir dans un premier temps pour objectif de permettre à ceux qui sont hostiles au principe, de l'accepter progressivement. Elle permettait surtout au Conseil d'organiser la filiation, puisque ce consentement aurait eu valeur de reconnaissance prénatale. Le transfert devait se faire entre trois mois après le décès du père et un an, mais pas après, notamment dans le souci de ne pas bousculer le droit des successions. En effet le Conseil d'État prévoyait toutes les modifications nécessaires à la mise en œuvre législative du transfert afin de régler les problèmes de filiation¹⁰³ et de succession. De cette façon, il voulait montrer qu'une telle opération était possible. La nature de l'embryon ne doit pas être sacrifiée sur l'autel des difficultés juridiques. Mais la nouvelle loi relative à la bioéthique, adoptée le 6 août 2004, n'a pas repris cette proposition. À l'article L. 2141-2 du Code de la santé publique apparaît la disposition selon laquelle « font obstacle à l'insémination ou au transfert des embryons le décès d'un des membres du couple, le dépôt d'une requête en divorce... ». La volonté de personnifier l'embryon dans ce cas particulier n'a pas abouti.

Une autre proposition émanant du Conseil d'État venait prendre en compte la situation des embryons, mais cette fois des embryons surnuméraires. Le Conseil avait formulé le souhait que la loi de révision des lois de bioéthique n'autorise pas un nouveau cycle de FIVETE¹⁰⁴ lorsque le couple aurait déjà des embryons congelés. L'objectif était de réduire le nombre d'embryons surnuméraires. Était aussi prise en compte la volonté de diminuer les réductions embryonnaires qu'il jugeait « assimilables à des interruptions volontaires de grossesse à la légalité incertaine »¹⁰⁵. Il s'agissait d'éviter aux embryons fécondés *in vitro* d'être supprimés même si cela devait avoir lieu selon les dispositions législatives. Il est nécessaire de permettre à ces embryons de réaliser le projet pour lequel ils ont été conçus : naître. De cette façon, il est possible de dire que le Conseil d'État, par son étude de 1999, a tenté de prendre en considération ce qui se dégage de l'article 16 du Code civil, c'est-à-dire une personnification de l'embryon, ou tout du moins le plus grand respect dû à leur nature humaine¹⁰⁶. La loi du 6 août 2004 a tenu compte, cette fois, de l'étude du Conseil d'État. Il a été inséré à l'article L. 2141-3

du Code de la santé publique qu'« un couple dont des embryons ont été conservés ne peut bénéficier d'une nouvelle tentative de fécondation *in vitro* avant le transfert de ceux-ci sauf si un problème de qualité affecte ces embryons ». Mis à part l'article *in fine*, discutable car révélateur d'une tendance eugénique, le souci du sort des embryons surnuméraires a été pris en considération quant à leur qualité d'être humain. Prendre une telle disposition c'est leur marquer un respect tel qu'énoncé à l'article 16 du Code civil, c'est respecter leur dignité de personne humaine.

Le Conseil d'État voulait également remédier au sort des embryons surnuméraires dépourvus de projet parental. Il les a appelés les « embryons orphelins »¹⁰⁷. Il s'agissait de demander « explicitement aux couples de consentir à l'arrêt de la conservation de leurs embryons », et non, seulement, de leur demander s'ils maintiennent ou non leur projet parental. Il faut leur faire prendre conscience des conséquences. La conservation des embryons ne doit plus être enfermée dans un délai de cinq ans. L'avis du couple à l'origine de ces embryons est primordial. Leur consentement sur le sort à réserver à ces embryons est indispensable. Plutôt que la destruction de ces embryons au bout de cinq ans de conservation, le Conseil d'État préconisait la consultation du couple et la prise d'une décision en fonction de leur réponse et de leur situation. Si le couple répond à la sollicitation du centre de conservation, il y a deux situations. La première est celle où la femme n'est plus en âge de procréer. Dans ce cas, le couple doit faire un choix entre le don de ses embryons à un autre couple, le don pour la recherche ou l'arrêt de la conservation. La seconde situation est celle où la femme est encore en âge de procréer. Soit le couple a encore un projet parental et les embryons sont conservés, même s'ils sont conçus depuis plus de cinq ans. Soit le couple n'a plus de projet parental et il doit opérer le même choix que celui auquel est confronté le couple de la première situation. La destruction automatique des embryons surnuméraires au bout de cinq ans serait réservée uniquement au cas où le couple est perdu de vue ou ne répond pas. Cette solution n'interviendrait donc plus que dans un cas particulier. Même si la proposition du Conseil d'État reste peu protectrice des embryons « orphelins », leur destruction étant toujours possible et le don à la recherche envisageable, une sorte d'avancée est réalisée. L'humanité du fœtus est prise en compte, d'une part, par l'incitation au don à un autre couple, d'autre part, par l'abandon du délai de

103. Constatant l'incompatibilité entre l'ancien article 312 alinéa 1^{er} du Code civil et l'article 315 du même Code. Le Conseil préconise alors de ne plus appliquer le premier et d'apporter la précision dans le second qu'il ne s'applique pas non plus dans le cas d'un transfert *post mortem*. La même démarche devra être adoptée pour l'article 313-1.

104. Fécondation In Vitro Et Transfert d'Embryon.

105. CE, *Les Lois de bioéthique...*, p. 37. Ce doute avait déjà été émis par le Conseil consultatif national d'éthique dans un avis du 24 juin 1991 sur les réductions embryonnaires ou foetales : la loi de 1975 relative à l'IVG s'applique-t-elle ? Mais il affirme tout de même que « la réduction embryonnaire ne devrait pas trouver sa justification hors du cas de détresse ou de nécessité thérapeutique ». Or ce sont justement ces cas qui permettent l'interruption volontaire de grossesse au sens de la loi de 1975.

106. L'Office parlementaire allait déjà dans ce sens en évoquant la possibilité de limiter le nombre d'ovocytes à féconder *in vitro*, ou bien de ne permettre que la production du nombre d'embryons nécessaire à la mise en œuvre de la procréation. Le *Guide des bonnes pratiques* élaboré par la Direction générale de la santé l'avait aussi suggéré (arrêté du 12 janvier 1999 publié au JO du 28 février 1999 portant guide des bonnes pratiques cliniques et biologiques en AMP). Le projet de loi présenté par E. Guigou, le 20 juin 2001, dans le cadre de la révision des lois de bioéthique, a repris cette proposition (Doc. AN, n° 3166 SO 2000-2001, p. 50).

107. CE, *Les Lois de bioéthique...*, p. 38.

cinq ans en cas de projet parental maintenu si la femme est encore en âge de procréer. Le sort des embryons dépendrait donc du couple qui prendrait une décision personnelle selon leur projet parental et l'âge de la femme. L'accent est mis sur la volonté et la responsabilité des couples¹⁰⁸. Une prise en compte de la nature de l'embryon semble se profiler derrière ces propositions. Mais des critiques peuvent être émises, notamment à propos de la destruction des embryons au bout de cinq ans de conservation. Cette solution paraît impromptue et arbitraire. Il serait plus protecteur de décider de les donner à un autre couple comme cela se fait en Allemagne. Par la loi sur la protection de l'embryon du 13 décembre 1990, l'Allemagne a choisi d'assurer à l'embryon une protection qui témoigne de sa volonté de l'assimiler, dès la fécondation, à une personne. Cette loi a défini l'embryon comme étant un ovule fécondé et viable. L'Allemagne déduit de cette personnification de l'embryon l'interdiction du diagnostic préimplantatoire (sauf en cas de recherche de maladies graves liées au sexe), de la recherche sur l'embryon (sauf si le but est de protéger l'embryon concerné). La loi du 6 août 2004 reprend à peu de choses près la proposition du Conseil d'État dans l'article L. 2141-4 du Code de la santé publique¹⁰⁹. Le seul point qui prête à controverse est celui qui prévoit la destruction des embryons donnés en vue d'être accueillis par un autre couple si cet accueil n'a pas été réalisé dans un délai de cinq années à compter du jour du consentement du couple géniteur.

D'autres solutions que l'arrêt de la conservation sont préconisées pour les embryons surnuméraires, et celle qui se rapproche le plus de l'idée de prise en compte de l'humanité de l'embryon reste le don à un autre couple. Cette solution doit être retenue car elle favorise le projet pour lequel l'embryon a été conçu qui est de venir au monde. Elle est en cela une avancée non négligeable concernant la considération de l'embryon, particulièrement proche de celle de l'enfant.

Des indices civilistes peuvent donc être recensés en faveur de la personnification de l'embryon, et par conséquence de son assimilation à l'enfant. S'ils semblent ne pas

faire le poids face à la tendance actuelle de réification de l'embryon, ils sont pourtant bien présents et une volonté affirmée permettrait de les accentuer, voire de les faire prévaloir. Pour appuyer ces indices, les ambiguïtés des règles pénales peuvent également être exploitées pour tenter d'imposer l'embryon comme personne. En ce sens, la plupart des jugements de première instance ou des arrêts d'appel militent en faveur de la reconnaissance de l'homicide involontaire du fœtus¹¹⁰, l'homicide impliquant de considérer la victime comme une personne. Sa protection contre l'homicide involontaire serait la consécration de sa reconnaissance comme être vivant, humain parmi les humains, et surtout comme enfant. Mais ces décisions sont systématiquement cassées par la Cour de cassation, ce qui constitue un obstacle majeur à l'insertion de l'embryon dans la catégorie « personne », et même à sa considération comme personne humaine¹¹¹. Par ailleurs, la société brandit le plus souvent l'argument de la remise en cause d'acquis tel que celui de l'interruption volontaire de grossesse. Pourtant, la consécration de l'homicide involontaire de l'embryon et l'interruption volontaire de grossesse sont tout à fait conciliables juridiquement¹¹².

Les espoirs thérapeutiques que l'embryon suscite emboîtent le pas à cette barrière pour le tirer vers l'instrumentalisation. Si de nombreux indices issus du Code civil peuvent faire pencher la balance en faveur de l'attribution du statut de personne juridique à l'embryon, la réification de celui-ci se fait plus pesante suite à l'affirmation par le législateur en août 2004 de la possibilité d'en faire un objet de recherches aussi bien thérapeutiques que scientifiques. La question du statut de l'embryon est une question récurrente qui se pose à chaque nouvelle avancée scientifique, mais sur laquelle le législateur refuse de se prononcer explicitement. Le développement des recherches dont il est l'objet l'instrumentalise progressivement. Malgré cette évolution, ce constat dérange. L'humanité de l'embryon incite respect et protection à son égard. C'est ce qui a amené à exploiter les ambiguïtés du droit civil pour permettre à l'embryon de bénéficier de la protection de la personnalité juridique.

108. Le projet de loi Guigou insiste aussi sur ce point : il est nécessaire « que le couple s'engage de façon responsable vis-à-vis de la conception éventuelle d'embryons surnuméraires, en ayant conscience des conditions de leur conservation et des décisions qu'ils devront prendre quant à leur avenir » (Projet de Loi Guigou, p. 50).

109. « Les deux membres du couple dont des embryons sont conservés sont consultés chaque année par écrit sur le point de savoir s'ils maintiennent leur projet parental. S'ils n'ont plus de projet parental ou en cas de décès de l'un d'entre eux, les deux membres d'un couple, ou le membre survivant, peuvent consentir à ce que leurs embryons soient accueillis par un autre couple dans les conditions fixées aux articles L. 2141-5 et L. 2141-6, ou à ce qu'ils fassent l'objet d'une recherche dans les conditions prévues à l'article L. 2151-5, ou à ce qu'il soit mis fin à leur conservation. Dans tous les cas, le consentement ou la demande est exprimé par écrit et fait l'objet d'une confirmation par écrit après un délai de réflexion de trois mois. Dans le cas où l'un des deux membres du couple consultés ne répond pas sur le point de savoir s'il maintient ou non son projet parental, il est mis fin à la conservation des embryons si la durée de celle-ci est au moins égale à cinq ans. Il en est de même en cas de désaccord des membres du couple sur le maintien du projet parental ou sur le devenir des embryons. Lorsque les deux membres d'un couple, ou le membre survivant, ont consenti, dans les conditions prévues aux articles L. 2141-5 et L. 2141-6, à l'accueil de leurs embryons et que ceux-ci n'ont pas été accueillis dans un délai de cinq ans à compter du jour où ce consentement a été exprimé par écrit, il est mis fin à la conservation de ces embryons ».

110. Le terme « fœtus » est ici choisi car il est celui utilisé par les juridictions en question.

111. L'article 221-6 du Code pénal incriminant l'homicide involontaire est inséré dans le livre deuxième concernant les « crimes et délits contre les personnes », et plus précisément dans son titre II relatif aux « atteintes à la personne humaine ». Deux questions se posent alors : qu'est-ce qu'une personne humaine, et l'embryon est-il ou peut-il être une personne humaine ?

112. Dans ce sens voir notamment J.-P. Garraud, *JOAN*, 2^e séance du 4 juin 2003, p. 4572 ; J. Sainte-Rose, « La protection pénale de l'enfant à naître », in *Interrogations sur l'évolution des droits fondamentaux de la personne humaine en 2001 et 2002*, G. Lebreton (dir.), Paris – Budapest – Turin, L'Harmattan, 2004, p. 7-20 ; J. Pradel, « La Chambre criminelle continue d'ignorer l'enfant à naître », *D.*, 2002, p. 3099-3102.

