Université de La Rochelle

FACULTÉ DE DROIT ET DE SCIENCE POLITIQUE

ÉCOLE DOCTORALE PIERRE COUVRAT ED 0088

LA CONDITION PÉNALE DE L'ENFANT AVANT SA NAISSANCE DE LA NON-RECONNAISSANCE À LA PROTECTION

Thèse pour le doctorat en droit

présentée et soutenue publiquement le 14 mars 2015

par

ANNE-CLAIRE ARRIGHI

Directeur de recherche:

Madame Catherine Marie

Professeur de droit privé et de sciences criminelles

Doyen de la Faculté de droit, de science politique et de gestion de La Rochelle

André Giudicelli
Professeur de droit privé et de sciences criminelles à l'Université de La Rochelle
Doyen Honoraire de la Faculté de droit, de science politique et de gestion de la Rochelle

Sylvain Jacopin
Maître de conférences en droit privé sciences criminelles, Habilité à diriger des recherches, à l'Université de Caen Basse Normandie

François Rousseau
Professeur de droit privé et de sciences criminelles à l'Université de Nantes

Stamatios Tzitzis
Directeur de recherche au CNRS
Directeur adjoint de l'Institut de criminologie de Paris (Université Paris II).

L'université de La Rochelle n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

A Julia et John

Remerciements

Je tiens en premier lieu à adresser toute ma gratitude et ma reconnaissance à mon directeur de recherche Madame le Professeur Catherine Marie, qui m'a guidée tout au long de ces années, m'a permis de maintenir le cap lorsque je partais à la dérive, et d'arriver à bon port.

Merci à mes parents pour leur soutien indéfectible.

Merci à mes collègues et de manière générale à toutes les belles rencontres faites au cours de ces années.

Merci au personnel de la Bibliothèque Universitaire de la Rochelle pour sa gentillesse et sa disponibilité.

SOMMAIRE

SOMMAIRE 5

INTRODUCTION 11

PREMIÈRE PARTIE : LES CONFUSIONS NOTIONNELLES ET LÉGISLATIVES AUTOUR DE LA PROTECTION PÉNALE DE L'ENFANT À NAÎTRE 43

Titre premier : Les causes d'origine notionnelle à l'absence de protection pénale de l'enfant à naître 45

Chapitre premier: La notion fonctionnelle de personne juridique 48

Chapitre second : L'évolution de la notion de personne en droit pénal, de l'être humain à l'être juridique 95

Titre second: Les causes d'origine législative à l'absence de protection pénale de l'enfant à naître 138

Chapitre premier: Les incohérences liées à l'indétermination législative de l'embryon *in vitro* 142

Chapitre second : Les incohérences autour de l'absence de statut législatif de l'enfant *in utero* 191

DEUXIÈME PARTIE : L'HUMANITÉ DE L'ÊTRE AVANT LA NAISSANCE FONDEMENT DE SA PROTECTION PÉNALE 242

Titre premier : La notion de personne humaine, instrument de réponse à la confusion notionnelle autour de la condition pénale de l'enfant à naître 246

Chapitre premier: La notion de personne humaine: alternative à la dichotomie personne/chose 250

Chapitre second: La dignité instrument juridique au service de la protection de la personne humaine 287

Titre second: L'organisation de la protection pénale de l'être humain avant la naissance 331

Chapitre 1 : La protection de la vie de l'être avant la naissance, conséquence de sa personnalité humaine 332

Chapitre second : L'articulation de la protection pénale de l'être prénatal et des atteintes justifiées à sa vie 375

CONCLUSION GÉNÉRALE 425

BIBLIOGRAPHIE 432

INDEX 483

LEXIQUE 489

TABLE DES MATIÈRES 495

LISTE DES ABRÉVIATIONS

Act. ..... Actualité
AJDA ..... Actualité juridique de droit administratif
AJ famille ..... Actualité juridique famille
AJ Pénal ..... Actualité juridique pénal
Al. ..... Alinéa
AN ..... Assemblée nationale
APD ..... Archives de philosophie du droit
Art..... Article
Art. préc..... Article précité
Ass. Plén ..... Assemblée pléinière de la Cour de cassation
Bull. civ..... Bulletin des arrêts de la Cour de cassation, chambres civiles
Bull. crim..... Bulletin des arrêts de la Cour de cassation, chambre criminelle
C/..... Contre
CA ..... Cour d'appel
CAA..... Cour administrative d'appel
C. civ ..... Code civil
CCNE..... Comité consultatif national d'éthique
CE ..... Conseil d'État
CEDH ..... Cour européenne des droits de l'homme
CGCT ..... Code général des collectivités territoriales
Chap ..... Chapitre
Chron..... Chronique
Cit. ..... Cité(e)
Civ. 1ère..... Première chambre civile de la Cour de cassation
Civ. 2ème ..... Deuxième chambre civile de la Cour de cassation
CJCE ..... Cour de justice de la Communauté européenne
CJUE ..... Cour de justice de l'Union européenne
Coll... ..... Collection
Com. ..... Chambre commerciale de la Cour de cassation
Comm. ..... Commentaire
Concl. ..... Conclusions
Cons. Const.. ..... Conseil Constitutionnel

Contra..... En sens contraire
C. pén..... Code pénal
Crim..... Chambre criminelle de la Cour de cassation
CESDH ..... Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales
Code sant. publ. ..... Code de la santé publique
D.... ..... recueil Dalloz
Defrésnois ..... Répertoire du notariat Defrésnois
Dir..... sous la direction de
DPI ..... Diagnostic préimplantatoire
DPN ..... Diagnostic prénatal
Dr. fam. ..... Revue droit de la famille
Dr. pén..... Revue de droit pénal
Dr. social ..... Revue de droit social
DUDH..... Déclaration universelle des droits de l'homme
Éd. ..... Éditeurs
Fasc..... Fascicules
Gaz. Pal. ..... Gazette du Palais
GPA ..... Gestation pour autrui
Ibid ..... Au même endroit, *ibidem*
Infra ..... plus bas
IR..... Informations rapides
JCP. E..... La Semaine Juridique édition Entreprise
JCP. G. ..... La Semaine Juridique édition Générale
J.I.B ..... Journal international de la bioéthique
Jur. ..... Jurisprudence
LPA. ..... Les Petites Affiches
Obs. ..... Observations
PIDCP..... Pacte international relatif aux droits civils et politiques
Préc..... Précité(e)
RDP. ..... Revue de droit public
RDSS. ..... Revue de droit sanitaire et social
Rép. civ..... Répertoire de droit civil (Dalloz)
Rép. pén ..... Répertoire de droit pénal et de procédure pénale (Dalloz)

Rev. dr. pén. crim… Revue de droit pénal et de criminologie
RFDA..... Revue française de droit administratif
RGDM ..... Revue générale de droit médical
Lamy..... Revue Lamy droit civil
RTD. Civ. ..... Revue trimestrielle de droit civil
RTD. Com..... Revue trimestrielle de droit commercial
RDT.H. ..... Revue trimestrielle des droits de l'homme
R.R.J. ..... Revue de la recherche juridique droit prospectif
RSC..... Revue de sciences criminelles et de droit comparé
Spéc. ..... Spécialement
ss. ..... Sous
supra. ..... Plus haut
soc..... Chambre sociale de la Cour de cassation
T.A. ..... Tribunal administratif
T. corr..... Tribunal correctionnel
TGI..... Tribunal de grande instance

INTRODUCTION

« En prenant une chronologie relativement courte et un découpage géographique restreint (…) on peut être sûr que l'homme y est une invention récente (…). L'homme est une invention dont l'archéologie de notre pensée montre aisément la date récente. Et peut-être la fin prochaine. Si ces dispositions venaient à disparaître comme elles sont apparues (…), alors on peut bien parier que l'homme s'effacerait, comme à la limite de la mer un visage de sable »

C'est sur ces mots que se termine le livre de Michel Foucault « Les mots et les choses »[1]. Lorsqu'il suggère que l'homme une invention récente, il veut alors signifier que cette invention est le résultat d'un changement dans les dispositions fondamentales du savoir entraînant une réorganisation dans le domaine du savoir et du discours qui rend possible, entre autres, la notion de « l'homme ». Si « l'homme » a pu apparaître à un moment donné de l'histoire, il est tout à fait cohérent qu'il puisse disparaître un jour. Autrement dit l'homme serait produit par le discours. Si les modalités du discours changent, cela pourrait donc entraîner la disparition de « l'homme ».

1. Le choix de notre sujet sur la condition pénale de l'enfant à naître s'inscrit dans une perspective de l'analyse des discours juridiques sur la valeur de l'humain avant la naissance en droit. En effet, la manière dont notre système juridique choisit de traiter l'être avant la naissance révèle sa manière de considérer l'humain en général.

2. Lorsque l'on s'intéresse à la définition du mot enfant, on fait le constat d'une polysémie juridique[2]. Le système juridique recense plusieurs usages du mot. L'enfant c'est le mot qui sert à désigner la jeune personne par l'âge. Issu du latin *infans* signifiant celui qui ne parle pas encore, l'enfant renvoie ici à une période dénommée minorité, fixée à 18 ans par le droit pénal le 12 avril 1906[3], et abaissée au même seuil par une loi du 5 juillet 1974[4] en droit civil. On pourrait donc utiliser de manière égale le terme mineur ou enfant. Or, le droit pénal préfère utiliser le terme minorité à celui d'enfant[5], manifestation du flou qui entoure l'approche juridique du mot enfant.

[1] M. Foucault. *Les mots et les choses. Une archéologie des sciences humaines*, Paris, Gallimard, 1966, p. 398**.**
[2] En ce sens, M. Pichard, L'enfant à propos d'une polysémie », *Mélanges en l'honneur de Marie-Stéphane* Payet, Dalloz, 2012, p. 469.
[3] Loi du 12 avril 1906, « modifiant les articles 66 et 67 du Code pénal, 340 du Code d'instruction criminelle et fixant la majorité pénale à l'âge de 18 ans ». JO 14 avril 1906, p. 2449.
[4] Loi du 5 juillet 1974, fixant à dix-huit ans l'âge de la majorité, JO 7 juillet, p. 7099.
[5] *Cf.* Chapitre VII du livre II « Des atteintes aux mineurs et à la famille »

Ainsi, dans un premier sens, le mot enfant renvoie à l'état de minorité de cet être, de sa naissance à ses dix huit ans[6].

3. Une seconde acception du mot renvoie à l'enfant dans sa relation avec ses géniteurs, et désigne la filiation sans aucune considération de l'âge. L'enfant, pris dans le sens de la filiation, désigne le descendant au premier degré. C'est donc ici le rapport juridique qui est visé. L'objet de la règle ou le contexte de sa formulation permet à cette polysémie de ne pas être problématique[7].

4. En dehors de ces deux significations classiques et plus ou moins anciennes du mot, on recense une troisième acception du mot enfant que l'on peut retrouver dans l'article 79-1 alinéa 2 du Code civil qui évoque l'acte d'enfant sans vie[8]. Ici, l'enfant n'est pas entendu dans son rapport juridique avec ses parents, ni à travers son état de mineur. Dans cet article, le législateur règle le sort de l'enfant qui est mort-né. On constate alors, que le mot enfant, au sens juridique, peut donc recouvrir une approche indépendante de l'acquisition de la personnalité juridique. C'est également ce que l'on peut constater dans l'expression d'enfant à naître. L'enfant à naître[9], l'enfant conçu ou l'enfant simplement conçu[10], sont des expressions renvoyant à la situation de l'enfant en toute indifférence avec son lien de filiation, à sa minorité ou à son statut de personne juridique.

5. Cet enfant est évoqué à de nombreuses reprises dans notre droit. Ainsi, lorsque les articles 16-4 alinéa 3 du Code civil[11], les articles 511-1[12] et 511-1-2[13] du Code pénal

---

[6] Seuil susceptible d'être modulé en vertu des articles 389-8 alinéas 1er et 413-8 du Code civil.
[7] M. Pichard, *op. cit.* p. 478.
[8] Article 79-1 du Code civil : « A défaut du certificat médical prévu à l'alinéa précédent, 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 jours, heures 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 ».
[9] Le terme est employé dans les articles 1082 et 1086 du Code civil, l'article L .132-8 du Code des assurances, L. 223-10 du Code de la mutualité.
[10] L'expression même d'enfant simplement conçu renvoie à l'idée que cet être est placé dans une situation de grande vulnérabilité et réflète l'idée d'une certaine infériorité ou désavantage. En ce sens voir N. Baillon-Wirtz, « L'enfant simplement conçu », Lamy droit civil, 2011, supplément n° 87.
[11] « Est interdite toute intervention ayant pour but de faire naître un enfant génétiquement identique à une autre personne vivante ou décédée ».
[12] « Est puni de dix ans d'emprisonnement et de 150 000 euros d'amende le fait de se prêter à un prélèvement de cellules ou de gamètes, dans le but de faire naître un enfant génétiquement identique à une autre personne, vivante ou décédée ».

interdisent de faire naître un enfant génétiquement identique à un autre être humain, l'enfant ici en question, est l'enfant qui n'est pas encore né, autrement dit l'enfant à naître.

6. Il existe donc une troisième approche juridique du mot enfant, « (…) employé pour souligner l'humanité de cette vie, sa nature humaine qui implique qu'elle fasse la matière de textes particuliers. Si le droit dit enfant, c'est alors dans une certaine mesure, pour dire humain. L'enfant sans vie est humain, même s'il n'est pas une personne juridique. L'enfant à naître, dès lors qu'il est conçu est humain, sans que cela interdise à la femme qui le porte de décider d'interrompre le processus vital. L'enfant génétiquement identique est humain, quelles que soient les conditions de son apparition. A ces trois enfants pourra correspondre une commune acception d'enfant : l'enfant par la vie humaine »[14]. C'est également cette référence à l'humanité qui fonde la définition de l'enfant de l'article premier de Convention de l'ONU sur les droits de l'enfant « tout être humain âgé de moins de 18 ans sauf si la majorité est atteinte plus tôt en vertu de la législation qui lui est applicable »[15].

7. L'enfant avant sa naissance peut également être envisagé dans une approche plus technique, plus scientifique. En effet, l'être humain avant sa naissance peut également être appelé embryon ou fœtus. La communauté scientifique préfèrera l'un de ses termes à celui d'enfant à naître. Le Comité consultatif national d'éthique (CCNE), dans un avis n° 89 du 22 septembre 2005, a précisé que le passage de l'embryon au fœtus est habituellement fixé à deux mois[16]. L'embryon humain désigne « tout ovule dès le stade de la fécondation, tout ovule humain non fécondé dans lequel le noyau d'une cellule humaine mature a été implanté et tout ovule humain

---

[13] « Est puni de trois ans d'emprisonnement et de 45 000 euros d'amende le fait, par don, promesse, menace, ordre, abus d'autorité ou de pouvoir, de provoquer autrui à se prêter à un prélèvement de cellules ou de gamètes, dans le but de faire naître un enfant génétiquement identique à une autre personne vivante ou décédée ».

[14] M. Pichard, *op. cit.*

[15] Convention sur les droits de l'enfant adoptée par l'ONU le 20 novembre 1989 entrée en vigueur en France en 1990. La Cour de cassation dans un arrêt du 18 mai 2005 a considéré que certaines dispositions de cette convention étaient d'application directe et pouvaient donc être invoquées par les particuliers devant les juridictions françaises en particulier celle qui fait de l'intérêt supérieur de l'enfant une considération primordiale.

[16] CCNE avis n° 89 « A propos de la conservation des corps des fœtus et enfants mort-nés », 2005, http:// www.ccne-ethique.fr/docs/fr/avis089.pdt.

non-fécondé qui, par voie de parthénogénèse[17], a été induit à se diviser et à se développer »[18].

8. Les progrès de la science ont conduit les terminologies et les déclinaisons médicales de l'embryon à évoluer. Ainsi, on rencontre le terme de préembryon (ou embryon préimplantatoire) qui désigne l'œuf pendant les 14 jours suivant la fécondation[19], les cellules souches embryonnaires qui sont des cellules souches présentes chez l'embryon (…) obtenues à partir de la masse interne du blastocyste, ce dernier représentant un stade précis du développement embryonnaire (5-7 jours) . Les cellules souches embryonnaires sont mises en culture et aboutissent à des lignées de cellules embryonnaires[20]. Par conséquent, le terme d'enfant à naître peut viser l'être humain à n'importe quel stade de ce développement continu qu'est la vie de l'être humain, du stade embryonnaire à celui de fœtus jusqu'à sa naissance.

9. L'existence de l'être humain avant la naissance est l'objet d'un questionnement transdisciplinaire qui interroge tant le droit de la bioéthique, le droit pénal, le droit civil, que la morale, la religion, la science…Notre étude se limitera aux questionnements entrainés par l'existence de cet être sur le terrain juridique.

10. Les progrès des sciences de la vie ont donné naissance à une nouvelle branche du droit appelé le droit de la bioéthique. Le terme de bioéthique a été utilisé pour la première fois aux États-Unis en 1971 par un cancérologue[21] et avait été défini comme

---

[17] La parthénogénèse résulte du développement d'un embryon à partir d'un gamète femelle non fécondé dans la mesure où l'on se trouve en présence d'un ovocyte dont le génome s'est dupliqué.

[18] CJUE, grde ch., 18 octobre 2011, n° *C34/10, aff. Brustle c/Greenpeace, RTD civ*. 2011, n° 3, 506 note J. Hauser; *D*. 2012, 410 note J.-C. Galloux; *JCP G* 2012, n° 6, 146, note J.-R Binet, *AJ Fam*. 2011, 518, note A. Mirkovic*; LPA* , 2012, n° 69, 3 note B. Bélivière Boyer , *RGDM,* 2012, n° 42, 133, note M. Boulet ; *Gaz. Pal*. 2012, n° 46-47, 18 note L. Marino.

[19] En Grande-Bretagne, durant les 15 premiers jours l'embryon *in vitro* n'est rien en terme de personne ni en terme de protection, donc il est possible de créer des embryons pour la recherche et donc de les détruire. Cela n'est possible que durant les14 premiers jours: quand il est un préembryon. Cette possibilité serait fondée sur l'absence d'un cerveau qui impliquerait l'absence d'une personne humaine. Voir en ce sens Avis CCNE n° 112 p. 51.

[20] Une cellule souche est définie par ses facultés de prolifération, multipotentes ou pluripotentes et qui impliquent une possibilité d'auto-renouvellement et permet par exemple la capacité de reconstituer un tissu après une greffe. Les cellules souches totipotentes proviennent de l'ovule fécondé ou des cellules issues des premières divisions de l'œuf jusqu'au quatrième jour. Elles formeront ensuite un organisme complet lorsqu'elles seront placées *in vivo*. La pluripotence est la faculté de certaines cellules à se différencier en tout type cellulaire d'un organisme. Les cellules souches multipotentes sont présentes chez l'embryon ou dans l'organisme adulte. Pour obtenir une lignée de cellule souches embryonnaires il faut partir d'un embryon sélectionné par un diagnostic préimplantatoire (DPI). L'embryon est ensuite mis en culture jusqu'au blastocyste (5 à 7 jours) et c'est à cette étape qu'il est disséqué pour en prélever les centaines de cellules souches qui en sont issues et sont mises en culture.

[21] Van Rensselaer Potter, *Bioéthics: Bridge to the future*, Englewwod Cliffs, Prentice Hall, 1971.

« les connaissances de la biologie et des valeurs humaines ». L'objet de la bioéthique était dans cette conception, de travailler à la survie de l'espèce humaine[22]. En France, la bioéthique désigne « une réflexion prudente sur les fins de la médecine et de ses pouvoirs aux risques pour l'humanité liés aux pratiques biomédicales »[23]. L'expression même, de droit de la bioéthique, a parfois été jugée confuse ou bien même hérétique, le droit et la bioéthique étant aussi distincts que le droit et la morale[24]. En effet, « lorsque la règle est juridique, elle se sépare de la norme morale qui peut lui avoir servi de fondement. Le droit se suffit alors à lui-même puisqu'il se contente de l'obéissance à la loi, sans tenir compte des motifs de cette soumission à la loi »[25]. Dès lors, parler du droit de la biomédecine aurait peut être été plus opportun[26] car la biomédecine (contraction de biologie et médecine) est l'activité qui désigne l'intervention sur l'homme dans un but non thérapeutique contrairement la médecine qui est curative[27]. Néanmoins, si sémantiquement le droit de la bioéthique a fait l'objet de discussions, le terme a été consacré par la loi n° 2004-800 du 6 août 2004 et confirmé par la loi n° 2011-814 du 7 juillet 2011.

11. Le droit de la bioéthique peut se définir comme la matière juridique qui a pour objet de réglementer l'ensemble des techniques biomédicales. On retrouve des questionnements liés à l'essence du droit de la bioéthique dès le Code de Nuremberg de 1947 qui rappelait en sa première phrase que « le consentement libre et éclairé est un préalable absolu à toutes recherches mettant en jeu des sujets humains »[28]. Ce droit de la bioéthique a également été construit à travers la loi du 17 janvier 1975 relative à l'interruption volontaire de grossesse[29], modifiée par la loi n° 2001-588 du

[22] B. Legros, *Le droit de la bioéthique*, Les Études hospitalières, 2013, p. 16.
[23] A. Claeys, J. Léonetti, « Rapport d'information fait au nom de la mission d'information sur la révision des lois de bioéthiques » AN, n° 2235, 20 janvier 2010, p. 24.
[24] Voir en ce sens, B. Feuillet le Mintier, « La bioéthique nouvelle branche du droit ? », *Normativité et biomédecine*, Paris, Économica, coll. « Études Juridiques », 2003, p. 6 ; J.-C. Galloux, « Loi n° 2004-800 du 6 aout 2004 sur la bioéthique » *D.* 2004, 2379.
[25] B. Legros, *op. cit.* p. 17.
[26] B. Legros, *op. cit.* p. 18 :« Il aurait été plus opportun de qualifier cette nouvelle branche du droit, par exemple, de droit des activités scientifiques et thérapeutiques liées à l'homme et aux éléments d'origine humaine ».
[27] En ce sens J.-R. Binet*, « Exception est strictisssime interpretationis :* l'enfant conçu au péril de la biomédecine », *Mélanges en l'honneur du professeur Philippe le Tourneau*, p. 86.
[28] Le procès de Nuremberg en 1947 a eu pour objet de condamner une vingtaine de médecins nazis pour crime contre l'humanité, pour avoir pratiqué des expériences scientifiques sur des humains sans leur consentement. Le Tribunal de Nuremberg a reconnu la nécessité de l'expérimentation médicale sur l'homme pour l'avancée du progrès scientifique tout en fixant les limites et les conditions dans un Code de déontologie appelé le Code de Nuremberg fondé sur la dignité de la personne humaine.
[29] Loi relative à l'interruption volontaire de grossesse, JO 18 janvier 1975, p. 739.

4 juillet 2001 et par la loi n° 2014-873 du 4 août 2014 sur l'égalité réelle entre les hommes et les femmes[30] organisant l'interruption de grossesse de la femme pour convenance personnelle jusqu'à la 12ème semaine de grossesse[31] et pour motif médical à tout moment de la grossesse [32]. De même, la construction du droit de la bioéthique est également l'œuvre de la loi du 20 décembre 1988 relative à la protection des personnes qui se prêtent à des recherches biomédicales[33]. Ces lois ont en commun d'avoir encadré les pratiques biomédicales qui conduisent à manipuler le corps humain. Le droit de la bioéthique a ensuite été consolidé par plusieurs vagues législatives: la première concerne les lois de 1994[34], la seconde est la loi du 6 aout 2004 relative à la bioéthique, la troisième, la loi du 7 juillet 2011 et la quatrième est la loi du 6 aout 2013[35]. Les lois n° 94-654 et 2004-800 avaient prévu un examen systématique de la loi cinq ans après son entrée en vigueur, la loi du 7 juillet 2011 l'a prévu dans un délai de sept ans.

12. La question de la procréation humaine occupe une place fondamentale dans le droit de la bioéthique puisque les progrès de la science ont permis de concevoir la procréation d'un être humain malgré une infertilité pathologique, de concevoir un enfant indépendamment du corps de la femme et de maîtriser la fécondité.

13. Les progrès de la science ont permis de faire naître des enfants conçus en dehors du corps de la femme. En effet, le 25 juillet 1978, en Grande Bretagne, est née Louise Brown, premier enfant obtenu par fécondation *in vitro* (FIV) grâce aux travaux de Robert Edwards et Patrick Steptoe. En France, c'est en 1982, qu'est née

[30] Loi qui a supprimé en son article 22 la référence à la condition de détresse dans l'interruption volontaire de grossesse. Cette loi a consacré de nombreuses dispositions relatives à la lutte contre les violences domestiques et au droit de la femme à disposer librement de son corps. Elle a modifié l'intitulé de la deuxième partie du Code de la santé publique : « Santé reproductive, droits de la femme et protection de la santé de l'enfant ». La loi a également étendu le champ d'application du délit d'entrave à l'IVG (L. 2223-2 CSP).

[31] Art. L. 2212-1 Code sant. publ.

[32] Art. L. 2213-1 Code sant. publ.

[33] Modifiée par la loi n° 2004-806 du 9 Août 2004 qui a transposé la directive 2001/20/CE du parlement européen du Conseil du 4 avril 2001 et par la loi du 5 mars 2012 relative aux recherches impliquant la personne humaine.

[34] La loi n° 94-548 du 1er juillet 1994 relative au traitement des données nominatives ayant pour fin la recherche dans le domaine de la santé et modifiant la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés; la loi n° 94-653 du 29 juillet 1994 relative au respect du corps humain, et la loi n° 94-654 du 29 juillet 1994 relative au don et à l'utilisation des éléments et produits du corps humain, à l'assistance médicale à la procréation et au diagnostic prénatal.

[35] La loi du 6 août 2013 tendant à modifier la loi n° 2011-814 du 7 juillet 2011 relative à la bioéthique en autorisant sous certaines conditions la recherche sur l'embryon et les cellules souches embryonnaires, JO 7 aout 2013.

Amandine, « le premier bébé éprouvette »[36]. En 1983, en Australie, est né le premier enfant obtenu après congélation-décongélation d'embryon et puis, en 1984 est né le premier enfant après une fécondation avec don d'ovocyte, et en 1992, le premier enfant avec fécondation assistée (micro injection ou ICSI). L'assistance médicale à la procréation[37] a permis d'envisager l'embryon *in vitro* comme la rencontre des cellules germinales mâles et femelles *in vitro,* hors du corps de la femme. L'homme a donc crée un embryon « libre » pouvant être transféré chez une femme qui n'est pas forcément celle qui a fourni ses gamètes, un embryon susceptible d'être congelé, donc de défier le temps, voire l'ordre des générations. Ainsi, en quelques siècles l'être humain avant la naissance est passé du statut de produit de la conception, au constat de l'existence d'une vie humaine pouvant exister indépendamment du corps maternel. Les perspectives offertes par la médecine en matière d'assistance médicale à la procréation ont ainsi permis de vaincre l'infertilité et de rendre visible l'être humain qui existe avant la naissance.

14. Les progrès de la médecine ont permis de révéler l'existence de l'être humain qui vit *in utero*. Jacques Alexandre le Jumeau de Keraderec, le 26 décembre 1821, a apporté à l'Académie royale de médecine, la preuve absolue de la vie fœtale fondant la médecine fœtale. Cela ne suscita pas tout de suite l'intérêt de la médecine. L'auscultation des bruits du cœur est devenue par la suite, un élément essentiel dans l'appréciation de la santé de l'enfant *in utero*. Le premier électrocardiogramme fœtal a été réalisé pour la première fois en 1906, mais il a fallu attendre le 22 janvier 1955 pour que soit réalisé un électrocardiogramme fœtal complet à la maternité de Port-Royal à Paris. Dès lors, à partir de ce moment, se sont organisées des études sur la morphologie et le rythme de cet électrocardiogramme pendant la grossesse, et pendant l'accouchement. La première échographie fœtale a eu lieu en 1958. Dans un premier temps, on pouvait simplement savoir si le fœtus était unique, puis on a commencé à étudier son squelette (son crâne, ses membres), calculer son âge et à

[36] On compte aujourd'hui environ 4 millions d'enfants nés d'une assistance médicale à la procréation.
[37] L'assistance médicale à la procréation s'entend de pratiques cliniques et biologiques qui vont de la conception in vitro d'embryon, le transfert d'embryons, à l'insémination artificielle, autrement dit toute technique qui permet la procréation en dehors du mode naturel. Voir art. L. 2141-1 du Code sant. publ. L'insémination intra-utérine est la plus ancienne des techniques qui consiste à stimuler l'ovulation, et au moment de celle-ci à déposer le sperme préparé au fond de l'utérus. La FIV se déroule en plusieurs étapes: l'obtention d'ovocytes matures (stimulation de l'ovulation puis recueil d'ovocytes matures), la préparation du sperme, la mise en fécondation en culture *in vitro* classique (FI) ou assistée (ICSI) et le transfert *in utero* du ou des embryons obtenus.

diagnostiquer des pathologies. L'échographie en trois dimensions a permis d'appréhender sa morphologie, son sexe, ses malformations, sa vascularisation cérébrale. Ces éléments ont permis de savoir que l'être humain *in utero* perçoit les sons, les produits acides ou doux, souffre si on le pique, a des mouvements thoraciques, peut sucer son pouce, déglutir, ou encore froncer les sourcils.

15. La médecine a donc été bouleversée par l'échographie du fœtus, le faisant passer de statut d'inconnu à celui de patient. En effet, il est un patient à qui l'on peut faire des examens comme le prélèvement de sang fœtal de son urine, de liquide amniotique, des soins, transfusions, dérivations urinaires, traitement d'une hernie diaphragmatique d'un spina, coagulation de vaisseaux dans une grossesse gémellaire. Lors de ces interventions, on lui administre un sédatif afin qu'il ne souffre pas car, pour le médecin, le fœtus est un patient.

16. Paradoxalement, cette meilleure connaissance de l'humain avant la naissance l'a également fragilisé. En effet, la conception de l'humain en dehors de la relation sexuelle a fait du médecin un tiers qui peut produire un être humain. Or, « tout acte de production entraîne nécessairement une domination sur la chose produite (…) en matière de fécondation *in vitro*, cette domination ne s'exerce pas sur des choses mais sur des individus humains au tout début de leur existence »[38]. L'embryon *in vitro* n'est pas protégé par l'utérus maternel, il est visible, manipulable. Pour les parents, il est l'objet d'un désir, celui de parenté. Pour les scientifiques, il recèle des possibilités de faire avancer la science. Les embryons surnuméraires, qui sont les embryons obtenus à la suite de l'assistance médicale à la procréation, et congelés dans l'attente d'une implantation future, font l'objet de l'intérêt des scientifiques qui voient en eux des matériaux potentiels de recherche. Si des recherches sur l'embryon *in utero* peuvent être envisagées au titre des recherches sur la personne humaine, ils bénéficient de la protection qui leur est assurée par le biais de leurs mères[39]. En revanche, la recherche sur l'embryon *in vitro* implique nécessairement sa destruction. Dès lors, seul l'embryon conçu dans le cadre d'une AMP ne faisant plus

[38] R. Andorno, *La distinction entre les personnes et les choses à l'épreuve des procréations artificielles*, thèse Paris, librairie générale de droit et de jurisprudence, 1996, p. 166.
[39] Les articles L. 1121-5 à L. 1121-8 du Code de la santé publique prévoient que quatre catégories de personnes bénéficient en tant que personnes vulnérables d'une protection particulière liée à la recherche parmi lesquelles on trouve les femmes enceintes et en conséquence, l'embryon et le fœtus *in utero*.

l'objet d'un projet parental[40] ou qui n'est pas susceptible d'être transféré ou conservé alors que les parents ont encore un projet parental[41] ou qui, au cours d'un diagnostic préimplantatoire (DPI)[42] se révèle être porteur de la séquence génétique en cause dans une maladie familiale (et pour laquelle un DPI a été réalisé) d'une particulière gravité et incurable au moment du diagnostic, peut faire l'objet d'une recherche scientifique.

17. L'embryon *in vitro* est au cœur d'enjeux thérapeutiques majeurs car les cellules souches embryonnaires provenant de l'embryon humain aux tout premiers stades de son développement peuvent se répliquer indéfiniment, proliférer en culture et se différencier en plus de deux cent types de tissus. Elles ont vocation à former tous les tissus de l'organisme. C'est sur cette capacité que reposent les espoirs actuels en termes d'applications biologiques et médicales puisqu'elles pourraient constituer un réservoir permanent de cellules permettant de réparer les organes malades ou endommagés voire même, remplacer la greffe d'organe. Par conséquent, l'embryon *in vitro* risque d'être instrumentalisé par le chercheur. Cette instrumentalisation est également en germe dans les techniques que sont le diagnostic préimplantatoire (DPI), le double DPI[43] et le diagnostic prénatal (DPN)[44]. En effet, il existe un lien entre les résultats négatifs du DPI et la non-implantation de l'embryon *in vitro* puisque la technique du DPI conduit à sélectionner un embryon qui n'est pas porteur de l'affection génétique et ne transférer dans l'utérus maternel que le ou les embryons qui ne sont pas porteurs de la maladie[45]. La technique peut être utilisée pour

[40] Art. L. 2141-4 II, 2 Code sant. publ.
[41] Art. L. 2141-3 al. 3. Code sant. Publ.
[42] Art. L. 2131-4 al 8 Code sant. Publ.
[43] Art. L .2131-4 alinéa 1er Code de la santé publique: C'est le diagnostic biologique réalisé à partir de cellules prélevées sur l'embryon *in vitro*. Le DPI est autorisé à titre exceptionnel lorsqu'un médecin, exerçant son activité dans un CPDPN, atteste que le couple, remplissant les conditions nécessaires à une AMP du fait de sa situation familiale, a une forte probabilité de donner naissance à un enfant atteint d'une maladie génétique d'une particulière gravité reconnue comme incurable au moment du diagnostic. Cf. art. L. 2141-2 et R. 2131-22-1 CSP. EN 2011, le législateur a autorisé le double DPI à l'article L. 2131-4-1 du Code de la santé publique et qui consiste à concevoir à la fois un enfant indemne d'une maladie génétique et de soigner un ainé malade grâce à une thérapie ne portant pas atteinte à l'intégrité corporelle du premier c'est-à-dire avec le prélèvement de sang de cordon ombilical de l'enfant à sa naissance.
[44] L'article L. 2131-1 du Code de la santé publique définit le DPN comme des « pratiques médicales y compris l'échographie obstétricale et fœtale, ayant pour but de détecter *in utero* chez l'embryon ou le fœtus, une affection d'une particulière gravité ». Le DPN s'entend donc de deux phases: la première est celle où l'on propose un DPN à la femme enceinte dans le cadre de son suivi de grossesse, la phase II ne s'enclenche que si les examens en phase I ont révélé un risque avéré. La femme est donc prise en charge par un centre pluridisciplinaire de diagnostic prénatal (CPDPN).
[45] Le DPI n'est pas légal partout, ainsi, il est interdit en Allemagne et en Suisse.

rechercher des prédispositions génétiques d'un cancer du sein ou du colon auquel cas ne sont implanté dans l'utérus que les embryons indemnes d'un facteur de risques sans pour autant que les autres soient malades. De même, il existe un lien ente le résultat négatif d'un DPN et l'interruption de grossesse médicale qui s'en suit. En effet, le DPN et l'interruption médicale de grossesse sont liés[46]. Une telle interruption peut être pratiquée à toute étape de la grossesse si deux médecins membres d'une équipe pluridisciplinaire issue d'un CPDPN attestent qu'il existe une forte probabilité que l'enfant à naître soit atteint d'une affection d'une particulière gravité reconnue comme incurable au moment du diagnostic.

18. Ainsi, les avancées médicales que sont l'échographie, le diagnostic prénatal et préimplantatoire, ont permis à la fois de mieux connaître l'être qui vit avant la naissance et l'ont mis en danger dans la mesure où se pose la question de l'eugénisme[47]. En effet, ces méthodes conduisent à maîtriser la reproduction, à sélectionner des embryons ou des fœtus pour ne conserver que ceux « sans défaut », à développer des techniques permettant la naissance d'enfants en bonne santé sans anomalie à la naissance voire sans pathologie pouvant apparaître à l'âge adulte. En cas d'anomalie, l'interruption de grossesse est autorisée jusqu'à la veille de la naissance qu'elle qu'en soit le terme même pour des anomalie moins handicapantes que celles liées à la prématurité, au retard de croissance, ou a des anomalies congénitales non visibles comme la surdité congénitale qui frappe un enfant sur 1000[48].

19. Le président du CCNE[49] observait que « cette obsession du dépistage destinée non à traiter mais à supprimer conduit à une politique de santé qui flirte de plus en

[46] L'interruption de grossesse peut être envisagée sur le fondement de l'article L. 2213-1 Code sant. publ. et s'appelle interruption de grossesse pour motif médical. Mais il faut distinguer l'interruption de grossesse parce qu'il met en péril la santé de la mère (L. 2213-1 alinéa 2. CSP) et l'interruption médicale de grossesse liée à une affection de l'enfant à naître (L. 2213-1 alinéa 3 CSP).

[47] Ces pratiques permettent un eugénisme négatif par l'élimination et un eugénisme positif par la sélection.

[48] J. Lansanc, « La société face à la vie prénatale », *in La vie à son déb*ut, ss. dir. A. Chancholle et C. Sureau, éd. Lavoisier, coll. Rapport de l'Académie nationale de médecine, 2011, p. 31.

[49] Crée par le Décret n° 83-132 du 23 février 1983 portant création d'un Comité consultatif national d'éthique pour les sciences de la vie et de la santé, JO, 25 février 1983, p. 630 ayant pour mission de « donner son avis sur les problèmes moraux qui sont soulevés par la recherche dans les domaines de la biologie, de la médecine et de la santé, que ces problèmes concernent l'homme, des groupes sociaux ou la société toute entière ». Un arreté du 11 septembre 2013 du ministre des affaires sociales a renouvelé les membres du comité.

plus avec l'eugénisme »[50]. Le DPI permet de trier les embryons pour ne choisir que les meilleurs, le DPN permet d'éliminer les embryons ou les fœtus atteints d'une maladie incurable. Dès lors, ces interventions sur le vivant humain, qui certes ont permis de grandes avancées thérapeutiques et sociales, sont également porteuses de danger pour cet être humain qui existe et vit avant la naissance.

20. La procréation telle qu'elle est envisagée par le droit de la bioéthique concerne également le refus de la maternité caractérisé par la législation sur l'interruption de grossesse. En effet, les progrès de la science ont rendu possible la procréation lorsqu'elle ne l'était pas naturellement et ont également permis à la femme de maîtriser sa fécondité et de refuser la maternité. Ces évolutions, voire révolutions ont bouleversé la société et le droit pénal. En effet, « le refus de faire naître un enfant ainsi que le refus de l'enfant-né forment les deux composantes du refus d'enfant et de l'atteinte à sa vie physique. Qu'elle s'exprime très tôt, au stade de la procréation, ou plus tard, après la naissance, l'interruption de la vie est appréhendée par la norme pénale à travers deux types d'incriminations (…) il s'agit de l'avortement, l'infanticide, et plus largement des méthodes anticonceptionnelles (…) »[51]. L'avortement était une infraction pénale punie de la réclusion criminelle dans le Code pénal de 1810. A partir des années 60, la règlementation pénale a été influencée par le mouvement de libération sexuelle de la femme qui s'est traduit par « le désir d'émancipation de la femme par l'effet duquel doit exister un choix entre continuation de la grossesse (morale) et interruption de la grossesse (liberté) »[52]. Ainsi, la propagande anticonceptionnelle initialement interdite par une loi du 31 juillet 1929 a été dépénalisée par la loi du 28 décembre 1967 dite « Neuwirth » qui a permis aux femmes d'accéder à la contraception[53].

21. La loi du 17 janvier 1975 a modifié la législation pénale relative à l'avortement puisque qu'elle a dépénalisé partiellement l'avortement[54] et a autorisé la femme que sont état plaçait en situation de détresse, à mettre un terme à sa grossesse. Cette loi manifestait le compromis trouvé entre, d'un côté la protection de la vie humaine

[50] D. Sicard, la France au risque de l'eugénisme, Le Monde, 2007.
[51] E. Hartmann, *Le droit pénal face à la maternité criminelle*, Thèse Strasbourg, 2011, p. 50.
[52] J. Pradel, M. Danti-Juan, *Droit pénal spécial*, éd. Cujas, 2010, p. 46.
[53] Loi n° 67-1176 du 28 décembre 1967 relative à la régulation des naissances et abrogeant les articles L. 648 et L. 649 du code de la santé publique
[54] Loi n° 75-17 du 17 janvier 1975 relative à l'interruption volontaire de grossesse, JO 18 janvier 1975.

avant la naissance et de l'autre la consécration de la liberté procréative de la femme. Or, ce compromis trouvé entre l'avortement sanctionné et l'autre l'interruption de grossesse justifiée, s'est s'atténué au fils des années au profit d'une législation pénale ayant pour principal objet la protection de la liberté personnelle de la femme[55]. En effet, « l'avortement est sorti du champ pénal à la fin du XXème siècle (…) la pratique judiciaire puis le législateur se sont engagés dans un lent processus de dépénalisation puis de décriminalisation de l'avortement. Débutée par un mouvement de renonciation aux poursuites des faits délictueux, poursuivie par une renonciation à l'incrimination même du comportement, la sortie de l'avortement du champ pénal aboutit à un déplacement de l'intervention du droit pénal qui, de la répression de l'expression délictueuse du refus de l'enfant à naître par la femme enceinte, se porte désormais sur la protection du choix de maternité exprimé par la femme enceinte »[56]. L'article L. 2223-2 du Code de la santé publique réprimant l'entrave à l'IVG[57] illustre la transformation de la *ratio legis* de la norme pénale autour du refus de la maternité.

22. Aujourd'hui notre Code pénal ne contient plus que l'article 223-10 prévoyant cinq ans d'emprisonnement et 75 000 euros d'amende lorsque l'interruption de grossesse est effectuée sans le consentement de la femme enceinte. Dès lors, la *ratio legis* de la législation sur le refus de maternité a profondément évolué passant d'une réglementation exclusivement pénale à une réglementation presque exclusivement médicale prévue par les articles L. 2212-1 et suivants du Code pénal.

23. La loi n° 2014-873 du 4 août 2014 sur l'égalité réelle entre les femmes et les hommes[58] a supprimé la condition de détresse de la législation sur l'interruption volontaire de grossesse. Cette suppression a été considérée par certains comme « une atteinte au principe de valeur constitutionnelle du respect de l'être humain dès le

---

[55] En ce sens J. Lupinska, *La procréation humaine en droit pénal français et polonais* comparé. Thèse, Nancy, 2012, p. 127.

[56] E. Hartmann, *op. cit.* p. 1289.

[57] Modifié par la loi n° 2014-873 du 4 août 2014: « Est puni de deux ans d'emprisonnement et de 30000 euros d'amende le fait d'empêcher ou de tenter d'empêcher de pratiquer ou de s'informer sur une interruption de grossesse ou les actes préalables prévus par les articles L. 2212-3 à L. 2212-8 :- soit en perturbant de quelque manière que ce soit l'accès aux établissements mentionnés à l'article L. 2212-2, la libre circulation des personnes à l'intérieur de ces établissements ou les conditions de travail des personnels médicaux et non médicaux ;- soit en exerçant des pressions morales et psychologiques, des menaces ou tout acte d'intimidation à l'encontre des personnels médicaux et non médicaux travaillant dans ces établissements, des femmes venues y subir ou s'informer sur une interruption volontaire de grossesse ou de l'entourage de ces dernières ».

[58] Journal Officiel 5 Aout 2014; *JCP G* 2014, act. 918, Aperçu rapide B. Ancel.

commencement de sa vie » (…) modifiant un équilibre (…) imparfait en pure logique philosophique »[59]. De son côté le Conseil constitutionnel a considéré que la condition relative à l'état de détresse de la mère n'étant plus une condition objective soumise à l'appréciation d'un tiers et que « le législateur dans le cadre de son large pouvoir d'appréciation a souhaité mettre fin à une formulation dépourvue de réelle portée juridique ». Le Conseil constitutionnel, dans une décision du 31 juillet 2014, a affirmé que le dispositif de la loi modifiée « réserve (…) à la femme le soin d'apprécier seule si elle se trouve dans cette situation (…) par conséquent la disposition ne méconnaît aucune exigence constitutionnelle »[60] .

24. Ainsi, on constate que les normes relatives à la procréation humaine, saisies par le droit de la bioéthique ont rendu nécessaire une définition de l'humain en droit puisque « l'individu humain n'est pas nécessairement sujet de droit. Il le devient et il ne bénéficie de cette qualité que si elle lui est attribuée par le droit positif, lequel peut en subordonner l'attribution aux conditions qu'il définit lui-même »[61].

25. L'être humain avant la naissance est donc au cœur des législations relatives à la procréation qu'elles concernent le refus de la maternité ou au contraire le désir de maternité. Pourtant, cet être avant la naissance n'a fait l'objet d'aucune définition juridique que ce soit dans les lois bioéthiques du 29 juillet 1994[62], pas plus que dans celles qui ont suivi. Le législateur a encadré les innovations à l'origine de la manipulation de l'être avant la naissance sans le définir. Ainsi, il affirmé à 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 ».

26. D'autres dispositions concernant l'être avant la naissance, sont éparpillées dans plusieurs Codes. Dans le Code de la santé publique, les dispositions relatives à l'embryon se situent dans la deuxième partie intitulée « Santé reproductive, droits de

[59] Ce sont notamment les arguments des soixante sénateurs ayant saisi le Conseil constitutionnel, cité par B. Mathieu « Le contrôle de constitutionnalité virtuel de la législation relative à l'IVG », *JCP G* 2014 n° 37 , act. 917.
[60] Cons. const., 31 juill. 2014, DC n° 2014-700, Journal Officiel 5 Aout 2014; B. Mathieu i*bid.*
[61] M. Virally, *La pensée juridique*, LGDJ, 1960 p. 121.
[62] Loi n° 1994-653 du 29 juillet 1994 relative au respect du corps humain et loi n° 1994-654 relative au don et à l'utilisation des éléments et produits du corps humain, à l'assistance médicale à la procréation et au diagnostic prénatal.

la femme et protection de la santé de l'enfant ». Les diagnostics anténataux sont rangés dans le livre III intitulé « Des actions de prévention concernant l'enfant ». Le livre V est consacré à la recherche sur l'embryon et les cellules souches embryonnaires. De son côté, le Code pénal envisage l'embryon au livre V intitulé « Des autres crimes et délits », à la section III intitulée « De la protection de l'embryon ». Sont ici envisagées principalement des infractions à l'éthique biomédicale qui concernent essentiellement l'embryon *in vitro*.

27. Ces dispositions éparses qui traitent de l'être avant sa naissance, en le visant sous la qualification d'enfant sous celle d'embryon *in vitro*, sous celle d'être humain ou encore de personne, ne suffisent pas à déterminer clairement une condition juridique ni même une définition de cet être. En effet, si l'on se penche sur l'article 16 du Code civil pour tenter de définir l'être avant la naissance, le législateur nous renvoie à la primauté de la personne et le respect de l'être humain au commencement de sa vie. Dès lors, cela nous invite à nous interroger sur le point de savoir si ces termes sont synonymes? Pourquoi les distinguer, voire les opposer? L'être humain au commencement de sa vie est-il une personne? En quoi se distingue-t-il de la personne ? Alors que l'objet de cet article était de placer des barrières dissuasives au progrès de la science, il est en réalité venu confirmer l'adage populaire « qui embrasse trop mal étreint ». Le législateur a essayé de dégager des principes respectueux de l'être humain tout en s'abstenant de le qualifier juridiquement[63]. Or, la nécessité de qualifier juridiquement l'enfant avant la naissance est un impératif qui revient sans cesse.

28. En l'absence de prise de position législative, diverses instances se sont alors saisies de la question. Le Comité consultatif national d'éthique dans son premier avis daté du 28 mai 1984 a qualifié l'embryon de «personne humaine potentielle »[64]. Le Conseil constitutionnel saisi dans le cadre des lois bioéthiques de 1994 a choisi de

[63] N. Baillon-Wirtz, « L'enfant simplement conçu » *Lamy droit civil*, 2011, n° 87 supplément 27.
[64] CCNE, « Avis sur les prélèvements de tissus d'embryons et de fœtus humains morts à des fin thérapeutiques,diagnostiquesetscientifiques»,22mai984,http://www.ccneethique.fr/sites/default/files/publications/avis001.pdf

qualifier l'embryon *in vitro* de non-être humain[65], puis a fini par reconnaître sa dignité qu'il soit conçu *in vitro* ou *in utero*[66].

29. La jurisprudence criminelle a également été saisie de la question. Dans un arrêt de principe du 30 juin 1999, elle a exclu toute application de la qualification d'homicide involontaire[67]. La chambre criminelle avait alors remis en cause l'arrêt de la cour d'appel de Lyon du 13 mars 1997 qui avait admis une protection pénale de la vie en formation[68] en considérant que la norme pénale n'opérait aucune distinction entre les différentes phases successives de la vie humaine. La cour d'appel avait considéré que l'enfant à naître méritait une protection pénale au nom de sa qualité de personne humaine. Cette solution a été abandonnée le 30 juin 1999 puisque la chambre criminelle a considéré que les faits reprochés au prévenu n'entraient pas dans les prévisions des articles 319 et suivants ancien et 221-6 du Code pénal. Par cet arrêt la chambre criminelle a restreint la norme pénale relative à la protection de la personne à la naissance de l'enfant. L'Assemblée Plénière le 29 juin 2001[69] a confirmé cette position en considérant que le principe de légalité des délits et des peines et de l'interprétation stricte de la loi pénale s'opposait à l'application de l'article 221-6 du Code pénal à l'enfant à naître. Ainsi, l'enfant à naître ne peut être victime d'une infraction pénale. Depuis, la jurisprudence de la Cour de cassation a confirmé cette position[70], et considère que tant que l'enfant n'est pas né vivant, sa vie n'est pas susceptible d'une protection égale à celle de la personne née vivante. Néanmoins, cette position jurisprudentielle est contestée. Ainsi, le 4 février 2014, le Tribunal correctionnel de Tarbes a condamné pour homicide involontaire un automobiliste à

---

[65] B. Edelmen, « Le Conseil constitutionnel et l'embryon », *D,* 1995, p. 205

[66] DC n° 2013-674, 6 aout 2013, *JCP* 2013. 904. L. Lambert-Garrel ; *Constitutions* 2013. 443, chron. X. Bioy.

[67] Cass. crim., 30 juin 1999, Bull. crim., n° 174 ; *D.* 1999, Jur. p. 710, note D. Vigneau ; *ibid.* 2000, somm. p. 27, obs. Y. Mayaud, *JCP* 2000, II, n° 10231 (1er arrêt), note G. Fauré ; *Gaz. Pal.* 1999, 2, p. 676, note Bonneau, et Chron. p. 139, obs. J.-P Doucet ; *LPA,* 17 nov. 1999, note Debove ; *Dr. pénal* 2000, Comm. 3, obs. M. Véron ; *RSC,*. 1999, p. 813, obs. Y. Mayaud. *Adde* : G. Roujou de Boubée et B. de Lamy, *D.* 2000, Chron. p. 181 ; M.-L. Rassat, *Dr. pénal* 2000, chron. 12.

[68] CA Lyon, 13 mars 1997, *D.* 1997, p. 557 ; *JCP G* 1997, II, 22955.

[69] Cass. Ass. Plén., 29 juin 2001, bull. crim. Inf. C. cass. 2001, n° 540, concl. J Sainte-Rose, et rapp. P. Sargos; *D.* 2001, p. 2917; *JCP G* 2001, II, 10569, rapp. P. Sargos, concl. Sainte-Rose et note M-L. Rassat ; *JCP G* 2002 I , 101, n° 21, obs. P. Murat ; *Gaz. Pal.* 2001, 2, 1456, note Bonneau ; *Gaz. Pal.* 2002, 1, 85 concl. J. Sainte Rose ; *Gaz. pal.* 2002, 2, 998, note S. Monnier ; *Dr pén* 2001, chron. n° 34, obs. Demont ; *RTD civ.* 2001, 560 obs. J. Hauser ; *RSC,* 2002, 97, obs. B. Bouloc; Cass. crim. 2 déc. 2003*, JCP G*, 2004, 10054, note M. L. Rassat; Juris-data n° 2003-021533; *JCP G* 2004, IV 1105, note J. Pradel; *D.* 2004 p. 449, note J. Pradel*; Dr. fam.* 2004 comm. 26 note B. De Lamy.

[70] Cass. crim.. 25 juin 2002, *D.* 2002, p. 3099 note J. Pradel; Cass crim. 4 mai 2004*, D.* 2004 p. 3097 note J. Pradel; Cass. crim. 27 juin 2006 pourvoi n° 83767.

l'origine de la mort d'un enfant à naître[71]. Le Tribunal a considéré que le fœtus peut être victime d'une infraction pénale d'atteinte à sa vie. Compte tenu de la jurisprudence de la Cour de cassation, le procureur général a interjetté appel. Cette insoumission des juges Tarbais manifeste le malaise profond face à la jurisprudence de la Cour de cassation.

30. En revanche, sur le terrain du droit civil, le législateur a accordé à l'existence de l'être avant sa naissance des conséquences juridiques. L'acte d'enfant sans vie prévu par l'article 79-1 alinéa 2 du Code civil dispose qu'« A défaut du certificat médical prévu à l'alinéa précédent, 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 jours, 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 ». La première chambre civile de la Cour de cassation du 6 février 2008 a jugé que les dispositions du second alinéa de l'article 79-1 du Code civil ne subordonnaient pas l'établissement d'un acte d'enfant sans vie au poids ou à la durée de la grossesse, de telle sorte que les fœtus nés sans vies ou morts-nés, quelques soient leurs poids lors de l'accouchement ou la durée de grossesse, doivent pouvoir être enregistrés à l'état civil par l'établissement d'un acte d'enfant sans vie[72].

31. L'acte d'enfant sans vie a des effets juridiques distincts de ceux d'un acte de naissance suivi d'un acte de décès. Il n'a, ni pour objet d'établir le décès d'une personne juridique, ni de constater l'acquisition d'une personnalité juridique, ni d'établir la filiation. Dès lors, si son objet n'est pas le constat de l'existence d'une personnalité juridique, c'est que le législateur, « conscient de certaines réalités humaines irréductibles aux qualifications juridiques, (…) a pris en compte la douleur que peut impliquer pour des parents, ou pour une femme enceinte, la perte d'un

[71] T. corr. Tarbes, 4 févr. 2014, n° 12021000029 : JurisData n° 2014-013013, *Dr fam.* 2014, n° 7-8, juillet 2014, comm. 127, note A. Mirkovic.

[72] Cass. civ. 1ère, 6 février 2008, n° 06-16.498, n° 06-16 499, et n° 06-16 500, *D.* 2008. A J. 483, obs. Guiomard ; obs. Chauvin ;*D.* 2008 pan. 1371, obs. Granet-Lambrechts ; *D.*2008. Pan. 1442, obs. C. Galloux ;*D.* 2008 Jur.1862, note G. Roujou de Boubée et D. Vigneau ; *AJ fam.* 2008, 95, obs. V Aréna Robardet, *JCP* G 2008. II. 10045, note G. Loiseau; *Gaz. Pal.* 13-14 févr. 2008, note. Legoux ; *LPA* 1er avril 2008, note Latina; *Dr. fam.* 2008, n 34, obs. P. Murat; *Defrénois* 2008. 866, note J. Massip; *RLDC* 2008/47, n° 2915 et 2916, obs. Marraud des Grottes, Delevoye et C. Sureau

enfant à naître (…). L'acte d'enfant sans vie a pour objet, comme un relais de cette réalité, de ce vécu, d'inscrire l'enfant disparu dans une généalogie, dans l'histoire d'une famille. Ce n'est pas parce qu'un tel acte n'établit pas juridiquement la filiation qu'il n'y a pas de filiation : aucun enfant ne procédant du néant, si brève que soit son existence »[73]. L'acte d'enfant sans vie emporte des conséquences juridiques puisqu'il permet la possibilité d'attribuer un ou plusieurs prénoms à l'enfant[74], l'inscription sur le livret de famille[75] ou le bénéfice de certains droits sociaux comme le congé maternité[76]. Il permet également de réclamer le corps de l'enfant afin d'organiser des obsèques[77]. A travers l'acte d'enfant sans vie, le législateur a donc choisi de faire produire des conséquences juridiques à l'existence de cet être avant la naissance.

32. Or, cette reconnaissance juridique interroge. Sur quel fondement juridique cet acte d'enfant sans vie est-il établi? Nous l'avons vu, cette reconnaissance n'est pas liée à la personnalité juridique. Cela signifie donc que l'existence de l'enfant à naître a suffi à entrainer des droits qui ne se mesurent pas nécessairement à l'aune de la personnalité juridique et qui ne lui sont pas liés. Dès lors, en faisant produire à la vie de l'être avant la naissance des conséquences juridiques, le législateur a choisi de considérer que cet être pouvait être qualifié d'enfant et que son existence pouvait faire l'objet d'une consécration juridique. Or, cette solution, mise en perspective avec la solution pénale qui refuse de reconnaître à l'enfant qui n'est pas né la qualité de victime, interpelle. Comment le droit civil peut-il reconnaître la qualité d'enfant sans vie à un être à qui le droit pénal refuse la protection de sa vie?

33. Il faut, dès à présent relever ce premier paradoxe, qui s'ajoute au fait que le droit pénal exclut la protection de la vie de l'être en formation alors que l'exposé des motifs du Code pénal de 1992 rappelait que « Les textes de 1810, de façon significative, privilégiaient la défense de l'État et le respect de la propriété individuelle. Sans négliger la sauvegarde des institutions républicaines et de la paix publique, sans méconnaître la nécessité de protéger les biens et les échanges économiques, il demeure que le nouveau code pénal doit prendre pour fin première la

[73] G. Roujou de Boubée, « Les conditions de l'inscription à l'état civil d'un enfant mort-né », *D.* 2008, 1862
[74] Instruction générale de l'état civil (IGEC), art. 476-2.
[75] IGEC, art. 469-1 al. 2 et 3
[76] Art. 331-5, al. 1er Code de la sécurité sociale ou de paternité Arrêté du 9 janv. 2008, art. 1er, JO du 11 janv. p. 630.
[77] Art. R. 1112-75 Code sant. publ.

défense de la personne humaine et tendre à assurer son plein épanouissement en la protégeant contre toutes les atteintes, qu'elles visent sa vie, son corps, ses libertés, sa sûreté, sa dignité, son environnement. Pour exprimer les valeurs de notre temps, le nouveau code pénal doit être un code humaniste, un code inspiré par les Droits de l'Homme »[78].

34. Le Code pénal entré en vigueur en 1994, protège la vie de l'être humain dans une double perspective: de manière individuelle, et de manière plus générale, dans son appartenance à la l'humanité. De manière collective, les atteintes au genre humain sont sanctionnées par l'incrimination des crimes contre l'humanité. Ce sont des crimes contre les personnes qui vont au-delà des atteintes à la personne humaine qui comprennent les atteintes à la vie, à l'intégrité physique ou psychique, aux libertés, à la dignité et à la personnalité[79]. A ces crimes contre l'humanité sont venus s'ajouter les crimes contre l'espèce humaine, conséquence de l'essor des biotechnologies. En effet, les articles 214-1[80] et 214-2[81] du Code pénal sanctionnent respectivement les crimes d'eugénisme et de clonage reproductif en tant que crime contre l'humanité.

35. Les atteintes individuelles à l'humain sont sanctionnées par l'homicide, incriminé à l'article 221-6 du Code pénal comme l'atteinte individuelle à l'humain la plus grave. La jurisprudence a rigoureusement sanctionné cette atteinte à l'humain. En effet, la chambre criminelle a accepté d'incriminer l'infraction impossible dans le désormais célèbre « arrêt Perdereau » dans lequel elle a considéré « qu'il n'importe pour que soit caractérisée la tentative d'homicide volontaire que la victime fut déjà décédée, cette circonstance étant indépendante de la volonté de l'auteur »[82]. Ici, la protection de l'humain pris dans son aspect individuel n'a pas été limitée par le principe de la légalité criminelle puisque la qualité de victime a été reconnue à une

[78] Exposé des motifs du projet de Code pénal, « Le bicentenaire du Code pénal 1810-2010 », colloque organisé par le Sénat, le 25 novembre 2010 http, //www.senat.fr/notice rapport/2010/actesbicentenairecodepenal-notice.html

[79] M. Massé, « Les crimes contre l'humanité dans le nouveau Code pénal », *RSC* 1994 p. 376.

[80] Article 214-1 issu de la loi n° 2004-800 du 6 aout 2004: « Le fait de mettre en œuvre une pratique eugénique tendant à l'organisation de la sélection des personnes est puni de trente ans de réclusion criminelle et de 7 500 000 euros d'amende ».

[81] Article 241-2 C. pén. issu de la loi n° 2004-800 du 6 aout 2004: «Le fait de procéder à une intervention ayant pour but de faire naître un enfant génétiquement identique à une autre personne vivante ou décédée est puni de trente ans de réclusion criminelle et de 7 500 000 euros d'amende ».

[82] Cass. crim., 16 janvier 1986, *JCP* 1986 II 20 7774, note G. Roujou de Boubée, *D.* 1986, p. 265. note .D. Mayer.

personne décédée. Pourtant, quelques années plus tard, c'est ce même principe de légalité criminelle qui est invoqué par la jurisprudence pour exclure la qualité de victime à l'être humain avant la naissance.

36. Ces paradoxes autour de la protection pénale de l'enfant à naître nous invitent à nous interroger sur sa condition pénale. Il faut, dès à présent, préciser le sens de la condition par rapport à la question du statut. Monsieur Pierre-Jérôme Delage s'est intéressé à l'acception de la condition, en considérant que si la question de la condition juridique inclut la question du statut juridique, elle le déborde et implique également la question de son traitement juridique[83]. C'est également cette approche que nous allons adopter. Bien plus que la question du statut de l'être qui vit avant la naissance, nous tenterons de comprendre comment doivent être interprétées les règles qui concernent la vie de l'être avant la naissance. Si la condition implique plus que la question du statut, nous devrons malgré tout y répondre.

37. Pour répondre à la question de l'être avant la naissance, notre droit nous offre deux possibilités: soit la qualification de personne soit la qualification de chose. C'est la *summa divisio* qui fonde et organise notre système juridique. L'expression: « *summa divisio* », issue du droit romain, structure toujours notre système juridique. Elle consiste en une opposition au sein de laquelle tout ce qui ne relève pas de la catégorie des personnes relève de la catégorie des choses. A l'origine de cette distinction, se trouvait une distinction en droit romain des modes d'actions en justice. Selon Justinien « on déduit d'une division suprême en deux catégories toutes les actions par lesquelles on soumet à des juges ou à des arbitres une affaire; car elles sont ou sur la chose (réelles) ou sur la personne (personnelles) » (*omnium actionum, quibus inter aliquos apud judices arbitrosue de qua re quaeritur, summa divisio in duo genera deducitur: aut enim in rem sunt aut in personam*)[84]. Ainsi étaient en réalité distingués, non les matières juridiques en elles-mêmes mais le mode de relation « ou si l'on veut le type de litige qui conduit les deux plaignants devant le préteur puis le juge (…) mais la différence entre chacune des deux actions (*in rem/in personam*) n'en demeure pas moins radicale dans son essence car si les actions

[83] P.-J. Delage, « La condition animale. Essai juridique sur les justes places de l'Homme et de l'animal », Thèse Limoge, 2013, p. 2.
[84] Justinien, Institutes, IV, 6. Gaius a également suggéré cette distinction, Gaius, Institutes, IV, 1.

peuvent éventuellement se superposer, elles ne sauraient se confondre mutuellement. Telle est la radicalité procédurale qui sous-tend la *summa divisio* en cause »[85].

38. Dès lors, ramenée à la question de l'enfant à naître, cette distinction conduit à considérer qu'il est soit une chose soit une personne. Or, la personnalité juridique est attribuée à la personne qui vient au monde vivante et viable. Par conséquent, c'est seulement à compter de ce moment que l'enfant devient une personne juridique et acquiert une filiation, un domicile, une identité. Avant sa naissance, l'enfant à naître n'est donc pas une personne juridique. Pour autant peut-on affirmer qu'il est une chose ?

39. Pour entrevoir une réponse à cette question il convient de s'intéresser aux dispositions qui concernent la vie de l'être avant la naissance. Lors de l'adoption des deux premières lois Bioéthiques du 29 juillet 1994[86] le législateur a souhaité encadrer les innovations à l'origine de la manipulation de l'être avant la naissance et a affirmé au sein 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 ». Ainsi, de manière vague et confuse, le législateur est venu néanmoins affirmer la qualité humaine de cet être qui existe avant la naissance. Le Code de la Santé publique traite des dispositions relatives à l'embryon dans sa une partie intitulée « Santé reproductive, droits de la femme et protection de la santé de l'enfant ». Il traite des diagnostics anténataux dans un livre III intitulé « Des actions de prévention concernant l'enfant ». Le législateur a consacré seize articles à la protection de l'embryon dans la section III de son livre V intitulé « Des autres crimes et délits ». S'il faut admettre que la protection pénale de l'embryon est confuse, mal organisée et contestable au sein de ce livre V, elle situe néanmoins l'embryon dans un chapitre dont la *ratio legis* est l'éthique biomédicale. Or, cette éthique biomédicale prônée par le Code pénal, a pour fin la défense de l'humain dans son individualité et dans son appartenance à la famille humaine[87].

---

[85] E. Lazayrat, J. Rochefeld et J.-P Marguénaud, « La distinction des personnes et des choses » *Dr. fam.* avril 2013 étude n° 5

[86] Loi n° 1994-653 du 29 juillet 1994 relative au respect du corps humain et loi n° 1994-654 relative au don et à l'utilisation des éléments et produits du corps humain, à l'assistance médicale à la procréation et au diagnostic prénatal.

[87] Voir en ce sens P. Mistretta, *Droit pénal médical*, éd. Cujas, 2013, p. 374.

40. Dès lors, l'ensemble de ces dispositions, nous permettent de constater que si l'être avant la naissance n'est pas une personne juridique, il ne fait pas non plus partie de la catégorie des choses. Sa qualité humaine n'est pas compatible avec cette catégorie. En effet, le rejet de l'assimilation de l'enfant à naître et de la chose s'appuie sur l'incompatibilité intrinsèque de la catégorie des choses et la qualité d'être humain[88]. Monsieur le Professeur Philippe Malaurie constatait que la qualification de l'embryon en tant que chose serait une réification juridique de la personne contraire à notre civilisation puisque la distinction de la personne humaine et la chose constitue le fondement principal de notre civilisation : « En France, elle a libéré l'homme de l'esclavage (…) c'est sur elle que repose la dignité de la personne (…) »[89]. Ainsi, le rejet de la qualification de chose à l'enfant à naître se fonde sur cette reconnaissance de l'égale dignité de chaque être humain[90] qu'il soit né, à naître ou décédé, et qui empêche de le ranger parmi les choses.

41. Si la condition juridique de l'enfant à naître est gouvernée par une absence de définition juridique, une variété des dispositions qui l'entourent et organisent son régime juridique, une certaine contradiction entre les disciplines dans son approche, on constate cependant un consensus sur un point essentiel : l'indubitable humanité de cet être qui existe avant de naître. En effet, « l'être humain est humain dès sa conception et pas seulement dès sa naissance car sa naissance n'apporte rien de spécifique à son humanité, laquelle est déjà toute entière dans l'embryon »[91].

42. Par conséquent, les paradoxes autour de l'absence de protection pénale de l'enfant à naître nous conduisent à un premier constat celui de l'incapacité de la dichotomie personne/chose à rendre compte de l'humain en droit. D'ailleurs, en dehors de la condition juridique de l'enfant à naître, la radicalité de cette alternative est mise à mal à travers la jurisprudence. En effet, on peut constater qu'il existe une certaine réification de la personne juridique à travers l'usage du nom qui peut être

---

[88] V. par ex : P. Raynaud, « L'enfant peut-il être objet de droit? » ; D. 1988, p. 112. M. Herzog Evans, « Homme, homme juridique et humanité de l'embryon » *RTD civ* 2000 p. 165; D. Vigneau, *L'enfant à naître,* Thèse Toulouse, 1988 p. 40; A. Bertrand Mirkovic, « Le statut de l'embryon, la question interdite!»*JCP G* 2010 n° 4 p. 177 ; A. Giudicelli, *Génétique humaine et droit, à la redécouverte de l'homme*, Thèse Poitiers, 1993, p. 67.

[89] P. Malaurie, *Les Personnes, les incapacités*. Paris, Defresnois, 2007, p. 3-5.

[90] D. Starapatsanis, *Les fondements éthiques des discours juridiques sur le statut de la vie humaineanténatale,* Presse universitaire de Paris ouest, 2010, p.127.

[91] G. Cornu, synthèse des travaux, in B. Feuillet le Mintier, *L'embryon humain. Approche multidisciplinaire*, economica, 1996, p. 330.

cédé,[92] l'image de la personne qui peut faire l'objet d'un contrat de cession de droit commun[93], ou encore à travers la possibilité pour le professionnel libéral de « céder» sa clientèle[94]. A l'inverse on constate également une certaine personnification des choses. Ces reconnaissances n'en mettent pas moins à mal la rigidité de la dichotomie. La problématique posée par l'existence de l'enfant conçu a alors contribué à la remise en cause de la radicalité de la dichotomie personne juridique/chose.

43. A partir de ces constats nous nous sommes interrogés sur l'existence d'une catégorie juridique susceptible d'accueillir cet être avant la naissance qui n'est ni une personne juridique ni une chose. Existe-t-il une catégorie qui pourrait permettre d'identifier juridiquement l'enfant à naître et lui proposer une protection en adéquation avec sa nature humaine. Nous avons rapidement banni les qualifications de « personne humaine potentielle »[95], « personne humaine en devenir »[96] ou encore « personne humaine progressive »[97], car ces qualifications ne permettent pas de proposer une solution satisfaisante au regard de la situation posée par l'existence de l'enfant conçu. En effet, la potentialité, la virtualité et la progressivité nient l'existence même de cet être. Lorsqu'on parle de potentialité de la personne humaine on doute alors de l'humanité même de cette personne. Or, c'est justement sur l'humanité de cet être avant la naissance que les diverses instances juridiques semblent s'accorder.

44. Dès lors, l'outil juridique à notre disposition permettant d'embrasser la réalité de l'existence de l'enfant à naître nous est apparu être la notion de personne humaine. Outil juridique transdisciplinaire, la notion nous a semblé pouvoir saisir l'existence de l'humain avant la naissance et d'en rendre compte. En effet, la problématique posée par l'être humain avant sa naissance est certes celle de sa classification au sein de l'ordonnancement juridique, mais elle est également celle de sa protection. Peut-on et doit-on protéger l'humain lorsqu'il ne revêt pas l'habit de la

---

92 Cass. com., 12 mars 1985, *JCP G* 1985, II, 20400, note G. Bonet *; D.*1985, p. 471, note J. Ghestin; Cass. com., 1er déc. 1987, *JCP G* 1988, II, 21081, note E. Agostini.
93 Cass. 1 ère civ, 11 déc. 2008: *JCP G* 2009, II, 10025, note. G. Loiseau, *RTD civ*. 2009, p. 342, obs. T. Revet.
94 Cass. 1ère civ., 7 nov. 2000 : *JCP G* 2001, II, 10452, note F.Vialla ; *JCP* G 2001, I, 301, n° 16, obs. J. Rochfeld *; D*. 2001, p. 2400, note Y. Auguet.
95 CCNE, *op. cit*.
96 Office parlementaire d'évaluation des choix scientifiques et technologiques, l'évaluation de la loi du 6 août 2004 relative à la bioéthique, 20 novembre 2008, t. 1, p. 182 cité par A. Mirkovic *op. cit*.
97 L Cassiers, « La dignité de l'embryon humain », *RTD. eur*. 2003 p. 420 ; p. 413.

personne juridique? La protection de la vie de l'être humain doit-elle être conditionnée par l'acquisition de la personnalité juridique?

45. Les réponses à ces questions semblent pouvoir trouver une explication dans la notion de personne humaine. La notion de personne juridique a été définie comme une aptitude à la titularité de droits et d'obligations reconnus aux êtres humains lorsqu'ils sont venus au monde vivants et viables et à certains groupements. Elle serait donc un mécanisme permettant à des entités humaines ou non-humaines d'exister sur le terrain du droit et de se voir attribuer la qualité de sujet de droit. Demogue soulignait déjà que cette qualité appartenait aux « intérêts que les hommes vivant en société reconnaissent suffisamment importants pour les protéger par le procédé technique de la personnalité. Le *substratum* essentiel est ici l'intérêt protégé »[98]. En revanche, la personne humaine d'apparition plus récente n'a pas été clairement définie par le droit. Elle a été souvent confondue avec son homologue, la personne juridique. D'ailleurs cette confusion semble expliquer en partie la jurisprudence de l'Assemblée Plénière relative à l'homicide de l'enfant à naître. Dès lors, afin d'identifier clairement la notion de personne humaine, notre étude ne peut se passer d'une analyse de la sphère de la personne juridique et de sa fonction. En effet, les frontières de la personne juridique nous permettent de rendre visible les besoins de la notion de personne humaine.

46. C'est à travers le titre II du livre II du Code pénal relatif aux atteintes à la personne humaine que la notion de personne humaine a été essentiellement révélée. La notion d'origine philosophique a été assimilée comme une valeur, un idéal à laquelle le droit doit tendre. C'est pourquoi la notion semble parfois abstraite, floue et difficile à cerner. Néanmoins l'étude des incriminations de crimes contre l'humanité et contre l'espèce humaine nous ont permis de comprendre la double dimension de la personne humaine, qui embrasse à la fois l'humain dans son acception biologique, et en tant que membre de la communauté humaine. Ainsi, « le juriste assiste, à la construction progressive d'un nouvel élément, sans doute fondamental du corpus juridique »[99], l'avènement de la personne humaine.

---

[98] Demogue, « La notion de sujet de droit. Caractères et conséquences », *RTD civ,* 1906, p. 630.
[99] X. Bioy*, Le concept de personne humaine en droit public. Recherche sur le sujet des droits fondamentaux,* Nouvelle bibliothèque de thèses, Dalloz, 2003, p. 19.

47. La notion de personne humaine se présente comme un palliatif à une catégorie juridique défaillante qu'est la personnalité juridique lorsqu'il s'agit de protéger et de rendre compte de l'exception d'humanité. Elle prend le relais de la personnalité juridique quand celle-ci s'efface et permet alors de protéger l'humain. Elle s'avère être un « (…) outil de contrôle suffisamment large pour englober l'humain dans toutes les situations. Un outil de sauvegarde qui permet également de pallier les éventuelles déficiences du droit classique; une notion rassurante, protectrice et qui permet un double renvoi. Une notion qui nous conforte dans notre individualité, celle là même qui est si chère à notre monde contemporain, et une autre qui nous intègre dans une grande famille sacré l'humanité »[100].

48. L'identification de la notion de personne humaine ne servirait pas à grand-chose si elle n'était pas accompagnée de la notion juridique de dignité qui permet de lui donner une entière efficacité. En effet, il existe un point d'ancrage entre les notions de dignité et de personne humaine qui se fait à travers la notion d'humanité. La dignité renvoie à l'idée que quelque chose est dû à l'homme du seul fait de son appartenance à l'humanité. La notion d'humanité participe nécessairement à celle de dignité, dans la mesure où la dignité est reconnue sans aucune autre condition que l'appartenance à l'humanité. La dignité de la personne humaine va ainsi constituer pour la personne humaine son vecteur principal de protection.

49. Or, il semblerait que, parallèlement à l'absence de définition juridique de l'être avant la naissance, sa dignité soit de plus en plus clairement affirmée. Lorsque le Conseil constitutionnel a été saisi de la constitutionnalité de la loi du 6 août 2013[101], qui a autorisé par principe les recherches sur l'embryon, il a considéré qu'il n'était pas porté atteinte au principe de dignité humaine compte tenu des conditions posées par les recherches autorisées et par les garanties liées à la procédure d'autorisation instaurée[102]. Par cette formulation, on a pu en déduire que les atteintes portées à la vie de l'embryon *in vitro* surnuméraire, autorisées par le législateur, ne constituaient pas une atteinte à sa dignité. Par conséquent, « le système mis en place reste symboliquement fondé sur la protection de l'embryon comme un être vivant dont il

[100] M. Reynier, *op. cit.* p. 97.
[101] Loi n° 2013-715 du 6 août 2013 tendant à modifier la loi n° 2011-814 du 7 juillet 2011 relative à la bioéthique en autorisant sous certaines conditions la recherche sur l'embryon et les cellules souches embryonnaire. JO 7 août 2013, p. 13449.
[102] *Ibid,* Considérant n° 17.

faut garantir la dignité »[103]. Cette reconnaissance de la dignité à l'embryon n'est pas récente puisque dès l'adoption de la loi IVG en 1975[104], le Conseil constitutionnel avait affirmé timidement la dignité de l'embryon *in utero*[105], puis de manière plus explicite lors de sa décision n° 2001-446 du 27 juin 2001. En revanche, concernant l'embryon *in vitro,* l'affirmation de sa dignité a été plus lente puisque le Conseil constitutionnel avait dans un premier temps considéré les embryons *in vitro* comme une sous-catégorie d'humain[106] avant d'en reconnaître son égale dignité dans sa décision du 1er aout 2013.

50. La dignité humaine est un principe général de droit communautaire affirmé à l'article premier de la Charte des droits fondamentaux : « la dignité humaine est inviolable. Elle doit être respectée et protégée »[107]. C'est d'ailleurs ce qui a été rappelé dans l'arrêt « Brüstle » du 18 octobre 2011 où la CJUE s'est prononcée sur le principe de dignité dans le cadre des inventions biotechnologiques. A cette occasion, la CJUE a rappelé l'interdiction de breveter les inventions qui impliquent une utilisation industrielle ou commerciale des embryons en la fondant sur l'exigence de respect de la dignité humaine[108] qui doit primer sur le droit des brevets. La Cour a donc envisagé la protection de la dignité de l'embryon comme celle d'un corps en formation continue, excluant les distinctions qui pourraient être opérées entre les différentes phases de développement de la vie anténatale[109]. Les embryons *in utero* et *in vitro* doivent se voir appliquer de manière égale le principe de dignité humaine[110]. C'est d'ailleurs ainsi qu'il faut comprendre l'affirmation maladroite de la Cour européenne des droits de l'homme dans l'arrêt *Vo* c/France « c'est la potentialité de l'enfant à

---

[103] A.-M. Leroyer, « Embryons, recherches, cellules souches », *RTD. civ* 2013, 895.
[104] *Op. cit.*
[105] Cons. constit. DC n° 75-54, 15 janvier 1975, *op. cit.*
[106] Cf. *supra* première partie titre second, section seconde, paragraphe deux.
[107] L'article 6.1 du Traité U.E. affirme que : « L'union reconnaît les droits, les libertés et les principes énoncés dans la charte des droits fondamentaux(…) laquelle a la même valeur juridique que les traités ».
[108] Cf. *infra* p. 316, p. 335, et les conclusions de l'avocat général dans l'affaire CJUE C/364/13 International Stem Cell corporation/ Comptroller généra of patents, 17 juillet 2014.
[109] C'est le cas de la catégorie de pré-embryon visant les 14 premiers jours de la vie de l'embryon. Distinction prônée par la commission *Warnock Report of the Commitee of inquiry into Human Fertilization and Embryology, London 1984* dont les conclusions sont à l'origine du rapport de la loi britannique du 1er novembre 1990. Selon ce rapport l'embryon humain ne deviendrait humain qu'à partir du 14ème jour de développement marquant la formation de la gouttière primitive. La notion de pré-embryon a été rejetée par le droit français qui a considéré que le développement de l'embryon et du fœtus formait un continuum depuis la conception. Rapp. Sénat n° 388, 30 mars 2011 p. 23.
[110] M. Boulet, « L'embryon humain saisi par le droit de l'Union, quelle définition pour quel statut ? A propos de l'arrêt de la CJUE du 18 octobre 2011, aff. Brüstle » *RDGM* 2012, n° 42, p. 147.

naître et sa capacité à devenir une personne (…) qui doivent être protégées au nom de la dignité humaine sans pour autant en faire une personne qui aurait un droit à la vie au sens de l'article 2 »[111].

51. L'attribution de cette dignité à l'enfant à naître est source de questionnements. En effet, si l'enfant à naître est titulaire d'une dignité ce serait donc en raison de sa qualité de personne humaine. Pour une certaine partie de la doctrine, cette dignité impliquerait une impossibilité d'y déroger, une intangibilité et par conséquent l'impossibilité d'entrer en conflit avec l'essence irréductible de cet être[112]. Or, à partir du moment où l'on admet que les embryons *in vitro* et *in utero* peuvent subir des atteintes, cela signifie soit qu'ils ne sont pas titulaires d'une dignité, soit que cette dignité est toute relative. Or, selon Pierre-Jérôme Delage, « la proposition est pour le moins surprenante, et pour tout dire, proprement néfaste pour les acquis de l'humanisme juridique, tant il est vrai que ce fut l'une des plus remarquables des conquêtes idéologiques que de voir en l'égale dignité humaine une valeur intangible »[113]. Dès lors, « si l'on admet que l'embryon est titulaire d'une dignité humaine il ne peut être mis en balance aucun autre droit ou liberté fondamentale »[114]. Cette conception de la dignité serait donc incompatible avec une législation sur l'interruption volontaire de grossesse pour convenance personnelle, de même qu'avec une législation autorisant la recherche sur l'embryon.

52. C'est ici l'une des difficultés et l'un des enjeux de notre sujet. Comment considérer que l'enfant à naître peut être titulaire d'une dignité qu'il détiendrait au nom de sa personnalité humaine et admettre des législations qui portent atteinte à sa vie. Notre réflexion ne pourra donc faire l'impasse d'une analyse de ces législations qui autorisent de porter atteinte à la vie de l'embryon pour essayer d'en expliquer le sens et les débats qu'elles impliquent et comment elles peuvent se concilier avec la protection de l'enfant à naître.

---

[111] CEDH, *Vo C/France*, 8 juillet 2004, § 84.
[112] Voir en ce sens notamment N. Lenoir, « Bioéthique, constitutions et droits de l'homme », Diogène, 1995, n° 172, p. 13. B. Mathieu, « La dignitéde la personne humainen quel droit quel titulaire ? » *D.* 1996 chron. p. 282.
[113] P-J. Delage, *op. cit*. p. 596
[114] M. Fabre-Magnan, *Introduction générale au droit, Droit des personnes. Méthodologie juridique*, PUF, coll. « Licence droit », 2011. p. 147

53. Parallèlement aux progrès de la science ayant rendu l'embryon *in vitro* techniquement disponible, le législateur a consacré la liberté procréative en assurant à la femme, la possibilité de refuser la maternité soit par le biais de la contraception, soit par le biais de l'interruption de grossesse. Ces autorisations ont été assimilées à de véritables sphères de pouvoirs sur l'embryon *in vitro* et *in utero* à l'origine de confusions sur la nature même de l'embryon, du fœtus, et de manière générale, sur la vie de l'être avant la naissance. En effet, les pouvoirs du scientifique sur l'embryon *in vitro*, les pouvoirs de la femme sur l'embryon *in utero*, ont été liés, « puisque les femmes ont la liberté d'avorter, l'embryon est donc une chose et les scientifiques doivent avoir la liberté de s'en servir, de le détruire tout simplement comme les femmes les détruisent »[115]. Ce raisonnement a ainsi rapidement conduit à considérer soit comme une remise en cause la liberté procréative de la femme, soit comme un obstacle du progrès scientifique. En effet, « si dans un cadre essentialiste, l'embryon est une chose parce que les femmes peuvent avorter, alors la doctrine favorable à l'IVG s'interdira toute protection de l'embryon, car ce sera vu comme rétrograde et *pro-life »*[116]

54. Cet amalgame se retrouve chaque fois qu'est proposée la reconnaissance juridique de l'humanité de l'enfant avant la naissance. Ainsi, suite aux arrêts de la Cour de cassation du 6 février 2008, Monsieur le Professeur Pierre Murat relevait que ces arrêts avaient provoqué bien des réactions et des commentaires dans les médias notamment le « mauvais procès, à partir d'une connaissance simpliste et caricaturale du problème, que de prétendre qu'ils risquent de remettre en cause la législation sur l'interruption de grossesse. La logique d'individualisation du fœtus dont ses arrêts sont porteurs n'est nullement en contradiction avec celle de l'interruption de grossesse, tout simplement parce que, d'emblée, l'interruption de grossesse se pose très clairement et officiellement comme une législation d'exception (…). Il peut d'ailleurs y avoir une certaine complémentarité entre individualisation du fœtus et interruption de grossesse, ce qui montre bien que les positions ne sont pas, par principe, antagonistes et qu'elles ne sont donc pas, contrairement à ce que l'on veut souvent faire croire le pur produit d'opinions religieuses, mais seulement le fruit de la recherche d'un meilleur équilibre entre la volonté des individus et la prise en

[115] M.-A. Hermitte, *op. cit.* p. 141.
[116] *Ibid.*

compte d'une expérience sociale du décès périnatal, que celui-ci ait lieu fortuitement ou même qu'il ait été provoqué. En effet la demande même d'individualisation à l'état civil provient parfois de femmes qui recourent à l'interruption de grossesse: les établissements de santé connaissent bien ces demandes qu'il n'était pas toujours possible de satisfaire en raison précisément de l'âge du fœtus, sauf à tricher sur cet âge... où la femme se résigne à une interruption médicale de grossesse, mais souhaite conserver une trace de l'enfant qu'elle a porté et qu'elle perd (...). Pour le dire autrement, on n'est nullement en présence d'un débat du type partisans du « droit à la vie » contre partisans du « droit à l'interruption de grossesse ». Ce n'est pas dire qu'il n'y ait pas de difficulté pour l'enfant non désiré; mais cette difficulté vient d'ailleurs: tout simplement de la conciliation technique de deux objectifs législatifs »[117].

55. Notre étude, bien que guidée par la volonté « de ne pas paraître dépositaire d'une doctrine ou d'un mandat de représentation de valeurs et d'intérêts »[118], comporte en elle ce risque de raccourci réducteur. Néanmoins, en sollicitant les raisonnements applicables en matière d'articulation de législations contradictoires, comme le sont les législations sur l'interruption de grossesse et l'autorisation de la recherche sur l'embryon *in vitro,* nous tenterons de comprendre comment peut se faire la jonction entre la protection pénale de la vie de l'être avant la naissance et l'existence d'atteintes à sa vie. Lorsque le droit pénal admet des atteintes à la vie anténatale ce sont autant de dérogations au principe général de respect de la vie humaine. Dès lors, en analysant ces normes sous l'angle, on peut tout à fait concevoir un système juridique qui fait de la vie de l'être avant la naissance une valeur pénalement protégée.

56. L'existence de l'enfant à naître et les intérêts contradictoires auxquels sa vie est confrontée nous conduiront à considérer que la protection de la dignité de la personne humaine est nécessairement relative. L'origine philosophique de la notion de dignité a pu expliquer ses ambitions d'indérogeabilité, mais il faut constater qu'une fois devenue juridique, la notion de dignité a perdu son caractère absolu,

[117] P. Murat, « La remise en cause du seuil de déclaration à l'état civil des fœtus décédés prématurément », *Dr. fam.* 2008, comm. 34.
[118] M.-A. Hermitte, *op. cit.* p. 140.

parce qu'il n'y a pas de degré dans l'absolu, il n'existe pas de principe juridique absolu[119].

57. A l'heure ou l'Assemblée nationale a adopté le projet de loi relatif à la modernisation et à la simplification du droit dans les domaines de la justice et des affaires intérieures[120], tendant à faire entrer dans le code civil, la nature vivante et sensible de l'animal, il est urgent de repenser la condition pénale de l'enfant à naître à l'article

58. La condition pénale de l'enfant avant sa naissance nous invite à nous poser la question de son statut juridique à savoir sa qualification au sein de l'ordonnancement juridique, et la question de son régime juridique. En effet, la condition implique la question du traitement juridique de l'entité concernée. Lorsque nous allons nous pencher sur la question du statut juridique, nous allons devoir raisonner conformément à la *summa divisio* sur laquelle notre droit repose. L'enfant à naître revêt-il la qualification de personne, revêt-il la qualification de chose? Si une première intuition nous conduira à rejeter la qualification de la chose, nous constaterons également que la qualification de personne juridique n'est pas l'habit juridique adaptée au constat de l'existence de l'humain avant la naissance. L'objet de **la première partie** de cette étude sera alors de tenter de comprendre la situation pénale de l'enfant à naître tel qu'elle existe actuellement. Pour cela, nous avons donc choisi de raisonner avec la technique dite de « l'arbre à problèmes » qui consiste à partir du constat d'une situation négative ou problématique qui affecte un domaine

---

[119] N. Molfessis, « La dignité de la personne humaine en droit civil », *in M. L Pavia, Th. Revet, La dignité de la personne humaine, Économica, 1999, p. 107.*

[120]. Le 30 octobre 2014 l'Assemblée nationale a adopté en deuxième lecture le projet de loi de modernisation et de simplification du droit dans les domaines de la justice et des affaires intérieures. 1° Avant le titre Ier du livre II, il est inséré un article 515-14 ainsi rédigé : « Les animaux sont des êtres vivants doués de sensibilité. Sous réserve des lois qui les protègent, les animaux sont soumis au régime des biens. » L'article 522 est ainsi modifié *:* au premier alinéa, le mot: «censés» est remplacé par les mots: «soumis au régime des biens ». Au second alinéa, après le mot: «sont», sont insérés les mots : « oumis au régime des ». L'article524 est ainsi modifié:*a)* Le premier alinéa est remplacé par deux alinéas ainsi rédigés : « Les objets que le propriétaire d'un fonds y a placés pour le service et l'exploitation de ce fonds sont immeubles par destination. « Les animaux que le propriétaire d'un fonds y a placés aux mêmes fins sont soumis au régime des immeubles par destination. ». Les troisième, sixième, septième et neuvième alinéas sont supprimés. L'article 528 est ainsi rédigé : « Sont meubles par leur nature les biens qui peuvent se transporter d'un lieu à un autre. »À l'article 533, le mot : « chevaux» est supprimé. À l'article 564, les mots : «ces objets»sont remplacés par les mots: «ces derniers ». P-J Delage, « L'animal, la chose juridique et la chose pure », *D.* 2014, 1097.

donné, pour tenter d'en comprendre les causes et les effets néfastes[121]. Les causes essentielles et directes du problème sont les racines de celui-ci, elles déterminent et influencent l'existence du problème. Les effets et les manifestations de la situation négative sont les fruits de l'arbre. Ce schéma de l'arbre à problèmes permet de comprendre les relations de causes à effets et l'impact du problème identifié. Notre première partie est construite relativement à cette méthode puisque nous sommes parties du constat de l'absence de protection pénale de la vie de l'être avant la naissance pour tenter d'en identifier des causes qui, selon nous, sont autant d'origines notionnelles que législatives. La confusion autour de la notion de personne juridique permettra de fournir une explication notionnelle qu'il conviendra de compléter par les causes d'origines législatives.

59. L'identification des causes et des effets négatifs de l'absence de protection pénale de l'enfant à naître nous invitera alors à (re)penser sa condition pénale. En effet, l'intérêt de l'arbre à problèmes réside l'identification de la situation problématique et dans la proposition de solutions. Or, si notre première partie met le doigt sur les incohérences et les paradoxes de la situation pénale de l'enfant à naître, **notre seconde partie** aura pour objet de proposer d'organiser la condition pénale de l'enfant à naître. Pour se faire, à l'instar de la première partie, nous utiliserons des outils notionnels permettant de s'adapter aux contingences de l'humain sans qualité juridique. Ainsi, l'humanité de l'être avant la naissance, l'existence de cette vie humaine constatée par le droit, nous invitera à considérer les nécessités de sa protection pénale. C'est à travers la notion de personne humaine, et de son analyse, que nous envisagerons de construire la condition pénale de l'enfant à naître. Les frontières de la personne juridique révélées par la première partie, permettront dans la deuxième partie de dessiner les contours de la personne humaine. En effet, comparée à la personne juridique, la personne humaine révèlera des contours différents, adaptés tant à la problématique du commencement de la vie, qu'à celle d'après la mort. C'est donc à travers la notion de personne humaine et de son vecteur principal de protection, la dignité, que nous pourrons aménager la condition pénale de l'enfant avant sa naissance. Cette analyse notionnelle ne permettra pas, à elle seule, de répondre à la problématique pénale de l'enfant conçu. Il conviendra

[121] UNESCO, *Politique pour la créativité, guide pour le développement des industries culturelles et créatives*, 2012, p. 48- 49.

d'expliquer comment l'on peut organiser au sein d'un même système juridique, la protection pénale de la vie avant la naissance, avec les législations relatives à l'IVG et à la recherche sur l'embryon. L'étude de la philosophie de norme justificative en droit pénal sera donc un élément essentiel dans la compréhension de la protection pénale de l'être avant la naissance.

PREMIÈRE PARTIE : LES CONFUSIONS NOTIONNELLES ET LÉGISLATIVES AUTOUR DE LA PROTECTION PÉNALE DE L'ENFANT À NAÎTRE.

56. La notion juridique est un outil technique qui permet au juriste d'appréhender des faits dans le but de déterminer la règle de droit applicable. C'est un outil nécessaire à la qualification juridique. Afin de comprendre les enjeux de l'attribution ou de la non-attribution de la personnalité juridique, il convient alors d'aller chercher la réalité profonde de cette notion. La personne juridique a, comme toutes les notions juridiques, une fonction. L'analyse de l'essence profonde de cette notion va alors nous permettre de constater qu'elle est intrinsèquement ambigüe. En effet, l'étude de son origine sémantique va être l'occasion de constater les aspects de la notion de personne en droit. Néanmoins, si l'histoire de cette notion oscille entre l'essence humaine de la personne et la nature artificielle du sujet de droit, un certains nombre d'éléments vont nous permettre de constater le pragmatisme qui entoure la personnalité juridique. La personne juridique telle qu'elle est envisagée par le droit civil semble alors irradier le droit pénal, semant ainsi le trouble sur la condition pénale de l'enfant à naître. Si l'absence de protection pénale de la vie de l'être avant sa naissance peut trouver des facteurs explicatifs dans la confusion notionnelle autour de la notion de personne en droit, la législation relative à la procréation qui s'entend de manière positive par les questions liées à l'AMP et de manière négative par la législation relative à l'IVG permet également d'expliquer les fondements de cette jurisprudence (titre premier). Notre réflexion, issue d'un malaise face à l'absence de protection de la vie anténale, a été nourrie et confortée par les contradictions et paradoxes entrainés par la situation pénale de l'enfant à naître. Au fil des différentes lois ayant pour objet l'embryon *in vitro* ou *in utero*, le législateur ne s'est pas prononcé clairement sur son statut juridique. Il a alors organisé son régime juridique sans établir son statut. En refusant de le qualifier juridiquement, le législateur a chargé les instances interprétatives, que sont la jurisprudence et la doctrine, le soin de le faire, entraînant ainsi des solutions parfois peu heureuses. En effet, le silence législatif sur le statut de l'enfant à naître, combiné à l'évolution de la législation relative à l'IVG, a parfois été interprété au détriment de la condition pénale l'enfant à naître. Dès lors, les paradoxes autour de la protection pénale de l'humain se sont révélés de plus en plus nombreux, nous permettant de constater que bien plus qu'un simple malaise, ils révèlent une inadaptation de la notion de personne juridique, à la problématique posée par l'existence de l'enfant à naître (titre second).

Titre premier : Les causes d'origine notionnelle à l'absence de protection pénale de l'enfant à naître

57. Le discours juridique, vecteur fondamental du droit, nécessite l'utilisation d'une linguistique dont l'étude permet la compréhension non seulement des règles de droit et des phénomènes juridiques. En effet, derrière chaque mot s'attache une notion précise et certaine, souvent source d'inexactitudes rendant ainsi la définition juridique imparfaite. C'est pourquoi l'étude approfondie de la notion juridique s'avère indispensable à la compréhension du discours juridique[2]. La notion juridique est un outil technique grâce auquel les juristes peuvent appréhender des faits dans le but de déterminer une règle de droit applicable. La notion est donc un outil permettant la qualification en vue de procéder à l'imputation de régimes juridiques[122]. Ces notions sont établies en fonction d'apparences perceptibles mais ne s'auto-suffisent pas. C'est pourquoi il convient d'aller chercher la réalité profonde cachée derrière la catégorie appréhendée par la notion. La réalité profonde de l'institution considérée, sa raison d'être, son rôle pratique est nommé « concept » par Hegel[123]. La notion juridique serait l'outil descriptif, le concept serait la raison d'être de ce qui est décrit par la notion juridique.

58. Nous avons opté pour une approche différente des outils d'analyse du discours juridique. Nous n'opposerons pas directement la notion au concept, mais nous nous servirons d'une distinction principalement utilisée en droit administratif, qui consiste à distinguer entre la notion fonctionnelle et la notion conceptuelle[124]. L'intérêt de cette distinction réside dans la mise en valeur de l'essence profonde de l'institution considérée. Dès lors, une notion fonctionnelle est une notion qui se définit par sa fonction, c'est alors une notion utilitaire qui n'a de sens que pour ceux qui l'utilisent[125]. Une notion conceptuelle, par antithèse, se définit en elle-même, elle

---

[122] F.-P. Benoit, « Notions et concepts, instruments de la connaissance juridique, Les leçons de la Philosophie du droit de Hegel*», Mélanges en l'honneur du professeur Gustave Peiser,* Presses Universitaires de Grenoble, 1995, p. 27.

[123] Hegel, *Principes de philosophie du droit,* Gallimard, coll. Idées, trad. Kaan, 1821, cité par F.P Benoit, *op.cit*.

[124] Cette distinction théorisée par le doyen Vedel a été principalement utilisée en droit administratif: « De l'arrêt Septfonds à l'arrêt Barinstein », *JCP*. 1948. I 682, « La juridiction compétente pour prévenir, faire cesser ou réparer la voie de fait administrative », *JCP* 1950. I. 682 : « Les notions conceptuelles peuvent recevoir une définition selon les critères logiques habituels et leur contenu est abstraitement déterminé une fois pour toute (…). Les notions fonctionnelles (…) procèdent directement d'une fonction qui leur confère seule une véritable unité. »

[125] Pour une critique de cette distinction voir G. Tusseau « La notion (trop) fonctionnelle de notion fonctionnelle », *RFDA,* 2009, p. 641.

transcende les disciplines et s'explique par elle-même. La notion conceptuelle peut se retrouver dans toutes les disciplines car elle est issue d'un langage général[126].

59. Nous estimons que la personne juridique doit être identifiée comme une notion fonctionnelle. En effet, c'est une création juridique qui signifie l'aptitude à être titulaire de droits et assujetti à des obligations. Selon le Doyen Cornu, le sujet de droit est la personne (physique ou morale) considérée comme support d'un droit subjectif, titulaire du droit (sujet actif) ou débiteur de l'obligation (sujet passif)[127]. Le Doyen Carbonnier définit « les personnes, au sens juridique du terme, comme des êtres capables de jouir de droits, ou subir une obligation, ce sont d'une expression équivalente, les sujets de droit »[128]. Le doyen Carbonnier prend soin dans sa définition d'insister sur la définition de la personne au sens juridique. En effet, la personne au sens juridique nécessite une définition propre qui se distingue de celle de la personne issue du langage courant. Elle désigne l'être dans son rôle d'acteur sur la scène juridique. Dès lors, la particularité de la notion juridique de la personne se fait jour. En effet, cette notion se définit par ses fonctions puisque la personne juridique c'est le rapport entre la personne concrète existante, et le concept grâce auquel le droit l'identifie*»*[129]. Ainsi cette définition permet de constater l'existence d'une personne concrète et d'un concept servant à l'identifier juridiquement. C'est justement le rapport existant entre la personne juridique et l'être qu'elle désigne qui est source de confusion. Ce rapport est l'objet de la confusion qui règne autour de la notion de personne en droit. En effet, la personne en droit est tiraillée entre le renvoi à cet être de chair et d'os que l'on nomme l'humain, et cette entité juridique qu'est le sujet de droit. L'objet du premier chapitre sera d'expliquer les causes de l'ambiguïté de la notion de personne juridique pour pouvoir mieux en déterminer les contours. Dans le chapitre second**,** nous constaterons l'influence manifeste de la notion de personne juridique sur celle de personne en droit pénal puisque ce dernier semble ne protéger que l'être revêtu de la personnalité juridique.

---

[126] Marie-Thérèse Calais-Auloy, « Du discours et des notions juridiques (notions fonctionnelles et conceptuelles) », *LPA*, 1999, n° 157, p. 4.
[127] G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, Association Henri Capitant, PUF, collection Quadrige, 2007, 8ème éd.
[128] J. Carbonnier, *Droit civil, Les personnes*, PUF, Paris, 2ème. éd, 2000, p.
[129] J.-M. Trigeaud, « La personne humaine, sujet de droit » *in la Personne humaine sujet de droit*, IVème journées de Poitiers, 1993, PUF, 1994, p. 5.

Chapitre premier: La notion fonctionnelle de personne juridique

60. Pour comprendre une notion, il convient préalablement de faire un détour par ses origines, son histoire, et de retracer son évolution. En effet, l'approche historique d'une notion permet d'en cerner les fondements. L'objet de la première section sera d'étudier les origines de la notion de personne juridique telle que nous la connaissons aujourd'hui. En effet, le recours à l'étymologie permet d'expliquer les confusions qui peuvent régner autour de la définition même de la personne. Entre la *persona* et la *propôson*, la notion de personne juridique semble balancer. Cette oscillation sème le trouble autour de la notion de personne. Néanmoins, il semblerait que la personne juridique se soit orientée vers une conception artificielle, la personne physique et la personne morale illustrant comme le droit peut dissocier l'être humain et l'être juridique, l'existence et la naissance (Section première). Dans la section seconde nous analyserons l'objet même de cette personnalité et sa finalité. L'objet de la section seconde sera de déterminer la fonction de la personnalité juridique[130]. En effet, la définition d'une notion doit nécessairement passer par la détermination de son rôle, de son objectif[131].

[130] La définition de la personnalité juridique passe nécessairement par la référence au sujet de droit. En effet, la personnalité juridique est la qualité de celui qui la porte, appelé « sujet de droit ». Ainsi, le sujet de droit et la personne juridique sont des synonymes : ce sont les termes juridiques qui permettent de désigner les êtres bénéficiant de la personnalité juridique, cf. J. Carbonnier, *op. cit.* p. 198.

[131] C. Atias, *Philosophie du droit*, Puf, 2004, p. 168.

Section I : Les hésitations autour de la définition de personne juridique, entre l'être juridique et l'être humain.

61. Si la notion de « personne » est l'une des notions les plus employées dans le langage juridique, il n'en demeure pas moins qu'elle est l'une des notions les moins claires[132]. C'est pourquoi l'étude sémantique et étymologique du mot personne se révèle être un élément essentiel pour la compréhension de l'ambigüité qui règne autour de cette notion. En effet, ce détour permet de comprendre l'ambigüité qui peut régner autour de la notion même qui peut être envisagée soit comme représentant l'être humain soit comme désignant le reflet de l'être juridique **(§1**). La confusion entre l'être juridique et l'être humain semble être intrinsèque à la notion. Si l'étymologie permet d'expliquer les facteurs de la confusion qui règne autour de la notion, le droit a semble-t-il, opté, pour une conception désincarnée de la personne juridique **(§2).**

§1) L'ambiguïté intrinsèque de la notion de personne

62. Le mot personne trouve ses origines dans le mot grec *prosôpon* qui est lui-même issu de *prosopotia,* désignant l'image des ancêtres[133]. Les origines grecques du mot personne lui donnent le sens du mot « visage » En effet, littéralement *propôson* signifie : « ce que l'on a devant les yeux ».

63. Selon Monsieur Stamatios Tzitzis « le prosôpon se rapporte dès lors aux expressions de l'être de l'homme, de l'*anthropos*, en tant que présence-*parousia* dans la visibilité de l'être (…) il signifie le masque existentiel que l'homme grec revêt dans le mystère de son être qui s'apprête à s'éclairer. Il équivaut au *prosôpein,* le masque que l'on porte pour jouer un rôle. Visage éphémère, il laisse pourtant deviner la

[132] Voir notamment : X. Bioy, *Le concept de personne humaine en droit public, recherche sur le sujet des droits fondamentaux*, thèse Toulouse, 2003, p. 225 ; F. Létoublon « La personne et ses masques remarques sur le développement de la notion de personne et sur son étymologie dans l'histoire de la langue grecque » *Faits de langue* n° 3 Mars 1994 , p. 10; J.M. Trigeaud, « La personne », *Arch. de philosophie du droit,* 1989, p. 103 ; D. Alland et S. Rials (sous la direction de), *Dictionnaire de la culture juridique,* V. Personne, Quadrige, A. Lefèvre Teillard, *Introduction historique au droit et des personnes et de la famille*, p. 13, PUF, 1996 ; C. Levy, *La personne humaine en droit,* thèse Paris I, 2000 p. 38.

[133] J.-M. Trigeaud, *op. cit.*

densité ontologique de l'existence». Dès lors, le *prosôpon* semble s'inscrire dans le registre de l'être, de l'essence[134].

64. Pour les romains, l'équivalent du mot personne se trouve dans le terme *persona* venant de « *per sonare* » qui signifie « ce par quoi le son se manifeste»[135]. Il désigne le masque de l'acteur et par extension le rôle qui est attribué à l'acteur sur la scène du théâtre. En effet, ce masque permet aux acteurs sur la scène d'être entendus, leurs voix retentissaient grâce à lui. Les romains utilisaient le mot *persona* pour désigner le masque visant la face artificielle de l'individu[136]. Par la suite, le mot a intégré le langage juridique pour désigner directement l'acteur sur la scène juridique[137]. Ainsi, alors qu'initialement le mot désignait le masque, les romains l'ont utilisé «en raccourci» pour désigner la personne qui portait ce masque.

65. L'étude des liens sémantiques entre *prosôpon* et *persona* révèlent que les deux mots ont convergé sans pour autant avoir la même origine[138]. En effet, *propôson* désignait le visage et par extension l'individu. *Persona* désigne le masque qui cachait ce visage. Cette ressemblance a conduit à « La constatation par les romains de l'ambiguïté sémantique du mot grec, qui désignait pour eux à la fois le masque et le personnage, la personne humaine et la personne grammaticale, et l'existence en latin d'un mot qui avait le sens de masque, en même temps que la représentation de la langue sur le modèle du théâtre. (…). Le mot a ainsi hérité d'une ambiguïté initiale (…) conduisant à ce phénomène étrange que le même mot qui désigne de manière très ambigüe la personne humaine et la personne grammaticale finit aussi par désigner l'absence totale de tout individu»[139]. La notion de personne juridique semble donc être tiraillé entre deux conceptions : d'un côté la *personne-acteur* au sens de *persona* (A), et de l'autre la *propôson* (B).

---

[134] S. Tzistzis, *La personne, l'humanisme, le droit*, Les presses universitaires de Laval, coll. Diké, 2001, p. 5-6.
[135] Acarias, *Précis de droit romain, les personnes*, Paris 1882, p. 81.
[136] F. Letoublon, *op. cit.* « La notion grammaticale de personne semble donc s'élaborer à Rome à partir de l'analyse du spectacle de théâtre… ».
[137] Idem, p. 107.
[138] Voir notamment M. Nédoncelle, « Propôson et Persona dans l'antiquité classique. Essai de bilan linguistique », *Revue des sciences religieuses*, n° 3, 1948, p. *277 ;* F. Letoublon, *op. cit*, p. 10.
[139] F. Létoublon, *op. cit.*, p. 10.

A) La personne juridique sur le fondement de *persona*

66. Les juristes romains ont eu le choix de fonder la personne juridique sur un modèle qui était soit celui de la *persona* ou celui de la *propôson*. Ce choix s'est orienté vers une conception artificielle de la personne juridique. En effet, dans la Rome antique *« persona »* désignait le masque de théâtre, puis le rôle joué par l'acteur. Dans le langage juridique, « *persona »* signifiait les parties à un procès. Ainsi, le demandeur était « *persona actoris »,* le défendeur *« persona rei »*[140]. La « *persona »* désignait juridiquement celui qui avait la faculté d'agir sur la scène juridique. Or, celui qui avait la faculté d'agir sur la scène juridique était le titulaire d'un patrimoine. Ainsi, la personne en droit romain est une notion qui semble plus intimement liée à la notion de patrimoine qu'à celle d'être humain. La « *persona »* est le titulaire d'un patrimoine. Cela signifie donc que la conception de la personne juridique pour les romains se rattache à une logique d'ordre gestionnaire. Le titulaire du patrimoine est envisagé comme un point d'imputation auquel on peut rattacher des actes. La personne juridique, représentant le titulaire du patrimoine, qui est un point d'imputation.

67. Cette approche de la conception romaine de la personne juridique est confirmée par l'idée qu'un seul sujet peut contenir plusieurs individus, et qu'à l'inverse, une seule personne peut contenir plusieurs sujets[141]. Ainsi, plusieurs individus peuvent aussi être assignés à un même patrimoine et sont considérés comme formant une personne unique. C'est en ce sens qu'il faut comprendre l'adage selon lequel « un fils et son père forment une seule personne». Une personne peut même exister sans individu en cas de succession, c'est alors la succession que l'on appelle personne. La personne pour les romains est alors « une technique d'imputation des droits créée *ex nihilo* par l'ordre juridique »[142], ayant pour but d'organiser la concentration des intérêts patrimoniaux. La personne est alors une fonction situant « les individus par rapport aux masses de biens qui constituent les

[140]J.-F Niort, « Personne et discrimination : approche historique et théorique *», in Personne et discrimination. Perspectives historiques et comparées*, actes du colloque de Paris, CNAM, 14 décembre 2005, dir. M. Mercat, Paris, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, p. 18.
[141] Sur cette idée, voir Y. Thomas, « *Le sujet de droit, la personne et la nature* », Revue le Débat, n°100, 1998, p. 100.
[142] D. Deroussin « Personnes, choses et corps », in *Le corps et ses représentations,* Dir. E. Dockès et G. Lhuillier, Crédimi, Litec, vol.1, 2001, p. 80.

patrimoines »[143]. La notion est déconnectée d'une dimension charnelle de l'être humain. C'est pour cette raison que, lorsqu'ils souhaitent désigner les êtres humains, les romains utilisent le terme *homines*. Ce terme est d'ailleurs très peu utilisé par les juristes romains, *homo* désignant l'homme sans statut propre, avant toute existence juridique. Ainsi, les juristes romains s'intéressent moins à l'homme dans son essence qu'à son statut[144]. La *persona* est une notion fonctionnelle, un outil technique analysé par la doctrine comme une technique juridique d'imputations de droits.[145]

68. La *persona* romaine est une technique juridique d'institutionnalisation de la nature permettant d'expliquer notamment la situation de l'esclave[146]. L'esclave n'avait pas la pleine capacité juridique car il n'avait pas le *caput* qui était le statut complet du citoyen romain. Il n'était donc pas toujours considéré comme une *persona,* et était parfois envisagé sous l'angle de la *res*[147] dans le rapport avec son maître. Pour autant, le qualifier de *res* n'impliquait pas la négation de sa qualité d'être humain lui[148]. En effet, l'esclave était toujours considéré comme un être humain. Les jurisconsultes distinguaient la fonction de *persona* de la qualité d'être humain chez l'esclave. Celui-ci était titulaire de droits naturels en vertu du *jus naturale*. Gaius classait les esclaves parmi les *homines* et traitait de leur statut dans le livre I des *Institutes* consacré aux personnes et non dans le livre II consacré aux choses[149]. Dans la même logique, Ulpien affirmait qu'au regard du *jus civile* les esclaves ne comptaient pas, si l'on se place du point de vue du droit naturel, tous les hommes étaient égaux[150]. Les *Institutes* de Justinien semblaient retenir la même distinction entre *persona* et *homines*. Le terme *persona* n'est pas dépendant de la

[143] D. Deroussin, *op. cit.* p 82.
[144] J-.F. Niort, *op. cit.* p. 19.
[145] Sur cette position voir notamment, D. Deroussin, *op. cit.* p 82, Y. Thomas, *op. cit.* p.100, J.-F. Niort, *op. cit.* p. 19 ; M.-T. Meulders-Klein, *Dictionnaire encyclopédique de la culture juridique*, PUF, 2003, V. Personne; J.-M. Trigeaud, « La personne », *Arch. de philosophie du droit,* 1989, p. 103
[146] La situation juridique de l'enfant et de la femme mariée à Rome permet d'en venir à la même conclusion. En effet, la personnalité juridique pleine et entière était déniée aux femmes, et à tous les membres de la famille placés sous l'autorité du *pater familias*. Ils étaient des *aliéni juris* par opposition à ceux qui avaient une personnalité complète les *sui juris*. La personne de *l'aliéni juris* est absorbée par celle du s*uis iuris, conduisant* à une incapacité de jouissance et d'exercice. C'est seulement sous le Bas empire que l'on admet un patrimoine propre pour l'enfant ayant hérité *ab intestat* de sa mère, signe d'une personnalité distincte de celle de son père. Pour la condition de la femme mariée, l'incapacité civique de celle-ci a demeuré en France jusqu'en 1945 et son incapacité civile a laissé des traces dans l'absence d'égalité dans la gestion des biens du ménage jusqu'en 1965.
[147] *Res* doit être ici entendu non dans l'acception contemporaine du terme, signifiant la chose, mais comme l'affaire, la cause qui provoque l'application du droit.
[148] Sur l'évolution du mot « *res* » voir D. Deroussin, *op. cit.* p 88.
[149] J.-F. Deroussin, renvoyant aux *Institute*s, I, 9.
[150] J. Gaudemet, *Les institutions de l'Antiquité,* Montchrestien, coll. Domat, 7ème éd. 2002, p. 323.

qualité d'être humain. Le mot désigne l'être capable d'avoir des droits et renvoie au rôle lui permettant d'utiliser ces droits[151].

69. Pour les romains, l'esclave n'a jamais été considéré comme n'appartenant pas à l'espèce humaine. Son statut juridique ne lui ne permettait pas de jouer un rôle complet sur la scène juridique. Que ce soit l'esclave de l'Antiquité, le serf au Moyen âge, l'esclave des colonies, d'un point de vue juridique ce n'est pas la qualité d'être humain qui était remise en question mais la capacité juridique qui était amoindrie[152]. Les juristes romains justifiaient donc l'esclavage par la notion même de *persona*. En effet, p*ersona* ne renvoyait pas à l'idée d'humanité. Ainsi, nier la *persona* ne revient pas à nier l'humain. Si l'esclavage a pu être maintenu[153] en tant qu'institution dans notre droit comme une discrimination légitimée, c'est justement par l'admission de cette conception «artificialiste» de la personne juridique. En effet, l'esclavage a conduit à des distinctions juridiques entre les êtres humains car la notion de personne n'était pas fondée sur un critère d'humanité. « La personnalité juridique n'est pas entendue comme impliquant automatiquement la reconnaissance de la personnalité juridique, (…) il n'est donc pas jugé discriminatoire d'infliger un tel statut à l'esclave »[154].

70. Cette conception romaine de la notion de personne fondée sur l'approche particulière de *persona* a justifié aussi, dans l'Ancien droit, la possibilité pour un être humain d'être privé de sa personnalité juridique et d'être tenu pour décédé civilement. C'est ce qu'on appelait la mort civile, *capitis demitio,* signifiant l'anéantissement de la personnalité civile. Le *caput* est l'aptitude des membres de la

[151] Ortolan, *Explication historique des Institutes de l'empereur Justinien,* cité par D. Deroussin *op.cit.* p. 84.
[152] Le statut juridique de l'esclave a connu une évolution au cours de l'âge classique. Jusqu'ici il était juridiquement un objet de droit. La philosophie stoïcienne affirmant la liberté naturelle de l'homme a influencé les juristes à la fin de la République et au début de l'empire. A l'époque républicaine on lui concéda alors la jouissance de certains biens appelés le pécule. Ceux-ci restant cependant la propriété du maître.
[153] Le Code Noir a réglementé le statut des esclaves en mars 1685. Les esclaves étaient alors considérés comme des instruments animés. L'article 44 du Code Noir a considéré que les esclaves étaient des choses. «Déclarons les esclaves être meubles …». La personnalité juridique des esclaves n'a été reconnue définitivement qu'en 1848 en droit positif français. L'esclavage constitue désormais un crime contre l'humanité sanctionné par l'article 212-1 du Code pénal .En droit international, c'est l'article 4 de la DUDH du 10 décembre 1948 qui pose l'interdiction : « Nul ne sera tenu en esclavage ni en servitude, l'esclavage et la traite des esclaves sont interdits sous toutes leurs formes ».
[154] J.-F. Niort, *op. cit.* p. 15.

cité à jouer un rôle dans la vie juridique, la *capitis demitio* est alors l'anéantissement de la personnalité juridique.

71. La mort civile a, dans un premier temps, concerné uniquement les religieux. En effet, aux origines de la vie monastique, les religieux devaient mener une vie proche de celle des apôtres et vivre dans un état de réclusion qui se traduisait par une mort spirituelle. Cette mort spirituelle était symbolisée par le prononcé des vœux lors de l'entrée en religion du *profes civil.* La théorie de la mort civile est ainsi une fiction juridique définie comme l'état d'une personne privée de ses droits et conduisant aux mêmes effets que la mort naturelle. Ainsi, la succession était ouverte au profit des héritiers. Le mort civil ne pouvait succéder de ses parents ou recevoir d'eux, ou d'un tiers, des donations car le religieux était « mort au monde »[155]. Ici encore, cette perte de la qualité juridique de *persona* ne conduisait pas à la perte de qualité d'être humain. L'idée fondamentale de la mort civile résidait dans l'anéantissement de la personnalité civile. Elle n'atteignait et n'empêchait pas au point de vue physique, la personne de rester la même[156]. L'idée de personnalité juridique étant intimement liée au patrimoine, c'est naturellement que le patrimoine du mort civil était supprimé en tant qu'attribut de la personnalité juridique.

72. Dès le Moyen âge, les romanistes civilistes et glossateurs ont considéré que la fiction de la mort civile devait s'appliquer aux personnes ayant subi une condamnation pénale. Ces personnes ne pouvaient conserver que des droits en lien avec la vie physique. Dès lors, étaient considérés comme morts civilement : les condamnés à mort par contumace[157] et les condamnés à des peines perpétuelles[158]. La mort civile était, dans ce cadre, envisagée comme une sanction, conséquence d'une

[155] La mort civile des religieux disparait avec la Révolution par le décret du 13 février 1790 sur l'abolition des vœux monastiques.
[156] P.-F. Girard, *Manuel élémentaire de droit romain*, réédition présentée par J.P. Levy, Dalloz, 2003, p. 208.
[157] Article 29 de l'ordonnance criminelle de 1670 : « Celui qui aura été condamné par contumace à mort, aux galères perpétuelles, ou qui aura été banni à perpétuité du royaume ; qui décédera après les cinq années sans s'être représenté ou avoir été constitué prisonnier, sera réputé mort civilement du jour de l'exécution de la sentence de contumace ».
[158] Le Code pénal de 1810 en son article 18 reprenant les dispositions du code pénal de1791, prévoit que, si la peine principale est la peine de mort ou une peine criminelle privative de liberté perpétuelle, le condamné est considéré comme civilement mort. Ainsi, son mariage est dissout, ses enfants sont réputés naturels, sa succession est ouverte et ses biens sont dévolus aux héritiers *ab intestat*. La mort civile est supprimée sous Napoléon III par une loi du 31 mai 1854 et remplacée par une simple incapacité de disposer et de recevoir à titre gratuit. Dans le nouveau Code pénal de 1992, seule subsiste l'interdiction des droits civiques et de famille aux articles 131-26 et 131-21. Cependant, cette interdiction n'est pas de plein droit et sa durée est limitée.

peine résultant d'un jugement définitif. La société retirait à l'être humain sa qualité de personne juridique, c'est-à-dire que l'individu n'avait plus d'existence du point de vue du droit mais cela ne lui retirait pas son appartenance à l'humanité[159].

73. Ainsi, la définition de *persona* à l'origine de cette conception romaine de la personne juridique oriente la définition de la personne juridique vers une conception artificielle, « un double dont la constitution complexe se saisit essentiellement dans la casuistique du droit patrimonial et successoral (…) qui désigne le sujet en tant que support de droit (…). En aucun cas la personne ne se confond avec l'individu naturel qu'elle recouvre [160] ». Cette orientation artificielle que semble prendre la notion de personne juridique est pourtant remise en cause par l'influence de la *propôson* contenue dans la notion de personne.

B) L'influence de la *propôson* sur la notion de personne juridique

74. La conception romaine de la *persona* a conduit à évincer l'humain de la de la notion de personne. Or, cette vision technique de la personne a été remise en question par une approche universelle et biologique de la notion de personne qui a trouvé son origine dans l'influence du christianisme[161]. En effet, une conception technique et déshumanisée de la notion de personne a permis de justifier des inégalités juridiques comme l'esclavage, la mort civile ou encore l'incapacité de la femme mariée[162]. Une conception de la personne fondée sur l'humain serait alors un obstacle à de telles discriminations

75. L'influence de l'École du droit naturel et des gens et l'apport de l'humanisme de la renaissance ont conduit les juristes du XVIIIème siècle à consacrer une nouvelle conception de la personne fondée sur l'humain. Cette idée se trouve derrière la reconnaissance juridique de la personnalité et de l'égalité à tous les êtres humains sur le seul critère de leur appartenance à l'espèce humaine. En 1789, c'est l'article 1er de la

[159] F. Richer, *op. cit.* p. 7.
[160] Y. Thomas, *op. cit.*p 102.
[161] M.-T. Meulders Klein, V. personne, *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit,* LGDJ, 2ème éd., 1993; A. Lefebvre-Teillard, V. personne, *Dictionnaire de la culture juridique*, coll. quadrige, PUF, 2003 : « L'influence du christianisme et de l'école du droit naturel notamment, a conduit à reconnaitre en tout homme une personne, libre et ayant les mêmes droits que les autres ».
[162] Sur l'étude des incapacités de la femme mariée voir J.-F. Niort, *op. cit.* p. 17.

Déclaration des droits de l'homme et du citoyen qui a traduit ce principe en énonçant que « Les hommes naissent libre et égaux en droit ». Par la suite, le Code civil de 1804 a poursuivi en ce sens en affirmant en son article 8 : « Tout français jouira des droits civils ». La condition d'obtention des droits civils est donc déplacée sur le critère de la nationalité. En 1848, la reconnaissance de la personnalité juridique des esclaves a traduit ce principe de l'égalité civile des personnes. Un être humain ne peut qu'être libre par nature, par conséquent sa personnalité juridique doit impliquer la liberté et son égalité juridique avec les autres êtres humains. La personne juridique n'est donc plus la *persona* du droit romain qui permettait de justifier des inégalités sur la scène juridique.

76. Ce basculement progressif dans l'approche de la notion de personne a néanmoins laissé demeurer des traces de la conception romaine de personne. En effet, malgré la proclamation de l'article 8, le Code civil de 1804 reste imprégné de la dimension patrimoniale liée à la personnalité juridique. En effet, le Livre 1er n'est relatif qu'à la propriété et cette idée se retrouve dans la définition même de l'objet du droit civil qui est: « (…) de régler les rapports individuels. Sa matière est la propriété »[163]. C'est seulement à partir de la deuxième moitié du XIXème siècle que la conception humaniste de la personne a pris de l'ampleur[164] conduisant alors une majorité de la doctrine juridique française à affirmer que « la personne c'est l'homme »[165].

77. La consécration juridique de la fusion entre personne juridique et être humaine est visible dans le Préambule de la Constitution de 1946 qui proclame que « tout être humain sans distinction de race, de religion, ni de croyance, possède des droits inaliénables et sacrés», puis à travers la Déclaration universelle des droits de l'homme de 1948 dont les articles 1er et 6 rappellent que « tous les êtres humains naissent libres et égaux en dignité et en droits » et que « chacun a droit à la reconnaissance en tous lieux de sa personnalité juridique ». Ainsi, l'assimilation de la personne juridique et de l'être humain semble donner une nouvelle coloration à la

[163] G. Locré, *Esprits du Code civil,* Paris, 1805, t. 1 p. 66-68.
[164] D. Deroussin, *op. cit.* p.101.
[165]Sur cette position : Demolombe, *Cours de droit civil*, t. 1, Paris, 1845, n° 132, cité par D. Deroussin, p. 114 note 97. Le doyen Carbonnier suit cette position en affirmant que la personne est l'individu humain, dans sa réalité naturelle première, *op. cit.*

notion de personne. La personne n'est alors plus envisagée uniquement sous l'angle de l'acteur mais également comme l'être humain substrat de cet acteur.

78. Ce basculement de la conception de la personne juridique ne doit pas s'analyser comme une opposition entre les Anciens et les Modernes, mais, par une différence d'approche du droit : l'une fonctionnelle et considérant la personne comme un artifice juridique, l'autre anthropocentrique-ontologique[166]. La rupture provient de la manière dont on observe le droit, et plus précisément le droit subjectif. L'idée que le droit subjectif est directement lié à l'homme et, a conduit les juristes à renverser la pensée classique. On pense le droit à partir de l'individu et non plus l'inverse : « le droit n'est rien d'autre que l'expression de l'autonomie de l'être humain »[167]. C'est au nom de cette conception que les juristes du XIXème siècle ont remis en question la conception romaine de la *persona*. Pour les romains, ce qui compte dans la personne juridique c'est le statut, le patrimoine, l'avoir. Au XIXème siècle, les juristes refusent d'envisager la notion de personne de cette manière. Ce qui compte avant tout c'est l'être[168]. La majorité des juristes adopte alors cette conception : tout homme est une personne, par nature l'homme est sujet de droit ainsi personne juridique et être humain deviennent synonymes[169].

79. Par conséquent, la mort civile, l'esclavage et l'incapacité de la femme mariée, sont des situations juridiques reflétant une conception contestée de la *persona* en droit. En effet, dans ces trois situations, on a envisagé à travers la personne, l'être juridique. De ce fait, on pouvait atteindre l'être juridique sans atteindre l'être humain. La personne juridique n'étant que le masque. En adoptant une conception anthropocentrée de la personne, on considère que la personne juridique est nécessairement l'être humain et inversement tout être humain est une personne

---

166 D. Deroussin, *op. cit* .p. 107.

167 *Ibid*, p. 110.

168 Marcadé, « La distinction de la personne et de l'homme doit donc être rangée au nombre des idées les plus bizarres, plus ou moins éloignée de la nature » cité par D. Deroussin, *op.cit*, p. 110, *Explication théorique er pratique du code civil*, 8ème éd., Paris, Delamotte et fils, 1884, livre.1, II, n 97-101.

169 Sur cette position voir C. Beudant, *Cours de droit civil français*, t. 2, 3ème éd., Paris, 1934, n° 1; L. Josserand, *op. cit.,* n° 181: « les personnes sont les êtres de chair qui ont une existence matérielle » ; Ripert et Boulanger*, Traité de droit civil*, t. 1,Paris, LGDJ, 1956, n° 831-832 « Toute personne physique est une personne juridique» Aubry et Rau, éd. Eismen, *Droit civil français,* 7ème éd., Paris, Librairie techniques, 1964, n° 190 et suivant: « tous les êtres humain ont la personnalité juridique », J. Carbonnier, « Sur les traces du non-sujet de droit», *Archives de philosophie du droit*,1989, t. 35, p. 207 , « L'homme résume tout »; *Droit civil,* t. 1, p. 175, « la personne physique c'est l'être humain tel qu'il est pris en considération par le droit ».

juridique. Le triomphe de l'humanisme juridique fait que l'homme parce qu'il est un être humain, possède des droits antérieurement à toute reconnaissance par le système juridique[170]. Néanmoins, la dichotomie personne juridique/ être humain demeure et remet en question le triomphe absolu de l'humanisme juridique. La *persona* romaine a laissé une empreinte indéniable dans la conception de la personne juridique actuelle.

§II) Le choix d'une dimension artificielle de la personne juridique

80. En adoptant une conception ontologique de la notion de personne juridique, on s'est orientée vers une suppression des institutions discriminatrices. En effet, dans une conception universelle, humaniste et égalitariste, tout être humain est nécessairement une personne, « tout *homo* finit par devenir pleinement *persona* aux yeux du droit moderne »[171]. L'expansion de cette approche de la personne juridique est perceptible à travers la DDHC qui reconnaît et protège des droits naturels dus à l'être humain tout simplement parce qu'il est membre de l'humanité. Or, si effectivement les situations discriminantes qui pouvaient se justifier par une approche technique de la notion de personne ont disparu, la conception romaine de la personne juridique a laissé son empreinte. La personne morale (A) et la personne physique (B), semblent modeler la notion de personne juridique comme une technique juridique, traduisant la persistance d'une conception désincarnée de la notion de personne juridique

A) L'absence de substrat humain de la personne morale

65. La notion de personne a fait naître en doctrine une division qui a opposé radicalement deux conceptions du droit. Une première approche envisage la personne comme une technique instituée par le droit, pour le droit, dans le sens de la *persona*. Une seconde approche envisage la personne comme la juridicité naturelle de l'homme conforme à l'idée de la *proposôn* grecque, l'être humain saisi par le

[170] Raymond Martin critique cette vision car, selon lui, « attribuer des droits avant toute juridicité est une absurdité logique », *in* « Personne et sujet de droit », *R.T.D. civ.*, 1981, p. 794.
[171] J- F. Niort, *op. cit.* p. 7

droit[172]. Dès lors, pour les uns, la personne juridique est nécessairement humaine, pour les autres la personne juridique n'est pas le reflet de l'être humain. Cette division autour de l'approche de la notion de personne est liée à la racine étymologique même du mot. C'est pourquoi les incertitudes entourant la notion de personne se sont naturellement répercutées sur la nature juridique de la personne morale. La personne juridique renvoie-t-elle à l'être humain ou simplement au rôle joué par cet être humain sur la scène juridique? L'absence de réponse à cette question a été à d'un débat sur la nature de la personne morale[173].

66. Savigny, systématisant la thèse de la fiction, a présenté la personne morale comme « une fiction étant donné le postulat de la coïncidence entre personne physique et personne juridique, une fiction non seulement doctrinale, mais législative. L'aberration que constitue l'extension de la qualité de sujet de droit à une entité autre que l'individu mérite l'intervention de l'autorité suprême »[174]. Dans cette conception, le droit subjectif est fondé sur la volonté: c'est parce que l'homme est doué de volonté qu'il est sujet de droits. Or, seules les personnes physiques sont dotées de volonté, donc seules celles-ci peuvent acquérir et exercer des droits. C'est une fiction qui nécessite obligatoirement l'intervention d'un tiers, en l'occurrence le législateur. Ainsi, selon cette théorie, l'attribution de la personnalité des groupements dépendait du bon vouloir du législateur. C'est sur ce point que la théorie de Savigny a emporté sa première critique mettant en évidence la part d'arbitraire existant dans la décision d'attribution par l'État. Cet arbitraire pouvant devenir une arme privant les groupements de la possibilité de s'exprimer ou d'agir juridiquement. La seconde critique a concerné la personnalité juridique de l'État: si la personnalité morale est accordée aux groupements par l'État, comment lui-même peut-il bénéficier de la personnalité morale?

67. En réponse à cette première théorie, celle de la réalité sociale de la personne morale, a envisagé la personne morale comme une réalité sociologique devant être

[172] Sur cette position voir Raymond Martin, i*bid* « Il faut s'y résigner, le sujet de droit ne se confond pas avec la personne humaine : il n'est qu'une fonction abstraite, dans un système lui-même abstrait de rapports qu'on nomme juridique. » ; Y. Thomas*, op. cit* p. 102 : « La personne sujet de droits et d'obligations n'est pas l'être humain concret, avec ses caractères physiques et psychiques propres : elle est une abstraction de l'ordre juridique, un point d'imputation personnalisé des règles juridiques qui gouvernent cet être humain ».

[173] Pour une présentation de ces deux thèses, voir notamment : B. Teyssié, *Droit civil, les personnes,* 10ème éd, Litec, 2007, p. 370.

[174] Savigny, *Traité de droit romain,* éd. Panhéon Assas, coll. droit privé, 2002.

prise en compte juridiquement car elle serait l'expression d'une volonté collective propre distincte des volontés individuelles de ses membres. Le fondement de la personnalité juridique est ici encore la volonté de l'homme[175]. La réalité sociale commande l'attribution de la personnalité juridique des groupes. La personne morale est une réalité sociologique que le droit ne fait que constater. Ces différentes thèses reposent toutes deux sur une analogie entre la personnalité juridique et l'être humain et ont fondé le droit subjectif sur la volonté du sujet. La définition du droit subjectif en référence à la volonté du sujet impliquait naturellement une conception humanisée de la personne juridique, la volonté étant propre à l'humain

68. En s'interrogeant sur la nature même de la notion de droit subjectif[176] et en l'envisageant comme un « intérêt juridiquement protégé » Ihering a permis de faire évoluer le débat [177]. Pour lui, c'est l'utilité et non la volonté qui est la substance du droit. En abandonnant la volonté comme fondement du droit subjectif, on a renoncé par la même occasion à l'adéquation entre la personne juridique et l'être humain. Cette nouvelle approche du droit subjectif a été également exploitée par le Doyen Michoud qui a considéré le droit subjectif comme « l'intérêt d'un homme ou d'un groupe d'hommes, juridiquement protégé au moyen de la puissance reconnue à une volonté de le représenter ou de le défendre »[178]. La volonté n'est donc pas le fondement du droit subjectif mais de la mise en œuvre effective du droit subjectif. L'accent a été mis sur le caractère technique de la notion qui ne devait plus être construite en référence ou en opposition avec la personne physique mais à l'intérieur d'un système juridique, à l'aide des concepts de personnalité juridique, de sujet de droit et de droit subjectif, qui devaient eux même trouver leur définition ailleurs que dans des qualités inhérentes à l'être humain. C'est pourquoi, le doyen Michoud a considéré que pour « la science du droit, la notion de personne est et doit rester une notion purement juridique »[179].

---

[175] Sur cette théorie voir notamment M. Hauriou, « De la personnalité comme élément de la réalité sociale », *Revue générale du droit,* 1898, p. 5-23. R. Worms, *Organisme et société,* Giard et Brière, 1896.

[176] Pour une présentation complète de la controverse sur la nature de la notion voir L. Kaczmarek, *La responsabilité pour fait normal. Etude critique sur son originalité en matière civile extracontractuelle,* éd. Publibook, coll. Droit & sciences-Politiques, 2012, p. 274-296.

[177] R. Von Ihering, *L'esprit du droit romain dans les diverses phases de son développement,* trad. de la 3è éd. par O. de Meulenaere, t. IV ; A. Marescq, 3ème éd., 1878, p. 323-326.

[178] A. Paynot-Rouvillois, *op. cit.* citant L. Michoud, La théorie de la personnalité morale et son application en droit français, Paris 1906, t. 1, p. 107.

[179] *Ibid.*

69. Affirmer que la personnalité juridique n'est pas une émanation de la personnalité humaine a été une manière de sortir du débat entre la thèse de la fiction ou de la réalité. La personne morale est une théorie purement juridique reflétant la réalité sociale des personnes morales. L'intérêt d'un homme fonde la personnalité juridique de la personne physique, l'intérêt collectif distinct des intérêts individuels fonde la personnalité juridique de la personne morale. Le débat entre réalité et fiction n'a plus lieu d'être si la notion de personne juridique ne se construit pas par rapport à l'être humain[180]. La notion de personne juridique envisagée de l'intérieur du système juridique n'est pas le reflet de la réalité humaine mais une abstraction, une véritable construction de la science du droit puisque l'on tend à faire produire des effets juridiques à une situation dépourvue de réalité « humaine ». Ce sont donc des réalités purement juridiques. La notion de sujet de droit doit être envisagée « non par référence à l'être humain, mais de l'intérieur du système juridique » (…) elle n'est plus cette réalité naturelle à l'aune de laquelle on devrait mesurer le caractère fictif de la personne morale, elles sont devenues toutes deux des abstractions, des constructions de la science du droit, éventuellement des réalités mais purement juridiques »[181].

70. La Cour de cassation s'est ralliée à la position selon laquelle le fondement de la personnalité juridique est un intérêt juridiquement protégé. En effet, en reconnaissant la personnalité juridique des sociétés civiles en 1891[182], elle s'est opposée à la théorie de la fiction. En 1954, elle a consacré formellement la thèse de la réalité technique. En effet, elle s'est prononcée sur la personnalité morale des comités d'établissements constitués à l'intérieur des entreprises divisés en établissements distincts. La Cour de cassation leur a reconnu le bénéfice de la personnalité morale en affirmant que « la personnalité civile n'est pas une création de la loi ; elle appartient en principe, à tout groupement pourvu d'une possibilité d'expression collective pour la défense d'intérêts licites, dignes par suite d'être juridiquement reconnus et

[180] Sur cette position : R. Saleilles, *De la personnalité juridique. Histoire et théories,* Paris, Rousseau, 2ème éd., 1922.
[181] A. Paynot-Rouvillois, *op. cit.*
[182] Cass. req., 23 février 1981 : S. 1892, 1, 73 note H. Meynal.

protégés »[183]. Elle a réaffirmé ensuite cette position de principe pour un syndicat non déclaré[184], un comité de groupe[185] et un comité d'hygiène et de sécurité[186].

71. En admettant une personnalité juridique pour un groupement qui ne se fonde que sur le constat de la réunion d'intérêts dignes d'être juridiquement reconnus, on attire «(…) l'attention du juriste sur l'artificialité du sujet de droit (…) en effet, derrière le masque il y a un homme seul ou un groupes d'hommes »[187]. La personne juridique est donc une notion purement fonctionnelle qui ne se confond pas avec l'être humain.

72. Aujourd'hui, cette opposition théorique entre fiction et réalité n'est pas réellement dépassée car si le débat n'est plus centré sur la nature juridique de la personne morale, la querelle entre la réalité et la fiction se manifeste à d'autres égards. Le débat s'est alors déplacé de la personne morale à la personne physique dans la mesure où la fictivité de celle-ci transparaît au travers du refus de la personnalisation de l'enfant à naître[188].

B) La personne physique symbole de la dissociation entre l'existence et la naissance

La personnalité juridique est définie comme l'aptitude à être titulaire de droits et d'obligations. Les sujets de droits dotés de la personnalité juridique sont donc soit des personnes morales (c'est-à-dire des groupements de personnes) soit une personne seule (la personne physique). La personne physique bénéficie de la personnalité de sa naissance à sa mort. Or s'il est vrai que la personne physique a nécessairement un être humain pour substrat, cet être humain existe avant d'être une personne physique (1). Or, cette existence ne produit aucune conséquence juridique sur le terrain de la personnalité juridique (2).

---

[183] Cass. 2ème sect. civ, 28 janvier 1954, *D.* 1954, 217, note G. Levasseur ; *JCP G* 1954, II, 7978, concl. Lemoine; *Dr. soc.*1954, 161, note P. Durand , *Grands arrêts,* n° 16.
[184] Cass. soc., 21 juillet 1986*, Rev. soc.* 1987, p. 43 note Y Guyon : approuvant la condamnation d'un syndicat non déclaré à des dommages-intérêts en relevant que celui-ci avait clairement manifesté son existence de fait.
[185] Cass. Soc., 23 janvier 1990, *Droit social,* 1990, p. 322 note J. Savatier.
[186] Cass. soc., 17 janvier 1991, *JCP E,* 199, II, 229, note H. Blaise.
[187] Raymond Martin, *op. cit.* p. 794.
[188] *Ibid.*

1) L'existence de l'être humain avant la naissance

73. Dès la fécondation, au moment ou les gamètes mâles et femelles entrent en interaction, émerge un être vivant appelé embryon. La phase de fécondation est la fin de l'existence indépendante des gamètes[189]. A partir de cette phase existe alors « un individu biologique qui n'existait pas auparavant, un individu doué d'un métabolisme propre et de qualité émergente par rapport aux gamètes (…). La reproduction sexuée produit des individus qui sont non seulement « un » mais aussi uniques. Ici plus qu'ailleurs, s'impose l'idée d'une rupture de continuité du vivant, c'est-à-dire l'idée nécessaire du commencement, de la non-coïncidence, bref de l'altérité. La fécondation est le commencement sans lequel il n'y a pas d'individu »[190].

74. Ce critère d'individualité permet de qualifier l'embryon d'être humain. En effet, il ne suffit pas de constater que l'embryon est de nature humaine pour affirmer qu'il est un être humain. Le corps, les tissus du corps humain, les organes sont de la matière humaine. Pour autant, nous ne pouvons affirmer que les produits du corps humain sont des êtres humains. Le critère d'individualité qui permet de distinguer

[189] R. Franquinet, J. Fournier, *Embryologie descriptive,* 2ème éd., Dunot, 2004, p. 13. La conception d'un être humain nécessite la rencontre d'un gamète mâle/ un spermatozoïde rencontrant un gamète femelle un ovule. Ces gamètes portent dans leur noyau chacun la moitié des données génétiques suffisantes pour un être humain qui doit se composer de 46 chromosomes les gamètes n'en possèdent que 23 chacune. Ces cellules sont porteuses de la moitié du patrimoine génétique de l'individu. La fécondation marque la rencontre entre ces deux gamètes mâle et femelle, à ce moment l'ovocyte passe de 23 à 46 chromosomes. Au bout de 30 heures l'œuf contient alors 2 noyaux l'un provenant de l'ovule, l'autre du spermatozoïde. Ces noyaux fusionnent en quelques heures en additionnant les 23 chromosomes d'origine paternelle et les 23 chromosomes d'origine maternelle pour former le génome embryonnaire. A ce moment l'œuf est appelé zygote. Une fois la fusion nucléaire réalisée, la division de l'œuf commence, passant d'une cellule à deux puis quatre puis huit jusqu'à seize cellules. Environ entre le 4ème et 5ème jour l'œuf est composé de 64 cellules et est dénommé la blastocyste. L'embryon se déplace et arrive alors dans l'utérus pour éclore et se fixer sur la paroi de l'endomètre. Ce processus s'appelle la nidation. L'embryon se connecte au vaisseau sanguin de l'utérus, le placenta afin de recevoir les substances nutritives nécessaires à son développement. La nidation s'achève entre le 13èmeet le 14ème jour. C'est à ce moment que les premières cellules nerveuses apparaissent. L'embryon possède alors plusieurs dizaines de milliers de cellules et se compose de l'ectoderme qui contient en germe le système nerveux et la peau, l'endoderme qui donnera l'appareil digestif et respiratoire et le mésoderme qui fournit le squelette, le cœur et les appareils urinaires et génitaux. A partir du 21ème jour l'embryon mesure environ 2,5 mm et va connaitre jusqu'à la fin du deuxième mois de gestation, la mise en place de l'ensemble de ses organes ainsi qu'un modelage morphologique de plus en plus précis. En effet, aux 22-23èmejours on observe le modelage du cœur dont l'ébauche est apparue aux 18-20ème jours, le bourgeonnement du diverticule hépatique et des poumons. Entre le 26ème et le 30ème les membres antérieurs et postérieurs apparaissent en bourgeons. Entre le 40ème et le 50ème jour la tête se modèle notamment au niveau de la face. Les mains et les pieds commencent à se percevoir. A la fin du 2ème mois les structures mises en place se consolident, les yeux s'ouvrent, la tête s'arrondit, le corps et les membres sont formés. A deux mois, l'embryon mesure environ 30 mm et présente une morphologie quasi définitive. Il entame alors une phase de croissance et de maturation progressive de ses divers organes mis en place au cours de l'embryogénèse.

[190] V. Bourget, *L'être en gestation, Presses de la Renaissance,* Paris, 1999, p. 52-53.

l'être de la matière[191]. Selon le Dictionnaire Littré l'individu est « tout corps considéré comme un tout distinct par rapport à l'espèce à laquelle il appartient »[192], c'est de la même manière « un être organisé qui ne saurait être divisé sans être détruit »[193]. L'individu est un tout qui est un, il y parvient par son organisation et le manifeste par ses propriétés émergentes, par quoi il se distingue de la simple sommation de ses composants »[194]. L'individu se caractérise donc par une capacité d'évolution qui lui est propre. Or, le développement de l'embryon, sa croissance, ses transformations ne sont pas commandées par l'extérieur, c'est une capacité intrinsèque lui permettant d'avoir par lui-même cette évolution coordonnée. L'œuf fécondé contient en germe l'être complet qu'il sera plus tard. Ainsi, il répond bien au critère d'auto-évolution et d'organisation qui permet de qualifier l'embryon et, *a fortiori* le fœtus, d'être humain. La vie de l'être humain commence à la fécondation pour se terminer à sa mort. Pendant toute cette période l'être humain est un individu en évolution[195]. L'embryon est donc un individu biologique et non pas un conglomérat de cellules, ou une simple partie de la femme qui le porte. C'est un être organisé dès la conception. L'existence humaine commence par être d'abord celle d'un œuf, un corps morphologiquement indifférencié. Or cette humanité de l'être avant la naissance ne produit aucune conséquence sur le terrain de la personnalité juridique en droit civil.

2) La naissance juridique de la personne physique

75. L'absence d'attribution de la personnalité juridique à l'enfant à naître est ancienne. En effet, pour les jurisconsultes romains la vie ne débutait qu'à la naissance. Ulpien expliquait alors que l'embryon n'était qu'une p*ortio viscerum matris :* une partie intégrante de la mère. Papinien a poussé cette idée à l'extrême en affirmant que cette « part organique » ne pouvait être appelée « homme » qu'à la

[191] Sur ce point, voir notamment : V. Bourget, *op. cit.* p. 24-69 ; A. Bertrand-Mirkovic*, op. cit.* p 159-163.
[192] V. Individu, *Le nouveau Littré, éd. Garnier, 2006.*
[193] V. Individu, *Dictionnaire de la langue française,* éd. Larousse-Bordas, 1999
[194] V Bourget, *op .cit.* p. 34.
[195] J. Bernard, *La bioéthique,* Dominos, Flammarion, 1994, p. 81 « la vie ne commence pas à la naissance mais à la conception ; l'œuf humain juste formé, (…) contient en puissance tout l'être complet qu'il sera plus tard. Et son cœur, et son foie et son cerveau »; V. Bourget, op .cit. p 123 « l'existence humaine commence par être seulement celle d'un œuf en activité. (…) L'homme existe aussi comme cela. En ce sens, ce qui est propre à l'homme n'est peut-être pas la possession d'une raison ou d'une volonté libre, mais cette trajectoire même qui fait d'une cellule qui est un être humain un organisme capable de conscience et de liberté ».

naissance[196]. Les civilistes ont donc tiré des conclusions de cette conviction et ont fixé le point de départ de l'acquisition de la personnalité juridique à la naissance, au moment où l'enfant acquiert une existence indépendante de la mère[197]. Cette solution s'est imposée depuis lors en droit positif français. Ainsi, l'être humain avant la naissance ne bénéficie pas de la personnalité juridique.

76. Les bornes[198] de la personnalité juridique des personnes physiques sont la naissance et la mort[199]. L'enfant devient une personne physique à compter de la naissance[200]. En effet, l'accouchement est le moment où l'enfant acquiert la personnalité juridique, signe de sa venue au monde juridique. La date et l'heure de l'accouchement sont, conformément aux articles 55[201] et 56[202] du Code civil, retenues pour fixer le point de départ de la personnalité juridique de cette nouvelle personne physique. À partir de cette date (et de la condition de sa viabilité) l'enfant jouit d'une personnalité lui permettant d'acquérir des droits mais aussi de supporter les obligations afférentes. Grâce à cette nouvelle personnalité juridique, « si l'enfant hérite de son père alors que celui-ci est décédé pendant sa gestation, il demeurera tenu des obligations liées à sa parenté et, quand bien même il renoncerait à la succession de celui-ci, il restera tenu d'assurer les frais de succession[203] (…). C'est une application paroxystique de la personnalité dès la naissance ! »[204]. Dès à présent il faut constater à l'instar de Monsieur le Professeur Jean Hauser, que le droit civil est ici « préoccupé par la constatation du commencement de la personnalité juridique

[196] *Digeste*, 25, 4, 1, 1 et 35, 2, 9, 1.
[197] A. Lefèvre Teillard, « *Infans conceptus.* Existence physique et existence juridique », *Rev. hist. droit., 1994*, p. 499 et s.
[198] Sur l'expression voir l'article de Monsieur le Professeur Jean Hauser, « Les bornes de la personnalité juridique en droit civil », Dr. fam. 2012, n° 9 dossier n° 7.
[199] L'Article. 78 du Code civil fixe le certificat médical établissant la date et heure du décès comme point de départ de la perte de personnalité juridique.
[200] Et sous condition de viabilité voir section suivante.
[201] Art. 55 C. civ «Les déclarations de naissance sont faites dans les trois jours de l'accouchement, à l'officier de l'état civil du lieu. Lorsqu'une naissance n'a pas été déclarée dans le délai légal, l'officier de l'état civil ne peut la relater sur ses registres qu'en vertu d'un jugement rendu par le tribunal de l'arrondissement dans lequel est né l'enfant, et mention sommaire en est faite en marge à la date de la naissance. Si le lieu de la naissance est inconnu, le tribunal compétent est celui du domicile du requérant. Le nom de l'enfant est déterminé en application des règles énoncées aux articles 311-21 et 311-23. En pays étranger, les déclarations aux agents diplomatiques ou consulaires sont faites dans les quinze jours de l'accouchement. Toutefois, ce délai peut être prolongé par décret dans certaines circonscriptions consulaires ».
[202] Art. 56 C.civ. « La naissance de l'enfant sera déclarée par le père, ou, à défaut du père, par les docteurs en médecine ou en chirurgie, sages-femmes, officiers de santé ou autres personnes qui auront assisté à l'accouchement ; et lorsque la mère sera accouchée hors de son domicile, par la personne chez qui elle sera accouchée. L'acte de naissance sera rédigé immédiatement ».
[203] Art. 806 du Code civil.
[204] J. Hauser, *op. cit.*

qui constitue le départ de la vie juridique[205]. L'existence de la vie humaine de cet être avant la naissance étant indépendante de la question de son acquisition de la personnalité juridique. Cela signifie que la personne physique fait fi de cette existence anténatale pour ne retenir que l'existence postnatale à compter de l'évènement qu'est la naissance. La personne physique illustre donc cette dissociation entre l'existence et la naissance faite par le droit civil. Si pour l'être humain, la naissance représente simplement une étape dans le processus de la vie humaine, pour la personne physique elle est le premier palier de l'accès à la personnalité juridique.

77. Dès à présent peut se dresser le premier constat d'une dichotomie entre le réel juridique et le réel biologique cristallisé autour de la notion de personne juridique. Or, lorsque l'on appréhende la personne physique comme une catégorie juridique reflétant l'humain, l'absence d'attribution de la personnalité juridique à l'être humain avant la naissance apparaît nécessairement comme une contestation de son humanité. Madame le Professeur Martine Herzog-Evans a ainsi considéré que, lorsque le droit français refuse la personnalité juridique à un être, il lui dénie par la même occasion son état d'homme[206]. Cette approche est fondée sur une adéquation entre l'humanité et la personnalité juridique. Or, la personne physique et la personne morale semblent faire de la notion de personne juridique un artifice, une technique juridique qui explique que la réalité biologique n'implique pas nécessairement la reconnaissance d'une personnalité juridique[207]. Il ne semble pas contradictoire d'affirmer d'un côté que l'embryon est un être humain et de l'autre lui refuser la personnalité juridique si l'on admet que la personnalité juridique est un artifice juridique remplissant une fonction particulière. En ce sens, Pierre Murat souligne : « qu'il n'y a pas nécessairement de contradiction entre l'aveu que l'embryon seulement conçu est un être humain et le fait qu'il ne soit pas tenu pour sujet de droit ; cette position est l'expression d'un choix rationnel »[208].

78. La personne juridique serait alors une construction intellectuelle propre à un système juridique donné, justifiant que l'on puisse refuser l'aptitude à exercer des droits et à se voir soumis à des obligations, à certains êtres humains, et l'attribuer à

[205] *Ibid.*
[206] M. Herzog Evans, « Homme, homme juridique et humanité de l'embryon », *RTD. civ.*, 2000, p. 65.
[207] J.-R. Binet, « L'humanité n'est pas nécessairement synonyme d'humanité juridique», *op. cit.* p. 50.
[208] P. Murat, « Décès périnatal et individualisation juridique de l'être humain*», RDSS*, 1995, p. 467.

d'autres. Ainsi, si la personne juridique peut renvoyer à une entité abstraite, à une réalité juridique déshumanisée, cela explique pourquoi, à l'inverse, l'être humain peut se voir refuser la qualité de personne juridique. Si le droit civil peut admettre que l'embryon est un être humain tout en lui refusant la personnalité juridique c'est notamment parce que la conception actuelle de la personnalité juridique reste largement tributaire de la conception romaine. Dans un système où la personnalité juridique remplit une fonction particulière sans lien avec la protection de l'humanité de la personne, refuser la personnalité juridique à l'enfant simplement conçu ne remet donc pas en question son appartenance à l'humanité.

Section II : Le pragmatisme de la personnalité juridique

79. L'acquisition de la personnalité juridique est subordonnée à l'obtention de qualités qui conduisent parfois à considérer la personne juridique comme une institution élitiste voire discriminante. Or, si l'on admet que la personne juridique est une technique juridique, on peut valider l'assertion selon laquelle tous les êtres humains ne sont pas des personnes juridiques car la personne juridique n'est pas le constat de la présence de l'humain mais une technique juridique instituée par le droit dans une finalité particulière. L'objet de cette section va donc être de déterminer la finalité précise de la personnalité juridique afin de vérifier notre première hypothèse. En effet, nous avons admis qu'il était possible de refuser la personnalité juridique à l'être avant la naissance à condition de considérer la personne juridique comme un artifice. Il faut à présent vérifier l'objet de cet artifice juridique. Dans quel but instituer une personnalité juridique? L'étude des conditions d'attribution et d'exercice de la personnalité juridique permettent de confirmer que la notion a pour objet premier l'organisation de rapports juridiques (§1), ce qui justifie ainsi la capacité de la personnalité juridique à s'adapter aux fictions juridiques (§2).

§1) Une construction juridique fondée sur l'aptitude

80. La notion de personne juridique ne renvoie pas à l'humain pris en tant que tel. En effet, biologiquement, l'être humain c'est l'existence de la personne, c'est un fait qui se constate et non une création juridique. C'est un tout existant et appartenant d'un point de vue biologique au genre humain[209]. C'est l'être biologique composé d'un corps, reflet de la partie matérielle de cet être par opposition à son âme. Or, l'existence juridique de l'être humain débute à la double condition de naître vivant[210] et viable[211]. La viabilité se définit comme une aptitude à la vie. L'aptitude se caractérise par « des qualités rendant possibles certaines performances ».L'existence de la personnalité juridique est subordonnée à la condition d'aptitude. En effet, l'acquisition de la personnalité juridique est subordonnée à la double condition de naissance en vie et viable (A), c'est autrement dit l'aptitude physique. L'aptitude est également une condition de l'exercice de la personnalité juridique, c'est l'idée sous jacente à la notion de capacité (B).

A) L'aptitude à la vie condition d'acquisition de la personnalité juridique

81. L'attribution de la personnalité juridique à l'être humain né vivant et viable est contenue aux articles 725[212] et 906 alinéa 3[213] du Code civil de 1804. Ces articles

[209] J.-C. Galloux, « La personne physique entre réalité biologique et *métaréalité*» *in L'identité politique*, coll. Publications du CURAPP, PUF, 1994, p. 170.

[210] Cette condition n'appelle pas de développements de notre part puisqu'il y a ici adéquation entre la réalité biologique et juridique. La condition de vie se définit simplement par la respiration et la présence d'air dans les poumons ou par le constat d'une secousse respiratoire, aussitôt après l'expulsion, médicalement appelée « GASP ». La notion de vie est définie selon une recommandation de l'OMS de 1977 comme étant « l'expulsion ou l'extraction complète du corps de la mère, indépendamment de la durée de gestation d'un produit de conception qui, après cette séparation, respire ou manifeste tout autre signe de vie, tel que le battement du cœur, pulsation du cordon ombilical ou contraction effective d'un muscle soumis à l'action de la volonté que le cordon ombilical ait été coupé ou non, et que le placenta soit ou non demeuré attaché ».

[211] La définition de la viabilité est complexe car elle se caractérise par une aptitude à la vie et varie en fonction des époques et des progrès de la science. En effet, la viabilité est envisagée par la venue au monde de l'enfan: vivant, à terme et avec tous les organes nécessaires à la vie. Pourtant, la mort survenant rapidement après la naissance n'est pas un signe de non-viabilité Les progrès scientifiques permettent ainsi de définir la viabilité non plus par la naissance en vie et à terme mais par un seuil signifiant que « l'être possède une maturité suffisante et une conformation physique qui lui permettent de vivre » inversement, la non-viabilité est liée (…) aux malformations congénitales ou aux anomalies originelles qui rendent la mort inéluctable ». La doctrine estime alors que la viabilité signifie une bonne conformation physique permettant une vie durable et non un simple sursis.

[212] Art 725 C. civ : « Pour succéder, il faut exister à l'instant de la succession ou, ayant déjà été conçu, naître viable »

prévoient que l'enfant né non-viable ne peut ni succéder, ni recevoir un legs ou une donation[214]. C'est à partir de ces articles que la solution classique de l'attribution de la personnalité juridique à l'enfant né vivant et viable a été dégagée. La justification donnée à cette impossibilité de succéder en cas de non-viabilité s'explique par des raisons pratiques. L'enfant né non-viable est destiné à une vie succincte, son patrimoine est donc voué à être redistribué dans la mesure où lui permettre de succéder entrainerait des complications inutiles. De plus, la volonté du donateur ou du testateur est que celui qui en bénéficie puisse en profiter, ce qui n'est pas le cas de l'enfant non viable, dont la brève durée de vie ne lui permettra d'en jouir[215]. Dans le même sens, l'article 318 du Code civil[216] dispose qu'« aucune action n'est reçue quant à la filiation d'un enfant qui n'est pas né viable ». L'enfant non-viable n'a pas acquis la personnalité juridique et, faute de personnalité juridique, aucune filiation ne peut être établie. La justification de cette absence d'action relative à la filiation d'un enfant non-viable se trouve dans « le souci d'éviter des actions qui ne peuvent avoir qu'un but vexatoire, puisque l'enfant n'ayant aucune capacité juridique, n'est pas susceptible d'avoir acquis des droits »[217]. L'irrecevabilité édictée par ce texte repose sur le défaut d'intérêt du demandeur. C'est donc à partir de considérations pratiques que la viabilité a été érigée en condition d'accès à la personnalité juridique. C'est pourquoi l'exigence de viabilité pour les actes d'enfant sans vie n'était pas justifiée (1), l'objet de cet acte étant simplement d'attester de l'existence d'un être humain (2).

1) La viabilité, critère contesté de l'acte d'enfant sans vie

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

[214] Le Code civil de 1804 n'envisage la succession *ab intestat* ou par testament qu'à la condition d'avoir la personnalité juridique. Les hommes qui en étaient dépourvus ne pouvaient donc recueillir de succession. C'est le cas du condamné pénalement frappé de mort civile qui ne pouvaient plus recueillir aucune succession (art. 25 du Code civil de 1804), des esclaves qui n'avaient pas la capacité d'acquérir et donc de succéder (art. 22 du Code noir).

[215] C. Philippe, « La viabilité de l'enfant nouveau-né », *D.*, 1996, p. 29.

[216] Ancien article 311-4 du Code civil modifié par l'ordonnance du 4 juillet 2005.

[217] J. Massip, « Le nouveau droit de la filiation », *Defrénois* 2006, art. 38312, p. 91et s. spécialement n° 32.

82. L'effectivité de cette personnalité juridique est constatée par l'acte de naissance[218], premier acte de l'état civil marquant la venue sur la scène d'un être doté de la personnalité juridique[219]. Cependant, tous les actes d'état civil n'ont pas pour objet de constater la naissance d'une personne juridique. Ainsi, l'acte d'enfant sans vie[220] a pour objet la déclaration d'un enfant dont l'une des conditions d'obtention de la personnalité juridique fait défaut à la naissance. En effet, la jurisprudence a estimé que l'obligation de déclarer les naissances demeurait même lorsque l'enfant ne vivait pas[221], et ceci dans un souci de prévention des avortements et des infanticides[222].

83. Dès lors, cet acte de l'état civil n'ayant pas pour objet de constater la personnalité juridique, le critère de viabilité ne devrait donc pas être exigé. Pourtant, une confusion est née en jurisprudence, relative à l'exigence du critère de viabilité dans l'acte d'enfant sans vie. La Cour de cassation a été confrontée à la question de savoir si tous les enfants sans vie devaient faire l'objet d'une déclaration aux services de l'état civil ? Dans un arrêt du 7 aout 1874[223], elle a estimé que : « l'enfant ne peut être réputé viable qu'après un minimum de 180 jours, de sorte que l'être qui vient au monde avant ce terme, privé non seulement de la vie mais des conditions organiques indispensables à l'existence, ne constitue pas un enfant ». C'est ici le signe d'une confusion entre le constat de la personnalité juridique par le biais de l'acte de naissance et le constat de l'existence humaine qui ne requiert pas de critères juridiques comme la viabilité.

---

[218] Ancien article 55 du Code civil de 1804 : « les déclarations de naissance seront faites dans les trois jours de l'accouchement, à l'officier d'état civil du lieu ou l'enfant lui sera présenté ».

[219] En ce sens C. Levy, *La personne humaine en droit,* thèse, Paris I, 2000, p. 156. L'auteur démontre le lien entre l'état civil et la personnalité juridique. En effet, la personnalité juridique rend apte la personne juridique à être titulaire de droits, l'état civil lui donne un nom, prénom, un domicile. Si la personnalité juridique et l'état civil sont deux éléments différents, en l'absence d'état civil, la personne subit une incapacité quasi complète.

[220] C'est le décret du 4 juillet 1806 qui prévoyait que les enfants mort-nés, ou ayant vécu mais étant présentés sans vie lors de la déclaration de naissance devaient être déclarés à l'état civil par un acte « d'enfant présentement sans vie ». Ce décret ne faisait aucune distinction entre l'enfant né sans vie et l'enfant mort subitement mais ayant vécu quelques instants. Or, en pratique, l'un a acquis la personnalité juridique l'autre pas. Une modification interviendra avec la loi du 8 janvier 1993 cf. note 120.

[221] Voir en ce sens : Cass. crim., 2 aout 1844 : Journal du Palais 1844, t. 2 p. 726; Cass. crim., 27 juillet 1872, DP 1872, jurisp. p. 277 : « (…) l'enfant mort au moment de la naissance ne dispense pas les personnes présentes (…) de déclarer l'accouchement (…).

[222] En effet à Paris, des instructions du préfet de la Seine des 26 novembre 1868 et 15 janvier 1869 imposaient aux médecins et sages-femmes de signaler tout avortement survenu à partir de la sixième semaine de gestation.

[223] S.1875, jurisp. p. 41, *D.* 1875 jurisp. p. 5.

84. La Cour de cassation a donc utilisé le seuil de 180 jours[224] comme une présomption de viabilité pour déduire, qu'en deçà de ce terme, l'enfant ne pouvait être déclaré à l'état civil. Cette jurisprudence a directement conduit à la rédaction de l'Instruction générale relative à l'état civil du 21 septembre 1955 qui a énoncé qu'une déclaration de naissance devait être faite à l'état civil dès lors que « la gestation a duré au moins 180 jours »[225]. La viabilité n'était donc plus seulement un critère d'acquisition de la personnalité juridique mais est devenue un critère de distinction entre les enfants pouvant faire l'objet d'un acte de l'état civil et ceux ne le pouvant pas.

85. La loi du 8 janvier 1993[226] modifiant le décret de 1806 avait prévu deux cas de figure à l'article 79-1 du Code civil[227] : lorsque l'enfant, né vivant et viable, est décédé avant sa déclaration à l'état civil, l'officier d'état civil dresse un acte de naissance et un acte de décès sur production d'un certificat médical indiquant que l'enfant est né vivant et viable[228]. Cet enfant a donc acquis la personnalité juridique. Le certificat médical devait impérativement mentionner la double condition de naissance en vie et de viabilité. Si l'un de ces deux critères faisait défaut, c'était alors l'alinéa 2 de l'article 79-1 du Code civil qui s'appliquait. Cet article disposait que lorsque l'enfant est mort-né ou né vivant mais non viable, l'officier d'état civil dressait un acte d'enfant sans vie qu'il inscrivait sur les registres des décès[229]. Cet acte n'avait pas vocation à lui octroyer la personnalité juridique. Pourtant, le critère de viabilité demeurait obligatoire pour obtenir l'établissement d'un acte d'enfant sans vie selon une circulaire du Ministère de la justice du 3 mars 1993[230] qui indiquait que si la gestation durait moins de 180 jours, aucun acte d'état civil n'était établi.

---

[224] Relatif à la période légale de conception.
[225] JO. 22 septembre 1955.
[226] Loi n° 93-22 du 8 janvier 1993. Cette loi fait une distinction jusqu'ici non retenue entre l'enfant mort-né ou né non viable et l'enfant né vivant et viable mais décédé avant sa déclaration à l'état civil.
[227] Art. 79-1 C. civ. « Lorsqu'un enfant est décédé avant que sa naissance ait été déclaré à l'état civil, l'officier d'état civil établit un acte de naissance et un acte de décès sur production de certificat médical indiquant que l'enfant est né vivant et viable et précisant les jours et heures de sa naissance et de son décès ».
[228] IGEC, 11 mai 1999, n° 461, 461-1 et 287.
[229] Cet acte énonce le jour, le lieu de l'accouchement, les prénoms de l'enfant, date et lieux de naissance, professions et le domicile des pères et mères. Cet acte ne préjuge pas de savoir si l'enfant a vécu ou non.
[230] Circulaire JUSC932134C relative à *L'état civil, à la famille et aux droits de l'enfant*.

86. L'instruction générale relative à l'état civil avait confirmé que : « les embryons dont la gestation a duré moins de 180 jours et qui n'ont pas vécu ne sont pas déclarés à l'état civil, mais peuvent dans la mesure où des circulaires préfectorales le prévoient, faire l'objet d'une déclaration administrative permettant le cas échéant de délivrer une autorisation de fermeture de cercueil en vue de l'inhumation »[231]. Une circulaire du Ministère de la santé du 22 juillet 1993 se référant aux recommandations de l'Organisation Mondiale de la Santé (OMS) de 1977, a assoupli ce seuil de viabilité en retenant le délai de 22 semaines d'aménorrhée ou un poids de naissance égal ou supérieur à 500 grammes. Les deux circulaires ont ensuite été unifiées dans une circulaire interministérielle du 30 novembre 2001[232] qui retenait le terme de 22 semaines d'aménorrhée (soit 4 mois et demi de grossesse) ou le poids de 500 grammes pour établir un acte d'enfant sans vie. Ce seuil était considéré comme « plus protecteur et plus adapté scientifiquement »[233]. Cette règle a été ensuite intégrée dans l'instruction générale complémentaire relative à l'état civil du 29 mars 2002 selon laquelle « L'enfant mort-né avant le terme de 22 semaines d'aménorrhée ou ayant un poids de moins de 500 grammes n'est pas déclaré à l'état civil »[234].

87. En s'appuyant sur ces circulaires, les officiers d'état civil, suivis par la jurisprudence estimaient qu'en deçà de ce seuil, les enfants nés sans vie ne bénéficiaient d'aucun acte d'état civil. L'enfant avait le simple le statut de « pièce anatomique »[235]. L'établissement d'un acte d'enfant sans vie nécessitait que le délai de 22 semaines d'aménorrhée ou de 500 grammes soit franchi. Ainsi, en liant la reconnaissance d'enfant sans vie à la conception d'un être viable, le critère de viabilité devenait la condition de déclaration à l'état civil. Or, l'établissement d'un acte d'enfant sans vie n'a pas vocation à octroyer la personnalité juridique[236]. C'est pourquoi l'instruction générale relative à l'état civil autorise l'individualisation de l'enfant concerné. En effet, les parents peuvent choisir un prénom[237], les pères et mères sont indiqués dans l'acte[238], l'indication d'un enfant sans vie peut figurer sur le

[231] IGEC n° 462 précit.
[232] Circulaire interministérielle MESH0130766C n° 2001-576, 30 novembre 2001, d'application immédiate.
[233] Rép. min. n° 1075: JOAN 2 décembre 2002, p. 4670, J.-M Ferrand.
[234] IGEC 29 mars 2002, rubrique 462.
[235] Sénat, *Les enfants nés sans vie*, étude de législation comparée n° 184, avril 2008.
[236] Puisque le certificat permettant la délivrance de cet acte indique que l'une des conditions de l'octroi de la personnalité juridique fait défaut.
[237] IGEC, n° 467-2.
[238] Article 79-1 C.civ.

livret de famille à la demande des parents[239]. L'objet de l'établissement d'un acte d'enfant sans vie relève « d'une logique compassionnelle dont le droit des personnes et de la famille est aujourd'hui plus pénétré que naguère »[240].

2) L'acte d'enfant sans vie: simple constat de l'existence humaine

88. En refusant la reconnaissance sur un acte de l'état civil, aux enfants décédés avant d'avoir atteint le seuil de viabilité, la jurisprudence a lié abusivement constat d'existence humaine et constat de personnalité juridique[241] Cette interprétation de l'article 79-1 du Code civil a été soumise à l'examen de la Cour de cassation suite au refus, par la Cour d'appel de Nîmes le 17 mai 2005[242], d'accéder à la demande de parents revendiquant que soit reconnu l'établissement d'un acte d'enfant sans vie. Dans trois arrêts rendus le 6 février 2008[243], la Cour de cassation a estimé illicite la fixation d'un seuil de viabilité comme condition d'établissement de l'acte d'enfant sans vie. En effet, en constatant que l'article 79-1 alinéa 2 ne subordonnait pas l'établissement d'un acte d'enfant sans vie au poids du fœtus ou à la durée de la grossesse, elle en a déduit que « la Cour d'appel qui a ajouté au texte des conditions qu'il ne prévoit pas l'a violé »[244]. Ainsi, l'acte d'enfant sans vie est ouvert à tout enfant prématurément décédé, sans considération de poids, ni de durée de grossesse.

89. Suite à ces arrêts, le législateur est intervenu rapidement[245] en publiant deux décrets et deux arrêtés conduisant à étendre les conditions de délivrance d'actes d'enfants sans vie. Selon le décret du 20 août 2008[246], l'acte d'enfant sans vie est dressé par l'officier d'état civil sur production d'un certificat médical d'accouchement. Ce certificat en question vise l'accouchement spontané ou provoqué pour raison médicale et peut ainsi concerner un fœtus de moins de 22 semaines d'aménorrhée.

---

[239] Article 9 décret n° 74-449 du 15 mars 1974 relatif au livret de famille.
[240] P. Murat, « La remise en cause du seuil de déclarations à l'état civil des enfants décédés prématurément », *Rev Dr fam*. 2008 comm.35.
[241] CA, Nîmes , chambre civile 1 ; section A ; 17 mai 2005.
[242] *Ibid.*
[243] Cass.1ère civ., 6 février 2008, n° 06-16.498, Cass.1ère civ., 6 février 2008 n°06-16.499 et Cass.1èreciv., 6 février 2008, n°06-16-500*, D.,* 2008, p .638 chron. P. Chauvin ; *AJ Famille* 2008, p. 165 obs. F. Chenédé ; J*CP G* 2008 II 10045 note G. Loiseau ; *RTD. civ* 2008, p. 268 obs. J. Hauser ; P. Murat, *op. cit.*
[244] *Ibid.*
[245] Une reconnaissance d'un acte d'enfant sans vie sans condition de délai faisait craindre la menace d'une éventuelle remise en cause de la liberté des femmes d'interrompre leur grossesse.
[246] Décret n° 2008-800 du 20 août 2008, JORF 22 août 2008.

En revanche, les fausses couches précoces et les interruptions volontaires de grossesse[247] en sont exclues. Le seuil désormais fixé pour l'établissement d'un acte d'enfant sans vie n'est plus celui de la viabilité mais le critère de l'accouchement qu'il faut distinguer de l'expulsion[248]. En effet, la circulaire du 19 juin 2009[249] indique que les fœtus, avant la quinzième semaine d'aménorrhée[250], ne devraient pas permettre de dresser un acte d'enfant sans vie[251]. La justification de ce seuil se trouve dans la vocation des actes de l'état civil qui: « n'est pas de comptabiliser les fausses couches très précoces (…) »[252].

90. Ainsi, l'abandon de la référence au seuil de viabilité pour l'acte d'enfant sans vie a démontré que ce critère n'est utile et exigible que lorsqu'il est en lien avec la personnalité juridique. L'acte d'enfant sans vie « à la différence des actes de l'état civil, (…) ne produit rigoureusement aucune conséquence juridique vis-à-vis de celui qui en est l'objet »[253]. L'absence de personnalité juridique de l'enfant sans vie a d'ailleurs, pour principale conséquence, qu'aucune filiation ne peut être établie à son égard[254]. Les décrets du 20 aout 2008 n'ont pas remis en cause cette absence de filiation liée à l'absence de personnalité juridique, solution ancrée dans le Code civil de 1804. Ce lien opéré entre la filiation et la personnalité juridique, a d'ailleurs été contestée par une partie de la doctrine qui affirmait que l'absence de personnalité juridique de l'enfant né sans vie ne signifie pas que ce dernier n'est « l'enfant de personne et est dépourvu de filiation ». Position d'ailleurs soutenue par la Cour européenne des droits de l'homme qui estime qu'en refusant de rendre sa filiation à un enfant mort-né, les autorités publiques manquent à leur obligation de garantir le

[247] Concernent des fœtus de moins de 14 semaines d'aménorrhée soit 12 semaines de grossesse. C'est le seuil admis par le corps médical pour distinguer la fausse couche précoce de l'accouchement, et la durée légale de l'IVG.
[248] P. Murat, « circulaire du 19 juin 2009 sur l'établissement d'acte d'enfant sans vie » *Dr. fam.* 2009, comm. 123.
[249]Circulaire DHOS/E1/DGS/DACS/DCGL 2009-182 relative à « l'enregistrement à l'état civil des enfants décédés avant la déclaration de naissance et de ceux pouvant donner lieu à un acte d'enfant sans vie, à la délivrance du livret de famille, à la prise en charge des corps des enfants décédés, des enfants sans vie et des fœtus », BO santé protection sociale, solidarités n° 2009/7, 15 août 2009, p. 40, *JCP N*, 2009, Actualités n°583.
[250] Seuil qui correspond à celui de l'IVG.
[251] P. Murat, *op. cit.*
[252]*Ibid.*
[253] G. Loiseau, o*p. cit.*
[254] V. IGEC 11 mai 1999, spécialement n° 461 et s, confirmée par la circulaire n° 2001-576 du 30 novembre 2001, circulaire CIV/13/06 du 30 juin 2006 et circulaire interministérielle n° IOCB0914736C du 19 juin 2009, *op. cit.*

respect de la vie privée et familiale de la mère[255]. Pour notre part nous considérons que la filiation est un lien juridique qui permet d'établir un lien de parenté entre un enfant à son père ou à sa mère. Son objet vise donc à l'établissement d'un rapport juridique, il n'est donc nécessaire qu'à la personne juridique.

91. L'acte d'enfant sans vie produit ses principales conséquences pour les parents[256], ce qui justifie son caractère facultatif, à l'inverse de la déclaration de naissance qui est obligatoire[257]. Les modifications apportées par les décrets du 20 aout 2008 s'inscrivent dans l'objectif d'une meilleure prise en considération du deuil vécu par les parents. La délivrance de cet acte permet notamment de demander la crémation ou l'inhumation du fœtus, alors que jusque-ici, les fœtus de moins de 22 semaines étaient incinérés avec les déchets du bloc opératoire. En effet, la législation funéraire distingue deux situations:

-Pour l'enfant né vivant et viable mais décédé avant la déclaration de naissance à l'état civil, la législation funéraire s'applique de plein droit : l'inhumation ou la crémation du corps est obligatoire et s'effectue à la charge de la famille, la commune prend en charge les obsèques des personnes les plus démunies.

-Pour l'enfant né vivant mais non-viable ou l'enfant mort-né, la famille peut choisir d'organiser des funérailles ou d'abandonner le corps à l'hôpital. Lorsque la famille détient un certificat médical d'accouchement lui permettant de faire dresser un acte

---

[255] CEDH, 2 juin 2005, requête n° 77785/01 *Znamenska c/ Russie, RTD. civ*., 2005, p. 737 obs. J.-P. Marguénaud ; *JCP* 2005, I, 159 n° 14 note, F. Sudre.

[256] L'acte d'enfant sans vie ouvre droit à la reconnaissance de certains droits sociaux. La mère peut prétendre aux indemnités journalières de l'assurance maternité (article R.331-5 du C. sant. Publ.), le père est aussi susceptible de bénéficier d'un congé paternité (Décret 2008-32 du 9 janvier 2008, JORF, 11 janvier 2008). Lorsque l'enfant sans vie était le premier enfant ou que les parents n'étaient pas mariés, ils ne possédaient pas de livret de famille, et ne pouvait donc pas le faire inscrire. Le décret n° 2008-798 du 20 aout 2008 et l'arrêté du même jour ont autorisé la délivrance d'un livret de famille dans cette situation. Ils peuvent faire désormais figurer sur le livret de famille l'indication de l'enfant sans vie ainsi que la date et lieu de l'accouchement.

[257] Les parents peuvent décider de ne pas établir un acte d'enfant sans vie et organiser des funérailles mais la circulaire du 19 juin 2009 précise que les communes « peuvent » accompagner cette volonté en autorisant l'inhumation ou la crémation des corps. Cette possibilité laissée aux communes d'accompagner le souhait d'organiser les funérailles est critiqué en doctrine. Cette faculté« offre à une question nationale, des réponses locales qui peuvent être divergentes. Il est regrettable que ces pratiques soient laissées dans le simple domaine de la tolérance administrative. Il vaudrait mieux donner un cadre légal qui aurait pour avantage de leur conférer un caractère obligatoire et d'assurer ainsi aux parents la sécurité juridique indispensable au respect et à la dignité qui doivent prévaloir en cette matière ». .En ce sens voir notamment, G. Launoy, *JCL civil,* « droit de l'enfant », fasc. 120.

d'enfant sans vie, elle peut demander l'organisation de funérailles. Les communes doivent accéder à la demande d'inhumation ou de crémation. Selon la circulaire interministérielle n° IOCB0914736C du 19 juin 2009, la famille qui ne possède pas de certificat médical d'accouchement peut néanmoins organiser les funérailles de l'enfant. La famille peut également choisir de ne pas organiser de funérailles malgré l'obtention d'un certificat médical d'accouchement. Dans ce cas, le corps non réclamé dans un délai de 10 jours peut être inhumé si l'établissement de santé, en accord avec les communes concernées a pris des dispositions spécifiques dans ce sens. A défaut, selon les dispositions des articles R. 1335-9 à R. 1335-11 du Code de la santé publique et les articles 12 et 13 de l'arrêté du 24 novembre 2003, la circulaire interministérielle n° IOCB0914736C du 19 juin 2009, le corps fait l'objet d'une crémation à la charge de l'établissement de santé.

92. Dans l'arrêt Mari c/ Croatie rendu par la CEDH 12 juin 2014[258], la Cour européenne des droits de l'homme a s'est prononcéee sur une affaire dans laquelle la dépouille d'un enfant mort-né, non réclamé par ses parents, avait été incinéré par l'hôpital en même temps que d'autres déchets cliniques. Par la suite, les parents avaient cherché à obtenir des informations sur la crémation de l'enfant en vain puisqu'aucune disposition légale n'obligeait l'hôpital à les informer lieu de l'enterrement de leur enfant mort-né. Ils saisirent alors les juridictions croates en réclamant des dommages et intérêts. Les juges internes refusèrent toute indemnisation. Le requérant saisit la CEDH au motif de la violation de l'article 8. La Cour européenne a relevé l'applicabilité de l'article 8 au cas d'espèce car le fait de s'être débarrassé du corps de l'enfant en tant que déchet clinique constituait bien une ingérence dans le droit au respect de la vie privée du requérant. La Cour EDH a ainsi conclu à la violation de l'article 8 de la Convention et a demandé à l'État défendeur de verser la somme de 12 300 euros au requérant en compensation du préjudice moral.

93. L'acte d'enfant sans vie traduit une reconnaissance symbolique sans conséquence sur la personnalité juridique. Il offre une possibilité « par le truchement d'un acte dressé par un officier d'état civil, de faire constater civilement une existence

[258] CEDH 12 juin 2014 n° 50132/12, *Mari c/ Croatie :* JurisData n° 2014-013655, *dr. fam.* 2014 n° 9 comm. 124, K. Blay-Grabarczyk.

anténatale qui s'est prématurément interrompue. C'est tout et c'est déjà beaucoup dans un élan compassionnel du droit (…) »[259]. C'est parce qu'il est une simple reconnaissance symbolique ne permettant pas l'attribution de la personnalité juridique que le critère de viabilité n'est pas exigé pour l'établissement d'un acte d'enfant sans vie.

94. La naissance en vie et la viabilité sont donc des critères utilisés par le législateur pour « trier » entre les êtres qui peuvent avoir accès au statut de personne juridique et ceux qui ne le peuvent pas[260]. Monsieur le Professeur Gérard Mémeteau constate qu'en faisant jouer un rôle à la viabilité, le Code civil français a considéré implicitement qu'une qualité de vie pourrait constituer le prétexte de l'élimination des individus estimés ne pas correspondre à certaines normes de développement, d'intelligence, d'utilité[261]. Or, ici l'auteur semble fait une confusion entre l'être humain et la personne physique. La vocation de la personnalité juridique n'est pas d'être attribuée à tous les êtres humains. Seuls les êtres humains ayant l'aptitude à une vie durable[262] sont éligibles au statut de personne juridique[263]. Ce pragmatisme justifiant alors que les enfants inaptes à une vie durable soient considérés comme des « non-sujets de droit »[264]. La viabilité est une condition d'accès à la personnalité juridique car la personne physique n'est pas le constat de l'être humain. En ce sens, il faut considérer que « l'enfant né vivant mais non viable, petit *homo* condamné, ne sera donc jamais venu à la vie du droit »[265]. Néanmoins, pour cet enfant, le droit a prévu l'acte d'enfant sans vie.

---

[259] G. Loiseau, *op. cit*

[260] Ainsi, nous nous opposons sur ce point au Doyen Cornu qui affirme que « la loi consacre la personnalité juridique. Mais elle ne l'attribue pas, elle la reconnait ». En effet, la personnalité juridique est attribuée sous conditions de naissance en vie et de viabilité. L'exigence du critère physique n'est pas une simple consécration légale d'une donnée naturelle mais constitue un critère d'accès au statut de sujet de droit.

[261] G. Mémeteau « Vie biologique et personnalité. Qui se souvient des hommes? » Quatrième journée René Savatier des 25 et 26 mars 1993, p. 47.

[262]La viabilité est une qualité d'ordre physiologique.

[263] Il est d'ailleurs très révélateur que le qualificatif d'acte « d'enfant sans vie » soit attribué aussi bien à l'enfant vivant mais non viable qu'à l'enfant mort-né. L'enfant non viable est donc considéré juridiquement sans vie, pourtant ce sont deux critères bien distincts ne signifiant pas la même chose pour l'enfant né vivant mais non viable d'une conception déshumanisée de la personne juridique. Ainsi pour le droit civil, l'enfant sans vie ou non-viable sont équivalents

[264] J. Carbonnier, « Sur les traces du non-sujet de droit », *in Flexible droit,* LGDJ, 2001, p. 233.

[265] M. Bandrac, « Unité de la notion de personne dans le Code civil. A la recherche de la personne de fait » *in Différenciation et indifférenciation des personnes dans le Code civil,* dir. P. Bloch C. Duvert, N. Sauphanor- Brouillaud, p. 17.

95. L'acte d'enfant sans vie, particulièrement depuis le décret du 20 aout 2008, illustre la disjonction entre l'existence humaine et l'existence juridique. L'aptitude à la vie durable est une condition d'obtention de la personnalité juridique d'ailleurs l'aptitude est exigée tout au long de la vie juridique du sujet de droit car une fois la personnalité juridique acquise, l'exercice de celle-ci commande une aptitude intellectuelle.

B) La capacité comme critère d'usage de la personnalité juridique

96. Une fois la personnalité juridique acquise, le sujet de droit a la capacité juridique définie comme « l'aptitude à être titulaire d'un droit ou d'une obligation et à l'exercer personnellement »[266]. Le sujet de droit acquiert des droits et en dispose, c'est la capacité de jouissance, et peut agir sur ses droits, c'est la capacité d'exercice[267]. La naissance en vie et viable ne suffit pas au sujet de droit pour disposer de ces deux capacités. En effet, le mineur est frappé d'une incapacité d'exercice qui se traduit par l'inaptitude à faire valoir les droits dont il a la jouissance. Cette incapacité d'exercice se déduit *a contrario* de l'article 414 du Code civil qui pose pour principe que : « La majorité est fixée à dix-huit ans accomplis ; à cet âge, chacun est capable d'exercer les droits dont il a la jouissance »[268]. La minorité est alors « l'état dans lequel se trouve l'individu qui n'ayant pas atteint l'âge de la majorité civile, est soumis

[266] *Dictionnaire de vocabulaire juridique*, *op. cit*.

[267] La distinction traditionnelle entre la capacité de jouissance et la capacité d'exercice s'explique par la volonté de reconnaître la personnalité juridique de l'incapable. Au XIXème siècle, la théorie classique analyse le droit comme une volonté et conduit alors à identifier le sujet de droit à l'être humain pourvu de volonté. Cette identification parfaite entre sujet de droit et être humain est en partie due à l'influence des lumières et du catholicisme social. La conséquence de cette identification conduisait à affirmer que la personne juridique ne désigne rien d'autre que l'humain. En conséquence, dès lors qu'on porte atteinte à la personnalité juridique, on porte atteinte à l'humain. Dans ce cas, l'incapable atteint dans sa personnalité juridique est également atteint dans sa condition humaine. Cette identification personne humaine/ personne juridique posait donc un problème théorique et pratique. La doctrine a donc élaboré une distinction capacité de jouissance/capacité d'exercice. Lorsque Ihering propose de centrer le droit sur la notion d'intérêt et non plus sur la volonté, tous les êtres pourvus d'un intérêt juridiquement protégé peuvent donc obtenir la personnalité juridique. Les incapables sont donc des sujets de droits qui ont eu une capacité de jouissance ce sont des sujets de jouissance. Peu importe que l'usage du patrimoine se fasse pour eux, et qu'ils n'aient pas la capacité d'exercice. Cela permet de justifier certaines restrictions à la personnalité. Cette relativisation de la personnalité juridique est possible puisque l'on n'assimile pas le sujet de droit et l'être humain. Tous les hommes n'ont pas la même capacité mais ils conservent tous la personnalité juridique. La capacité est susceptible de gradation.

[268] Article 414 modifié par Loi n° 2007-308 du 5 mars 2007 - art. 7 JORF 7 mars 2007 en vigueur au 1er janvier 2009.

à un régime de protection et est frappé par la loi d'une incapacité d'exercice »[269]. L'incapacité d'exercice du mineur et la majorité à 18 ans[270], sont fondés sur le même critère à savoir : l'atteinte d'une maturité biologique et psychologique permettant le développement du sens des responsabilités[271]. Cette incapacité du mineur est dite de « protection » et s'explique selon le doyen Cornu : « non en raison de la fragilité de son corps, mais à cause de l'infirmité présumée de son esprit »[272]. Plus le mineur approche de la maturité intellectuelle, plus cette incapacité d'exercice s'estompe[273]. Ainsi, la capacité d'exercice est liée à l'aptitude intellectuelle, nommée discernement.

97. Cette aptitude intellectuelle n'est pas exigée seulement pour le mineur. En effet, l'adulte dont les facultés mentales sont altérées peut également voir sa capacité d'exercice entravée. Ainsi, l'article 414-1 du Code civil prévoit que l'acte juridique n'est valable que s'il est réalisé par un individu sain d'esprit. C'est une protection offerte par le droit commun des actes juridiques, indépendante de la mise en œuvre d'un régime général de protection[274]. Il existe donc deux causes naturelles d'incapacité d'exercice inhérentes à la nature de l'homme[275] et que l'on pourrait qualifier d'inaptitudes intellectuelles.

98. Qu'elles soient automatiques pour le mineur, ou ponctuelles pour le majeur, « l'être privé de raison ne peut participer efficacement à la vie juridique »[276] car la capacité d'exercice nécessite une volonté consciente. Le sujet de droit ne disposera des deux capacités que s'il est jugé apte selon des qualités liées à son état intellectuel[277]. L'importance que revêt l'aptitude dans l'exercice effectif des droits

---

[269] G. Cornu (ss dir.) *Vocabulaire juridique*, *op. cit*, V. minorité.
[270] Loi n° 74-631, du 5 juillet 1974 fixant l'âge de la majorité à 18 ans.
[271] En ce sens, B. Teyssié, *op cit*. p. 200.
[272] G. Cornu, « L'âge civil », Mélanges P. Roubier, 1970, p. 10
[273] L'incapacité d'exercice générale dont est frappé le mineur est assortie d'exceptions et s'efface progressivement dans les hypothèses ou il jouit « d'une prémajorité ». Sur cette notion voir J. Roque, « La prémajorité », *Dr fam*. Avril 2009, n° 4 étude 20.
[274] Article 415 du Code civil : « Les personnes majeures reçoivent la protection de leur personne et de leurs biens que leur état ou leur situation rend nécessaire selon les modalités prévues au présent titre ».
[275] P. Catala « Regard rétrospectif sur les incapacités établies par le Code civil » *JCP. N*. septembre 2008, 1267.
[276] F. Terré, D. Fenouillet, *op. cit*. p.1200.
[277] En ce sens V. Mikalef-Troudic, A. Cermolacce, « Catégorie de personne et capacité », *in Différenciation et indifférenciation des personnes dans le Code civil, op. cit*. p. 52 : « Tout régime d'incapacité répond à un souci de protection des personnes qui sont considérées comme en état de faiblesse (…) le législateur poursuit donc pour objectif de protéger la personne et ses biens contre elle-même mais aussi contre les tiers ».

dont le sujet à la jouissance s'explique par la fonction même de la personnalité juridique. La personnalité n'est donc pas une source « préjuridique » mais elle sert précisément à décider à quel sujet on va attribuer une conduite donnée, comment on va unifier des conduites hétérogènes, ainsi que les droits et obligations générés par ces conduites. Certaines conduites seront rapportées à la personne de l'incapable comme étant réalisées par lui-même par le mécanisme de la représentation légale. Inversement, certains actes juridiques réalisés par cet incapable seront considérés comme n'ayant été commis par personne (c'est le mécanisme de la nullité)[278].

99. La personne juridique n'est donc pas l'homme de fait, c'est l'homme de droit. Cet homme de droit se construit avec des critères qui peuvent être fondés sur l'humain mais qui ne reflètent pas exactement l'humain. Ce sont des critères intra-juridiques. La vie et la viabilité sont des conditions d'accès au statut de personne juridique. Nous avons pu voir que la personne juridique n'est pas l'humain tel qu'il se présente au monde, mais tel qu'il est pris en considération par le droit et selon ses critères propres. Ce constat alimente alors l'idée selon laquelle la personnalité juridique est utilisée comme un outil juridique répondant à une fonction précise.

*§*2) L'élasticité de la personnalité juridique

100. Nous avons pu voir que la personne juridique n'est pas l'humain tel qu'il se présente au monde, mais tel qu'il est pris en considération par le droit et selon ses propres critères. Cette construction intellectuelle est nécessaire car la réalité juridique n'est pas le reflet exact de la réalité biologique. C'est pourquoi la personnalité juridique peut s'accommoder de situations qui n'existent que dans la sphère juridique. C'est le cas de la personne sans corps (A). De même la rétroactivité de la personnalité juridique, en tant que fiction juridique, illustre le pragmatisme de la notion (B).

A) L'absent : une personne juridique sans corps.

[278] En ce sens: M. Iacub, *op. cit.* p. 94.

101. La personnalité juridique est une construction intellectuelle qui permet la qualification de personne physique ou de personne morale à une entité. En effet, en attribuant l'aptitude à être titulaire de droits et d'obligations à un sujet, on opère une qualification puisque l'être humain entre dans la catégorie de personne physique, le groupe de personnes est qualifié de personnes morales. Les personnes juridiques constituent donc une catégorie juridique qui s'oppose aux « non-sujets de droits »[279].

102. Cette opération de qualification nécessite parfois l'utilisation d'artifices car la catégorie juridique n'est pas toujours le reflet parfait de la réalité humaine. Ainsi, lorsque le droit envisage l'absence, qui est l'état d'incertitude régie aux articles 112 à 132 du Code civil, il considère alors que cette situation particulière nécessite le recours à un artifice. En effet, l'absence est la situation de « l'individu dont on ne sait s'il est vivant ou mort, du fait qu'il a cessé de paraître chez lui et que l'on est resté sans nouvelle de lui »[280]. Le statut de l'absent est envisagé à partir de présomptions : une présomption de vie correspondant à la situation juridique de la présomption d'absence, une présomption de décès qui est la déclaration d'absence. L'article 112 du Code civil permet de faire constater en justice la présomption d'absence d'une personne qui a quitté son domicile. C'est une présomption de vie qui est tirée de l'article 112 du Code civil : le présumé absent est en vie. C'est en fonction de cette présomption que le régime juridique du présumé absent est défini. Le présumé absent étant vivant, il est alors une personne juridique sans corps.

103. Le droit connait des êtres humains sans personnalité juridique[281]et des personnes physiques sans corporalité. C'est ce que traduit l'institution de l'absent qui vit juridiquement sans que l'on puisse le voir et cela en utilisant la présomption. Le présumé absent continue d'exister juridiquement et c'est pourquoi l'article 116 du Code civil prévoit la possibilité de succéder même après la constatation d'absence[282]. De même, l'union qu'il a contractée subsiste[283]. La présomption de vie conduit donc à

---

[279] J. Carbonnier, « Sur les traces du non-sujet de droit », *Arch. Phil. Dr.,* 1989, tome 34, p.197.
[280] En ce sens G. Cornu, *Droit civil, les personnes,* Montchrestien, coll. Domat droit privé, 2007, p. 176. Institution datant de l'ancien droit, le statut de l'absent a fait l'objet du titre IV du livre1er du Code civil de 1804 et d'une modification par la loi du 28 décembre 1977 portant réforme du titre IV du livre 1er du Code civil : des absents.
[281] Cf. l'esclave, le mort civil, l'enfant à naître ou l'enfant mort-né ou né non-viable.
[282] Ainsi, l'article 725 du Code civil complété par la loi du 28 décembre 1977 précise que « peut succéder celui dont l'absence est présumée selon l'article112 ».
[283] Sauf à faire valoir l'article 237 du Code civil relative à l'altération définitive du lien conjugal cause de divorce.

faire comme si la personne juridique était toujours présente mais simplement frappée d'une incapacité de jouissance. Le législateur s'est inspiré du régime juridique des incapables pour définir le statut du présumé absent[284]. C'est avant tout l'intérêt de l'absent qui est recherché à travers le statut protecteur de l'incapable[285]. Le retour à la réalité[286] peut s'opérer de deux manières : soit l'absent réapparaît, soit son décès est établi de manière judiciaire. Si le législateur prévoit ce possible retour à la réalité, c'est que l'institution de l'absent est une fiction juridique[287].

104. L'absence prolongée se traduit par une seconde phase qui est celle de la déclaration d'absence. Cette déclaration d'absence implique une présomption de décès avec tous les effets qui en découlent tant sur le plan patrimonial qu'extrapatrimonial[288] : ouverture et liquidation de la succession, dissolution et liquidation du régime matrimonial. Tout comme la présomption d'absence, c'est une fiction juridique. C'est pour cette raison que la loi prévoit la possibilité de mettre en harmonie le système juridique et la réalité lorsque l'absent refait surface[289].

105. Le droit, en utilisant les techniques de présomptions « fait sortir d'un état d'incertitude deux suppositions juridiques contraires (…), et en opérant un traitement de l'incertitude, superpose sa vision (sa fiction sa présomption), dans un sens ou dans l'autre, à un état de doute qui demeure la situation naturelle de base »[290]. Lorsque le présumé absent s'avère être décédé, l'institution se révèle alors contraire à la réalité biologique. C'est une fiction nécessaire qui permet d'organiser la vie juridique de celui dont on n'ignore encore s'il est en vie, sans paralyser sa situation juridique et

---

[284] L'analogie de situation avec celle des incapables qui, tout comme le présumé absent, se sont pas en état de défendre leurs intérêts et de remplir efficacement leur devoirs se retrouve à travers l'article 118 du Code civil : « Le juge peut désigner un ou plusieurs parents ou alliés, ou, le cas échéant, toute autre personne pour représenter la personne présumée absente dans l'exercice de ses droits ou dans tout acte auquel elle serait intéressée, ainsi que pour administrer tout ou partie de ses biens ; la représentation du présumé absent et l'administration de ses biens sont alors soumises aux règles applicables à l'administration légale sous contrôle judiciaire telle qu'elle est prévue pour les mineurs, et en outre sous les modifications qui suivent ». Ainsi l'article 725 du Code civil complété par la loi du 28 décembre 1977 précise que « peut succéder celui dont l'absence est présumée selon l'article 112 ».

[285] J-B de Saint Afrique, *L'absence*, Broché, 1998, p. 9.

[286] *Ibid.*

[287] La fiction juridique est définie comme étant une méthode de raisonnement du droit conduisant à « supposer un fait ou une situation différents de la réalité en vue de produire un effet de droit ». *Vocabulaire juridique,* Association H. Capitant, sous la direction de G. Cornu 7ème éd., PUF, 2005, V° Fiction.

[288] La déclaration d'absence est envisagée par les articles 122 à 132 du Code civil. Les conséquences de celles-ci sont celles du décès.

[289] Article 129 du Code civil.

[290] G. Cornu, *op. cit.* p.177

celle des tiers. Dans l'incertitude sur la vie ou la mort de l'absent, le droit agit pendant une période donnée comme s'il était vivant puis comme s'il était décédé. Dans la première phase, il conserve sa personnalité juridique, dans la seconde elle s'éteint. La personnalité juridique, en tant que construction intellectuelle, peut donc subir des correctifs et s'éloigner ainsi de la réalité biologique.

B) La fiction de la personnalité juridique de l'enfant simplement conçu.

106. La fiction existe lorsque la réalité telle qu'elle est définie techniquement par le droit est déformée afin d'obtenir des effets qui n'auraient pas pu être obtenu si les concepts et notions avaient été utilisés « normalement ». La fiction n'est concevable que dans une dimension qui n'est pas le réel. L'existence de fictions juridiques démontre que le droit use d'outils techniques conçus pour répondre à un objectif précis, donnant alors à la notion de personne juridique un caractère utilitaire. L'adage « *Infans conceptus pro nato habetur quoties de commdis eius agitur* »[291] signifie que l'enfant conçu est tenu pour né chaque fois qu'il y va de son avantage. C'est un héritage issu de la loi des XII tables auquel les juristes romains ont eu recours pour justifier l'attribution de droits successoraux à l'enfant posthume (D.1, 5, 7), à condition qu'il naisse vivant (C.6, 29, 3).

107. A son origine, cet adage est envisagé comme une fiction[292]. En effet, pour les juristes romains, la personnalité juridique débute à la naissance. C'est à ce moment que l'existence physique de l'enfant devient autonome. L'enfant dans le sein de sa mère n'est selon Papinien[293] qu'une « *mulieris portio* » de la femme qui le porte[294].

---

[291] Pour une étude de la maxime voir : R. Lalou, *Etude de la maxime Infans conceptus*, Thèse Paris, 1904 ; L. Sebag, *La condition juridique des personnes physiques et des personnes morales avant leur naissance*, thèse Paris, 1938 ; A. Betrand-Mirkovic, *op. cit*. p. 281; A. Lefèbvre-Teillard, « *Infans conceptus*. Existence physique et existence juridique, *Rev. hist. de dr. français et étranger*, 1994, p. 499.

[292] En ce sens : A. Lefèbvre-Teillard, *ibid* p. 499 : « (…) l'analyse des origines de l'adage (…) met en évidence (…) la fiction à laquelle les juristes ont eu recours pour justifier cette règle ». Savigny analyse aussi cet adage sous l'angle de la fiction en relevant qu'elle est « une simple fiction qui ne trouve qu'à s'appliquer dans des étroites limites et à un certain ordre de faits spécialement déterminés » *Traité de droit romain* t. II, F. Didot, Paris, 1855, p. 12.

[293] D. 35, 2, 9, 1.

[294] Cela ne signifie pas que les juristes romains ne prennent pas en compte la vie-anténatale mais le fœtus est protégé en tant qu'homme. La distinction entre personne juridique et être humain est très présente en droit romain.

Ainsi, « l'adage *infans conceptus,* serait une astuce intellectuelle permettant de déjouer les effets indésirables d'une règle générale dans les circonstances énoncées limitativement par la loi. Il n'est nullement question d'utiliser la maxime pour servir de support à la reconnaissance d'une personnalité conditionnelle de l'enfant à naître »[295]. Cet adage a été intégré à travers les articles 906 et 725 du Code civil [296] jusqu'à devenir un principe général de droit[297]. Si l'intégration de la maxime dans notre droit n'a pas posé pas de difficultés, sa nature juridique en revanche a été l'objet d'un débat doctrinal.

108. Une partie de la doctrine a envisagé cette maxime comme une vision personnificatrice de l'enfant conçu[298] et a estimé que l'adage *infans conceptus* permettait ainsi d'accorder par anticipation la personnalité juridique à l'enfant conçu, personnalité ainsi confirmée au jour de sa naissance. Selon cette doctrine, la conception rendrait l'enfant à naître apte à succéder et à recevoir. Le défaut de naissance en vie et de viabilité anéantiraient rétroactivement les droits[299] qu'il aurait pu acquérir pendant la gestation. La maxime *infans conceptus* serait donc une réalité.

---

[295] N. Massager, *Les droits de l'enfant à naître*, Bruylant, 1997, p. 17.

[296] L'article 906 du Code civil prévoit que « pour être capable de recevoir entre vifs, il suffit d'être conçu au moment de la donation. Pour être capable de recevoir par testament, il suffit d'être conçu à l'époque du décès du testateur. Néanmoins la donation ou le testament n'auront leur effet qu'autant que l'enfant sera né viable. ». L'article 725 alinéa 1 du Code civil précise que « pour succéder, il faut nécessairement exister à l'instant de l'ouverture de la succession. Ainsi, sont incapables de succéder 1° celui qui n'est pas encore conçu ». L'interprétation de cet alinéa permet de conclure que le « législateur en admettant que l'enfant qui n'est pas conçu est incapable de succéder, admet bien à contrario que s'il est conçu avant la mort de son auteur, s'il est donc posthume, il pourra quand même lui succéder ».

[297] Cass. 1ère civ. 10 décembre 1985, n° 84-14328 Juris Data n° 1985-003360, Bull. civ. 1985. I, n° 339 : « En écartant, pour le calcul de la majoration du capital décès prévue par une police d'assurances, les enfants simplement conçus et qui en l'espèce sont nés viables, les juges du fond violent la règle selon laquelle l'enfant conçu est réputé né chaque fois qu'il y va de son intérêt ».

[298] En ce sens : L. Sébag, *op.cit.,* P. Raynaud, « L'enfant peut-il être objet de droit » *D.* 1988 p. 109 ; N. Massager, *Les droits de l'enfant à naître*, Thèse Bruxelles, Bruylant, 1997, p. 13 ; G. Goubeaux, *Traité de droit civil, Les personnes*, LGDJ, 1989, p. 50 ; G. Cornu, *Droit civil, les personnes*, 13ème éd., Montchrestien, 2007, p. 16 : « C'est la présentation traditionnelle qui, en assimilant la conception à la naissance, paraît établir une fiction, (….) la reconnaissance de la personnalité à l'enfant conçu parait plus naturelle (…) lorsque partant du principe que la personnalité est liée à la vie, on reconnait dans l'être conçu un être vivant, *ab ovo* » ; R. Andorno , *La distinction juridique entre les personnes et les choses à l'épreuve des procréations artificielles,* L.G.D.J, T .263, 1996 ; C. Atias, « La situation juridique de l'enfant conçu » *in La vie prénatale, biologie, morale et droit,* Paris, Tequi, 1986, p.117; D. Vigneau, *L'enfant à naître*, Thèse Toulouse, 1988 ; C. Levy, *La personne juridique en droit, Thèse,* Paris I, 2000, p. 143.

[299] Nous ne pensons pas que l'enfant simplement conçu acquiert des droits subjectifs. En effet, jusqu'au jour de sa naissance vivant et viable, il ne dispose pas de droits patrimoniaux dans la mesure ou il lui est impossible de succéder, de recevoir un don ou un legs, il ne peut être l'objet d'une pension alimentaire qui est liée à la filiation. Il ne dispose pas de droits extrapatrimoniaux tels que les droits de la personnalité.

109. Cette approche de l'adage *infans conceptus* est contraire aux origines même de la maxime[300]. C'est pourquoi nous partageons l'avis de la doctrine[301] qui interprète la maxime comme une fiction juridique et considère que l'adage permet simplement de faire remonter de manière rétroactive la personnalité juridique à l'enfant conçu jusqu'au jour présumé de sa conception. C'est une technique juridique instituée dans l'intérêt de l'enfant né. Cette analyse est confirmée par le choix opéré par le droit positif de n'accorder la personnalité juridique qu'à la double condition que l'enfant naisse vivant et viable, choix réaffirmé par l'article 79-1 alinéa 2 du Code civil[302]. Ainsi, tout mécanisme visant à accorder la personnalité juridique antérieurement à la naissance ne peut être qu'une fiction. La maxime permet simplement, une fois, que ces conditions sont réalisées, de faire remonter la personnalité juridique à un moment où l'enfant n'était pas encore sujet de droit. Ce mécanisme est « une technique consistant à déformer la réalité pour lui faire produire des effets juridiques considérés comme souhaitables (là ou) la stricte analyse de la situation n'aurait pas permis d'appliquer[303]. La fiction comme le rappelle Madame Aude Bertrand-Mirkovic «(…) ne porte que sur la naissance et non sur l'existence, qui, elle, n'est pas une fiction mais une réalité »[304].

110. L'analyse de la jurisprudence relative à l'application de cet adage nous conforte dans cette approche. En effet, la Cour de cassation a étendu les hypothèses où l'enfant conçu était réputé né à d'autres hypothèses que celles initialement prévues[305], en se plaçant non sur le terrain de la personnalité juridique, de l'enfant conçu mais en analysant la situation juridique de l'enfant né. La jurisprudence a souhaité favoriser les intérêts de l'enfant-né en faisant rétroagir sa personnalité juridique.

111. Dans un premier temps, elle a appliqué l'adage *infans conceptus* dans le cadre d'une rente attribuée à un enfant d'ouvrier, victime d'un accident du travail, en

---

[300] Cf. *infra* p. 88.

[301] En ce sens, X. Labbée, *La condition juridique du corps humain avant la naissance et après la mort*, PUF, 1990 p. 27 : « La maxime *infans conceptus* ne peut être qu'interprétée dans le sens d'une réalité, contrairement à ce qui est souvent affirmé. L'enfant n'est pas titulaire dès sa conception d'une personnalité conditionnelle. En revanche, le droit permet par fiction juridique à l'enfant venu au monde vivant et viable, de faire remonter fictivement, dans une telle hypothèse, sa personnalité au jour présumé de sa conception et ce à condition qu'il y aille de son intérêt » ; *JCL fasc.* 50, 2011; A. Bertrand-Mirkovic, *op. cit.* p. 298; J.-F. Niort, *op. cit.* p. 25.

[302] Cf. *infra*.

[303] V° Fiction, *Dictionnaire du vocabulaire juridique, 2012, op. cit.*

[304] A. Bertand-Mirkovic, *op. cit.* p. 282.

[305] A savoir la succession posthume.

estimant que « l'enfant conçu est considéré comme étant déjà né en tant que son intérêt l'exige et qu'on ne saurait, sans nuire à son intérêt, reporter au jour de sa naissance seulement le bénéfice d'un droit qui lui est acquis dès la mort de son père, sauf à produire d'effet définitif que s'il naît viable »[306]. Cette solution a été ensuite reprise à propos de la majoration d'un capital-décès fondée sur le nombre d'enfants de la bénéficiaire, dont la détermination doit se faire en y incluant l'enfant conçu[307].

112. En considérant l'adage *infans conceptus* sous l'angle de la fiction, une femme enceinte en instance de divorce ne peut donc solliciter, à titre conservatoire, une pension alimentaire pour son enfant à naître[308]. En effet, tant qu'il n'est pas né, l'enfant à naître ne peut être bénéficiaire d'aucune mesure, « la femme enceinte qui passe devant le juge conciliateur ne peut réclamer qu'une pension alimentaire pour elle-même mais pas pour l'enfant qu'elle porte (doit-elle dire au juge que du fait de son état, elle mange plus qu'une femme qui n'est pas enceinte, pour obtenir un peu plus d'argent pour elle-même ?). Elle devra donc ressaisir le juge après la naissance de l'enfant pour former une nouvelle demande. Et c'est la demande (et non la naissance) qui fera courir les aliments puisque « aliments ne s'arréragent pas »[309].

113. La jurisprudence a également appliqué la maxime sur le terrain de la capacité d'agir en justice. En effet, la Cour de cassation a admis l'action en réparation du dommage subi *in utero,* en affirmant que l'enfant simplement conçu pouvait subir un dommage. Pourtant, le principe de l'acquisition de la personnalité juridique à la naissance s'accommode mal avec la possibilité de se prévaloir d'un dommage subi avant sa naissance. En effet, la créance de dommage-intérêt naît au jour du dommage. Lors d'un dommage subi pendant la grossesse, l'embryon ou le fœtus n'a pas de personnalité juridique et par conséquent, n'a pas le droit d'agir. Or, l'article 32 du Code de procédure civile prévoit qu' « est irrecevable toute prétention émise par ou contre une personne dépourvue du droit d'agir ». L'enfant *in utero* n'a pas de personnalité juridique et est donc dépourvu du droit d'agir. En utilisant l'adage *infans conceptus,* la jurisprudence fait rétroagir la personnalité juridique au jour du dommage afin de valider la capacité d'agir.

---

[306] Cass, civ., 24 avril 1929, *D. H.*, 1929. 298.
[307] Cass. civ. 10 décembre 1985, *D.* 1987, p. 449 note G. Paire, *RTD civ*. 1987, p. 390 obs. J. Mestre.
[308] TGI Lille, ord. non-conciliation, 6 déc. 2012, *Dr. fam*. 2013, n° 3, comm. 39, obs. X. Labbé.
[309] *Ibid.*

114. Ainsi, la jurisprudence a admis la réparation du dommage subi *in utero* dans l'hypothèse d'une IVG manquée causant un traumatisme au fœtus[310], ou dans le cas de l'enfant né handicapé suite à un accident de voiture durant la grossesse[311]. La chambre criminelle a également utilisé l'adage dans le cadre d'un enfant issu d'un viol en faisant remonter la personnalité juridique au moment même de la conception[312]. La Cour de cassation n'a pas hésité à « faire débuter la personnalité juridique de l'enfant au moment même où s'est produit le rapport fécondant, donc à un moment ou l'embryon n'était même pas formé »[313]. C'est ici la preuve supplémentaire de la nature fictive de la personnalité juridique qui peut rétroagir jusqu'au moment même de la fécondation. L'objectif de la jurisprudence est de permettre à l'enfant, une fois né de se prévaloir d'évènements dommageables survenus *in utero* traduit une certaine élasticité de la personnalité juridique.

115. Lorsque la Cour de cassation fait remonter la personnalité juridique de l'enfant-né à une période où il était simplement conçu, elle ne se place pas sur le terrain de la personnalité juridique de l'enfant simplement conçu mais elle analyse la situation juridique de l'enfant une fois qu'il est né vivant et viable. L'utilité de faire rétroagir la personnalité juridique de l'enfant au moment de sa conception est de lui permettre de faire valoir un intérêt juridique né à cette période. Cet intérêt juridique peut prendre sa source avant la naissance mais ne peut devenir l'objet d'un droit qu'à partir de la naissance dans la mesure où l'intérêt juridiquement protégé (fondement du droit subjectif) et la personnalité sont intrinsèquement liés. La personnalité juridique prise en tant qu'« aptitude à la relation juridique »[314] justifie alors qu'elle ne s'acquiert qu'à partir du moment où la relation à autrui est possible. L'enfant simplement conçu ne remplit pas les critères d'extériorité et d'aptitude à la relation que suppose la personnalité juridique. « Il en résulte qu'en tant que personne juridique, l'homme n'intéresse le droit que dans la mesure où il peut être

[310] CE, 27 sept. 1989, *Mme K...*, concl. M. Fornacciari, Gaz. Pal. 1990, 2, p. 421 ; *D.* 1991, Jur. p. 80, note M. Verpeaux ; *D.* 1990, Somm. p. 298, obs. P. Bon et P. Terneyre; *AJDA* 1989, p. 776, note Honorat et Baptiste ; JCP 1989, IV, p. 368; CA Besançon, 18 oct. 1994 ; *JCP* 1995, IV, n° 570; Cass. crim., 9 janv. 1992, *Dr. Pén* ; juill. 1992, n° 172 ; *RSC.* 1993, p. 328, obs. G. Levasseur.
[311] Cass. 2ème civ., 21 juin 1989.
[312] Cass. crim., 4 février 1998, *JCP G.*1999. II. 10178, note I. Moine-Dupuis, confirmée par Crim. 2 octobre 2010, *L.P.A.* 2010, n° 260, p. 9, note A. Cayol.
[313] D. Bourgault-Coudevylle, « La recevabilité de l'action civile de l'enfant victime par ricochet du crime de viol commis sur sa mère », *D.* 1999, p. 445.
[314] C. Grzegorczyk, « Le sujet de droit: 3 hypostases », *Arch. philosophie du dr.*, T.34, Sirey, 1989, p. 9.

représentatif d'un intérêt juridique (…), il faut en tirer que ne peut être une personne juridique seulement celui qui peut participer à la vie de société, entrer en relation avec autrui »[315].

116. Ainsi, le mécanisme qui permet à l'enfant simplement conçu d'avoir une personnalité juridique est nécessairement un artifice au service de la construction intellectuelle que représente la notion de personne juridique. C'est justement parce que la personnalité juridique est une construction intellectuelle, qu'elle nécessite parfois l'utilisation d'artifice. C'est une construction juridique qui permet à l'être humain de participer à la vie juridique, d'où l'importance de la notion d'aptitude[316] dans les conditions d'acquisition de la personnalité juridique. L'attribution de la qualité de sujet de droit se fait en fonction d'une future intervention sur le terrain juridique et en fonction de critères qui ne renvoient pas à l'être humain tel qu'il est, mais à l'être humain tel qu'il doit être pour exister juridiquement. La personnalité juridique est liée à la notion d'aptitude, teintant la notion de sujet de droit d'un aspect utilitaire[317].

117. Conclusion du premier chapitre. Puisque la personnalité juridique peut être attribuée aux personnes morales ainsi qu'aux personnes physiques et refusée à certains êtres humains, nous pouvons en déduire que c'est une abstraction pure[318] n'ayant pas de réalité concrète. Ainsi, le sujet de droit n'est pas l'être humain, il renvoie seulement à l'être humain pris dans un contexte précis. C'est donc un artifice juridique[319]. La personnalité juridique n'est pas acquise par le simple constat de l'humanité de l'être mais en fonction de critères fixés par le droit objectif. Dès lors, il faut constater que le sujet de droit est un artéfact, une institution, réalisant « (…) les

---

[315] G. Wicker, *op. cit*. p. 180.
[316] Notion intrinsèquement comprise dans la définition de la viabilité.
[317] Sur cette position voir notamment : F. Terré et D. Fenouillet, *Droit civil, Les personnes, la famille, les incapacités,* Dalloz, 6ème éd., 1996, p. 2 ; H. Mazeaud L et F. Chabas, *Leçons de droit civil,* t. 1, 2ème vol.*: Les personnes: la personnalité, les incapacités,* Montchrestien, 8ème éd, par F. Laroche, 1997, n° 439 *;* P. Murat « Réflexion sur la distinction être humain/ personne juridique »*, Dr. fam*., septembre 1997, p. 9, p. 4.; Cl. Lombois, « De l'autre côté de la vie », *Mélanges Cornu*, 1994, p. 285 ; X. Bioy, *op. cit*. p. 390 ; M. Virally, *La pensée juridique*, Paris, L.G.D.J., 1960, p. 121 ; C. Grezegorczyk, *op. cit*. p. 13 ; M. Iacub, *Penser les droits de la naissance*, Puf, 2002, p. 99 ; X. Labbée, *op. cit*., p. 29 ; R. Martin, op. cit. p. 794 ; Y. Thomas, *op. cit* .p. 102 ; P. Descamps, *Le sacre de l'espèce humaine*, PUF, 2009, p. 197.
[318] Voir notamment en ce sens: R. Martin, *op.cit*. p.785-802 ; G. Wicker, *Les fictions juridiques, contribution à l'analyse de l'acte juridique,* LGDJ, coll. Bibliothèque de droit privé tome 253, 1997, p. 194 ; M. Iacub, *Penser les droits de la naissance,* PUF, 2002, p. 98 ; A. Bertrand-Mirkovic, *op. cit*. p. 263.
[319] R. Martin, *op. cit*. p. 802.

ambitions d'un système de droit qui refuse de subir les exigences du sujet concret »[320].

118. La personnalité juridique a pour objectif d'unifier les conduites humaines et de les rattacher à un sujet, elle n'est donc pas le miroir de l'homme, mais un dispositif qui tend à assurer le rapport de droit[321], ayant pour objet l'organisation de la vie juridique à travers l'ordonnancement des rapports de droit. La recherche de cet objectif justifie ainsi l'exigence de critères tels que l'aptitude physique (la viabilité) puis intellectuelle (la capacité). Cette fonction d'organisation de la vie juridique est particulièrement évidente lorsqu'on envisage la survie de la personne morale dissoute. Selon les articles L. 237-2 alinéa 2 du Code de commerce[322] et 1844-8 alinéa 3 du Code civil[323], la personnalité juridique de la personne morale est prolongée au-delà de l'arrêt de son activité. Or, la dissolution de la personne morale correspond à sa mort, soit à la fin de sa personnalité juridique. La conséquence de la fin de l'existence juridique de la personne morale est la transmission du patrimoine, à l'instar de la personne physique. Pour la personne morale, c'est le mécanisme de la liquidation qui permet de réaliser l'actif et l'extinction du passif. Pendant cette période de liquidation, la personnalité juridique du groupement est maintenue pour les besoins de la liquidation car le législateur souhaite avant tout «éviter la désorganisation qui résulterait de la disparition de la personne morale au moment de sa dissolution. La fonction d'ordre de la personnalité juridique doit être d'autant plus forte que la disparition du groupement est imminente »[324].

119. La technique juridique qui consiste à maintenir la personnalité juridique après la dissolution s'explique par le besoin d'organisation spécifique que nécessite la liquidation. En effet, si la dissolution du groupement entraînait la disparition immédiate du groupement, cela mettrait en péril la sécurité des affaires et irait à l'encontre de l'intérêt des créanciers[325]. Cet exemple vient confirmer l'impératif

[320] X. Bioy, *ibid.*
[321] *Ibid.*
[322] « La personnalité morale de la société subsiste pour les besoins de la liquidation, jusqu'à la clôture de celle-ci ».
[323] *Idem.*
[324] E. Boronad-Lesoin, « La survie de la personne morale dissoute », *RTD. com.* 2003, p. 1.
[325] *Ibid,* « La disparition subite de l'être moral emporterait la perte du droit de gage des créanciers du groupement sur son patrimoine. Or, en traitant avec une personne morale dotée d'un patrimoine propre, indépendant de celui de ses membres, les créanciers ont précisément entendu acquérir sur ce patrimoine un droit de gage exclusif leur permettant d'échapper au concours des créanciers personnels

d'organisation sociale qui sous-tend la personnalité juridique[326]. Le sujet de droit doit être envisagé comme une catégorie au service de l'organisation de la vie juridique : « cette notion sert à concentrer le contenu du rapport de droit autour d'une unité capable d'en soutenir les conséquences diverses. Le manque de ces unités d'imputations normatives rendrait impossible le fonctionnement de l'ordre juridique et de tout ordre social »[327]. C'est ce qui explique que la personnalité juridique puisse être aussi indépendante de la réalité de l'être humain. La personne juridique est un point d'imputation auquel on peut rattacher des droits et des obligations[328].

120. Dire que la personne juridique est « un monstre froid »[329], c'est alors confondre l'instrument que représente la personnalité juridique avec l'être humain comme phénomène biologique qui s'impose au droit. La personnalité juridique est un outil nécessaire au service du droit qui, rappelons-le, est lui-même une technique[330]. Il est évident que si l'on confond l'outil juridique que constitue la personnalité juridique avec l'être humain, alors il peut apparaître comme un « monstre froid » source d'inégalités[331] et de discriminations[332]. Le sujet de droit n'existe pas naturellement, il naît de la relation juridique et n'existe que dans la relation juridique[333].

121. L'absence de personnalité juridique de l'enfant à naître est donc en adéquation avec la fonction de la personnalité juridique. Vouloir attribuer à l'enfant *in utero* une personnalité juridique c'est se méprendre sur la fonction de la personnalité juridique. Cette méprise résulte directement de la confusion originelle entre personne juridique

---

des membres du groupement. Par conséquent, admettre la disparition subite de la personne morale serait contraire au respect des droits acquis des créanciers. L'absence de survie limiterait ainsi le crédit des groupements au cours de leur vie ».

[326] Impératif qui se dégage de manière générale du droit. Le droit objectif est un « ensemble de règles destinés à régir les rapports des hommes vivant en société ». Le droit est alors un instrument au service cet impératif. Voir sur cette idée : X. Labbée, *Introduction générale au droit*, Presses Universitaires du Septentrion, 2002, p. 13.

[327] M. Iacub*, op. cit.*, p. 94.

[328] C'est l'analyse faite par Kelsen qui considère que la personne juridique est une abstraction de l'ordre juridique, un point d'imputation personnalisé des règles juridiques gouvernant l'être humain, H. Kelsen, *op . cit*. p. 170.

[329] J. Ellul « Sur l'artificialité du droit et le droit d'exception », *Arch. Phil. Dr.,* 1963, p. 32.

[330] En ce sens : Y. Thomas *op. cit.* « Les juristes qui prétendent arrêter au nom du droit, instaurateur, dit-on des limites, la machine infernale de la technique oublient que le droit-lui-même est une technique, et une technique de dénaturation ».

[331] Inégalités qui existeraient donc entre les capables et les incapables.

[332] Entre les êtres humains ayant la personnalité juridique et ceux ne l'ayant pas.

[333] En ce sens : P. Descamps*, op. cit.* p 197-198.

et être humain[334]. Or, la personne juridique n'est pas le synonyme de l'être humain. Aucune identité parfaite ne peut être faite entre l'être humain et la personne juridique. Ainsi, vouloir obtenir une protection de l'être humain en tant que phénomène biologique à travers une catégorie qui n'a pas pour objet la protection de l'être humain, revient à utiliser le mauvais outil.

122. Nous rejoignons l'analyse de Madame Bandrac[335], pour laquelle le Code civil connait la personne uniquement à travers la personne juridique. En effet, la personne peut être dépourvue de tout corps charnel c'est la personne morale ou l'absent. Une autre personne existe: c'est l'être humain dans sa réalité charnelle. Or, le droit civil ne prend pas en charge l'humain tel qu'il est mais tel qu'il doit être. C'est donc le « Code de la personne juridique », celui de « l'égalité abstraite »[336].

123. Le droit civil s'intéresse principalement à l'être juridique car c'est un être relationnel. C'est pourquoi de nombreuses règles concernant la personne se posent en termes de rapports. Ainsi, le rapport du sujet de droit dans la société constitue le droit des personnes. La relation entre le sujet et la famille fait l'objet du droit de la famille. Le lien entre la personne juridique et ses obligations avec d'autres sujets de droit forme le droit des obligations. Enfin, le rapport entre la personne et les biens assoit le droit des biens. C'est donc principalement les rapports que la personne juridique peut entretenir avec l'extérieur que le Code civil envisage. Nous pouvons

---

334 Cette confusion est dénoncée par de nombreux auteurs voir notamment : I. Maria, « De l'intérêt de distinguer jouissance et exercice des droits », *JCP G,* n° 23, I, 149. L'auteur y explique que cette confusion trouve sa source au XIXème siècle où la philosophie des lumières et le catholicisme social accordent une place de premier ordre à l'homme par rapport à la société. Ces préoccupations ont conduit les juristes à considérer comme synonymes les termes de personne, d'individu et d'homme. La personne juridique ne vise donc plus la fonction, ou la technique permettant l'imputation de droits. Le droit positif de l'époque traduit ce phénomène par suppression de la mort civile en 1854, accès de l'esclave au statut de personne Cette identification parfaite entre sujet de droit et être humain est selon elle, impossible car une nette différenciation est opérée: par l'intégration parmi les personnes juridique des groupements, le statut de l'absent, le statut de l'embryon, ou récemment la loi n° 2008-1350 du 19 décembre 2008 relative à la législation funéraire insérant l'article16-1-1du Code civil prévoyant que les restes des personnes décédées doivent être traités avec « respect, dignité et décence ». Le corps humain bénéficiant ainsi du respect accordé à la personne juridique alors qu'il ne la possède plus. L'enfant mort né ne bénéfice pas de l'équivalent d'un tel texte. Nous pensons que cette distinction est due à l'absence de possession de la personnalité juridique de l'enfant mort-né. Le droit positif actuel ne fait donc aucune identité entre personne juridique et être humain.

335 M. Bandrac, « Unité ou pluralité de la notion de personne dans le Code civil. A la recherche de la personne de fait » *in différenciation et indifférenciation des personnes dans le Code civil, op. cit.,* p. 24.

336 L'égalité abstraite s'explique à travers les incapacités d'exercice. En théorie : tous les hommes naissent égaux en droits, c'est l'égalité de jouissance. En pratique, tous n'ont pas l'exercice de ces droits. C'est pourquoi l'on parle de l'égalité abstraite.

ajouter que le Code civil est le « Code de la personne juridique et des rapports ». Ainsi, si la personnalité juridique a pour fin l'organisation des rapports entre les êtres juridiques, la question de la protection de l'humain ne trouvera pas sa réponse dans ce qui constitue le droit commun privé. L'enfant *in utero* ne peut pas obtenir de protection v*ia* la notion de personne juridique, cet habit étant trop étroit. Il convient donc de rechercher si la notion de personne en droit pénal reçoit la même acception.

Chapitre second : L’évolution de la notion de personne en droit pénal, de l’être humain à l’être juridique

126. Longtemps, le droit pénal n'a envisagé la d'infractions que sous le prisme de l'être de chair. La protection pénale était déterminée par la référence à la notion de vie et à l'humain. Dès lors, la *proposôn* semblait être le fondement de la notion de personne en droit pénal. La vie anténale faisait donc l'objet d'une valeur pénalement protégée. C'est ce que révèlent les infractions relatives à l'Encis sanctionnant les atteintes involontaire à la vie prénatale, ou encore l'avortement, qui sanctionnait l'atteinte volontaire à la vie en formation. Ces infractions semblent alors faire de la vie humaine une valeur pénalement protégée sans considération de la personnalité juridique. Ainsi, la personne en droit pénal semble revêtir l'habit de l'humain. Or, la dépénalisation partielle de l'avortement envisagée par la loi sur l'interruption volontaire de grossesse en 1975[337], n'a pas eu pour objet de remettre en cause cette approche de la notion pénale de personne. En effet, la vie de l'être avant la naissance est demeurée un intérêt pénalement protégé. En revanche, une nouvelle valeur est venue faire l'objet d'une consécration pénale c'est la liberté procréative. Ainsi, l'avortement n'est plus une infraction qui doit s'analyser relativement à protection de la vie humaine prénatale, elle doit désormais s'envisager à travers l'affirmation grandissante de la liberté procréative de la femme. Ainsi, l'objet de cette première section permettra de constater que la notion de personne pénalement protégée n'a pas été remis en cause par la loi IVG de 1975 dont l'objet était d'assurer une conciliation entre d'un côté la liberté de la femme de refuser la maternité et de l'autre la protection de la vie de l'être avant la naissance (section première). Si la dépénalisation partielle de l'avortement n' a pas été directement à l'origine du reflux de la protection pénale de la vie anténatale, l'influence de la notion civile de personne juridique a permis à la jurisprudence de considérer que la personne-victime ne pouvait être que la personne née vivante et viable. En effet, c'est en se fondant sur l'approche civile de la notion de personne que la jurisprudence criminelle a pu justifier sa position consistant à refuser l'incrimination d'homicide pour l'enfant à naître. Cette influence sur la notion de personne est également perceptible à travers l'admission de la responsabilité pénale des personnes morales. (section seconde)

[337] Loi n° 75-17 du 17 janvier 1975, relative à l'interrutpion volontaire de grossesse, JO. 16 janvier 1975.

Section I : la vie humaine source de la protection pénale de la personne

128. Pour des générations de pénalistes la protection de la personne s'est cantonnée à l'étude des infractions contre la vie, l'intégrité corporelle et la sépulture[338]. L'atteinte la plus grave étant l'atteinte à la vie humaine. Ainsi, le critère de vie humaine était le déterminant de la protection pénale de la personne. C'est en ce sens qu'il faut envisager les infractions relatives à l'avortement ou à l'encis. La *ratio legis* de ces infractions était l'atteinte à la vie anténatale **(§1).** Or, avec la loi IVG, le droit pénal a entériné l'idée que la vie humaine ne faisait pas l'objet d'une protection absolue[339]. Le droit pénal a donc intégré le relativisme circonstancié qui peut entourer la question de la protection de la vie humaine. Cette loi n'est pas venue remettre en question le fondement de la protection pénale de l'être avant la naissance mais, est venue prendre en considération juridiquement un phénomène social : la libération sexuelle de la femme en tentant de proposer d'établir un équilibre entre ces deux intérêts qui peuvent parfois diverger **(§2).**

§1) La vie anténatale objet d'une valeur pénalement protégée

129. De tous les temps de l'histoire, l'avortement a été pratiqué. Dès l'Antiquité, il était utilisé avec l'abandon, comme une méthode de régulation des naissances. Il n'a pas régressé au Moyen Âge chrétien et pendant les siècles classiques mais il a été plus difficile à évaluer, car il était secret et clandestin. En effet, contrairement à l'infanticide, il était plus facile à masquer laissant peu de « traces », sauf dans les cas où la femme en mourrait. De plus, caractériser un avortement dans les premières semaines d'une grossesse a longtemps été impossible, les femmes ignorant souvent leur grossesse jusqu'à un certain stade (les premiers mouvements du fœtus apparaissent vers le quatrième mois). Au XVIIIème siècle, les progrès de l'embryologie ont permis de faire remonter les débuts de la vie à la conception. Naturalistes, médecins et théologiens ont alors admis que l'apparition de la vie et celle de l'âme se faisaient dès la fécondation. Ainsi, à partir du XIXème siècle, la plupart des États ont adopté une législation qui criminalisait l'avortement dès les débuts de la grossesse.

[338] J.-.F. Seuvic «Variations sur l'humain comme valeurs pénalement protégées », Mélanges C. Bolze, Economica, 1999, p. 339.
[339] F. Rousseau, « La victime des infractions contre les personnes : personne humaine ou personne juridique ? », *RPDP,* 2012, n° 4 p. 805.

Ainsi, si l'avortement n'a été consacré pénalement qu'à compter du XVIIIème siècle (B), avant lui, l'encis avait permis de faire de la vie anténatale une valeur pénalement protégée[340] (A).

A) L'incrimination de l'atteinte involontaire à la vie prénatale à travers l'encis

130. L'encis défini par les coutumiers comme « le fait de frapper ou de maltraiter une femme enceinte au point d'entraîner soit sa mort, soit son avortement », est une incrimination apparue au XIIIème siècle pour tomber en désuétude au XVème siècle[341]. Cette infraction présentait la particularité d'en recouvrer plusieurs. En effet, l'élément matériel de l'encis consistait en des coups portés par un tiers à une femme enceinte. Le résultat de ces violences volontaires faites à la femme enceinte[342] pouvait conduire à la mort de cette dernière et/ou à la mort de l'enfant qu'elle portait. Dès lors, cette incrimination comportait à la fois dans sa définition un élément intentionnel à l'égard de la femme enceinte et *praeter* intentionnelle à l'égard du fœtus[343]. L'atteinte portée à la vie du fœtus était donc sanctionnée en tant qu'homicide involontaire[344]. Il existait deux incriminations au sein de l'encis : les violences volontaires contre la mère et l'homicide involontaire contre l'enfant à naître. Il existait donc deux victimes à travers cette incrimination : la femme enceinte et l'enfant à naître[345]. Au Moyen Age, il n'existait pas d'incrimination coutumière ou royale de l'avortement notamment pour des raisons pratiques susmentionnées, les femmes ignoraient leur grossesse, les avortements étaient secrets et se distinguaient mal des fausses couches très nombreuses. Ainsi, l'encis se présentait comme l'incrimination spéciale consistant à

[340] En ce sens E. Hartmann, *Le droit pénal face à la maternité criminelle (XII-XXIème siècles), op. cit.* p. 49.
[341] Y.-B. Brissaud, «L'infanticide à la fin du Moyen Âge, ses motivations psychologiques et sa répression » *RHD,* 1972, p. 229-256, cité par E. Hartmann, *op. cit.* p. 205.
[342] La spécificité de l'infraction résidait dans la présence l'état de grossesse de la femme et donc de la présence d'un enfant à naître justifiant cette incrimination spécifique. Cela correspondrait aujourd'hui à des circonstances aggravantes.
[343] *Ibid* p. 213.
[344] Depuis l'encis, l'infraction d'atteinte involontaire à la vie de l'enfant à naître n'a jamais réintégré le droit pénal.
[345] Cette définition varie selon les coutumes, puisque certaines coutumes envisagent la mort de la femme enceinte et de l'enfant à naître soit cumulativement soit alternativement. Une coutume rédigée au XIVème siècle considère l'enfant à naître comme la seule victime de l'encis. Voir en ce sens E. Hartmann , *op. cit.* p. 208.

sanctionner les violences volontaires faites à la femme enceinte et commises par un tiers. L'enfant *in utero* comptait parmi les victimes de cette infraction.

131. Madame le professeur Arlette Lebigre et Monsieur le professeur André Laingui ont considéré l'encis comme une variante de l'homicide involontaire « une troisième forme d'homicide commis sur l'enfant, à côté de l'avortement et de l'infanticide »[346]. C'est une incrimination portant atteinte à la vie de l'enfant à naître, valeur protégée par le droit pénal : en réprimant les atteintes à l'existence physique de l'enfant à naître, la justice pénale entend protéger l'enfant à un stade de son existence où il est particulièrement vulnérable »[347]. L'avortement et l'encis ont en commun de réprimer la même valeur pénalement protégée : la vie anténatale.

132. Proche de l'avortement en termes de conséquences, l'encis a parfois pu être confondue avec cette infraction (d'un point de vue terminologique). En effet, l'encis a été, au Moyen Age, la seule incrimination réprimant la vie anténatale. Cette confusion a pu se dissiper sous l'Ancien Régime en raison de l'existence de l'infraction spécifique d'avortement et d'une analyse doctrinale[348] distinguant les éléments constitutifs des deux infractions. La distinction avec l'avortement est alors apparue plus clairement dans la mesure où dans l'encis l'atteinte portée à la vie du fœtus est le fait d'un tiers quelconque et non de la mère. Madame Elodie Hartmann explique ainsi dans sa thèse relative à la maternité criminelle « l'homicide involontaire de l'enfant à naître trouve dans l'incrimination d'encis un fondement à sa sanction (…). Dès lors, l'encis ne saurait revêtir le caractère d'infraction non spécifique de maternité criminelle susceptible d'appréhender l'avortement volontaire »[349]. L'encis se distingue donc de l'avortement volontaire. Cette incrimination a pour objet la protection de la femme enceinte et de la vie qu'elle porte car dans tous les cas l'atteinte à la vie de l'enfant à naître est sanctionnée. Néanmoins, dans cette infraction, la mort de l'enfant n'est pas toujours recherchée par l'auteur, et ce dernier ne peut être qu'un tiers. En cela, l'encis diffère de l'avortement.

[346] A. Laingui, A. Lebigre, *Histoire du droit pénal*, T. I, Cujas, 1993, vol. 1, p. 173.
[347] E. Hartmann, *op. cit.* p. 25.
[348] *Ibid* p. 228 à 231.
[349] *Ibid.* p. 213.

B) L'incrimination de l'atteinte volontaire à la vie prénatale par le biais de l'avortement

133. Les dispositions du *Corpus Iuris civili* ne permettaient pas de considérer l'atteinte à la vie de l'enfant à naître comme un homicide. En effet, sous la République, l'avortement n'était pas sanctionné comme une atteinte à la vie de l'enfant à naître mais comme une lésion des intérêts du *pater familias*. C'était un crime privé dont la victime était le père de famille et non l'enfant à naître[350]. L'absence de sanction de l'atteinte portée à la vie de l'enfant à naître s'expliquait par l'inspiration stoïcienne du Digeste. L'apparition de la vie correspondait à l'infusion de l'âme dans le corps et ce moment n'était censé intervenir qu'à la naissance. Avant la naissance, le fœtus n'était que *pars viscerum matris* (une part du corps de la mère), il devenait humain au moment de la naissance. La vie ne débutant qu'à la naissance, l'atteinte portée avant la naissance n'était donc pas un meurtre.

134. En revanche, le droit canonique a appliqué assez tôt la qualification d'homicide à l'atteinte à la vie anténatale. Le fondement de la répression était fondé sur le critère d'animation du fœtus. En effet, l'avortement était considéré comme un homicide à partir du moment où les divers éléments et membres de l'enfant à naître avaient pris leur forme. La répression était alors fondée sur la théorie aristotélicienne[351] qui différenciait le fœtus formé et informé. L'animation du fœtus était le point de départ du statut pénal de l'enfant à naître. Après l'animation, le fœtus était considéré comme un être humain.

135. Théologiens et canonistes avaient donc adopté le principe de l'animation médiate du fœtus intervenant lorsque les membres du fœtus étaient identiques à ceux d'un être humain et pouvaient se distinguer, c'est-à-dire 40 jours après la conception pour les fœtus de sexe masculin et 80 jours pour les fœtus de sexe féminin. Avant l'animation, l'atteinte à la vie de l'enfant à naître n'était pas constitutive d'un homicide. En revanche, celui qui causait l'avortement d'un fœtus inanimé, était responsable devant la justice divine car c'était un péché mortel mettant fin à une vie

[350] *Ibid.* p. 795.
[351] Aristote envisageait l'avortement comme une méthode de régulation des naissances dans le cadre d'une politique démographique, et était d'avis que l'avortement se justifiait lorsqu'il étai pratiqué avant que le fœtus ne soit animé et n'ait reçu la vie.

en devenir. Par conséquent, le droit canonique envisageait l'avortement soit comme une qualification pénale de nature juridique soit comme une qualification pénale de nature morale.

136. Le dispositif élaboré par le droit canonique a pénétré le droit pénal séculier qui a conservé quelque temps le critère de l'animation du fœtus pour sanctionner l'avortement. Ce critère a ensuite été abandonné progressivement par les criminalistes[352]. L'abandon de ce critère peut s'expliquer par le fait que l'animation du fœtus est une incitation à commettre l'avortement, à partir du moment où la femme enceinte a la certitude d'échapper à la peine de mort si elle les commettre son crime dans les premières semaines de sa grossesse[353]. L'idée est de plus en plus présente que, distinguer la peine en fonction de l'animation du fœtus ne se justifiait pas d'un point de vue criminologique car la criminalité de l'auteur reste la même[354]. Enfin, le critère de l'animation posait également des difficultés probatoires puisque déjà il existait des difficultés pour dater précisément la conception. Ainsi, pour la doctrine pénale, le critère de l'animation devait devenir, non le fondement de la répression, mais une circonstance aggravante[355].

137. A partir de cette période, l'avortement a été sanctionné comme une variante de l'homicide dont la *ratio legis* était l'atteinte à la vie de l'enfant à naître[356]. C'est pourquoi les Codes pénaux de 1791[357] et 1810[358] ont envisagé l'avortement comme « un crime contre les personnes ».

138. La vie avant la naissance faisant l'objet d'une protection pénale, les atteintes involontaires à la vie anténatale étaient sanctionnées par le biais de l'homicide involontaire. C'est en ce sens que la Cour d'appel de Douai le 2 décembre 1882[359] condamna pour homicide involontaire une femme qui, à l'occasion d'une pratique

---

352 A. Laingui A. Lebigre, *Histoire du droit pénal,* Cujas, 1979 p. 175.
353 E. Hartmann, *op. cit*. p. 874.
354 Sur cette position voir H-F. d'Aguesseau, *Œuvres complètes du chancelier. Essai sur l'état des personnes*, éd. Pardessus, Paris, 1819, t. 9, p. 605-614.
355 *Idem,* p. 605.
356 Seulement sous le régime de Vichy la *ratio légis* de cette infraction est devenue une infraction contre la famille, l'Etat, la Nation. En effet, la loi du 14 septembre 1941 avait qualifié l'avortement et l'infanticide d'« infractions de nature à nuire à l'unité nationale, l'État ou au peuple français ».
357 Article 17, Deuxième partie, Titre second, Section première.
358 Code pénal de 1810, article 317, livre III titre II « Crimes contres les particuliers », chapitre I « Crime et délits contre les personnes », section II « Blessures et coups volontaires non qualifiés meurtres, et autres crimes et délits volontaires ».
359 CA Douai, 2 déc. 1882, S. 1883, 2, 153.

illégale de la médecine, avait provoqué directement la mort de l'enfant avant son expulsion. La motivation des juges reposait sur le constat suivant: seul le critère de vie doit être le fondement de l'homicide volontaire ou involontaire: « pour n'avoir pas respiré, l'enfant n'en a pas moins vécu la vie intra-utérine ».

139. C'est également ce critère de vie intra-utérine, qui est au cœur de l'arrêt de la Cour d'appel d'Amiens du 28 avril 1964, qui avait retenu la culpabilité fautive d'une sage-femme d'homicide involontaire en relevant qu'« il suffit pour caractériser le délit(…) que l'atteinte à la personne ait porté sur un être humain, même non séparé de sa mère, dès l'instant que (…) sa mort est seulement imputable à un tiers »[360].

140. Ainsi l'encis et l'avortement démontrent que le droit pénal a fait de la vie anténatale une valeur pénalement protégée. En revanche, alors que l'encis sanctionnait l'atteinte commise par un tiers, l'avortement a essentiellement été envisagé comme une infraction de maternité criminelle[361] En effet, « si l'article 317 incrimine à la fois les tiers, la femme enceinte et les hommes de l'art qui procurent un avortement, seule la femme enceinte est considérée comme étant l'auteur intellectuel et/ou matériel de son avortement. En effet, les tiers et les hommes de l'art ayant causé l'avortement d'une femme enceinte ne sont pas considérés comme les auteurs principaux, mais comme les complices de la femme enceinte, leur complicité faisant l'objet d'une incrimination spéciale et autonome ». On retrouve dans la rédaction de l'ancien article 317 du Code pénal, les traces de la première définition de l'incrimination d'avortement donnée au XVIIIème siècle considérant l'avortement comme un crime commis par la femme sur elle-même à l'aide de potion, ou tout autre moyen[362]. C'est justement sur ce point que la *ratio legis* de l'avortement à évolué.

§II) L'évolution de la *ratio legis* de l'avortement : de la vie prénatale protégée à la prise en compte de la liberté procréative de la femme

[360] CA Amiens, *Gaz. Pal.* 1964, 2, 167 ; *RSC,* 1967, 165, obs. J. Huguenay.
[361] E. Hartmann, *op. cit.* p. 91. Les manifestations de la maternité criminelle renvoient aux infractions de refus d'enfant (avortement, infanticide, privations d'aliments et de soins, l'abandon ou l'exposition) et des infractions de désir d'enfants conduisant à porter atteinte au mode de procréation reconnue comme licite (gestation pour autrui, cession ou vente d'enfant, simulation d'enfant, infractions aux règles de l'AMP, DPI, et du clonage).
[362] *Ibid.* p. 89.

141. La *ratio legis* de l'avortement a évolué en fonction des époques et du système normatif dans lequel elle s'est inscrit. Les modalités de la répression de l'avortement et l'effectivité de leur mise en œuvre ont été bouleversées au cours du XIXème et XXème. siècles. Selon Messieurs les Professeurs Jean Pradel et Michel Danti Juan, cette évolution de la législation était inspirée par : « le désir d'émancipation de la femme par l'effet duquel doit exister un choix entre continuation de la grossesse (morale) et interruption de la grossesse (liberté) »[363]. Ainsi, la situation psychologique et sanitaire dans laquelle pouvait se trouver la femme enceinte, qui ne souhaitait pas poursuivre sa grossesse, a été un facteur déterminant de l'évolution de la législation autour de l'avortement (A). La loi du 17 janvier 1975[364] a donc tenté de concilier deux intérêts qui peuvent circonstanciellement être antagonistes, la liberté procréative de la femme enceinte et la vie de l'enfant à naître (B).

A) La prise en considération de la situation personnelle de la femme dans le processus conduisant à la dépénalisation de l'avortement

142. Au XVIème siècle, la théologie chrétienne avait admis l'avortement légitime dans deux cas: s'il était commis par une fille tombée enceinte à l'occasion d'une relation extraconjugale, ou lorsque la grossesse était issue d'un viol[365]. De même, les criminalistes avaient considéré que la sauvegarde de l'honneur pouvait être un mobile pris en considération, non au titre de fait justificatif, mais au titre de circonstance atténuante dans le cadre de l'avortement. Ainsi, l'histoire enseigne que des considérations sociales, qui avaient parfois comme fondement la protection de l'honneur du mari ou de la famille, ont permis de justifier le recours à l'avortement.

143. L'idée d'une situation de détresse morale, était en germe dans la circonstance atténuante de sauvegarde de l'honneur. Cette détresse pouvait s'entendre d'un état psychologique, social, physique ou encore économique. Bien avant d'être intégrée à la législation sur l'interruption volontaire de grossesse, la détresse de la femme enceinte a été à l'origine d'une dépénalisation *de facto*. Madame Elodie Hartmann en fait le

[363] J. Pradel, M. Danti Juan, *Droit pénal spécial*, éd. Cujas, 2010, p. 46.
[364] Loi n° 75-17 du 17 janvier 1975 relative à l'interruption volontaire de grossesse, JO 16 janvier 1975, p. 671.
[365] J. Lupinska, *La procréation humaine en droit pénal français*, Thèse, Université de Lorraine, 2012, p. 129.

constat lorsqu'elle livre l'analyse suivante : « Dès le XIXème siècle, l'attitude des jurés d'assises à l'égard des femmes avortées est en telle contradiction avec les dispositions et *la ratio legis* de la loi pénale que le législateur est contraint de s'interroger sur la pertinence de l'économie répressive mise en place par le Code pénal lors de sa promulgation.(…). Les jurés sont alors moins heurtés par la mort du fœtus qu'ils ne sont sensibles à la situation de détresse des femmes séduites et abandonnées aussitôt leur grossesse connue de leur amant (…). Ainsi, si les jurés se montrent compréhensifs et indulgents à l'égard des femmes accusées d'avortement traduites devant eux c'est parce que, contrairement à la loi pénale, ils ne perçoivent ni les femmes avortées comme des délinquantes, ni l'avortement comme une infraction »[366].

144. La norme pénale sanctionnant l'avortement était donc en inadéquation avec la réalité sociale. Dès lors, la *ratio legis* de l'infraction s'est trouvée contestée, notamment à travers la «jurisprudence de l'acquittement »[367]. A partir des années 50 le nombre des condamnations des avortements a considérablement diminué notamment parce que l'infraction n'était plus recherchée, les poursuites ayant lieu uniquement lorsque l'intervention avait eu une suite mortelle[368]. Lorsque les juges étaient amenés à juger les cas des femmes ayant subi un avortement, ils pratiquaient une dépénalisation *de facto*, prononçant soit une peine de principe soit la relaxe[369]. La législation pénale n'était donc plus adaptée puisque, d'un côté l'avortement restait incriminé comme portant atteinte à la vie humaine, mais de l'autre sa répression n'était plus assurée. C'était donc le signe d'une inadéquation entre la norme pénale et la réalité sociale, fondée sur la prise en considération de la situation personnelle de la femme avortée.

145. La législation pénale sur l'avortement était donc devenue une législation théorique, éloignée des considérations pratiques et concrètes de la société, se transformant en une règle d'ordre moral ne relevant plus véritablement du droit pénal. L'Ancien garde des Sceaux Robert Badinter relevait que « lorsque la peine subsiste mais que la valeur qui la fondait n'est plus admise par la conscience

366 E. Hartmann, *op. cit.* p. 1060.
367 *Ibid.* p. 1063.
368 *Ibid*, p. 1291.
369 En ce sens A. Guesmi, *op. cit.* p. 125.

collective, la sanction pénale ne satisfait plus mais heurte la sensibilité publique. Elle apparaît comme l'expression d'une survivance et non plus d'une valeur. Elle choque la conscience collective. Et dans une démocratie, elle tombe en déshérence »[370].

146. Au début des années 1970 on estimait entre 250 000 et 1 million par an le nombre d'avortements clandestins en France alors que le nombre de condamnations annuelles est de 500 à 700 selon les années[371]. A cette ineffectivité des sanctions prononcées, s'ajoutait l'inefficacité de l'incrimination puisque la loi était impuissante à réduire le nombre d'avortements clandestins. L'inadéquation de la norme pénale sur l'avortement a donc conduit à la remise en question de la légitimité même de l'incrimination. La dépénalisation[372] *de facto* de l'avortement précédant la dépénalisation *de jure* , « (…) la réaction sociale utilise toutes les facultés d'indulgence mises à la disposition des autorités publiques afin de minimiser la répression, en attendant que le législateur intervienne pour adapter la règle pénale à l'évolution de la situation »[373].

B) La loi de 17 janvier 1975 : une recherche d'équilibre entre la liberté procréative et la protection de la vie prénatale

147. La loi n° 75-17 du 17 janvier 1975[374] a justifié le recours à l'interruption volontaire de grossesse pendant les 10 premières semaines de la grossesse. La question impliquée par l'évolution de la *ratio legis* de la loi a été de savoir si la dépénalisation partielle de l'avortement impliquait le reflux de la protection de la vie anténatale par le droit pénal? En effet, si pendant des siècles l'avortement était incriminé par le droit pénal comme une infraction portant atteinte à la vie de l'enfant à naître, sa dépénalisation, même partielle, pouvait s'analyser comme une remise en cause de la protection pénale de la vie anténatale. Or, un phénomène apparu à partir

[370] R. Badinter, *Projet du nouveau Code pénal*, Dalloz 1988, p. 10-11.
[371] C. Peyret, rapport fait au nom de la Commission des affaires culturelles, familiales et sociales, 7 décembre 1973, Ass nat., n° 826, t. I, p.20. Sur ces chiffres voir notamment, A. Guesmi, *op. cit* p. 124.
[372] Au sens large, la dépénalisation s'appréhende comme un « affaiblissement de la réaction sociale qui tantôt modère la voie pénale, tantôt y substitue d'autres voies, moins traumatisantes et plus efficaces, tantôt abandonne la voie proprement pénale » en ce sens : Georges Levasseur, « Le problème de la dépénalisation », Rapport de synthèse présenté aux Troisièmes Journées franco-italo-espagnoles de politique criminelle d'Aix-en-Provence en septembre 1982.
[373] E. Hartmann, *op. cit*. p. 1289.
[374] JO 18 janvier 1975. Définitivement scellée par la loi n° 79-1204 31 décembre 1979, JO 1er janvier 1980.

des années 60 : la libération sexuelle de la femme, a impliqué la consécration d'une liberté procréative au rang des valeurs pénalement protégé. Cette liberté procréative est contenue en germe dans la condition de détresse, clé de voûte de la justification de l'atteinte portée à la vie anténatale. Néanmoins, la loi de 1975 à cherché le maintien d'un équilibre entre la consécration de cette liberté et la continuité de la protection de la vie prénatale (2).

1) La consécration implicite de la liberté procréative de la femme par le recours à la notion de détresse

148. La notion de détresse a été l'objet de vives discussions lors de l'élaboration de la loi du 17 janvier 1975. En effet, pour une partie de la doctrine la subjectivité de la notion n'était éclairée par aucun dispositif pénal. Ainsi, Messieurs les Professeurs Roger Merle et André Vitu, ont considéré que la notion de détresse pouvait renvoyer à des réalités variées comme: « le souci de ne pas s'encombrer d'un enfant qui gâcherait leurs vacances », et « (…) couvrir toutes les formes d'égoïsme »[375] L'état de détresse de la femme enceinte était alors considéré comme une « notion symbolique, subjective, non-juridique, non-définie, juridiquement vide de sens »[376].

149. Pourtant, cette notion constituait un point essentiel de la loi de 1975 puisqu'elle y était intégrée juridiquement et fondait la licéité du recours à l'IVG « la femme enceinte que son état place dans une situation de détresse peut demander à un médecin l'interruption de sa grossesse. jusqu'à la fin de la dixième semaine de sa grossesse[377]. L'interruption de grossesse était donc justifiée lorsqu'elle était pratiquée sous certaines conditions, dans un délai de 10 semaines et en fonction d'un état de détresse, condition subjective appréciée uniquement par la femme.

---

[375] R. Merle, A. Vitu, *Traité de droit criminel, Droit pénal spécial*, éd. Cujas, 1982 Vol. II, p. 1708. Voir également sur cette position, J.-B. D'Onorio, « La loi Veil, réflexion sur un premier bilan » *JCP G*, 1986, I, 346

[376] S. Paricard, « La consécration d'un droit à l'avortement? Quelques réflexions sur la résolution 1607 (2008) du Conseil de l'Europe du 16 avril 2008 relatives à un avortement sans risque et légal en Europe » *Dr. fam*, juin 2009, n° 6, p. 14-19.

[377] Ancien article L. 162-1 du Code de la santé publique devenu par la suite l'article L. 2212-1 du Code de la santé publique par la loi du 4 juillet 2001. La condition de détresse a été supprimée du dispositif sur l'interruption volontaire de grossesse par la loi n° 2014-873 du 4 août 2014, sur l'égalité réelle entre les hommes et les femmes, JO, 5 août 2014, p. 12949. *Cf. infra* p. 421 et s.

150. Dès lors, il faut en conclure que l'interruption de grossesse est un choix individuel de la femme qui s'auto-considère en situation de détresse, le législateur n'ayant fixé aucun critère objectif. La détresse de la femme enceinte pouvant être fondée sur des considérations économiques, sociales, physiologiques etc… C'était une considération subjective et personnelle qui fondait la notion de détresse, pierre angulaire de la loi de 1975.

151. La justification de l'intégration d'une notion aux contours tellement imprécis et variables d'une femme à l'autre, dans un dispositif normatif tel que la loi sur l'IVG traduit la prise en considération de la liberté décisionnelle la femme. Ainsi, « la femme a un choix dont l'appréciation morale ne dépend plus de la société mais d'elle-même. Son choix personnel peut être différent de l'intérêt général et de la considération de la protection de l'être humain en gestation qu'elle porte. Cette liberté de choix l'emporte ici sur l'existence de l'enfant à naître. En exerçant sa liberté d'interruption de grossesse, la femme devient seule titulaire d'un pouvoir qui lui permet de décider la mort de son enfant parce qu'il porte atteinte à sa liberté individuelle. Cette décision, subjectivement prise, démontre la préférence donnée objectivement à la liberté de la femme sur la vie de l'embryon, donc sur la vie d'un autre être humain »[378].

152. Sous l'angle médical, l'interruption volontaire de grossesse est appréhendée comme un acte médical sans vocation thérapeutique dont la cause est la volonté de la femme. Le médecin agit conformément à cette décision individuelle de la femme, il ne peut contrôler le bien fondé de la décision, il peut simplement exercer la clause de conscience qui est le droit pour le médecin de refuser la réalisation d'un acte médical pourtant autorisé par la loi mais qu'il estimerait contraire à ses propres convictions personnelles, professionnelles ou éthiques. En revanche, le médecin doit orienter la femme désirant procéder à une IVG vers d'autres professionnels[379].

153. La notion de détresse a donc traduit la consécration de la liberté décisionnelle qui trouve elle-même son fondement dans l'affirmation de la liberté procréative de la femme. Cette liberté est individuelle, c'est pourquoi le père de l'enfant est laissé en

[378] J. Lupinska, *La procréation humaine en droit pénal français et polonais*, *op. cit*. p. 138.
[379] Art. 47 du Code de déontologie médicale, Articles. 4127-47 et L. 2212-8 du Code sant. publ.

dehors du processus décisionnel. Ainsi, l'article L. 162-4 du Code de la santé publique prévoyait que le couple participe à la consultation et à la décision à prendre chaque fois que cela est possible. L'autorisation du conjoint ou partenaire n'a pas été érigée en condition à partir du moment où le législateur a considéré que, ce qui était en jeu dans cette prise de décision, c'était la liberté procréative de la femme. Ainsi, Monsieur le Professeur Jean-François Seuvic considère cette décision comme « une appréciation d'ordre privé, effectuée par la femme seule relativement à son état de détresse qui lui permet de décider, sans contrôle médical ni judiciaire, de pratiquer une interruption de grossesse (…) »[380].

154. La loi du 17 janvier 1975 a donc parachevé la consécration de la liberté procréative en germe depuis la loi Neuwirtz du 28 décembre 1967[381] en autorisant la mise sur le marché de la pilule permettant aux femmes de maitriser leur fécondité. La liberté procréative s'entend, dans son versant négatif, comme la possibilité de refuser la maternité[382]. C'est, ainsi que nous pouvons proposer d'analyser rétrospectivement et pour partie la loi du 17 janvier 1975.

2) Le compromis trouvé entre la liberté procréative et la protection de la vie prénatale

155. La loi IVG en 1975 contenait en germe l'affirmation juridique de la liberté procréative de la femme en autorisant dans un cadre déterminé le recours à l'IVG. Néanmoins, il ne serait pas exact d'affirmer que cette loi s'analyse uniquement sous cet angle[383]. D'autres éléments ont justifié plus clairement l'adoption de la loi. En effet, les conditions sanitaires dans lesquelles les avortements étaient pratiqués ont été un facteur accélérant le processus de dépénalisation[384]. Madame Veil insistait sur cette volonté de faire disparaître les avortements clandestins évalués à 1000 par jour

[380] J.-F. Seuvic « Variation sur l'humain comme valeurs pénalement protégées », *in* Mélanges Christian Bolze, « Éthique, droit et dignité de la personne humaine », Économica, 1999, p. 339.
[381] Loi n° 67-1176 du 28 décembre 1967 relative à la régulation des naissances et abrogeant les articles L. 648 et L. 649 du code de la santé publique,
[382] De manière positive c'est le recours à l'assistance médicale à la procréation.
[383] Madame Veil rappelait que la loi avait pour but de tenir compte de situations dramatiques que vivaient les femmes et si elle admettait une interruption de grossesse c'était pour la contrôler, et autant que possible en dissuader la femme. Intervention de la Ministre de la santé Simone Veil, devant le Sénat, JO Débats, séance du 13 décembre 1974, p. 2860.
[384] D'ailleurs, le projet de loi avait été déposé par le Ministre de la Santé de l'époque Simone Veil, et non le Ministre de la Justice.

dont un au moins entrainant le décès. Elle rappelait alors que : « tout le raisonnement porte sur l'idée qu'on ne peut empêcher d'avorter une femme qui est résolue à le faire, et qu'il vaut mieux lui procurer une aide médicale plutôt que de la laisser, dans les pires conditions le plus souvent, parvenir à ses fins en risquant sa vie, sa fécondité ultérieure, son équilibre »[385]. Il existait donc une logique sanitaire indéniable dans l'élaboration de la loi IVG, « face à cet enjeu majeur de santé publique, la législation française a opté pour une approche résolument sanitaire afin de favoriser l'intégration de l'interruption volontaire de grossesse dans une offre de soins normalisée»[386].

156. La loi IVG a donc eu pour objectif de tenter la conciliation entre les intérêts divergents que sont le respect de la vie humaine, la liberté de la femme et la santé publique[387]. Ce sont ces intérêts que Madame Simone Veil a rappelé lorsqu'elle dit : «Je le dis avec toute ma conviction: l'avortement doit rester l'exception, l'ultime recours pour des situations sans issues. Mais comment tolérer sans qu'il perde ce caractère d'exception, sans que la société paraisse l'encourager (…) Aucune femme ne recourt de gaieté de cœur à l'avortement. Il suffit d'écouter les femmes. C'est toujours un drame et cela restera toujours un drame»[388].

157. L'article premier de la loi « Veil » reflète cette recherche de conciliation en proclamant que « la loi garantit le respect de tout être humain dès le commencement de la vie. Il ne saurait être porté atteinte à ce principe qu'en cas de nécessité et selon les conditions définies par la présente loi». La vie humaine dès son commencement, c'est-à-dire la fécondation[389], mérite respect et protection.

158. Une atteinte à la vie humaine a été autorisée au sein de cette loi mais, limitée à un cadre déterminé. Ainsi, pour que le comportement délictueux devienne licite et ne

---

[385] J. Mossuz-Lavau, « Loi du 17 janvier 1975 : les logiques politiques », *RGDM*, 2006, n° 19, p. 62.
[386] D. Bourdault-Coudevylle, « L'interruption volontaire de grossesse en 2011. Réflexions sur un acte médical aux implications controversées » *Revue française des affaires sociales*, 2011/1 n ° 1 p. 26.
[387] D. Bourdault-Coudevylle, op.cit. p. 26 « (…) la législation française a opté pour une approche résolument sanitaire afin de favoriser l'intégration de l'IVG dans une offre de soins normalisée (…) ce qui s'est traduit par une modification substantielle de la philosophie des dispositions légales applicables».
[388] S. Veil, *op. cit.*
[389] Lorsque la loi Veil dans son article premier le commencement de la vie, c'est indéniablement la référence à la fécondation qu'il est fait référence. C'est d'ailleurs ce point de départ qui est pris pour calculer le délai pendant lequel une femme peut interrompre sa grossesse.

tombe pas sous le coup de l'article 317 alinéa 6 du Code pénal[390], il fallait respecter les conditions de délai des 10 semaines[391], l'état de détresse et l'intervention d'un médecin dans un établissement hospitalier[392].

159. On retrouve alors, à travers la rédaction de l'article 317 du Code pénal, le compromis entre les différentes logiques politiques à l'origine de la loi à savoir la protection pénale de la vie humaine, les préoccupations de santé publique, et l'affirmation implicite mais certaine de la liberté de la femme face à une maternité choisie. C'est une dépénalisation partielle de l'avortement. En effet, seul dans le dernier alinéa de l'article 317 prévoyait l'absence de sanction pénale si l'interruption était réalisée dans le cadre de la loi IVG. L'avortement restait une infraction sanctionnée par le Code pénal[393], l'interruption volontaire de grossesse étant l'acte

[390] L'article 317 du code pénal était ainsi rédigé : « Quiconque, par aliments, breuvages, médicaments, manœuvres, violences ou par tout autre moyen aura procuré ou tenté de procurer l'avortement d'une femme enceinte ou supposée enceinte, qu'elle y ait consenti ou non, sera puni d'un emprisonnement d'un an à cinq ans et d'une amende de 1.800 F à 100.000 F. L'emprisonnement sera de cinq ans à dix ans et l'amende de 18.000 F à 250.000 F s'il est établi que le coupable s'est livré habituellement aux actes visés au paragraphe précédent. Sera punie d'un emprisonnement de six mois à deux ans et d'une amende de 360 F à 20.000 F la femme qui se sera procuré l'avortement à elle-même ou aura tenté de se le procurer, ou qui aura consenti à faire usage des moyens à elle indiqués ou administrés à cet effet. Les médecins, officiers de santé, sages-femmes, chirurgiens, dentistes, pharmaciens, ainsi que les étudiants en médecine, les étudiants ou employés en pharmacie, herboristes, bandagistes, marchands d'instruments de chirurgie, infirmiers, infirmières, masseurs, masseuses, qui auront indiqué, favorisé ou pratiqué les moyens de procurer l'avortement seront condamnés aux peines prévues aux paragraphes premier et second du présent article. La suspension pendant cinq ans au moins ou l'incapacité absolue de l'exercice de leur profession seront, en outre, prononcées contre les coupables. Quiconque contrevient à l'interdiction d'exercer sa profession prononcée en vertu du paragraphe précédent sera puni d'un emprisonnement de six mois au moins et de cinq ans au plus et d'une amende de 3.600 F au moins et de 100.000 F au plus, ou de l'une de ces deux peines seulement. Les dispositions des quatre premiers alinéas du présent article ne sont pas applicables lorsque l'interruption volontaire de la grossesse est pratiquée soit dans les conditions fixées par l'article L. 162-12 du Code de la santé publique soit avant la fin de la dixième semaine, par un médecin, dans un établissement d'hospitalisation public ou un établissement d'hospitalisation privé satisfaisant aux dispositions de l'article L. 176 du Code de la santé publique »

[391] Ce sont des considérations médicales, psychologiques et éthiques qui ont déterminé ce choix. Ce délai était considéré comme permettant d'éviter les risques de complications médicales et les séquelles physiques et psychologiques.

[392] Le législateur avait également prévu que lors de la première consultation médicale, le médecin devait informer des risques médicaux liés à l'intervention et remettre un dossier guide comportant l'énumération des droits, aides et avantages dont pouvait bénéficier la mère et l'enfant en cas de renoncement à l'IVG ainsi que les possibilités offertes par l'adoption. Article L .162-3 Code sant. publ. Par la suite, la femme devait se rendre à un entretien social destiné à lui fournir des conseils Art. L. 162-4 du Code sant. publ. Suite à cette consultation, une attestation était délivrée à la femme enceinte qui pouvait alors se rendre à un second rendez-vous médical, espacé d'une semaine du premier, pour renouveler par écrit sa demande. L'objectif de ces contraintes dans la mise en œuvre des conditions de formes étaient l'incitation à renoncer à l'IVG.

[393] Le choix de la construction juridique du texte traduit la volonté politique de ne faire du recours à l'IVG qu'une tolérance. La loi de 1975 ne dépénalise pas l'avortement. Sur cette position voir: D. Thouvenin, *RGDM*, 2006, n° 19 p. 69.

médical répondant aux exigences de l'article L. 162-1[394] du Code de la santé publique et fixant les conditions dans lesquelles l'acte pouvait être pratiqué[395]. L'avortement constituait donc toujours une atteinte à la vie humaine mais devenait une interruption volontaire de grossesse lorsqu'il bénéficiait de la légitimité attachée à l'activité médicale[396].

160. En n'optant pas pour une dépénalisation totale de l'avortement, le législateur a souhaité traduire l'esprit de la loi en 1975 à savoir une transaction entre le respect dû à la vie et à l'intégrité physique de l'enfant conçu en sa qualité d'être humain, et l'intérêt de la femme invoquant un état de détresse[397]. Ainsi, l'article premier de la loi de 1975 révèle la construction particulière du texte qui a posé un principe, « le respect de l'être humain dès le commencement de sa vie » et une exception, « l'interruption volontaire de grossesse dans des conditions strictement encadrées ». C'est d'ailleurs cet équilibre qui a fondé la décision de conformité du Conseil constitutionnel[398]. En effet, il a relevé que la loi déférée n'admettait 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 selon les conditions et limitations définies. Dès lors, il a considéré que cette dérogation conditionnée ne méconnaissait pas le principe énoncé dans le Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946, selon lequel la nation garantit à l'enfant la protection de la santé, non plus qu'aucune autre des dispositions ayant valeur constitutionnelles édictées par le même texte.

161. C'est ce même constat qui a conduit le Conseil d'État à considérer la légalité des arrêtés ministériels autorisant la mise sur le marché de la pilule abortive[399]. En effet, il a relevé la compatibilité de la loi « Veil » avec l'article deux de la Convention Européenne des droits de l'homme (CESDH) et l'article six du Pacte international sur les droits civils et politiques (PIDCP) qui garantissent le droit à la vie de toute personne, en relevant que la loi n'apportait qu'une dérogation limitée au principe

394 Devenu l'article L. 2212-2 Code sant. publ.
395 L'interruption volontaire d'une grossesse ne peut être pratiquée que par un médecin. Elle ne peut avoir lieu que dans un établissement d'hospitalisation public ou dans un établissement d'hospitalisation privé satisfaisant aux dispositions de l'article L. 176. Code sant. publ.
396 D. Bourdault-Coudevylle, *op. cit* .p. 28.
397 En ce sens *Dictionnaire permanent Bioéthique et biotechnologies*, V° interruption de grossesse p. 1141.
398 Décision n° 74-54 DC du 15 janvier 1975.
399 Autrement dénommée : RU 486 ou Myfégyne.

rappelé par son article premier, le respect de tout être humain dès le commencement de sa vie[400]. Le Conseil constitutionnel ET le Conseil d'État, ont approuvé l'équilibre maintenu par la législation IVG entre d'un côté, la vie de l'enfant à naître et de l'autre la protection de la liberté de la femme face à son choix de maternité. La loi IVG a donc été construite autour d'une recherche d'équilibre entre, d'un côté la santé et la liberté de la femme, en état de détresse de mettre fin à sa grossesse et de l'autre côté, la protection de la vie anténatale. La loi du 31 décembre 1979 a ensuite pérennisé le système, après cinq ans d'application, en ajoutant que le principe énoncé par la loi et ses conséquences faisait partie des obligations nationales de l'État et des collectivités territoriales[401].

162. La loi IVG n'a donc pas nié la protection pénale de la vie anténatale. D'ailleurs, la jurisprudence a continué de protéger la vie intra-utérine après l'entrée en vigueur de la loi du 31 janvier 1975. Ainsi, la Cour d'appel de Douai en date du 2 juin 1987[402], s'est prononcée sur une affaire ou l'auteur d'un accident de la circulation avait blessé une femme enceinte dont la grossesse était arrivée à terme[403]. Après une césarienne, la victime avait donné naissance à un enfant mort-né de 3, 900 kg. Une information avait été ouverte pour homicide par imprudence. Le juge d'instruction avait donc renvoyé l'auteur de l'accident devant le tribunal de police en considération des blessures involontaires causées à la femme enceinte. Le tribunal de police s'était déclaré incompétent au profit en relevant : « qu'en l'espèce, il suffisait de relever que le fœtus, arrivé pratiquement à terme, est un être vivant dont le décès est imputable au seul choc traumatique ». L'affaire avait alors été portée devant la Cour d'appel de Douai. La réflexion des juges de la Cour d'appel de Douai avait pour point de départ le postulat suivant : « Si l'enfant avait été simplement blessé dans l'accident et atteint

[400] CE, 21 décembre 1990, n° 105743, *Confédération nationale des assoc .familiales catholiques*, Rec. CE, p. 368 concl. M. Stirn.

[401] La loi du 17 janvier 1975 était donc une loi à l'essai. C'est le même processus que l'on retrouve dans les lois bioéthiques. En effet, Les lois bioéthiques du 29 juillet 1994 avaient imposé une loi de révision tous les cinq ans. La révision de 1994 a eu lieu le 6 août 2004, celle de 2004, le 23 juin 2011. La question de l'abandon de l'échéancier a été abordée lors de la dernière révision. Désormais, ce sont la tenue d'états généraux précédant les réformes en matière de bioéthique qui aura lieu tous les cinq ans, en l'absence de projet de réforme dans le domaine de la bioéthique (art. L. 1412-1-1 CSP). La clause de révision est passée de 5 à 7 ans.

[402] CA Douai, 2 juin 1987, *Gaz .Pal.* 1989, 1, 145, note J.- P. Doucet ; *JCP. G.* 1989, II, 21250, note X. Labbée ; *RSC,* 1989, 319 et 740, obs. G. Levasseur.

[403] Une ambulance des pompiers s engage à un feu rouge, en faisant un usage tardif de ses avertisseurs sonores et lumineux, et percute alors une voiture s'engageant dans l'intersection car bénéficiant du feu vert. Le conducteur de la voiture et son épouse enceinte de 9 mois sont grièvement blessés. Cette dernière souffre d'un traumatisme abdominal entrainant la rupture de la poche des eaux et d'une hémorragie importante entrainant l'extraction par césarienne d'une petite Sylvie née sans vie.

d'une infirmité traumatique, résultant de l'accident, il ne fait aucun doute qu'il eut été considéré comme une personne à part entière, à raison des blessures reçues. Il n'existe aucune raison de ne pas considérer, dès lors que le traumatisme a entrainé des désordres vitaux majeurs, que sa mort est une conséquence de l'accident (…) dès lors que dans les articles 319 et 320, le législateur n'a pas distingué selon que l'être qu'il protège est ou non séparé de sa mère, les juges ne sauraient poser une telle distinction et limiter ainsi, de leur propre mouvement, le domaine de la protection légale »[404].

163. La chambre criminelle amenée à statuer sur une affaire dans laquelle l'intervention tardive d'un médecin accoucheur avait entrainé des lésions irréversibles du système nerveux de l'enfant[405], avait constaté que « l'intéressé avait été définitivement condamné pour s'être volontairement abstenu de porter à la mère et à l'enfant, qui étaient en péril, l'assistance que, sans risque pour lui ni pour les tiers, il pouvait leur prêter, ce-dont il résultait qu'il s'était rendu coupable d'un manquement inexcusable à ses obligations d'ordre professionnel et déontologique ». De ce fait, dans la catégorie des personnes à qui le secours doit être porté, la chambre criminelle visait tant la femme enceinte que l'enfant à naître[406]. Cela avait conduit Monsieur Levasseur à constater que « l'enfant conçu est une personne en péril(…) depuis que l'article 1er de la loi du 17 janvier 1975 a jugé utile de proclamer que la loi garantit le respect de tout être humain dès le commencement de sa vie »[407].

164. Ainsi, la loi IVG telle qu'elle a été envisagée en 1975 n'a pas conduit à remettre en question la protection pénale de la vie prénatale. En revanche, elle a révélé une évolution face à la prise en compte juridique de la maternité qui devient l'objet d'une véritable décision individuelle de la femme .Cette affirmation timide, est en germe et

---

[404] J.-P. Doucet, *op. cit.* p. 146.

[405] Cass. crim, 2 avril 1992 n° 90-87579, *RSC,* 1993 p. 326, note G. Levasseur. Dans cette affaire, une femme en état de grossesse « à risques » est admise à la suite d'une hémorragie, à la maternité d'un hôpital public. Après examen, la sage-femme constate l'existence d'un « placenta *praevia* recouvrant » une position transversale du fœtus, une hémorragie abondante et des contractions anarchiques. Elle appelle par téléphone le gynécologue, assurant le service de garde par astreinte à domicile. Ce médecin omet de se déplacer et se borne à prescrire un traitement destiné à différer l'accouchement, alors qu'une césarienne aurait dû être pratiquée immédiatement. L'enfant, né après avoir subi une souffrance fœtale aiguë pendant les heures précédant l'accouchement, demeure atteint de troubles graves et irréversibles du système nerveux.

[406] Selon les prescriptions de l'article 63 al 2 de l'ancien Code pénal visant la non-assistance à personne en péril.

[407] G. Levasseur, *op. cit.*

n’est quoiqu’il en soit pas incompatible avec une protection de la vie de l’être avant la naissance.

Section II : L'influence manifeste de l'approche civiliste de la personne juridique sur la notion de personne en droit pénal

166. La conception de la personne juridique telle qu'elle est a été adoptée par le droit civil, permet d'expliquer pour partie[408], l'évolution de la protection pénale de l'enfant à naître. En effet, la loi IVG n'a pas été conçue comme une négation générale de la protection de la vie anténatale. Dès lors, la jurisprudence criminelle ne s'est pas fondée sur cette loi pour refuser d'accorder la protection pénale à l'enfant à naître. En revanche, elle s'est appuyée sur la notion de personne juridique **(§1).** Ainsi, cette évolution jurisprudentielle, semble accréditer l'idée que la personne en droit pénal est similaire à la personne en droit civil. L'influence de la notion civile de personne est également observable à travers l'admission de la responsabilité des personnes morales **(§2).**

§I) Le glissement du critère de vie humaine vers l'exigence de la dimension juridique de la personne

167. L'intervention de la loi IVG en 1975 n'a pas été à l'origine d'un reflux de la protection pénale de la vie de l'être humain avant la naissance. En revanche, l'influence de la notion de personne juridique a permis à la jurisprudence d'affirmer que la personne pénalement protégée était uniquement la personne venue au monde vivant et viable soit la personne juridique. En effet, dans le désormais célèbre arrêt Golfier, la chambre criminelle a refusé de sanctionner l'homicide involontaire de l'enfant à naître[409]. Suite à une confusion entre deux femmes de nationalités étrangères, un médecin hospitalier avait pratiqué l'extraction d'un stérilet à une femme venue le consulter pour un suivi de sa grossesse[410]. Cette méprise avait

[408] D'autres explications seront proposées au titre suivant.

[409] Cass. crim., 30 juin 1999, Bull. crim., n° 174 ; *D.* 1999, Jur. p. 710, note D. Vigneau ; *ibid.* 2000, somm. p. 27, obs. Y. Mayaud, *JCP* 2000, II, n° 10231 (1er arrêt), note G. Fauré ; *Gaz. Pal.* 1999, 2, p. 676, note Bonneau, et chron. p. 139, obs. J.-P Doucet ; *LPA,* 17 nov. 1999, note F. Debove ; *Dr. pénal* 2000, comm. 3, obs. M. Véron ; *RSC*, 1999, p. 813, obs. Y. Mayaud. *Adde* : G. Roujou de Boubée et B. de Lamy, *D.* 2000, chron. p. 181 ; M.-L. Rassat, *Dr. pénal* 2000, chron. 12

[410] Le 27 novembre 1991, la requérante, Mme Thi-Nho VO, se rendait à l'hôpital de l'Hôtel-Dieu de Lyon pour sa visite médicale du sixième mois de sa grossesse. Le même jour, une autre femme, Mme Thi Thanh Van VO, devait se faire enlever un stérilet dans cet établissement par le Dr G. Ce médecin appela dans la salle d'attente «Mme VO», appel auquel répondit la requérante. Après un bref entretien, le Dr G. constata que la requérante, d'origine vietnamienne, ne comprenait pas bien le français. Au lieu

provoqué la mort de l'enfant à naître. Le médecin avait alors été poursuivi pour homicide involontaire devant le tribunal de grande instance de Lyon. En première instance, il avait été relaxé le tribunal qui s'était appuyé sur l'absence de viabilité de l'enfant à naître. L'enfant considéré comme non viable n'était donc pas une personne au sens des articles 319 ancien du Code pénal et 221-6 du nouveau Code pénal. La Cour d'appel de Lyon[411], saisie à titre principal par la partie civile, et à titre incident par le ministère public, avait estimé que l'infraction d'homicide involontaire était caractérisée tant par le comportement fautif à l'origine de la mort de l'enfant, qu'eu égard à l'atteinte à l'intérêt pénalement protégé, la vie humaine.

168. Pour la Cour d'appel, cette vie humaine était dès la conception, juridiquement protégée. En effet, elle a considéré que les des dispositions relatives à l'interruption volontaire de grossesse et celles relatives à l'avortement thérapeutique, ne font pas obstacle à l'affirmation dans la loi du respect de tout être humain dès le commencement de la vie. Elle a ensuite affirmé qu'il n'était pas opportun d'exiger que l'enfant naisse viable, du moment qu'il était en vie lors de l'atteinte qui lui a été portée, puisque la viabilité était une notion scientifiquement incertaine, et dépourvue de toute portée juridique en ce cas[412].

169. L'arrêt de la Cour d'appel met alors en évidence deux points particulièrement intéressants pour le développement de nos propos. D'une part, la Cour d'appel a considéré que la viabilité était un critère inopérant en ce qui concerne la protection pénale de l'enfant à naître. D'autre part, l'arrêt a confirmé la lecture qui devait être faite de la loi IVG à savoir une dérogation au principe de respect de la vie humaine. Les juges Lyonnais avaient fondé leur décision sur l'article premier de la loi du 17 janvier 1975. La loi n'était donc pas un obstacle à la protection pénale de la vie anténatale, et pouvait même servir de fondement à la protection de l'enfant à naître. Les juges Lyonnais avaient également fondé la protection pénale de la vie de l'enfant

---

de l'examiner, il entreprit d'ôter le stérilet en se basant uniquement sur le rapport médical, qui était celui de l'homonyme de la requérante, et provoqua une rupture de la poche des eaux, rendant inévitable un avortement thérapeutique.

[411] CA Lyon 13 mars 1997, *D.* 1997, p. 557 ; *JCP G.* 1997, II, 22955 note G. Fauré; *Dr. pén.,* 1997, chron. 22 obs. C. Puigelier ; *Defresnois* 1997, art. 36578 note Ph. Malaurie.

[412] En ce sens voir Y. Mayaud, *Violences involontaires et responsabilité pénale*, Dalloz, 2003 p. 84

à naître sur les articles 2 de la CEDH[413] et 6 du PIDCP[414], textes qui reconnaissent l'existence d'un droit à la vie protégé par la loi.

170. Suite à un pourvoi formé contre l'arrêt de la Cour d'appel de Lyon, la chambre criminelle a rendu un arrêt de cassation sans renvoi le 30 juin 1999 fondant sa décision sur la notion de viabilité et l'interprétation stricte de la loi pénale[415]. La chambre criminelle a considéré que les faits reprochés n'entraient pas dans les prévisions des articles 319 ancien et 221-6 du Code pénal car le fait de provoquer involontairement une interruption de grossesse ne constitue pas le délit d'homicide involontaire sur le fœtus, lorsque celui-ci n'était pas viable au moment des faits. Ainsi, selon la chambre criminelle, pour être constitué, l'homicide involontaire du fœtus nécessite que l'enfant soit viable au moment des faits.

171. La viabilité est une notion scientifiquement incertaine, qui a son intérêt lorsqu'il s'agit d'attribuer la personnalité juridique mais qui n'est pas justifiée lorsqu'il s'agit de la protection pénale de l'enfant à naître. En effet, c'est une notion controversée qui n'a pas sa place dans les éléments constitutifs de l'homicide (volontaire ou non), « la naissance et la viabilité, qui ne sont mentionnées, par aucun texte pénal ne constituent que des étapes dans un processus vital continu et en évolution constante(…) Si conformément à la volonté exprimée par le législateur, la vie doit être respectée dès son commencement, il parait difficile d'accepter que le droit pénal puisse ne protéger que des êtres humains jugés aptes à vivre et non tous les êtres humains vivants »[416]. Dès lors, contrairement aux juges de la Cour d'appel, la chambre criminelle a fait de la viabilité un élément déterminant la protection pénale de la personne permettant de dresser le constat de l'influence du droit civil concernant son approche de la personne juridique. Cet arrêt a donc laissé planer un doute quant au rôle joué par la viabilité. La viabilité est-elle le seuil de la protection pénale? La naissance doit-elle être le seul critère à prendre en considération?

---

[413] « Le droit de toute personne à la vie est protégé par la loi. La mort ne peut être infligée à quiconque intentionnellement sauf en exécution d'une sentence capitale prononcée par un tribunal au cas où le délit est puni de cette peine par la loi ».

[414] « Le droit à la vie est inhérent à la personne humaine. Ce droit doit être protégé par la loi. Nul ne peut être arbitrairement privé de la vie ».

[415] Article 111-4 du Code pénal : « La loi est d'interprétation stricte ».

[416] J. Sainte-Rose, « L'enfant à naître peut-il être victime d'un homicide involontaire ? » L'Assemblée plénière de la Cour de cassation prend position, *JCP G* n° 29, II, 10569.

172. Ce sont à ces questions que l'Assemblée plénière le 29 juin 2001[417] a du répondre suite à la saisine d'un pourvoi formé contre l'arrêt de la Cour d'appel de Metz du 3 septembre 1998[418]. L'Assemblée plénière a abandonné la référence à la viabilité et a considéré que « le principe de la légalité des délits et des peines, qui impose une interprétation stricte de la loi, s'oppose à ce que l'incrimination prévue par l'article 221-6 du Code pénal réprimant l'homicide involontaire d'autrui, soit étendu au cas de l'enfant à naître dont le régime juridique relève des textes particuliers sur l'embryon et le fœtus ». L'absence de viabilité n'était donc plus la cause de l'éviction de l'enfant à naître de la catégorie des personnes pénalement protégées. La chambre criminelle renvoie ici à l'existence de textes spécifiques qui, selon elle, permettraient d'organiser une protection pénale de l'embryon suffisante et incompatible avec la qualification de l'homicide.

173. Les articles censés organiser la protection pénale de l'embryon étaient les articles 223-10 et suivants du Code pénal concernant l'interruption illégale de grossesse et les articles 511-15 à 511-25 du Code pénal relatifs à la protection de l'embryon humain. Or, les articles 223-10 et suivants du Code pénal du livre II du nouveau Code pénal[419], situés au sein du chapitre II « sur la mise en danger de la personne » et dans la section V « l'interruption illégale de la grossesse » ne semblent

---

[417] Cass. Ass. Plén., 29 juin 2001, bull. crim. Inf. C. cass. 2001, n° 540, concl. J Sainte-Rose, et rapp. P. Sargos; *D.* 2001, p. 2917; *JCP G* 2001, II, 10569, rapp. P. Sargos, concl. Sainte-Rose et note M-L. Rassat ; *JCP G* 2002, I , 101, n° 21, obs. P. Murat ; *Gaz. Pal.* 2001, 2, 1456, note Bonneau ; *Gaz. Pal.* 2002, 1, 85 concl. J. Sainte Rose ; *Gaz. pal.* 2002, 2, 998, note S. Monnier ; *Dr pén* 2001, chron. n° 34, obs. Demont ; *RTD civ.* 2001, 560 obs. J. Hauser ; *RSC,* 2002, 97, obs. B. Bouloc.

[418] CA Metz 3 septembre 1998, *JCP G* 2000, II, 10231, 2ème arrêt, note G. Fauré. Le prévenu était renvoyé devant la juridiction pénale du chef d'homicide involontaire après avoir circulé au volant de son véhicule sous l'empire d'un état alcoolique et heurté une voiture venant en sens inverse, conduite par une femme enceinte de six mois, laquelle avait accouché d'un enfant mort-né. L'arrêt retient que « l'enfant mort-né n'est pas pénalement protégé au titre des infractions concernant les personnes » estimant que pour qu'il y ait personne il faut un être vivant, venu au monde et non décédé: « Il ne peut y avoir homicide qu'à l'égard d'un enfant dont le cœur battait à la naissance et qui a respiré ».

[419] Dans leurs rédactions issues de la loi du 22 juillet 1992, l'article 223-10 du Code pénal prévoyait :« L'interruption de la grossesse sans le consentement de l'intéressé est punie de cinq ans d'emprisonnement et de 500 000 Fr d'amende » ; l'article 223-11 du Code pénal « l'interruption de la grossesse d'autrui est punie de deux ans d'emprisonnement et de 200 000Fr d'amende lorsqu'elle est pratiquée en connaissance de cause dans les circonstances suivantes : **1** après expiration du délai dans lequel elle est autorisée par la loi, sauf si elle est pratiquée pour un motif thérapeutique, **2** Par une personne n'ayant pas la qualité de médecin, **3°** Dans un lieu autre qu'un établissement d'hospitalisation public ou d'un établissement d'hospitalisation privée satisfaisant aux conditions prévues par la loi ». L'article 223-12 prévoyait que « la femme qui pratique l'interruption de grossesse sur elle-même est punie de deux mois d'emprisonnement et de 25 000 Fr d'amende ».L'Article 223-12 a été abrogé par la loi n° 93-121 du 27 janvier 1993. L'auto-avortement n'est plus une infraction pénale.

pas véritablement ordonner une protection pénale de l'être avant la naissance. En effet, l'article 223-10 sanctionne « l'avortement sans le consentement de l'intéressé ». Dès lors, il semblerait que l'objet de cet article vise plus à protéger la liberté procréative de la femme que la vie de l'enfant à naître[420]. En tous les cas, on ne peut raisonnablement voir dans ces articles, l'incrimination d'un « foeticide volontaire ». Les articles 511-15 à 511-25 du livre V du Code pénal de la section III intitulée « De la protection de l'embryon humain »[421] visent plus particulièrement des atteintes particulières à la vie de l'embryon i*n vitro* car ce sont notamment des atteintes au mode de conception particulier au domaine de la procréation médicalement assistée. Or, si effectivement, ces articles contiennent en germe un *corpus* de règles fondant la protection de la vie de l'embryon humain, il est inexact d'affirmer qu'ils en constituent l'unique fondement. L'existence de règles particulières ayant pour objet la protection de l'embryon et le respect des règles sanitaires ne peut constituer un obstacle à la qualification de l'homicide de l'enfant à naître.

174. Pourtant, cette position de l'Assemblée plénière a été confirmée par la chambre criminelle le 25 juin 2002[422], dans un arrêt relatif à la mort d'un enfant à terme, résultant de négligences imputées au médecin accoucheur et à la sage femme. Une femme enceinte parvenue à terme depuis le 10 janvier 1991 était entrée en clinique le 17 janvier 1991 en vue d'une césarienne. Elle avait signalé vers 20h30, une anomalie du rythme cardiaque de l'enfant à la sage femme. Celle-ci avait refusé d'avertir le médecin accoucheur. Le lendemain un nouveau contrôle avait révélé la même anomalie conduisant à l'arrêt total du cœur. Le médecin avait constaté le décès et procédé à l'extraction de l'enfant mort-né pesant 2.5 kg et mesurant 50 cm. Le tribunal correctionnel avait condamné la sage-femme pour homicide involontaire et

[420] Cf. *infra* p. 433 et s.

[421] Les articles 511-15 à 511-25 ont pour objet d'organiser la protection pénale de la vie de l'embryon humain dans un cadre particulier. Les infractions visent à sanctionner la conception d'embryon moyennant finance (art. 511-15 C. pén.), le fait d'obtenir des embryons sans respecter les règles sanitaires (art. 511-16 C. pén.), la conception d'embryons *in vitro* dans un but industriel ou commercial (art 511-17 C. pén), la conception d'embryon *in vitro* pour la recherche (art. 511-18 C. pén.), le clonage d'embryons (art. 511-19 C. pén.) le fait de procéder à des recherches non autorisées sur les embryons humains (art. 511-20 C. pén.), la conservation de cellules souches embryonnaires sans autorisation (art. 511-19-1 C. pén.), le fait de procéder à un DPI sans accord (art. 511-20 C. pén.), ou de méconnaître les règles du DPI (art. 511-21 C. pén.) l'absence d'autorisation dans le cadre de la mise en œuvre de l'AMP (art. 511-22 C. pén., 511-24 C. pén.), l'introduction d'embryons sur le territoire Français sans autorisation (art. 511-23 C. pén), le non-respect des règles relatives à l'accueil d'un embryon (art 511-25 C. pén).

[422] Cass. crim. 25 juin 2002, *D.* 2002, p. 3099 note J. Pradel*; JCP G* 2002, II 10155, note M.-L. Rassat ; *Dr. pén* 2002, chron. 31 concl. D. Commaret ; *Dr. pén* 2002, comm. 93 obs. M. Véron ; *LPA,* 10 sept 2002 note B. Daille-Duclos ; cassation CA Versailles, 19 janv. 2000 inédit.

déclaré le médecin responsable civilement. La Cour d'appel, avait condamné solidairement le médecin et la sage femme à payer à la mère des dommages et intérêts pour la perte de l'enfant qu'elle portait.

175. Saisie d'un pourvoi, la chambre criminelle avait alors repris la jurisprudence de l'Assemblée plénière en constatant que « le principe de la légalité des délits et des peines, qui impose une interprétation stricte de la loi pénale, s'oppose à ce que l'incrimination d'homicide involontaire s'applique au cas de l'enfant qui n'est pas né vivant ». La chambre criminelle a donc suivi le raisonnement de l'Assemblée plénière pour affirmer que le fœtus ne peut être victime d'un homicide involontaire car il n'est pas une personne pénalement protégée.

176. Néanmoins, il convient de relever une certaine une évolution dans la motivation de la chambre criminelle, qui n'évoque plus les textes particuliers sur l'embryon pour justifier le rejet de la qualification d'homicide involontaire. L'abandon des références à l'existence d'un statut particulier de l'embryon et du fœtus démontre le malaise des juges à fonder la protection pénale de la vie prénatale sur des dispositions qui mériteraient une certaine réorganisation afin d'en donner une lecture plus cohérente[423]. Monsieur Olivier Sautel considérait « ce renvoi maladroit à un régime peu développé est sans relation avec le problème en cause »[424].

177. La Cour de cassation a tronqué la formule des arrêts de 1999 et 2001 de son membre final[425] en se contentant de rappeler que l'article 221-6 du Code pénal ne s'applique pas à l'enfant à naître car l'article exigerait un « autrui » vivant : c'est-à-dire une personne physique existant au moment de l'acte et susceptible de subir un homicide[426]. Ainsi, la jurisprudence n'accepte de sanctionner l'homicide de l'enfant que lorsque celui-ci est venu au monde vivant comme l'indique l'arrêt de la chambre criminelle du 2 décembre 2003[427] condamnant l'auteur d'un accident de la circulation blessant grièvement une femme enceinte, qui après une césarienne, avait

[423] Cf. i*nfra* p. 433 et s.
[424] O. Sautel, *op. cit.* et D. Commaret, concl. *op. cit.* démontrent l'inexistence d'un régime particulier au sein des articles 511-15 à511- 25 C. pén.
[425] J. Pradel « La chambre criminelle continue d'ignorer l'enfant à naître », *D.* 2002 p. 3099.
[426] *Idem*.
[427] Cass. crim. 2 déc .2003, *JCP G*, 2004, 10054, note M. L. Rassat; JurisData n° 2003-021533; *JCP G* 2004, IV 1105, note J. Pradel; *D.* 2004 p. 449, note J. Pradel*; Dr fam.* 2004 comm. 26 note B. De Lamy.

mis au monde un enfant décédant une heure plus tard. La règle de la protection pénale des infractions périnatales est donc la suivante : soit la mère accouche d'un enfant mort-né et la poursuite de l'homicide involontaire est impossible ; soit la mère accouche d'un enfant vivant, décédant rapidement, et une condamnation sur le fondement de l'homicide est alors envisageable[428].

178. Cette jurisprudence a été est soumise au contrôle de la Cour européenne des droits de l'homme à l'occasion de l'arrêt *Vo c/ France* du 8 juillet 2004[429] suite à la cassation de l'arrêt Golfier. En effet, la requérante avait saisi la Cour EDH afin de savoir si l'atteinte portée au fœtus, en dehors du cadre de la loi IVG, devait être pénalement sanctionnée au regard du droit à la vie de l'article deux de la Convention[430]. Afin de répondre à cette question, la Cour devait préalablement chercher à déterminer à partir de quand commençait la vie et ce que recouvrait la notion de personne.

179. La décision rendue, empreinte de réserve, s'explique notamment l'absence de consensus au niveau européen sur la question de la nature et du statut de l'embryon. En effet, la Cour a relevé que les progrès scientifiques relatifs aux procréations médicalement assistées aux manipulations génétiques, à la recherche sur l'embryon ont permis d'observer qu'il existait un consensus européen sur un point: celui de l'appartenance de cet être à l'espèce humaine. Dès lors la Cour en a conclu que cette capacité de l'être avant la naissance à devenir une personne devait être protégé, notamment au nom de la dignité humaine sans pour autant qu'il soit considéré comme une personne ayant un droit à la vie au sens de l'article deux[431].

180. La Cour européenne des droits de l'homme, dans un souci d'équilibre[432] à conclu« qu'il n'est ni souhaitable ni même possible actuellement de répondre dans l'abstrait à la question de savoir si l'enfant est une personne au sens de l'article 2 de la

[428] En ce sens : J. Pradel, *op. cit.*
[429] CEDH, 8 juillet 2004, Requête n°53924/00 *Vo. c/France*, *RDP*, 2005 p. 1417 note X. Bioy ; *Dr fam.* 2004 comm. 194 note P. Murat.
[430] « Le droit de tout personne à la vie est protégé par la loi. »
[431] §84.
[432] Pierre Murat, *op cit.* note 118 : « Au regard des dimensions juridiques médicales, philosophiques, éthiques ou religieuses de la définition de personne humaine, tout en prenant en compte la diversité des approches nationales du problème.

Convention »[433]. La vie du fœtus reste intimement liée à celle de sa mère, sa protection ne peut donc se faire qu'à travers elle. La Cour rappelle par ailleurs que dans le cadre des atteintes involontaires à la vie, l'article deux n'impose pas aux États de mettre en place un recours de nature pénale[434].

181. La Cour EDH a donc inscrit sa décision dans « une politique de grande prudence » visible lorsqu'elle a affirmé que « le point de départ du droit à la vie relève de la marge d'appréciation des États dont la Cour tend à considérer qu'elle doit leur être reconnue dans ce domaine, même dans le cadre d'une interprétation évolutive de la Convention »[435].

182. Dans la lignée de cette jurisprudence, la Cour d'appel de Metz le 17 février 2005[436] a considéré que tant que le législateur ne tranchait pas cette question, il fallait s'en tenir à l'interprétation de la Cour de cassation et considérer qu'« autrui ne peut concerner l'enfant en voie de naître et que l'incrimination de l'homicide involontaire ne peut s'appliquer qu'au cas de l'enfant né vivant (…) ». Que l'atteinte à la vie de l'enfant à naître soit involontaire ou volontaire, aucune condamnation pénale n'est envisageable. Des coups portés volontairement à une femme enceinte dans le but d'atteindre le fœtus et de le tuer, ne peuvent pas faire l'objet de l'incrimination[437] d'homicide. Si aucune incrimination légale relative à la vie de

---

433 §85.

434 §90. Cf. *infra* p. 408 et s.

435§82.

436 CA Metz, 17 février 2005, JurisData n° 20005-272776*, Dr fam*. 2005, comm 172. Note I. Corpart. Les faits concernant un accident de la circulation mettant en cause le conducteur d'une camionnette ayant perdu le contrôle de son véhicule sur l'autoroute entrant en collision avec un véhicule en sens inverse piloté par une jeune femme enceinte de 22 semaines. La jeune femme et son enfant étaient tués sur le coup.

437 TGI Poitiers, 13 aout 2007, instruction n° 1, Réquisitoire définitif de non lieu partiel et de renvoi devant le tribunal correctionnel. Dans cette affaire, une jeune femme enceinte de six mois avait été découverte au matin du 15 juillet 2006, dans le couloir de son immeuble, ensanglantée et tenant à peine debout. Hospitalisée dans un état critique, elle avait été admise dans un service de réanimation, l'enfant qu'elle portait n'avait pas survécu. Le concubin à l'origine de ses blessures, avait admis a l'avoir frappée de 20h à 3 h du matin, l'enfermant dans le congélateur, la frappant avec une pelle sur la tête et une petite échelle en fer, la tirant par les cheveux et finissant par lui sauter à pieds joints sur le ventre. Une information avait été ouverte du chef de violences volontaires aggravées sur la jeune femme et de violences volontaires ayant entrainé la mort de l'enfant sans intention de la donner. Le rapport de l'autopsie mentionnait que le fœtus, mort *in utero,* de sexe féminin pesait 620 grammes et ne souffrait d'aucune anomalie. La mort était due à une anoxie fœtale aigüe en raison d'une perturbation brutale de la circulation fœto-maternelle. Le magistrat instructeur avait alors envisagé une mise en examen du chef de violence volontaire ayant entrainé la mort sans intention de la donner sur mineur de moins de 15 ans par ascendant. Les expertises avaient confirmé que le décès de l'enfant était dû à un polytraumatisme subi par la mère, les agissements du mis en examen étant la cause directe de la mort de l'enfant. Le réquisitoire définitif révélait que les parents de l'enfant décédé lui

l'enfant à naître n'est applicable, en revanche la chambre criminelle condamne les blessures involontaires commises sur le fœtus[438]. La loi pénale peut protéger l'enfant conçu contre les atteintes à son intégrité car la condition de naissance est remplie. Il entre donc dans les champs de protection du droit pénal. Le droit actuel tel qu'il est interprété par la chambre criminelle permet ainsi de protéger un enfant qui nait vivant des atteintes commises alors qu'il était dans le sein de sa mère mais ne permet pas de le protéger des atteintes volontaires ou involontaires qui conduiraient justement à faire obstacle à sa naissance.

183. Néanmoins, en opposition et en totale insoumission avec cette position jurisprudentielle, le tribunal correctionnel de Tarbes, le 4 février 2014 a considéré que le fœtus pouvait être une victime potentielle de l'atteinte à la vie d'autrui[439]. En effet, le 20 janvier 2012 vers 18h30, un automobiliste, sous l'empire d'un état alcoolique (0,36 mg/l.), a perdu le contrôle de son véhicule en procédant au dépassement de deux véhicules qui le précédaient, et a fauché une jeune femme enceinte de 30 semaines qui se promenait à pied sur le trottoir. La jeune femme a subit un grave polytraumatisme (ITT fixée à 45 jours), et le choc a provoqué le décès *in utero* de l'enfant qu'elle portait et pour lequel il a été pratiqué une extraction par césarienne d'un garçon pesant 1 750 grammes prénommé Yanis. Les examens médicaux et l'expertise ordonnée ont révélé un lien de causalité direct et certain entre le choc et le décès de l'enfant à naître. Le 4 février 2014, le tribunal correctionnel de

---

avaient organisé des funérailles, lui donnant un prénom. L'auteur des faits avait même réclamé, à plusieurs reprises, la possibilité d'aller sur la tombe de celle qu'il considérait être sa fille, son ange, son 4ème enfant. Ses différentes auditions mettaient en évidence son intention de porter atteinte à la vie de son enfant, lorsqu'il avait porté des coups portés à sa concubine. Malgré ces éléments, le réquisitoire définitif se terminait par le constat suivant : selon lequel « l'état actuel du droit pénal dans un raisonnement purement théorique aboutit à des non-sens. Ainsi, un accouchement provoqué avant terme par la faute d'un tiers sera pénalement sanctionné si l'enfant, une fois expulsé vit ne serait-ce qu'une minute en dehors du corps de sa mère puisqu'il sera né vivant. A c*ontrario* (…) la mort d'un fœtus est un non-événement ». Le parquet avait donc demandé le renvoi devant le tribunal correctionnel concernant les coups portés à la jeune femme et requis un non-lieu concernant le décès de la petite fille. Selon le principe d'interprétation strict de la loi tel qu'analysé par la Cour de cassation « il n'est juridiquement pas possible de renvoyer l'auteur direct du décès de l'enfant devant une Cour d'Assises de ce chef ».

[438]Cass. crim. 2 oct. 2007 n° 07-81.259, *RDSS*., 2008, p. 67, note P. Hennion-Jacquet. Un médecin avait été condamné pour avoir tardé à intervenir malgré le constat d'une souffrance fœtale. Cette abstention avait été jugée fautive car elle était à l'origine des lésions graves dont souffrait l'enfant né. Le médecin auteur indirect du dommage avait donc commis une faute caractérisée par l'absence de réaction adaptée à des faits qui exposaient l'enfant à un risque d'une particulière gravité qu'il ne pouvait ignorer. Il avait donc été alors condamné pour coups et blessures involontaires ayant entrainé une ITT de plus de trois mois.

[439] T. corr. Tarbes, 4 février 2014, n° 12021000029, JurisData n° 2014-013013, *Dr fam*. 2014, n° 7-8, juillet 2014 comm. 124, note A. Mirkovic.

Tarbes, sur le fondement de l'article 221-6 du Code pénal, a condamné l'automobiliste pour avoir involontairement causé la mort de l'enfant *in utero*. Le prévenu a reconnu les faits et adhéré à la sanction. L'expertise psychologique de l'auteur de l'infraction a mis en évidence « d'importants sentiments de culpabilité à l'évocation de l'accident » et la « conscience d'avoir provoqué la mort d'un bébé dont il ne veut pas que soit contestée la qualité d'être humain à part entière ». Le procureur général a interjeté appel de la décision qui est en contradiction totale avec la jurisprudence de la Cour de cassation refusant de caractériser l'homicide involontaire sur un enfant qui n'est pas né vivant. Les juges ont ainsi fait droits à la demande des parents qui souhaitaient que soit reconnue par la justice, la vie et le décès de leur enfant. L'expert avait relevé l'importance de permettre aux parents de donner toute la place à cet enfant « il est essentiel de permettre aux parents de donner toute la place à cet enfant mort en l'inscrivant dans une histoire au sein d'une famille et par là d'assurer leur rôle de parents en deuil ». Or, ce deuil est rendu plus difficile si le droit pénal nie l'existence de la vie et de la mort de cet être avant la naissance.

184. En dehors de cette position et dans l'espoir que cette affaire arrive devant la Cour de cassation pour une modification de sa jurisprudence, la victime en droit pénal semble être la personne juridique puisque la jurisprudence a calqué la personne pénalement protégée sur le modèle de la personne juridique. La personne pénalement protégée est l'être humain lorsqu'il est venu au monde vivant et viable[440]. La jurisprudence relative à l'incrimination de l'homicide involontaire de l'enfant à naître manifeste donc l'influence de la notion de personne juridique sur le droit pénal. De l'influence de la notion de personne juridique sur la notion de personne pénalement protégée en droit pénal. Cette influence se constate également lorsque l'on analyse la responsabilité pénale des personnes morales

§II) La responsabilité pénale de la personne morale : manifestation de la diffusion de la notion de personne juridique en droit pénal

185. La diffusion de la notion de personne juridique en droit pénal s'est également manifestée à travers l'admission de la responsabilité pénale des personnes morales.

[440] En effet, la Cour de cassation ne pose comme condition de la répression des atteintes à la vie que la naissance. Or la personnalité juridique nécessite la double condition de naissance et de viabilité.

En effet, tout comme en droit civil, la doctrine pénaliste s'est affrontée autour de la question de l'admission d'une responsabilité pénale pour la personne morale. Les partisans de la thèse de la fiction de la personne morale considéraient que le groupement était incapable de volonté personnelle, condition indispensable à la responsabilité pénale. Au contraire, les partisans de la responsabilité (et par conséquent de la thèse de la réalité de la personne morale), considéraient la personne morale comme ayant une existence propre, une volonté collective avec à sa tête un organe assurant l'expression de cette volonté. L'influence de la consécration de la théorie de la réalité des personnes morales en droit pénal a mis fin à ce débat et a conduit à admettre la responsabilité pénale de la personne morale. Cela s'est traduit en droit pénal par l'admission de la réalité criminelle de la personne morale comme fondement de sa responsabilité (**A).** La personne morale a dans un premier temps été intégrée comme une spécificité rendue nécessaire par la réalité criminogène de cette entité**.** L'évolution de la situation pénale des personnes morales a une certaine convergence avec celle de la personne physique (**B).**

A) La réalité criminogène de la personne morale fondement de sa responsabilité

186. Le droit pénal a longtemps conçu la personne responsable comme l'agent susceptible de commettre une faute et capable d'en répondre. Dès lors, sur ce fondement, la responsabilité de la personne morale a été rejetée durant tout le XIXème siècle[441]. La responsabilité pénale était alors liée aux notions de culpabilité, d'imputabilité, de responsabilité personnelle et de personnalité des peines[442]. Autant de principes qui semblaient être en contradiction avec la nature juridique de personne morale. Ainsi, à l'instar du débat en droit civil, la responsabilité pénale de la morale a interrogé et divisé la doctrine. Pour les tenants de la fiction, le groupement était incapable de volonté personnelle, condition indispensable à la responsabilité pénale. D'autres arguments, plus liés aux principes fondamentaux du droit pénal, se

[441] L'Ancien droit admettait la responsabilité des êtres moraux. En effet, l'Ordonnance criminelle d'Aout 1670 prévoyait en son titre XXI, les procès des communautés des villes, bourgs, villages, corps et compagnies. La Révolution française rejeta l'idée d'une responsabilité pénale des personnes morales. Le Code pénal de 1810 ne connaissait donc que la responsabilité de la personne physique. La personne morale ne pouvait être responsable civilement.

[442] Cass. crim .8 mars 1883, S., 1885. I. 470, « l'amende est une peine et toute peine est personnelle (…) elle ne peut être prononcée contre un être moral, lequel ne peut encourir qu'une responsabilité civile ».

sont greffés aux griefs de la fiction pour exclure la responsabilité pénale de la personne morale[443]. Ainsi, l'invisibilité immatérielle de cet être était pour les détracteurs de la personnalité morale, un véritable obstacle à l'admission de leur responsabilité pénale.

187. L'admission, en droit civil, de la théorie de la réalité de la personne morale, a permis de faire évoluer le débat[444]. De plus, la réalité criminologique de la personne morale a confirmé la théorie de la réalité et accrédité l'idée que « certaines personnes morales s'avéraient suffisamment réelles pour être considérées comme des sujets de droits susceptibles dès lors de s'exposer aux foudres de la loi pénale »[445]. Dès lors, la personne morale est une réalité juridique et a une réalité criminogène. Elle est donc intégrée en droit pénal sous l'angle d'une personne spécifique, aux côtés de la personne physique, dont les actes peuvent avoir des répercussions réelles. Ainsi, « la personne morale n'a ni chair, ni sang ; mais elle a des organes, elle a des membres. Les cellules humaines qui la constituent lui donnent un corps, un visage. C'est une personne à part entière, animée par une volonté distincte de celle des individus qui la composent. Cette volonté collective propre est capable de commettre des fautes »[446].

188. Par conséquent, le législateur a admis la responsabilité pénale des groupements dans les avant-projets de Code pénal[447]. L'exposé des motifs du projet de Code pénal, déposé en 1986, insistait sur la réalité criminologique des personnes morales, « L'immunité actuelle des personnes morales est d'autant plus choquante qu'elles sont souvent, par l'ampleur des moyens dont elles disposent à l'origine d'atteintes graves à la santé publique, à l'environnement, à l'ordre économique ou à la

[443] L'objet social du groupement, étant l'une des conditions d'accès à la personnalité juridique, ne peut être la commission d'une infraction. En commettant une infraction, la personne morale sort de son objet statutaire. Un second argument tenant au principe de personnalité de la peine et à l'objectif de la sanction pénale est également mis en avant. La peine ne peut correspondre qu'à des individus et non à un groupement. En punissant indistinctement tous les membres composant la personne morale, il est porté atteinte au principe de la personnalité des peines. Ainsi, on instaurerait une sorte de responsabilité collective.

[444] L'influence des droits étrangers est également un facteur à l'origine de l'admission de la responsabilité pénale de la personne morale.

[445] « Quels sont les points de convergence et de divergence entre la personne physique et la personne morale (aspect de droit pénal)? », *Dr. fam.* n° 9 septembre 2012, dossier 10.

[446] *Ibid.*

[447] Dès avant la réforme du Code pénal de 1994, des tempéraments avaient déjà été apportés à l'irresponsabilité pénale de la personne morale. En effet, Les ordonnances des 5, 30 mai et 30 juin 1945 en matière d'entreprises de presse (aujourd'hui abrogés) prévoyaient la condamnation des personnes morales.

législation sociale (…) »[448]. Ainsi, cette réalité a permis de dépasser les obstacles liés à l'immatérialité apparente de la personne morale. La responsabilité de la personne morale a donc été consacrée à l'article 121-2 du Code pénal, « les personnes morales, à l'exclusion de l'État, sont responsables pénalement, selon les distinctions des articles 121-4 à 121-7 du Code pénal, dans les cas prévus par la loi ou le règlement, des infractions commises, pour leur compte, par leurs organes ou représentants (…) ».

189. Aux cotés de la personne physique, la personne morale, peut voir sa responsabilité pénale engagée. C'est la traduction de la réalité criminogène de la personne morale. Réalité qui est propre à la sphère juridique. La réalité particulière de cet être juridique a nécessité des ajustements par rapport à la responsabilité pénale de la personne physique. Néanmoins, cela ne s'oppose pas au constat d'une certaine uniformisation du domaine de la responsabilité pénale des personnes physiques et des personnes morales.

B) La convergence de la situation pénale de la personne morale et de la personne physique

190. Parler de manière générale d'une assimilation des statuts entre la personne physique et la personne morale ne serait pas tout à fait exact. En revanche, nous pouvons constater une certaine uniformisation dans les statuts de la responsabilité des personnes morales et physiques (1), notamment à travers la suppression de la spécialité de cette responsabilité, ainsi qu'une tendance à l'assimilation de la protection de la personne morale à la personne physique (2).

1) L'uniformisation de la responsabilité des personnes morales et physiques

191. La responsabilité des personnes morales était, à l'origine, une responsabilité spéciale puisque seulement certaines infractions étaient susceptibles d'engager leur responsabilité[449]. Le principe de spécialité était lié à l'idée d'une particularité de la

[448] Un objectif d'équité est clairement affiché dans la reconnaissance de la responsabilité pénale des personnes morales : limiter la responsabilité personnelle des dirigeants sociaux.
[449] En 1992 le législateur avait prévu à l'article 121-2 du Code pénal que : « les personnes morales (…) sont responsables (…) dans les cas prévus par la loi ou le règlement ». Le texte d'incrimination devait

responsabilité de cet être juridique par rapport à la personne physique. Ainsi, en l'absence de dispositions spéciales, seules les personnes physiques pouvaient être poursuivies. Cette spécialité avait pour fondement la particularité de cet être sur la scène pénale, particularité que l'on retrouvait alors dans son statut pénal[450]. Ainsi, la personne morale ne pouvait pas commettre une agression sexuelle, un viol, un meurtre ou être l'auteur de violences, car du fait de son statut spécifique, la personne morale ne pouvait commettre que certaines infractions. [451]. Au fur et à mesure de l'intégration de la personne morale en droit pénal, le législateur a enrichi la liste initiale des infractions remettant en cause la question de la spécialité de la responsabilité pénale de la personne morale.

192. La loi du 12 juin 2001[452] a rendu possible la mise en jeu de la responsabilité des personnes morales pour de nombreuses infractions contre les personnes (meurtre, assassinat, empoisonnement, viols, agressions sexuelles etc.…) mais aussi pour les fraudes et falsifications. La Cour de cassation a même été jusqu'à admettre la responsabilité pénale de la personne morale dans un domaine où elle n'était pas prévue[453]. Le législateur a pris acte de cette jurisprudence et par la loi « Perben II » du 9 mars 2004, et, a supprimé définitivement dans l'article 121-2 du Code pénal les mots « dans les cas prévus par la loi ou le règlement »[454].

193. On parle désormais de responsabilité générale des personnes morales. Ainsi, depuis le 31 décembre 2005, les personnes morales peuvent voir engager leur responsabilité pour les mêmes infractions que les personnes physiques. Le caractère exceptionnel de la responsabilité des personnes morales s'est considérablement affaibli, et a fait place à une adaptation à la responsabilité des personnes physiques[455].

---

prévoir expressément cette responsabilité. Cass. crim, 18 avril 200, Bull. crim n°153, RSC 2000, p. 817 obs. B. Bouloc.

[450] F. Longère, *op. cit*.

[451] M.-L. Rassat *Droit pénal général*, Ellipses, coll. Cours magistral, 2ème éd. 2006, p. 470-471.

[452] Loi n° 2001-504 du 12 juin 2001 tendant à renforcer la prévention et la répression des mouvements sectaires portant atteinte aux droits de l'homme et aux libertés fondamentales, JO 13 Juin 2001.

[453] Cass. crim., 5 février 2003, n° 02-82.187, JurisData n°2003-017916, Bull. crim., 2003, n° 24. La Cour de cassation avait envisagé la responsabilité de la personne morale en droit douanier. Cet arrêt a été considéré par la doctrine comme une invitation au législateur à généraliser la responsabilité des personnes morales.

[454] Entrée en vigueur le 31 décembre 2005.

[455] Sauf en matière de presse écrite ou de communication audiovisuelle, matières gourvernées par des règles spéciales de responsabilité des personnes physiques en cascade.

194. On ne peut raisonnablement dire qu'il y a une assimilation de la responsabilité des personnes morales et physiques mais l'on constate une certaine adaptation. La responsabilité pénale de la personne morale nécessite l'intervention d'une personne physique. En effet, la responsabilité pénale étant personnelle selon l'article 121-1 du Code pénal, elle doit donc renvoyer à la personne. L'article 121-2 du Code pénal prévoit que la responsabilité pénale de la personne morale doit se fonder sur l'acte d'une personne physique qui se présente par la qualité d'organe ou de représentant de la personne morale. L'infraction doit avoir été commise pour le compte de la personne morale.

195. L'exigence de l'identification de la personne physique a fait l'objet de fluctuations au sein de la jurisprudence de la Cour de cassation. En effet, dans un premier temps, la Cour de cassation avait opté pour une interprétation littérale de l'article 121-2 du Code pénal, l'organe ou le représentant devant nécessairement être identifié pour que l'infraction soit intentionnelle ou non intentionnelle[456]. Sans une identification précise de l'organe, les juges n'acceptaient pas d'entrer en voie de condamnation, et appliquaient avec rigueur l'article 121-2 du Code pénal en vertu du principe de légalité des délits et des peines. Puis, la Cour de cassation a ensuite assoupli cette condition de l'identification de l'organe ou le représentant se contentant d'une présomption d'imputation des infractions aux organes ou représentants[457]. Elle a ainsi considéré qu'il importait peu que l'identité de l'auteur des manquements constitutifs du délit ne soit pas établie, « dès lors que cette infraction n'a pu être commise, pour le compte de la société, que par ses organes ou représentants »[458] La Cour de cassation est ensuite revenue sur cette jurisprudence

[456] En ce sens, cass. crim., 2 décembre 1997, Bull. crim. n° 408, *JCP G* 1998, II, 2003, rapp. F. Desportes ; Cass. crim., 29 avril 2003, Bull. crim. n° 91. *D*. 2004, p.167, note J.-C. Saint Pau.

[457] Cass. crim., 20 juin 2006, *JCP G* 2006 II, 10199, note E. Dreyer, où elle a considéré qu'il importait peu que l'identité de l'auteur des manquements constitutifs du délit ne soit pas établie « dès lors que l'infraction n'a pu être commise pour la société que par ses organes ou représentants »; confirmée par cass. crim. 26 juin 2007, *Dr. pén.* 2007 comm. 135 et 15 janvier 2008, *JCP G,* 2008, II, 10082, cass. crim. 15 février 2001, *Dr. pén*. 2001, comm. 62.

[458] Cette solution a été retenue en matière de faute non intentionnelle: Crim. 20 juin 2006, n° 05-85. 255, Bull. crim. n° 188, *D*. 2007. 617, note J-C Saint-Pau; *D*. 2007. pan. 399, obs.G. Roujou de Boubée ; D.2007. pan.1624, obs. Mascala; *RSC* 2006. 825, obs.Y Mayaud; *Rev. sociétés* 2006. 895, obs. B. Bouloc*; RTD* com. 2007. 248, obs. B. Bouloc ; *Dr. pénal* 2006. comm. 128, obs.M. Véron; *JCP* 2006. II. 10199, note E. Dreyer, puis en matière de faute intentionnelle ; Cass. Crim. 25 juin 2008, n° 07-80. 261 , *D*. 2008. AJ 2287 *; D*. 2009. pan. 1441, obs. Serra; *RSC* 2009.89, obs. E. Fortis ; *RTD com*. 2009. 218, obs. B Bouloc; *Rev. sociétés* 2008. 873, obs. Matsopoulou; *Dr. pénal* 2008. Comm. 140, obs.

en retenant de nouveau une interprétation stricte de la loi pénale. Dans une décision du 11 avril 2012, la Cour de cassation a retenu qu'une cour d'appel ne justifiait pas sa décision de condamner une société pour blessures involontaires au seul motif que celle-ci aurait créé la situation ayant permis la réalisation du dommage ou n'aurait pas pris les mesures permettant de l'éviter, « sans mieux rechercher si les manquements relevés résultaient de l'abstention d'un des organes ou représentants de la société (…) et s'ils avaient été commis pour le compte de cette société au sens de l'article 121-2 du code pénal»[459] . Dans des arrêts postérieurs, la Cour de cassation a confirmé cette exigence de l'identification de l'organe ou du représentant de la personne morale conformément à la lettre de l'article 121-2 du Code pénal[460].

196. La mise en œuvre de la responsabilité pénale de la personne morale nécessite l'identification préalable d'une physique représentant la personne morale ce qui peut s'analyser comme l'équivalent de la conscience et de la volonté chez la personne physique[461]. Ainsi, on constate ici que la personne morale à l'instar de la personne physique est artifice au service de la technique juridique. La nécessité d'identifier un organe pour engager la responsabilité pénale, tout comme la spécialité de cette responsabilité en sont des illustrations. Si la responsabilité de personne morale a intégré comme une spécificité, les évolutions jurisprudentielles et législatives qui ont suivi ont démontré que la situation pénale de ces deux acteurs avait tendance à se rapprocher. Cette correspondance est également perceptible lorsque l'on envisage la personne morale-victime.

2) L'assimilation de la protection pénale des personnes morales à celle des personnes physiques

---

M.Véron. Crim. 28 janv. 2009, n° 07-81. 674 , *Dr. pénal* 2009. Comm. 48, obs. J.-H. Robert; Cass crim. 16 déc. 2009, n° 07-86.584.

[459] Cass. crim., 11 avril 2012, n° 10-86. 974, Bull. Joly 2012, n° 9, p. 655. Cass Crim. 2 oct. 2012, n° 11-84. 415, n° 11-83.228 et n°11-85.082, *D.*2012. 252 1 ; *RTD com.* 2013. 155 , obs.B BoulOC; *D.* 2013. Pan. 2917, obs. G Roujou de Boubée, Garé, Gozzi, Mirabail et Potaszkin; *RSC* 2013. 73 ; obs. Y. Mayaud; Cass. crim. 18 juin 2013, n° 12-85. 917, Bull. crim. n° 144; *D.* 2013. pan.2713, obs. G Roujou de Boubée, Garé, Gozzi, Mirabail et Potaszkin ; *RSC* 2013. 807, obs. Y. Mayaud; Crim. 6mai 2014, n° 12-88.354 et13-82.677, *Dalloz actualité*, 28 mai 2014, obs. Winckelmuller.

[460] Cass. crim, 2 oct 2012 et Cass. crim 22 janvier 2013 n° 12-80.022 ; Crim 18 juin 2013, *RSC* 2013, p. 807 chron.Y. Mayaud ; Cass. crim., 6 mai 2014 n° 13 81.406, *AJ pénal*, 2014, p. 412 E. Mercinier*, D.* 2014, p. 1414 chron. B. Laurent, G Barbier, P. Labrousse et G. Moreau.

C*ontra* voir Cass. crim 12 juin 2012 n°11-83657 Gaz. pal. 27 oct. 2012, p. 30.

[461] F. Longère, *op. cit.*

197. L'assimilation de la personne physique et de la personne morale peut se constater à travers la reconnaissance du principe d'égalité entre les personnes morales et les personnes physiques: « les personnes morales étant des groupements de personnes physiques, la méconnaissance du principe d'égalité entre celles-là équivaut à une méconnaissance de l'égalité entre celles-ci »[462].

198. De cette égalité avec les personnes physiques, la Cour EDH en a déduit que les personnes morales pouvaient alors revendiquer la jouissance de droits fondamentaux. En effet, le terme de « personne » est employé sans précision dans la Convention. L'article premier de la Convention dispose que « les Hautes parties contractantes reconnaissent à toute personne relevant de leur juridiction les droits et libertés définis au titre I de la présente Convention ». De ce fait, des sociétés commerciales peuvent bénéficier de la protection de l'article dix de la Convention, la Cour EDH considérant que: « ni le statut juridique de la société anonyme ni le caractère commercial de ces activités (…) ne saurait priver une société du bénéfice de l'article 10 »[463]. Les personnes morales peuvent donc bénéficier des principes concernant la liberté d'expression[464], la propriété[465], la liberté de réunion pacifique et d'association[466] et la liberté de religion[467]. Ainsi, la Cour européenne des droits de l'homme[468] et la Cour de Justice de l'Union européenne[469] n'ont pas hésité à

---

462 Cons. const., DC n° 80-117 ,22 juill. 1980, *RDP*, 1980, p. 1652, note L. Favoreu ; *D.* 1981, II, p. 65 note, F. Claude ; *Pouvoirs*, 1980 n° 15 p. 172 note A. Pierre et J. Gicquel. Le Conseil constitutionnel a ensuite reconnu le principe d'égalité entre les personnes morales elles-mêmes. DC n° 2001-455, 12 janvier 2002 , *LPA,* 21 janvier 2002 (15), p. 3, note J.-E.Schoettl; *Travail et Protection sociale*, *2002 n° 3 p 3, obs. B. Teyssier,* Les *Cahiers du Conseil constitutionnel*, 2002, n° 12, p. 25.

463 CEDH, 22 mai 1990, *Autronic AG* série A n° 178.

464 CEDH, 19 déc. 1994, n° 15153/89, *Gubi c/ Autriche,* § 62 : l'arrêt vise l'article 10 de la Convention EDH ; Cass. crim. 19 nov. 1997, *D.* 1998, J. 613 note J-C. Galloux ; Cass. Ass. Plén., 12 juill. 2000, n° 99-19.004: JurisData n° 2000-002952 ; *JCP G* 2000, IV, 2527, affaire dite des «*guignols de l'info* » où elle a reconnu le bénéfice de la liberté d'expression à la société canal plus, personne morale.

465 CEDH, 16 avr. 2002, n° 36677/97, *SA. Dangeville c/ France*, §61.

466 3ème civ. 12 juin 2003, n° 02-10.778: JurisData n° 2003-019396; Bull. civ. 2003, III, n° 125 ; *RTD civ.* 2003, p. 771, obs. J. Raynard ; *JCP G* 2003, II, 10190, note F. Fauque. L'arrêt vise l'article 11 de la Convention EDH.

467 CEDH 30 juin 2011, *Assoc. Les Témoins de Jéhovah c/ France*, req. n° 8916/05, *Rec Dalloz.* 2011. 1820, qui juge que le redressement fiscal dont a fait l'objet cette association, portant sur les dons manuels qu'elle avait perçus et qui constituent l'essentiel de son financement, caractérise une ingérence dans son droit à la liberté de religion.

468 CEDH 16 avr. 2002, *Sté Colas Est c/ France*, req. n° 37971/9 ; *D.* 2003. 527, obs. C. Bîrsan, et 1541, obs. A. Lepage ; *JCP E* 2003. 560, note J. Raynaud ; *Bull. Joly Sociétés* 2002. 953, note N. Mathey ; Clunet 2003. 554, note E. Decaux et P. Tavernier ; *AJDA* 2002. 500, chron. J.-F. Flauss. V. aussi CEDH 9 déc. 2004, *Van Rossem c/ Belgique*, req. n° 41872/98, § 36 ; 16 oct. 2007, *Wieser c/ Autriche*, req. n° 74336/01, § 45. *Adde,* J.-F. Flauss, « La protection des locaux d'une société en tant que « domicile » au sens de l'article 8 de la CEDH, *RJC* 2004. 411.

469 CJCE 22 oct. 2002, *SA Roquette Frères*, aff. C-94/00, *Rec. CJCE* p. I-9001, § 29 ; *JCP E* 2003. 1282, note G. Parleani ; Clunet 2003. 627, note C. Prieto, CJCE 14 févr. 2008, *Varec SA*, aff. C-450/06,

reconnaitre le bénéfice de l'article huit de la Convention relatif au droit au respect de la vie privée aux locaux d'une société commerciale en considérant qu'ils constituaient le domicile de la personne morale. Cette position a d'ailleurs été suivie par la jurisprudence nationale[470].

199. Cette assimilation de la personne physique à la personne morale concerne également la matière pénale. En effet, la chambre criminelle a admis que les personnes morales pouvaient souffrir d'un dommage matériel ou moral[471]. Ainsi, elle leur a accordé le statut de victimes d'infractions pénales. Les personnes morales peuvent être victimes d'une dénonciation calomnieuse[472], obtenir réparation d'une diffamation publique[473][474]. De même, « le domicile d'autrui »protégé par l'article 226-4 du Code pénal[475] concerne tant les personnes morales que les personnes physiques[476].

200. On constate ainsi une certaine transposition du régime protecteur des personnes physiques vers les personnes morales, mouvement contesté par une partie

---

RTD. eur. 2009. 511, chron. A.-L. Sibony et A. Defossez, où elle a estimé que parmi les droits fondamentaux susceptibles d'être protégés figurait le droit au respect de la vie privée consacré par l'article 8 de la convention EDH : « il ne saurait être considéré que la notion de vie privée doive être interprétée comme excluant les activités professionnelles ou commerciales des personnes physiques comme des personnes morales ».

[470] Cass. com. 30 mai 2007, Bull. civ. IV, n° 147 *; Rev. sociétés* 2007, *JCP E* 2008. 1345, n° 39, obs. M. Galland ; *D*. 2007. 1669. Le Conseil d'Etat a également estimé que le droit « au respect du domicile s'applique (…) dans certaines circonstances aux locaux professionnels où des personnes morales exercent leurs activités » CE, 6 nov. 2009, *AJDA* 2010. 138, chron. S.-J. Liéber et D. Botteghi *; JCP G* 2010. 98, note J.-G. Sorbara ; *D*. 2009. 2754.

[471] Cass. crim., 27 novembre 1996 n° 96-80. 223 JurisData n° 1996-004701; Bull. crim. 1996, n°431; *JCP G* 1997, IV, 508 Confirmée par Cass. crim., 27 mai 2003, n° 02-84.136, JurisData n° 2003-019795. Position suivie par la chambre commerciale : Cass. com., 3 juill. 2001, n° 98-18.352, JurisData n° 2001-010981, puis la 2ème chambre civile, Cass. 2ème civ., 13 févr. 2003, n° 01-00.543, JurisData n° 2003-017577 ; Bull. civ. 2003, II, n° 40 *; JCP G 2003, IV, 1621.*

[472] Cass. crim 22 juin 1999, n° 98-80.593, 96-86.525 :JurisData n° 1999-002987 D. 2000,somm. p. 355, obs. Y. Mayaud. Quelques années plus tôt la chambre criminelle affirmait que : « seul un individu, personne physique, peut être victime d'une dénonciation calomnieuse »; Cass. crim. 25 nov. 1992, Bull. crim. n° 390, *D.,* 1993, IR. p.44.

[473] Cass. 1èreciv., 30 mai 2006, 2 arrêts, n° 04-17.102, n° 05-16.437: JurisData n° 2006-033696, JurisData n° 2006-033698.

[474] Elles peuvent également être poursuivies sur ce fondement : Cass. 1ère civ., 16 oct. 2008, n° 07-20.572 : JurisData n° 2008-045358 ; *JCP G* 2008, IV, 2790.

[475] L'introduction ou le maintien dans le domicile d'autrui à l'aide de manœuvres, menaces, voies de fait ou contraintes, hors les cas où la loi le permet, est puni d'un an d'emprisonnement et de 15000 euros d'amende.

[476]T. corr. Puy en Velay, 14 mars 1995, Gaz.pal. 1995.2 329 ; Cass. crim., 23 mai 199,Bull. crim. n° 193. *D*. 1995, IR p. 222, *RTD. civ*. 1996, p. 130, obs .J. Hauser.

de la doctrine[477]. En effet, certains auteurs estiment que la personnalité juridique de la personne physique ne doit pas donner lieu à la même protection que la personnalité de l'être moral: « la personnalité juridique qui ouvre la voie à une protection des attributs qui individualisent l'être moral n'est pas la personnalité des êtres humains dont le droit impose le respect à travers les attributs qui l'expriment. L'une est avant tout technique quand l'autre suppose un sentiment d'identité, une perception de soi dont les personnes morales sont dépourvues. Les droits qui œuvrent à cette protection n'ont pas en outre la même raison d'être pour les personnes physiques et pour les personnes morales »[478].

201. Pour une autre partie de la doctrine, ce qui pose problème c'est le recours à la méthode analogique[479] consistant à prendre pour modèle le statut des personnes physiques pour établir le régime protecteur des personnes morales[480]. Or, ce refus d'assimilation entre personne physique et personne morale est fondé sur une conception erronée de la personne physique. Pour ces auteurs, le s*ubstratum* humain de la personne physique devrait empêcher une assimilation avec la personne morale. Or, c'est oublier que la personne physique est un artifice juridique au même titre que la personne morale. L'objet de la personnalité juridique de la personne physique n'est pas de refléter l'humain qui en est le socle, la manifestation.

202. L'assimilation de la personne morale à la personne physique traduit une approche pragmatique de la personnalité juridique. C'est pourquoi des droits fondamentaux peuvent être reconnus aux personnes morales. Ainsi, Monsieur le

---

[477] Mouvement contesté par une partie de la doctrine voir notamment, V. Wester-Ouiss, « Responsabilité pénale des personnes morales et dérives anthropomorphiques», *RPDP,* 2009, n° 1, p. 63 ; « La jurisprudence et les personnes morales. Du propre de l'homme aux droits de l'homme », *JCP G,* 2009, I, 121 ; Y. Reinhard, « Quels sont les points de convergence et de divergence entre la personne physique et la personne morale (aspect de droit des affaires) ? » , colloque sur la notion de personne en droit privé organisé par l'Université catholique de Lille le 31 mai 2012, *dr. fam.* 2012, n° 9 dossier 9 ; G. Loiseau, « des droits humains pour personnes non humaines », *D.*, 2011, p. 2558.

[478] G. Loiseau, *ibid.*

[479] Le raisonnement par analogie consiste à déduire de situations semblables une similitude de régime juridique. Le recours à la démarche analogique s'explique à l'aune de la notion de personne juridique. En effet, les personnes physiques et morales ont en commun de faire partie de la catégorie des êtres juridiques. L'être moral est une réalité sociale, porteur de valeurs qui nécessite en tant qu'être agissant dans la sphère sociale et juridique, de revêtir un habit juridique pour faire valoir ses intérêts. Le point de connexion entre les personnes physiques et les personnes morales est donc la personnalité juridique. C'est à travers la notion de personne juridique que l'on peut expliquer les connexités entre personnes physiques et personnes morales dans la protection des droits de la personnalité.

[480] En ce sens : L. Dumoulin, « le recours à la démarche analogique n'est guère surprenant d'un point de vue méthodologique, d'un point de vue théorique et pratique, en revanche, il perd de son évidence : du fait des différences existant entre les personnes physiques et morales (…) » *Rev. Soc.,* 2006 p. 1.

Professeur Bertrand Faure a mis cette idée en évidence en affirmant l'analogie « sélective entre les droits des deux catégories de personnes. Les droits des personnes morales s'établissent alors en référence à ceux des personnes physiques chaque fois que l'essence de la personnalité morale n'y fait pas obstacle. Il s'agit alors d'une protection « aspectuelle » ou « par aspects » des personnes morales (…) C'est bien à partir d'une logique propre à la personne qu'il faut saisir la consistance de ces droits (…). Les droits sont consubstantiels à la personne et, si l'institution de la personnalité morale a une raison d'être c'est de pouvoir exercer sans entrave excessive l'activité qu'elle s'est donnée. (…)Plus concrètement, c'est nécessairement sur les trois piliers de la Déclaration des droits de l'homme de la liberté, de l'égalité et de la propriété qu'est fondée la capacité de la personne morale à participer au commerce juridique, ce que les juges ont tôt fait de consacrer lorsque l'occasion leur a été donnée »[481].

203. Dès lors, l'existence de droits consubstantiels à la personne juridique justifie alors leur attribution de manière égale à la personne morale et à la personne physique. Si certains droits ne peuvent pas être attribués à la personne morale c'est parce qu'ils ne renvoient pas à la personnalité juridique mais à l'humanité de la personne[482]. Le droit pénal en protégeant de la même manière, le domicile, l'honneur et la vie privée des personnes physiques et morales[483] a intégré la définition civiliste de la personne juridique qui s'est largement diffusée.

204. Conclusion du chapitre second: La transposition du régime juridique des personnes physiques vers celui des personnes morales démontre un phénomène plus général qui est celui de la diffusion de l'approche civile de la notion de personne juridique au sein du droit pénal. La personne physique et la personne morale se distinguent par leur référant puisque, la première a pour fondement un être humain à partir de sa naissance vivant et viable, la seconde a pour substrat une pluralité de personnes physiques. Elles ont toutes les deux en commun la personnalité juridique

[481] B. Faure, « Les droits fondamentaux des personnes morales » *RDP*, 2008, n°1, p. 233.
[482] Cf. deuxième partie, titre premier. Ainsi, il faut exclure par exemple la dignité car elle est destinée à garantir l'intégrité physique et morale de la personne humaine, ce qui ne peut valoir pour une personne dépourvue de corps sensible.
[483] La Cour d'appel d'Aix en Provence le principe selon lequel : « les personnes morales sont susceptibles de subir une atteinte à leur vie privée dès lors qu'elles sont titulaires de droits de la personnalité tels que droit au nom, le droit au secret de leur vie intérieure parallèlement à la vie publique qui justifie leur existence en raison de leur objet social, dès lors qu'une vie secrète peut se dérouler dans leurs locaux privé », CA Aix en Provence 10 mai 2001, JurisData n° 2001-159448*, D.* 2002, p. 2300, obs. A. Lepage.

205. .Cette personnalité juridique a notamment pour objet d'organiser les rapports entre les êtres juridiques et leurs relations avec les objets. C'est un point d'imputation où convergent différents intérêts juridiques. Le droit pénal a également vocation à protéger ces intérêts. C'est pourquoi la responsabilité des personnes morales a été admise. Or, si le droit pénal peut protéger les intérêts liés à la personnalité juridique, il ne doit pas en oublier la protection de l'humain en dehors de toutes les considérations liées à la personnalité juridique. Pendant longtemps, cette protection de l'humain sans qualité juridique a notamment pu s'envisager à travers l'infraction d'avortement. Le droit pénal protégeant alors la vie humaine en dehors de l'acquisition de la personnalité juridique. La loi IVG dépénalisant partiellement l'avortement n'a pas conduit à une remise en question de cette protection pénale de l'humain sans habit juridique. En revanche, l'influence grandissante de la notion civile de personne juridique a conduit la jurisprudence à fonder le point de départ de la protection pénale sur le critère de la personnalité juridique. Ainsi, la protection pénale a été liée à l'attribution de la personnalité juridique. La responsabilité pénale des personnes morales a confirmé ce constat de l'influence de la notion civile de personne, puisque désormais, personne physique et personne morale semblent avoir une protection pénale similaire. Dès lors, ce chapitre nous conduit à constater que l'influence de la notion de personne juridique a compromis la protection pénale l'humain sans personnalité juridique.

206. Conclusion du titre. L'analyse de la jurisprudence de la chambre criminelle nous a permis de constater que les contours de la notion de victime sont ceux de la personne juridique. En effet, en refusant de faire entrer dans la catégorie des victimes de l'homicide, l'enfant à naître, elle a considéré que la victime était nécessairement une personne juridique. Dès lors, le fondement de la protection pénale ne serait donc pas un critère lié à l'humanité de l'être, mais un critère lié à sa juridicité. Or, nous avons constaté que la personne juridique est un outil au service de la technique juridique[484]. C'est un artifice, pouvant se moduler au gré des besoins recherchés. Cette élasticité de la personnalité juridique est perceptible notamment lorsque l'on analyse le statut de l'absent (qui traduit la situation d'une personne physique sans

[484] F. Dekewer-Defossez, « Rapport de synthèse: existe-t-il une définition unique et transversale de la notion de personne ? », *Dr. fam.* n° 9, septembre 2012, dossier 11.

corps) ou encore la rétroactivité de la personnalité juridique à l'enfant simplement conçu contenu dans l'adage *infans conceptus*. De même, les notions de viabilité et de capacité, nécessaires à l'acquisition de la personnalité juridique, ont été des éléments permettant de révéler la nature fonctionnelle de la personnalité juridique. Si le détour par les origines étymologiques de la notion de personne juridique nous a permis de comprendre le tiraillement entre une conception anthropocentrée et une conception artificielle, nous avons pu constater que l'approche contemporaine de la notion de personne juridique est résolument technique. Ce caractère fonctionnel et finalisé de la personnalité juridique[485], s'est s'adapté au droit pénal qui a également eu pour objet la protection de cet être juridique. Néanmoins, la personne juridique n'a pas simplement intégré le droit pénal, elle s'y est diffusée, jusqu'à en faire oublier l'être humain sans personnalité juridique. Ainsi, ce premier titre a permis d'expliquer d'un point de vue notionnel, comment la jurisprudence a pu justifier le refus de protéger la vie de l'enfant avant sa naissance. Dans le titre suivant, nous tenterons d'identifier les causes législatives pouvant compléter cette analyse.

[485] *Ibid.*

Titre second Les causes d'origine législative à l'absence de protection pénale de l'enfant à naître

208. Notre droit est structuré autour d'une distinction fondamentale appelée *summa divisio* qui consiste en « une opposition au sein de laquelle tout ce qui ne relève pas de la catégorie principale tombe dans la catégorie résiduelle. Ainsi, les personnes seraient la catégorie principale et les choses, la catégorie résiduelle[486]. Cette distinction conduit à considérer que tout ce qui ne relève pas de la catégorie des choses relève nécessairement de la catégorie des personnes. Or, cette assertion est remise en cause lorsque l'on envisage la nature juridique de l'embryon. En effet, l'embryon *in vitro* existe en dehors du corps maternel, il est manipulable, visible. Lorsque le législateur se pose la question de sa nature juridique, il doit se poser la question de la place de l'embryon dans l'univers juridique[487].Nous constaterons, tout au long de ce titre, que le législateur n'arrive pas à le positionner dans l'une ou l'autre des catégories. Cette absence de choix, consistant à refuser de dire ce qu'est l'embryon, tout en disant ce qu'il n'est pas, a conduit la doctrine et la jurisprudence à interpréter ce silence en fonction de la *summa divisio*. Dès lors, la solution qui semble s'imposer est de dire que si l'être avant la naissance n'est pas une chose, c'est qu'il est une personne et *vice versa*.

209. La qualification juridique de l'être avant la naissance a été posée au législateur, notamment à l'occasion des différentes lois bioéthiques et de la discussion relative à la recherche sur l'embryon *in vitro*. Or, lorsque l'on analyse le régime juridique de l'embryon il semble relever tantôt de la catégorie de personne, tantôt de la chose. Cette indécision législative est source d'incohérences. Cette absence de prise de position combinée à un régime juridique hybride, a donc été à l'origine d'une remise en cause de l'humanité même de cet être. L'objet du premier chapitre de ce titre sera de mettre en évidence les incohérences et les égarements de la jurisprudence en lien avec l'indétermination juridique de l'embryon *in vitro (*chapitre premier*)*.

210. Naturellement, la même indétermination gouverne le statut de l'embryon *in utero*. La question de sa nature juridique a principalement été abordée à l'occasion de la législation relative à l'IVG. Or, l'évolution de celle-ci, n'a pas été l'occasion de clarifier le statut de l'embryon *in utero* mais, bien au contraire, a contribué à troubler son examen. Symbole de consécration de la liberté procréative, l'IVG est présenté

[486] E. Lazayrat, J. Rochfeld, J.-P. Marguénaud, « La distinction des personnes et des choses », *Dr. Fam*. avril 2013, étude 5.
[487] En ce sens, M.-A. Hermitte, *Le droit saisi au vif*, Pétra, 2012, p. 165.

comme une législation inconciliable avec une protection pénale de la vie anténatale. Or, cette absence de la protection pénale de la vie anténatale s'explique difficilement au regard de la protection des êtres sans personnalités juridiques que le droit pénal a su organiser. (chapitre second).

Chapitre premier: Les incohérences liées à l'indétermination législative de l'embryon *in vitro*

212. La technique de fécondation *in vitro* telle qu'elle est admise en France suppose que l'on ponctionne des ovocytes fécondés *in vitro*. Or, tous les embryons fécondés *in vitro* ne sont pas implantés *in utero*. Ils sont alors congelés en vue d'une éventuelle future procréation médicalement assistée (PMA). C'est justement de cette conservation des embryons dit surnuméraires qu'est née la question de la recherche sur l'embryon *in vitro*. En effet, les cellules souches embryonnaires[488] sont des cellules qui proviennent de l'embryon humain dès les premiers stades de son développement (5-7 jours), quelques jours après la fécondation. Ces cellules se définissent par leurs propriétés de prolifération, de multipotence ou de pluripotence, et d'autorenouvellement[489]. Elles ont la particularité de pouvoir créer l'intégralité des tissus du corps humain. Plus les cellules souches sont prélevées à un stade embryonnaire précoce, plus leur totipotentialité est assurée. Cette capacité d'auto-renouvellement des cellules souches embryonnaires intéresse particulièrement la science puisqu'elles pourraient constituer un réservoir de cellules permettant de réparer les organes malades ou endommagés et remplacer la greffe d'organe. Lorsque les CSE sont prélevées, elles sont mises en culture et aboutissent à des lignées de cellules embryonnaires[490]. Or, nécessairement la dérivation d'une lignée implique la destruction de l'embryon. Il faut donc traiter la question de l'embryon *in vitro* et des cellules souches embryonnaires ensemble car du fait du lien intime qu'elles entretiennent avec l'embryon[491].

213. Au regard des enjeux thérapeutiques qu'il incarne, l'embryon *in vitro* est porteur d'interrogations. Les questions soulevées par la possibilité de le manipuler ont été abordées dans les lois bioéthiques sans pour autant que le législateur ne se prononce clairement sur le statut juridique de l'embryon *in vitro*. Cette indétermination législative de l'embryon *in vitro* conduit à constater que son régime juridique est hybride pouvant s'assimiler à la chose, ou à la personne **(**section

[488] Appelées cellules CSE ou cellules ES.
[489] ABM, « Bilan d'application de la loi de bioéthique du 6 aout 2004. Rapport au ministre de la santé de la jeunnesse des Sports et de la vie Associative », octobre 2008 p. 59.
[490] Pour obtenir une lignée de cellules il faut obtenir un embryon qui est mis en culture jusqu'au stade du blastocyste, étape à partir de laquelle, il est disséqué et donc détruit. Les centaines de cellules issues de la mise en culture sur une couche nourricière de fibroblastes, en présence d'un facteur de croissance. Les cellules souches qui survivent prolifèrent pour devenir des cellules souches embryonnaires. B. Legros, *Le droit de la bioéthique*, Les études hospitalières, 2013, p. 149.
[491] D'ailleurs le législateur leur prévoit un régime juridique identique.

première). Cette indétermination législative de la nature juridique de l'embryon *in vitro* a incité les instances interprétatives à se saisir de la question. Force est de constater que les interprétations de ce silence législatif ont été en défaveur de l'embryon *in vitro,* les propositions pouvant s'analyser comme une remise en cause l'humanité de cet être (section seconde).

Section I : L'indécision législative face à la nature juridique de l'embryon *in vitro*

214. A l'occasion de la manipulation de l'embryon *in vitro* la question de sa nature juridique a naturellement été l'un des enjeux des débats. Lorsque l'on s'interroge sur une entité en droit, on se pose la question de sa nature juridique ou de son statut. De la nature juridique découle un ensemble de règles formant le régime juridique. Or, la particularité de l'approche législative de l'embryon réside dans la méthode utilisée. En effet, si d'ordinaire le statut juridique est composé de règles applicables en fonction d'une nature déterminée au préalable, concernant l'embryon, le législateur a choisi de juxtaposer un ensemble de dispositions qui ne forment pas un c*orpus* de règles cohérent. Ainsi, l'analyse du discours législatif relatif à la question de la nature juridique de l'embryon est caractérisée par une absence de positionnement clair au regard de la classification proposée par la *summa diviso* (§1). Par conséquent, le corpus de règles entourant l'embryon *in vitro* et qui semble s'apparenter à son régime juridique reflète cette amphibie (§2).

§1) L'oscillation du discours législatif entre le refus de personnifier l'embryon *in vitro* et le refus de le réifier

215. La production de la règle juridique est un processus complexe qui nécessite de prendre en considération: la nécessité de la logique majoritaire pour aboutir à une prise de décision tout en tenant compte de coalitions politiques et d'idéologies opposées. La norme juridique est donc le résultat « d'une cristallisation temporaire d'un rapport de force politique et idéologique, constamment sujet à renégociation sous une autre, mais différente, configuration politique »[492] Ainsi, entreprendre de trouver une cohérence législative sur la manière d'appréhender une question donnée sur plusieurs décennies, pourrait être chose vaine. Néanmoins, sur la question de la qualification juridique de l'embryon *in vitro*, la position législative ne semble pas variée puisque le législateur refuse de le qualifier de personne **(A)** tout en continuant à s'opposer à sa réification **(B).**

[492] D. Tsarapatsanis, *op. cit*. p. 12.

A) Le refus de l'assimilation de l'embryon à la personne

216. L'absence de détermination législative de l'embryon *in vitro* est la manifestation plus générale de l'absence de consensus de la société autour de cet être traduisant « (…) le fruit de la juxtaposition des opinions axiologiques irréductibles concernant la valeur de la vie humaine »[493]. Ainsi, le refus de l'assimilation de l'embryon *in vitro* à la personne provient de cette absence de consensus sociologique. Cette explication ne suffit pas à elle seule à pour expliquer ce vide législatif. En effet, l'évincement de la question de la nature juridique de l'embryon peut trouver une explication dans la manière même de présenter la question (1). Ce silence autour de la nature juridique de l'embryon a pu être analysé comme un refus d'assimiler l'embryon *in vitro* à la personne (2).

1) Les origines de l'évincement de la question de la nature juridique de l'embryon.

217. L'absence de consensus autour de la question de la nature de l'embryon (qu'il soit *in utero* ou *in vitro*) est à l'origine du refus du législateur de qualifier l'embryon de personne. En effet, les rapports préliminaires[494] aux lois du 29 juillet 1994[495] ont refusé d'attribuer un statut spécifique à l'embryon considérant, soit que les questions bioéthiques pouvaient être traitées sans nécessairement passer par la définition de la vie humaine[496], soit que le débat sur la question de la personne humaine ne pouvait être tranché par le législateur[497].

[493] D. Tsarapatsanis, *op. cit.* p. 10.
[494] Il s'agit du rapport du Conseil d'État « rapport Braibant », *Sciences de la vie, de l'éthique au droit*, rapport du Conseil d'État, Section du rapport et des études, Paris, la Documentation française, Coll. Études du Conseil d'État, 1988; Du rapport « Lenoir», *Aux frontières de la vie*, rapport au premier ministre, Paris, la Documentation française, Rapport officiels, 1991; Ou encore du rapport dit « Mattei », *La vie en question, pour une éthique biomédicale*, Paris, La documentation française, coll. « Rapports officiels », 1994.
[495] Ce sont les lois n° 94-653 relatives au respect du corps humain, JO., 30 juillet 1994, p. 11056, et n° 4-654 relatives au don et à l'utilisation des éléments et produits du corps humain, à l'assistance médicale à la procréation et au diagnostic prénatal, J.O., 30 juillet 1994, p. 11060.
[496] Rapport « Braibant », *op. cit.* p. 83 : « Il n'est pas nécessaire de définir le début de la vie humaine pour légiférer ; il s'agit seulement de réguler un processus de vie ».
[497] Cf. Rapport Mattéi *op. cit.* p. 90 : « Il n'est évidemment pas possible de vouloir trancher le débat philosophique sur la personne humaine. La loi ne peut répondre à la question de savoir quand s'impose la réalité de la personne humaine au cours de la vie ».

218. Cette absence de consensus trouve une explication dans la manière dont a été présentée la question du statut de l'embryon. En effet, souvent affichée comme relevant du débat philosophique, la question de la nature de l'embryon a donc été évincée des discussions législatives. En ce sens, Monsieur Bernard Kouchner ministre de la Santé au moment de l'examen des premières lois bioéthiques, a refusé d'aborder le statut de l'embryon humain car selon lui, « (…) trop de divergences philosophiques séparent ceux d'entre vous qui pensent que la personne humaine existe dès ce stade de ceux qui estiment que la notion de personne humaine est plus tardive (…) »[498]. De même, en 2000, le premier ministre saisi de la question de la recherche sur l'embryon, avait affirmé que « des motifs tenant à des principes philosophiques, spirituels ou religieux devraient-ils nous conduire à priver la société et les malades d'avancées thérapeutiques? »[499].

219. En présentant la question du statut de l'embryon comme un débat d'ordre moral, on a fait sortir subtilement la question de la nature juridique de l'embryon de la sphère juridique. En effet, la morale et le droit se distinguent tant du point de vue de leurs sources que de leurs finalités[500]. On considère que la morale procède de commandements religieux, de considérations individuelles, sociologiques ou biologiques alors que le droit est élaboré par l'organe législatif qui représente le peuple. Dès lors, la morale s'intéresse au for intérieur de l'homme alors que le droit tend à organiser les rapports des hommes entre eux. Ainsi, lorsque l'on considère que la question de la nature de l'embryon relevant de la morale, on accrédite l'idée selon laquelle ce serait ' une interrogation qui ne relève pas du pouvoir législatif mais de la conscience individuelle. On justifie alors la position du législateur qui consiste à ne pas se prononcer sur la nature juridique de l'embryon en considérant que la réponse à la question nécessiterait d'obtenir un consensus sur une position qui relèverait en réalité de considérations individuelles[501]. Dès lors, le débat portant sur le statut juridique de l'embryon ne peut être tranché car il est considéré comme ne faisant pas partie des attributions du législateur[502].

---

[498] B. Kouchner, JOAN CR, séance du 20 novembre 1992, p. 3571.
[499] Lionel Jospin, « Le monde », 29 novembre 2000 p. 10.
[500] En ce sens, J.-L. Bergel, *Théorie générale du droit,* 4ème éd., Dalloz, « Méthodes du droit », 2003, p. 50.
[501] D. Tsarapatsanis, *op. cit.* p. 35.
[502] En ce sens voir : *Les lois de bioéthiques, 5 ans après, la documentation française,* 1999, p. 9 « Le statut de l'embryon est une question éthique et scientifique complexe qui demeure largement soumise aux convictions de chacun ».

220. Les questionnements relatifs à l'embryon relèvent nécessairement de la sphère juridique à partir du moment où ils impliquent la question de la nature juridique. C'est une question qui ne peut être renvoyée à la sphère individuelle, ou encore philosophique ou religieuse. Le traitement juridique de l'embryon dépend de sa qualification et ne peut être dicté par des considérations propres à chacun.

221. L'absence de détermination législative a été confortée par l'influence du Comité Consultatif National d'Éthique (CCNE)[503], qui a donné une réponse des plus incertaines concernant la nature de l'embryon. Dans son premier avis[504], le CCNE a qualifié l'embryon de « personne humaine potentielle qui est ou a été vivante et dont le respect s'impose à tous ». Personne humaine potentielle signifiant que l'embryon a vocation à devenir une personne mais ne l'est pas encore. Ce recours à la notion de potentialité a pour objet de concilier des intérêts divergents en se positionnant entre deux statuts : « un statut de quasi-personne ou de quasi-chose »[505]. Ainsi, cet avis traduit la logique qui se cache derrière cette absence de prise de position : la volonté d'obtenir un consensus sur la nature juridique de l'embryon[506]

222. Dès lors, dès 1984 le ton a été donné en ce qui concerne la nature juridique de l'embryon à savoir : l'absence de choix et l'idée qu'il est impossible d'en faire un. Or, ce concept de « personne humaine potentielle » ne convainc guère car juridiquement la personne existe ou n'existe pas[507]. En faisant appel à ce concept, le CCNE a fait un amalgame entre la notion de personne au sens juridique du terme et la notion d'être humain. Les deux notions confondues donnant alors naissance à la notion mixte de personne humaine potentielle[508], sorte d'être hybride à mi-chemin entre l'humain et la personne juridique mais, qui finalement, n'est ni tout à fait l'un ni tout à fait l'autre. Si l'on admet, à l'instar de Madame Françoise Bouvier, que la personnalité

[503] Le CCNE a été crée par un Décret n° 83-132 du 2 février 1983 du Président François Mitterand. La loi n° 94-654 du 29 juillet 1994 a précisé à l'article 23 la mission du CCNE qui est « (…) de donner des avis sur les problèmes éthiques soulevés par les progrès de la connaissance dans les domaines de la biologie, de la médecine et de la santé et de publier des recommandations sur ces sujets ». Voir J-R. Binet, « 30 ans, le bel âge de la personne humaine potentielle » Dr. fam. juin 2014, repère n°6.

[504] Avis premier, relatif aux prélèvements de tissus d'embryons et de fœtus humains morts, à des fins thérapeutiques diagnostiques et scientifiques, 22 mai 1984, www.ccne-ethique.fr/fr/publications/avis-sur-les-prélèvements-de-tissus-dembryons-et-de-foetus-humains-morts.

[505] E. Dhonte-Isnard, *L'embryon in vitro et le droit*, L'Harmattan, 2004, p. 125.

[506] En ce sens, A. Mirkovic, « Le statut de l'embryon, la question interdite » *JCP G,* 2010, n° 4, 99.

[507] D. Fenouillet et F. Terré, *Les personnes, Personnalité, Incapacité, Protection,* Précis Dalloz, 8ème éd., 2012, p. 23.

[508] On retrouve ici la confusion persistante entre la notion de personne juridique et celle d'être humain qui donne naissance à des notions hybrides rendant le statut de l'embryon encore plus obscur.

juridique est graduelle et peut être potentielle au commencement de la vie, l'être humain est ou n'est pas, on ne devient pas humain, car l'humanité n'est pas potentielle[509]. En revanche, nous admettons volontiers, que la qualité de personne juridique, en tant qu'artifice juridique, peut être potentielle en attente ou rétroactive et nous pourrions ainsi affirmer que l'enfant à naître est une personne juridique potentielle.

223. L'absence de détermination du statut juridique de l'embryon persiste depuis 1994. En effet, aucune des révisions des lois bioéthiques n'a remis en question la stratégie adoptée par le législateur en 1994. Que ce soient les révisions de 2004[510] ou celles de 2011[511], il n'y a pas eu de prise position pour déterminer un statut législatif de l'embryon. Le même postulat demeure en la matière, celui de l'impossibilité de dire ce qu'est l'embryon[512]. La question du statut juridique est exclue, ne demeure que celle de sa réalité scientifique.

2) Le rejet de la personnification de l'embryon

224. L'absence de détermination de la nature juridique de l'embryon a conduit à considérer qu'il ne faisait pas partie de la catégorie des personnes. En effet, l'absence de prise de position catégorique sur la nature juridique de l'embryon conduit à en déduire une réification tacite de l'embryon[513]. Cette réification tacite est perceptible notamment lors du rejet de l'amendement proposé par Madame Christine Boutin qui faisait valoir que « dès la conception, l'être humain est une personne »[514]. L'objet de cet amendement avait pour but clairement affiché de refuser la réification de l'embryon et de le considérer comme une personne actuelle et non potentielle[515]. Le rejet de cet amendement s'analyse comme le malaise à affirmer clairement la personnification de l'embryon[516].

---

[509] F. Bouvier, *Maternité et Liberté*, l'Harmattan, 2012, p. 159.
[510] Loi n° 2004-800 du 6 août 2004, JO, 7 août 2004.
[511] Loi n° 2011-814 du 7 juillet 2011 relative à la bioéthique, JO, 8 juillet 2011.
[512] En ce sens voir rapport du Conseil d'Etat, *La révision des lois de bioéthique*, mai 2009, p. 12.
[513] A.-B. Mirkovic, *La notion de personne*, *op. cit.* p. 53; « Le statut de l'embryon la question interdite ! » *op. cit*
[514] JO, déb. Ass. Nat., 3ème séance, 20 nov. 1992, p. 5838.
[515] *Ibid.*
[516] A. Catherine, « L'assimilation de l'embryon à l'enfant? Les indices civilistes de personnification de l'embryon », *CRDF*, n° 5, 2006, p. 90.

225. Le rejet de cet amendement a pu injustement s'analyser comme un refus d'assimiler l'embryon à une personne. Ce raisonnement s'appuyant sur le fait que le législateur a choisi de ne pas consacrer un statut analogue à celui des entités qualifiées de personnes[517]. Néanmoins, ce refus de faire entrer l'embryon dans la catégorie juridique que constitue la personne n'a pas signifié pour autant que le législateur a opté pour la réification de l'embryon.

B) Le refus de la réification de l'embryon

226. Le silence législatif entourant la détermination du statut juridique de l'embryon nous invite à analyser les débats législatifs afin d'interpréter plus rigoureusement ce silence. En effet, il n'apparaît pas évident d'affirmer que si l'embryon n'est pas une personne juridique, c'est qu'il est nécessairement une chose. Le législateur ne cesse de prendre en considération l'intérêt de l'enfant à naître (1), afin d'élaborer des interdits ayant pour fondement le refus d'instrumentaliser sa vie (2). Par conséquent, il semble la réification de l'embryon ne semble pas être la solution adoptée.

1) L'intérêt de l'enfant à naître : objet d'une prise en compte juridique

227. Dans les débats parlementaires qui ont précédé le vote des lois de 1994 et 2004, il a été majoritairement admis que l'embryon n'était pas une personne[518]. Or, la personne était envisagée à travers la référence au sujet de droit. Il n'était donc pas question dans les débats parlementaires de l'humanité de l'embryon. C'est pourquoi, bien que le législateur ait refusé de consacrer l'embryon comme une personne, il n'a pas admis pour autant son statut de chose. Or, la *summa divisio* qui caractérise notre droit depuis le droit romain, oppose les personnes (sujets de droits) aux choses (objet de droit). Cette distinction est largement mise à mal par la particularité juridique de l'embryon. En effet, pour une majorité de députés et de sénateurs, si l'embryon ne

[517] D. Tsarapatsanis, *op. cit.* p. 35.
[518] La question du statut juridique est surtout débattue à travers les premières lois bioéthiques de 1994 et 2004. Depuis, le législateur a définitivement exclu la question du statut juridique pour ne retenir que la réalité : l'embryon est un début de vie humaine. Ainsi, les débats qui entourent la loi du 7 juillet 2011 sont essentiellement tournés vers le régime juridique de l'embryon.

peut être qualifié de personne ou de sujet de droit, il n'est pas pour autant une simple chose ni un matériau ou un objet de droit[519].

228. Cet « entre deux » dans lequel est situé juridiquement l'embryon est perceptible à travers la rédaction de l'article 16 du Code civil adopté à l'issue des lois bioéthiques de 1994 et qui dispose 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 ». Repris de la loi « Veil », cet article apporte des précisions nécessaires à la manière d'appréhender l'embryon.

229. Existe en droit la personne juridique qui est celle qui apparaît à la naissance et qui bénéficie à ce titre, des droits liés à l'acquisition de cette personnalité. Avant cette naissance, il existe une entité : l'être humain à qui l'on doit le respect[520]. Dès lors, cette qualité humaine reconnue à l'embryon empêche de le ranger parmi les simples choses.

230. C'est d'ailleurs ce refus de réifier la vie embryonnaire qui a conduit Monsieur le Professeur Jean-François Mattei à proscrire l'expression « droit à l'enfant ». En effet, un droit à l'enfant conduirait à en faire un objet, certes de désir des parents, mais un objet avant tout. Dès lors, « on ne peut jamais avoir droit à quelqu'un, on peut seulement avoir droit à quelque chose (…) »[521]. C'est cette même préoccupation qui conduit à évincer le terme « don d'embryon » pour lui préférer celui « d'accueil d'embryon », car parler de don d'embryon « revient à considérer également l'embryon comme une chose, car on ne peut jamais donner une personne, on ne peut donner quelqu'un »[522]. Le rejet de l'expression « droit à l'enfant » traduit clairement le rejet de l'instrumentalisation de l'enfant à naître[523].

---

[519] D. Tsarapatsanis, *op. cit.* p. 162.

[520] Sur cette position voir également : M.-A. Hermitte, *Le droit saisi au vif*, Petra, coll. Pragmatismes, 2013, p. 142.

[521] J.-F. Mattei, JOAN CR, séance du 20 novembre 1992, p.5785. Pierre-Christian Taittinger estime que notre système juridique ne connait pas le droit à l'enfant mais seulement le droit de l'enfant. L'enfant ne doit jamais être traité comme un produit, un objet de satisfaction pour ses parents. JO Sénat, CR. Intégrale, séance du 14 janvier 1994, p. 148. Voir également en ce sens CCNE, avis n° 105, *Questionnement à l'occasion des Etats généraux de la bioéthique*, p. 4.

[522] *Ibid.*

[523] En ce sens, D. Tsarapatsanis, *op. cit.* p. 171 : les débats parlementaires démontrent « l'intention de ne pas réifier l'embryon en le présentant comme l'objet d'un droit de propriété (…) ».

231. Ce rejet d'un « droit à l'enfant » consacre également la prise en considération de l'intérêt de l'enfant à naître[524]. Cette volonté de prendre en compte l'intérêt de l'enfant à naître est particulièrement présente lors de la dernière révision des lois bioéthiques de 2011. En effet, lors des auditions conduites par la mission parlementaire, Monsieur le Professeur Claude Huriet et Monsieur Pierre-Levy Soussan ont regretté l'absence de prise en compte explicite de cette notion dans les lois bioéthique de 1994 et 2004 et souhaitaient donc y remédier. C'est pourquoi le rapport de la mission parlementaire a suggéré de prendre en compte, dans la loi, l'intérêt de l'enfant à naître[525]. La disposition n'a pas été adoptée mais, l'article L. 2141-1 du Code de la Santé publique, fait désormais une référence explicite à l'intérêt de l'enfant à naître[526]. C'est également l'intérêt de l'enfant à naître qui est au cœur de l'interdiction de l'insémination post-mortem[527]. Dans un arrêt *Parillo c/ Italie*, la Cour européenne des droits de l'homme[528] doit statuer sur le sort des embryons

[524] La notion d'intérêt de l'enfant à naître est qualifié par certains à l'instar de Madame le Professeur Françoise Dekewer-Defessez comme une boîte ou chacun met ce qu'il souhaite y trouver, « Réflexions sur les mythes fondateurs du droit contemporain de la famille » *RTD civ*. 1995, n° 2, p. 249. Pour d'autres c'est une « notion fonctionnelle nécessaire au bien être moral, physique et social de chaque enfant ; C. Brunetti-Pons, « L'intérêt supérieur de l'enfant : une définition possible? », *Lamy droit civil*, 2011 n° 87, supplément, p. 27. Nous partageons la définition de Madame Alice Philippot qui estime que la notion d'intérêt supérieur de l'enfant a été inventé pour rechercher le développement harmonieux de l'être tant sur le plan physique, intellectuel qu'affectif. thèse. précit. p. 94.

[525] Rapport d'information n° 2235, *Révision des lois de bioéthique : favoriser le progrès médical, respecter la dignité humaine*, janv. 2010, p. 45.

[526] Article L. 2141-1 du Code de la Santé publique issu de la loi n° 2011-814 du 7 juillet 2011 relative à la bioéthique : « L'assistance médicale à la procréation s'entend des pratiques cliniques et biologiques permettant la conception *in vitro,* la conservation des gamètes, des tissus germinaux et des embryons, le transfert d'embryons et l'insémination artificielle. La liste des procédés biologiques utilisés en assistance médicale à la procréation est fixée par arrêté du ministre chargé de la santé après avis de l'Agence de la biomédecine. Un décret en Conseil d'Etat précise les modalités et les critères d'inscription des procédés sur cette liste. Les critères portent notamment sur le respect des principes fondamentaux de la bioéthique prévus en particulier aux articles 16 à 16-8 du Code civil, l'efficacité, la reproductibilité du procédé ainsi que la sécurité de son utilisation pour la femme et l'enfant à naître (…)».

[527] L'insémination et le transfert post-mortem sont interdits depuis la loi du 29 juillet 1994 à l'ancien article L. 152-2 du Code de la santé publique. En effet, l'homme et la femme qui forment le couple doivent être en vie pour que l'insémination et le transfert des embryons dans l'utérus maternel soient possibles. Malgré cette interdiction de rigueur, la question a souvent été l'enjeu des révisions bioéthiques. La dernière révision de 2011 a dû trancher de la question de l'implantation dans l'utérus maternel des embryons surnuméraires conçus du vivant du père. Le projet de l'Assemblée nationale avait proposé de rendre possible le transfert d'embryon post-mortem. Consulté sur la question le Conseil d'Etat avait clairement manifesté son opposition à cette mesure au nom de l'intérêt de l'enfant. Monsieur le Professeur Jean Hauser avait relevé le risque d'instrumentalisation de l'enfant qui aurait pour « mission impossible de réparer le deuil de la mère ou de continuer la personne du défunt « L'enfant souvenir», *RTD civ*. 1995, p. 873. De même toujours selon le Professeur Jean Hauser, « Le droit du couple à procréer post-mortem se heurte au droit de l'enfant à ne pas naître orphelin autrement que par un événement naturel et non voulu. On peut douter que l'opération soit dans l'intérêt supérieur de l'enfant, que l'on invoque quand il arrange, puis que l'on oublie bien vite…», « Procréation post-mortem un nouveau droit à…. sLe droit à l'éternité », *RTD civ*. 2010, p. 93.

[528] CEDH 28 mai 2013, n° 46470/11, *Parrillo c/ Italie, D.* 2014, 843; *Dalloz actualité* 9 juillet 2014, note N. Nalepa.

surnuméraires lors du décès de l'un des membres. En l'espèce, une ressortissante italienne, ayant procréé avec son compagnon cinq embryons *in vitro* en 2002, souhaitait en faire don à la recherche à la suite du décès de ce dernier en 2003. Or, la législation italienne[529], interdit de manière générale l'utilisation des embryons humains à des fins de recherche scientifique.[530] Selon la requérante, l'interdiction de donner les embryons à des fins de recherche violerait sa liberté d'expression dont la liberté de la recherche scientifique constituerait un aspect fondamental, son droit de propriété, ainsi que son droit au respect de sa vie privée. La requête a été déclaré partiellement irrecevable, la Cour a estimé, que la requérante n'était pas victime de la violation de l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'homme. En revanche, sur les griefs suivants, la grande chambre doit se prononcer sur la violation des griefs suivants en considérations de la loi italienne qui qualifie les embryons de sujets et s'opposent à leurs qualifications de choses ou d'objet de droit de propriété. Un arrêt de la Cour constitutionnelle italienne n° 162 du 10 juin 2014 à considérer illégitime l'interdiction de la fécondation à partir provenant d'un autre organisme pour les couples n'ayant pas la possibilité de procréer. Dès lors, il semblerait que le droit italien s'éloigne de la logique destructive des embryons surnuméraires et privilégier la potentialité de vie. Si la grande chambre n'a pas rendu sa décision à l'heure où nous rédigeons ,il faut rappeler qu'en la matière, la Cour de Strasbourg laisse, en principe à chaque État, la responsabilité de déterminer quand commence la protection du droit à la vie, et admet la protection de la Convention à l'embryon à partir du moment déterminé par le droit interne. Ce raisonnement est valide en ce qui concerne les embryons *in vitro*. Dès lors, dans la mesure où le droit italien les protège, il nous semble peu envisageable que la décision de la Cour s'oriente dans un sens contraire à ce qui est prévu par le droit italien.

2) Le rejet de la réification de l'enfant à naîtrecontenue dans l'interdiction de la gestation pour autrui

[529] La loi italienne n° 40/2004 reconnaît à l'embryon humain *in vitro* la qualité de sujet, au même titre que les autres sujets impliqués dans la PMA, et vise à garantir son droit à la vie. A cette fin, elle interdit la destruction volontaire des embryons conçus (destruction par diagnostic préimplantatoire ou dans le cadre d'une recherche scientifique et prescrit la congélation des embryons non (encore) implantés.
[530] Loi n°40/2004 du 19 février 2004 article 13.

232. La gestation pour autrui (GPA) manifeste les problèmes éthiques, moraux, et juridiques engendrés par les progrès de la biomédecine. En effet, la possibilité d'utiliser les gamètes de parents d'intention ou les gamètes d'une autre femme que la mère porteuse permet de soigner une absence ou une anomalie de l'utérus maternel et remédier à la stérilité en mettant à disposition de parents un utérus « de prêt »[531]. Or, ce remède n'est pas autorisé puisque le droit français prohibe toute gestation ou procréation pour le compte d'autrui en son article 16-7 du Code civil selon lequel « Toute convention portant sur la procréation ou la gestation pour le compte d'autrui est nulle ».

233. C'est la jurisprudence qui est intervenue la première sur cette question, avant que la loi ne se prononce, pour estimer que les associations constituées en vue de mettre en contact les couples et les mères porteuses poursuivaient un but contraire à l'ordre public[532]. La jurisprudence a été saisie de la question de l'adoption de l'enfant né de la mère porteuse. À cette occasion, la Cour de cassation a déclaré dans un arrêt d'Assemblée plénière en 1991 que « La convention par laquelle une femme s'engage, fût-ce à titre gratuit, à concevoir et à porter un enfant pour l'abandonner à sa naissance contrevient tant au principe d'ordre public de l'indisponibilité du corps humain qu'à celui de l'indisponibilité de l'état des personnes »[533]. Cette décision a été entérinée par le législateur à l'occasion des lois bioéthiques de 1994, et confirmée par les lois bioéthiques qui ont suivies. La dernière modification des lois bioéthiques

[531] En réalité, le terme exact est la maternité pour autrui qui est le fait, pour une femme de porter et de mettre au monde un enfant pour le compte d'un tiers renvoie à deux réalités différentes. Lorsque l'ovocyte de la femme porteuse est fécondé par insémination artificielle ou naturelle, celle-ci est génitrice et gestatrice, c'est donc une procréation pour autrui. Lorsque la femme porteuse a reçu un embryon fécondé *in vitro* qui lui est transféré, elle est uniquement gestatrice : c'est alors une gestation pour autrui (GPA). Madame le professeur Marie-Anne Frison Roche relève que le terme de gestation pour autrui n'est pas exact en ce sens que ce n'est pas une gestation pour le compte de la personne d'autrui car la grossesse ne peut se dissocier de la femme elle-même, la seule substitution qui est réalisée est celle de la maternité. Voir en ce sens « L'impossibilité de réguler l'illicite: la convention de maternité de substitution », *D.* 2014 n° 38.

[532] CE, 22 janv. 1988, n° 80936, *Assoc. Les Cigognes*. Cass. 1ère civ., 13 déc. 1989, n° 8815.655, *Assoc. Alma Mater, D.* 1990, jur, p. 273, rapp. J. Massip ., *JCP G* 1990, II, n° 21526, note A. Sériaux , *Defrénois* 1990, p. 743, obs. J.-L. Auber., *RTD* civ. 1990, p. 254, obs. J. Rubellin-Devichi.

[533] Cass. Ass. plén., 31 mai 1991, n° 90-20.105, *D.* 1991, jur, p. 417, rapp. Y. Chartier., note D. Thouvenin , *Rev. crit. DIP* 1991, p. 712, note C. Labrusse-Riou ; *JCP G*1991, II, n° 21752, obs. Bernard J., concl. Dontenwille H., note F. Terré ; *Defrénois* 1991, p. 1267, obs. J-L. Aubert ; *RTD* civ. 1991, p. 517, obs. D. Huet-Weiller ; *RTD civ.* 1992, p. 489, obs. M. Gobert .

intervenue en 2011[534], n'est pas revenue sur l'interdiction absolue posée à la gestation pour autrui[535].

234. La prohibition de la GPA est fondée sur des interdits multiples[536]. En effet, la maternité de substitution implique nécessairement une réification intrinsèque de l'enfant à naître, qui devient un véritable objet de droit : celui du droit à l'enfant. La gestation pour autrui implique parallèlement une instrumentalisation du corps de la femme, la maternité de substitution a d'ailleurs été qualifiée de contrat de cession, de location ou de prêt d'utérus[537][538].Cette mise à disposition du corps de la femme a donc été rejetée par la jurisprudence et le législateur. Dès lors, l'interdit de la GPA est fondé sur la double dimension intrinsèque à la maternité : la protection du corps de la femme et de l'enfant à naître. Cette impossibilité de réguler la maternité de substitution s'explique selon Madame le Professeur Marie-Anne Frison-Roche comme la remise en cause d'un illicite absolu et fondamental qui conduirait « (…) à fabriquer des êtres humains à seules fins de les donner, même gracieusement»[539].

---

[534] *Op. cit.*

[535] Le Sénat avait présenté un rapport en faveur de l'autorisation d'une gestation pour autrui altruiste et gratuite voir *Contribution à la réflexion sur la maternité pour autrui*, Rapport d'information fait au nom de la commission des affaires sociales et de la commission des lois constitutionnelles, Rapp. Sénat n° 421, 25 juin 2008, p. 5. En revanche toutes les instances consultées sur le sujet se sont prononcées de manière unanime contre la pratique. En ce sens voir l'Office parlementaire d'évaluation des choix scientifiques et technologiques, OPECST, 20 nov. 2008, *L'évaluation de l'application de la loi n° 2004-800 du 6 août 2004 relative à la bioéthique*, p. 156 ; l'Académie nationale de médecine Rapp. 10 mars 2009 ; Le Conseil d'État : Rapp. CE, *La révision des lois de bioéthique,* 9 avr. 2009, p. 48 et s.; Les citoyens entendus dans le cadre des États généraux de la bioéthique *États généraux de la bioéthique,* Rapp. 1er juill. 2009 ; Le conseil d'orientation de l'Agence de la biomédecine : *Avis du conseil d'orientation de l'Agence de la biomédecine sur la gestation pour autrui,* ABM n° 2009-CO-38, 18 sept. 2009; La mission parlementaire d'information sur la bioéthique : Rapp. AN n° 2235, 20 janv. 2010, p. 175, l'Ordre des médecins, Position du Conseil national de l'Ordre des médecins sur la gestation pour autrui, 4 févr. 2010, le Collège national des sages-femmes, Communiqué de presse du Collège national des sages-femmes*, Gestation pour autrui, une fausse bonne idée pour faire progresser le droit des femmes,* 8 mars 2010 et, en dernier lieu, le Comité national consultatif d'éthique CCNE, 1er avril 2010, *avis n° 110 sur les problèmes éthiques soulevés par la gestation pour autrui.*

[536] Ainsi, les conséquences juridiques sur la transcription à l'état civil des enfants nés d'une GPA font également parties des arguments qui ont conduit à son interdiction. D'ailleurs cette approche de l'interdiction de la GPA est visible dans l'arrêt CEDH, req n° 65192, *Menesson c/France* du 26 juin 2014. La Cour a estimé que la pratique de la GPA n'était pas incompatible avec les droits de l'homme. Elle valide néanmoins l'approche française qui consiste à l'interdire. En revanche, elle limite les pratiques de ce refus au regard du droit au respect de la vie privée et familiale et a condamné la France sur ce fondement en l'obligeant à reconnaître la filiation des enfants issues d'une GPA à l'étranger. *Lamy droit civil*, 2014, 118, note G. Pupinck. Cf. *infra p. 321 et s.*

[537] En ce sens R. Frydman, *Naissance et Liberté quelle limite à la procréation?* Plon, 2008, p. 142.

[538] Monsieur le Professeur Bernard Edelmen avait envisagé le contrat d'entreprise, en ce sens « un contrat de gestation pour fonder un ordre de filiation ? » *in Enfant à tout prix ? Question d'éthique et de droit*, ss. la dir. De C. Neirinck, La documentation française, n° 961, juin 2009, p. 59.

[539] M.-A. Frison Roche, *op. cit.*

235. La maternité de substitution implique donc pour l'enfant à naître, d'être l'objet d'un contrat. Si l'on envisageait la gratuité de ce transfert de l'enfant[540], cela ne changerait pas l'instrumentalisation de l'enfant à naître qui est rejeté par le législateur et la jurisprudence. Madame Aude Bertrand-Mirkovic a noté constaté l'instrumentalisation de l'enfant à naître, intrinsèque à la GPA, car « de façon schématique, la loi interdit la GPA pour protéger les enfants et les gestatrices car la GPA prive l'enfant de la relation privilégiée qui l'unit à sa mère pendant la grossesse(…) la GPA est un contrat dont l'enfant est l'objet : il n'est pas seulement objet de soins, ou d'une prestation quelconque comme lorsqu'il est confié au médecin, au dentiste, à une baby-sitter ou à l'école, il est l'objet même du contrat, lequel n'est exécuté qu'avec la remise de l'enfant »[541].

236. Par conséquent, la GPA est interdite car elle contient une réification certaine de l'enfant à naître qui, quoiqu'on en dise, n'est pas le sujet d'un droit mais l'objet d'une volonté parentale. Une partie du refus de la maternité de substitution repose donc sur ce fondement. Ainsi, le législateur refuse de réifier l'enfant à naître de manière générale et l'embryon *in vitro* en particulier en tenant compte de son intérêt. En ce sens, le Collège national des sages femmes insistait sur le fait que « deux situations sont envisageables : soit la gestante est consciente du fait que l'enfant qu'elle porte n'est finalement pas le sien, elle peut alors être tout à fait détachée de la grossesse, et être complètement désinvestie de cette maternité, voire focalisée sur l'indemnité qu'elle va toucher. Dans cette situation, c'est le fœtus qui paie le prix fort, en débutant sa vie, privé des liens affectifs qui se tissent habituellement *in utero*. Soit la gestante vit sa grossesse de manière altruiste et s'attache au fœtus qu'elle porte. Elle est alors confrontée à une demande paradoxale : porter un enfant sans trop aimer cet enfant à venir. Et dans cette tension entre sentiments, les risques psychiques courus par la gestante sont importants, plus importants que pour l'enfant à naître *»*[542]. Dès lors, l'interdiction de la GPA est fondée sur plusieurs interdits l'instrumentalisation de la parenté[543], du corps de la femme et de l'enfant à naître[544].

---

[540] L'auteur cité dans la note précédente a relevé que partout où le droit comparé a admis la licéité de la convention des mères porteuses, même éthique, même encadrée, se sont organisé des trafics. Voir l'exemple Thailandais.

[541] A. Bertrand-Mirkovic, « Le désir d'enfant contrarié par la stérilité féminine : la procréation pour autrui en question », *Lamy droit civil*, 2010, 76.

[542] Communiqué de presse du Collège national des sages-femmes, 8 mars 2010, *op. cit*.

[543] A. Philippot, *op. cit*. p. 186.

237. Ainsi, que ce soit en 1994, en 2004 ou en 2011, le législateur n'a pas tranché la question de la nature juridique de l'embryon *in vitro*. L'analyse du discours législatif ne permet pas d'affirmer qu'il appartient à l'une ou l'autre des catégories offertes par la *summa divisio*: « dans son ensemble, le monde scientifique (…) admet que l'embryon humain ne peut être considéré comme une chose, qu'à l'évidence, un embryon est une vie d'homme et que, à ce titre, il mérite le respect. Pour ces raisons il n'est pas utile de définir un statut juridique, il suffit simplement de reconnaître la réalité[545]. Cette abnégation de la définition d'un statut juridique à l'embryon trouve une première série d'explications[546] dans le postulat de départ qui consiste à faire comme si la question de la nature juridique de l'embryon relevait de l'ordre de la conscience. Cette absence de prise de position sur la nature juridique de l'embryon a conduit le législateur à élaborer un régime juridique pour cet « être hors catégorie ».

§2) Le régime juridique hybride de l'embryon

238. L'embryon *in vitro* est au cœur d'enjeux thérapeutiques car il offre des perspectives dans le traitement des brûlures, des leucémies, des insuffisances hépatiques, des maladies dégénératives comme celles de Parkinson ou d'Alzheimer. Dans le cadre de l'assistance médicale à la procréation, l'exploitation de l'embryon a permis de lutter contre les problèmes de fertilité ou encore d'éviter le transfert des risques génétiques chez l'enfant à naître. C'est donc principalement la question de la recherche embryonnaire qui a cristallisé les débats sur la nature juridique de l'embryon *in vitro*, contraignant le législateur à élaborer un certain nombre de règles relatives à son traitement juridique. Ainsi, à partir de 1994, le législateur a établi un *corpus* de règles de comportement à l'égard de l'embryon s'apparentant au régime juridique[547]. Elles se situent dans le Code civil, le Code pénal et le Code de la santé publique. L'analyse de l'ensemble de ces règles nous invite à constater une certaine

---

544 En Europe sept pays autorisent la GPA mais seulement trois l'encadrent juridiquement. Ainsi, en Belgique, aux Pays Bas, en Pologne et en Slovaquie elle n'est pas interdite et est donc autorisée de fait. En Roumanie, en Irlande et au Royaume-Uni elle a été légalisée mais interdite à titre onéreux au Royaume-Uni. Dans le monde, elle est autorisée et encadré légalement au Canada, au Brésil, au Vénézuela, en Inde, en Thailande, aux Philippines, au Japon, au Nigéria, au Ghana, en Nouvelle-Zélande, et dans une partie des Etats-Unis.

545 M. Chérioux, JO Sénat CR, séance 30 janvier 2003.

546 Une seconde explication intervient dans la section suivante.

547 Selon le *Dictionnaire du vocabulaire juridique*, ss dir. R. Cabrillac, Lexisnexis, 2012, le régime juridique se définit comme « l'ensemble des règles applicables à une situation ».

instrumentalisation de la vie anténatale (**A)**, qui ne fait pas obstacle à une protection certaine de l'embryon. **(B).**

A) Les dispositions réificatrices du régime juridique de l'embryon *in vitro*

239. C'est à travers les différentes lois bioéthiques que nous allons tenter de faire une lecture du statut de l'embryon en procédant à un raisonnement inhabituel puisque nous analyserons les règles juridique relatives au traitement de l'embryon *in vitro* pour tenter d'en comprendre sa nature juridique. Au fil des lois bioéthiques, la recherche sur l'embryon *in vitro* est passé de l'interdit à l'autorisation **(1).** Cette évolution, combinée à l'indétermination juridique de son statut, a été interprétée comme la consécration d'une réification (**2).**

1) De l'interdiction de la recherche sur l'embryon *in vitro* à son autorisation sous conditions

240. Les lois du 29 juillet 1994 ont fait le choix d'interdire la recherche sur l'embryon *in vitro*[548]. En effet, l'article L. 152-8 du Code de la santé publique disposait que « la conception *in vitro* d'embryons humains à des fins de recherche était interdite. Toute expérimentation sur l'embryon était prohibée. À titre exceptionnel, l'homme et la femme formant le couple pouvaient accepter que soient menées des études sur leurs embryons. Ces études devaient avoir des finalités médicales et ne pouvaient porter atteinte à l'embryon »[549]. En en 1994, le législateur a

[548] Lors des débats parlementaires précédant l'adoption des lois de 1994, il existait deux modèles en Europe pour le statut de l'embryon: le modèle allemand et le modèle britannique. En Allemagne, la loi sur la protection de l'embryon du 13 décembre 1990 assimile l'embryon à une personne. Ainsi, durant les vingt quatre heures suivant la fécondation, l'ovule humain est considéré comme viable sauf s'il n'est pas capable de se développer. Ainsi la loi allemande interdit le diagnostic préimplantatoire sauf en ce qui concerne les maladies graves liées au sexe, interdit toute recherche sur l'embryon lorsqu'elle n'a pas pour but de protéger l'embryon concerné. Le second modèle est le modèle britannique qui distingue l'embryon et le préembryon (l'embryon de moins de 14 jours). Les lois anglaises de 1990 et 1992 autorisent les recherches sur l'embryon de moins de 14 jours.

[549] Issu des lois n° 94-653 du 29 juillet 1994. Ces dispositions sont interprétées strictement par le pouvoir règlementaire. En effet, l'article R152-8-1 du Code de la santé publique issu du décret du 27 mai 1997, prévoyait qu'une étude sur des embryons humains in vitro ne pouvait être entreprise que dans le cas où elle poursuit l'une des finalités suivantes :« 1/présenter un avantage direct pour l'embryon concerné, notamment en vue d'accroître les chances de réussite de son implantation ; 2 /contribuer à l'amélioration des techniques d'assistance médicale à la procréation notamment par le développement des connaissances sur la physiologie et la pathologie de la reproduction humaine ». Cet

donc choisi de ne pas autoriser de recherches portant atteinte à l'embryon *in vitro*[550]. Néanmoins, la protection de son intégrité corporelle n'est pas absolue puisqu'il a admis la constitution d'un stock d'embryons surnuméraires[551] et la possibilité de détruire les embryons ne faisant plus l'objet d'un projet parental[552].

241. Le législateur aurait pu, dès 1994, opter pour un régime juridique interdisant catégoriquement la fabrication des embryons surnuméraires afin de limiter la constitution d'un stock d'embryons surnuméraires comme c'est le cas en l'Allemagne[553]. Or, en acceptant que lors des cycles de stimulation d'embryons, sot produit autant d'embryons que possible[554], tout en sachant que certains seront surnuméraires[555], le législateur a accepté, par la même occasion, la création d'êtres humains en surnombre, voués à être congelés[556]. Dès lors, le régime juridique de l'embryon *in vitro* en 1994 n'est pas emprunt d'une logique anti-réificatrice absolue[557].

---

article ajoutait, *in fine*, qu'aucune étude ne peut être entreprise si elle a pour objet ou risque d'avoir pour effet de modifier le patrimoine génétique de l'embryon, ou est susceptible d'altérer ses capacités de développement ».

[550] Seulement des études qui ne portent pas atteinte à son intégrité corporelle.

[551] Selon un rapport de l'Agence de biomédecine (ABM), fin 2012 le stock des embryons surnuméraires atteignait le nombre de 180 230 embryons en attente d'implantation contre 141 460 en 2005, soit une augmentation de 44 %.

[552] Article 9 de la loi n° 94-654 du 29 juillet 1994 : « (…) Si leur accueil est impossible et si la durée de la conservation est au moins égale à cinq ans, il est mis fin à cette conservation ».

[553] Le modèle Allemand est ainsi cité en référence par Monsieur le Professeur Jean-René Binet qui constate que dans ce pays, la production d'embryons surnuméraires n'est pas possible et les choses ne se passent pas plus mal. Audition du 13 mai 2009, *mission parlementaire de révision des lois de bioéthique*, rapp. n° 2235, p. 83

[554] Ainsi peuvent être prélevés jusqu'à 10 ovocytes en une fois. Il n'est donc pas possible de tous les implanter.

[555] C'est-à-dire non destinés à une implantation immédiate.

[556] Lorsque l'embryon n'est pas implanté directement dans l'utérus maternel, il est conservé par congélation ou cryogénèse. Deux techniques de cryoconservation sont possibles. La première est la congélation lente. L'embryon est placé dans une paillette en plastique de 13cm de longueur et de 2mm de diamètre et placé dans un appareil appelé « conservateur », qui permet de gérer la descente en température contrôlée. Les paillettes sont placées dans de l'azote liquide pour être conservées. La 2ème technique est la vitrification qui est une procédure de cryoconservation rapide. Cela revient à plonger les embryons dans l'azote liquide à -196 degrés en atteignant des descentes de -2000 degrés par minute. Dans les deux procédures, l'embryon doit être déshydraté. En effet, les embryons sont constitués à ce stade de 90% d'eau. Or, la cryoconservation conduirait à cristalliser les membranes cellulaires. Dès lors, on remplace l'eau par un cryoprotecteur, une sorte d'antigel cellulaire. La technique de vitrification (congélation rapide) est aujourd'hui préférée à la technique de congélation lente car le taux de survie après vitrification serait supérieur à celui obtenu par congélation lente.

[557] Les parlementaires nourrissaient l'espoir que la congélation des ovocytes permettrait rapidement de ne plus recourir à la congélation des embryons et permettrait par la suite de ne produire que les embryons nécessaires. De plus, le régime juridique de l'accueil de l'embryon semblait être une solution satisfaisante pour le devenir des embryons surnuméraires. La vitrification ovocytaire n'a été autorisée que par la loi n° 2011-814 du 7 juillet 2011 à l'article L. 2141-1 du Code de la Santé publique.

242. Lors de la révision des lois bioéthiques de 1994[558], la loi du 6 août 2004 a autorisé la recherche sur les embryons surnuméraires ne faisant plus l'objet d'un projet parental. L'article L. 2151-5 du Code de la santé publique disposait alors que : « La recherche sur l'embryon humain est interdite. A titre exceptionnel, lorsque l'homme et la femme qui forment le couple y consentent, des études ne portant pas atteinte à l'embryon peuvent être autorisées sous réserve du respect des conditions posées aux quatrième, cinquième, sixième et septième alinéas. Par dérogation au premier alinéa, et pour une période limitée à cinq ans à compter de la publication du décret en Conseil d'État prévu à l'article L. 2151-8, les recherches peuvent être autorisées sur l'embryon et les cellules embryonnaires lorsqu'elles sont susceptibles de permettre des progrès thérapeutiques majeurs et à la condition de ne pouvoir être poursuivies par une méthode alternative d'efficacité comparable, en l'état des connaissances scientifiques . Les recherches dont les protocoles ont été autorisés dans ce délai de cinq ans et qui n'ont pu être menées à leur terme dans le cadre dudit protocole peuvent néanmoins être poursuivies dans le respect des conditions du présent article, notamment en ce qui concerne leur régime d'autorisation ».

243. Cette recherche a été autorisée sous conditions, celle d'une perspective de traitement des maladies incurables et après vérification de l'impossibilité d'une alternative à cette recherche. Les embryons surnuméraires concernés faisant l'objet d'expérimentations dans cette finalité, sont voués à la destruction. Ainsi, par la révision des lois bioéthique de 1994, le législateur a autorisé le sacrifice d'embryons surnuméraires ne faisant plus l'objet d'un projet parental en faveur de l'avancée de la recherche scientifique « afin de ne pas priver la France des progrès pour le traitement des maladies incurables qui pourraient résulter de recherche menée à partir de cellules souches embryonnaires »[559]. Cette évolution a été analysée comme la remise en question d'un interdit ayant un fondement ontologique[560], car l'interdiction de la recherche sur l'embryon *in vitro* surnuméraire constituait un interdit fondateur[561].

---

[558] Révision prévue par une clause dans l'article 21 de la loi n° 94-654 du 29 juillet 1994.Clause maintenue dans la loi du 6 août 2004 à l'article 40.

[559] Assemblée nationale. CR, séance du 9 décembre 2003.

[560] En ce sens Monsieur Mattéi pensait qu'il ne fallait pas revenir sur un principe aussi ancien et fondamental que la protection de la vie embryonnaire et mettre la France en tête de wagon dans la recherche sur les cellules souches adultes plutôt que dans le fourgon de queue de la recherche sur les cellules souches embryonnaires , JOAN CR 3ème séance, 15 janvier 2002. J.-F. Mattéi, JO Sénat CR, 30 janvier 2003.

[561] J.-F. Mattéi, JO Sénat CR, 30 janvier 2003.

Les débats parlementaires précédant la révision de la loi du 6 aout 2004, ont été révélateurs des valeurs en conflit, la protection de l'embryon humain d'un coté, la liberté de recherche de l'autre.

244. En faveur d'une autorisation de la recherche sur l'embryon, les parlementaires ont mis un point d'honneur à faire reconnaître l'intérêt attaché au développement de la recherche française, tant en terme d'image de la France que pour les perspectives thérapeutiques qui en résultaient[562]. Le principe d'interdiction de la recherche étant considéré par certains comme la cause de la fuite des chercheurs à l'étranger[563], pour d'autres, comme un facteur de ralentissement des investissements massifs dans ce secteur[564].Les opposants à l'autorisation de la recherche sur l'embryon *in vitro* estimaient qu'il fallait à renoncer à la recherche sur l'embryon et explorer d'autres perspectives[565].

245. La loi du 7 juillet 2011[566] a opté pour le maintien du principe d'interdiction avec un cadre dérogatoire[567], restant dans une logique d'exception avec un interdit fondateur[568]. Tout l'enjeu de la réaffirmation du principe d'interdiction assorti de dérogations, était pour certains, le moyen d'affirmer clairement la règle de principe, la valeur prépondérante[569]. La recherche sur l'embryon, les CSE et les lignées de

---

562 M. Touraine, AN, 3ème séance, 10 février 2011, JOAN CR, 11 février 2011, p. 1055.

563 Ibid.

564 H. Mariton, AN 3ème séance, 10 février 2011, JOAN CR, 11 février 2011, p. 1059 : « (…) ce dispositif que nul ne comprend hors de l'Hexagone, nuit gravement à l'image de notre pays et le rend moins attractif auprès des industriels, qui commencent maintenant à réfléchir en termes d'indications élargies ».

565 X. Lebreton, AN 3ème séance, 10 février 2011, JOAN CR, 11 février 2011, p. 1060 « (…) des méthodes alternatives ont été découvertes, tant pour les perspectives d'applications thérapeutiques, avec les cellules souches adultes et celles issues du cordon ombilical, que pour la recherche pharmaceutique, avec les cellules souches pluripotentes induites, dites iPS »; D. Souchet « (…) les méthodes alternatives offrent des perspectives d'applications thérapeutiques, avec les cellules souches adultes et celles issues du cordon, et des perspectives pour la recherche thérapeutique, avec les cellules souches pluripotentes induites, les iPS » JOAN CR 11 février 2011 p.1061.

566 Loi n° 2011-814 du 7 juillet 2011, relative à la bioéthique, JO 8 juillet 2011, p. 11826.

567 Alors que la commission spéciale de l'Assemblée nationale avait opté pour le maintien du principe d'interdiction, le Sénat le 8 avril 2011 amenda le projet en proposant de passer d'un régime d'interdiction avec dérogations à un régime d'autorisation sous conditions en s'inspirant de l'avis n°112 rendu par le CCNE du 21 octobre 2010, et entra donc en résistance contre le Gouvernement et l' Assemblée nationale mais l'adoption conforme en deuxième lecture signa l'adoption définitive du maintien du principe d'interdiction et du cadre dérogatoire. Pour un récit détaillé de la bataille sénatoriale voir : J. R. Binet, *Jurisclasseur*, civil code, fasc. 5 « présentation générale de la loi relative à la bioéthique », juin 2012.

568 J.- Mattéi , Sénat CR, séance du 28 janvier 2003.

569 J.-R. Binet, « *Exceptio est strictissimae interpretationis*. L'enfant conçu au péril de la biomédecine », *op. cit.* p. 85

cellules souches[570] était donc toujours interdite par principe. Elle était autorisée dans un cadre dérogatoire et conditionnel. L'article L. 2151-5 du Code de la santé publique avait prévu que la recherche sur l'embryon humain, les cellules souches embryonnaires et les lignées de cellules souches[571] était autorisée sous réserve des progrès médicaux majeurs[572]. Antérieurement on parlait de « progrès thérapeutiques

[570] Selon l'ABM, les recherches sur les lignées de cellules souches déjà établies n'entraine pas la destruction de l'embryon, il faudrait ne faudrait encadrer que les recherches portant sur les cellules souches embryonnaires. Le Conseil d'Etat considère que toutes les activités qui impliquent l'embryon humain sont à traiter identiquement et doivent relever du même régime. A Claeys, et S. Vialatte « La recherche sur les cellules souches » OPECST, AN, n °178, Sénat, n°652, 8 juillet 2010, p. 151.

[571] C'est par la loi du 7 juillet 2011 que le législateur a adjoint les lignées de cellules souches au principe d'interdiction de la recherche sur l'embryon humain et les cellules souches embryonnaires. En effet, suivant un avis de la Mission d'information de l'Assemblée nationale qui mettait en évidence l'incohérence d'exclure les recherches faites sur les lignées de cellules souches embryonnaires du régime de contrôle auxquelles sont soumises les recherches sur les embryons car cela « (…) reviendrait à introduire des degrés variables d'exigence éthique peu compatibles avec la nature même de l'éthique (…) » A. Claeys et J. S. Vialatte, « la recherche sur les cellules souches », OPECST, sénat, n° 2718, Sénat n° 652, 8 juillet 2010, p. 151.

[572] Article L. 2151-5 modifié par la loi n° 2011-814 du 7 juillet 2011 art. 41 : « La recherche sur l'embryon humain, les cellules souches embryonnaires et les lignées de cellules souches est interdite. Par dérogation au I, la recherche est autorisée si les conditions suivantes sont réunies : 1/ La pertinence scientifique du projet de recherche est établie ; 2/ La recherche est susceptible de permettre des progrès médicaux majeurs ; 3/ Il est expressément établi qu'il est impossible de parvenir au résultat escompté par le biais d'une recherche ne recourant pas à des embryons humains, des cellules souches embryonnaires ou des lignées de cellules souches ; 4 Le projet de recherche et les conditions de mise en œuvre du protocole respectent les principes éthiques relatifs à la recherche sur l'embryon et les cellules souches embryonnaires. Les recherches alternatives à celles sur l'embryon humain et conformes à l'éthique doivent être favorisées. III.-Une recherche ne peut être menée qu'à partir d'embryons conçus *in vitro* dans le cadre d'une assistance médicale à la procréation et qui ne font plus l'objet d'un projet parental. La recherche ne peut être effectuée qu'avec le consentement écrit préalable du couple dont les embryons sont issus, ou du membre survivant de ce couple, par ailleurs dûment informés des possibilités d'accueil des embryons par un autre couple ou d'arrêt de leur conservation. Dans le cas où le couple ou le membre survivant du couple consent à ce que ses embryons surnuméraires fassent l'objet de recherches, il est informé de la nature des recherches projetées afin de lui permettre de donner un consentement libre et éclairé. A l'exception des situations mentionnées au dernier alinéa de l'article L. 2131-4 et au troisième alinéa de l'article L. 2141-3, le consentement doit être confirmé à l'issue d'un délai de réflexion de trois mois. Dans tous les cas, le consentement des deux membres du couple ou du membre survivant du couple est révocable sans motif tant que les recherches n'ont pas débuté.
IV.-Les protocoles de recherche sont autorisés par l'Agence de la biomédecine après vérification que les conditions posées aux II et III du présent article sont satisfaites. La décision motivée de l'agence, assortie de l'avis également motivé du conseil d'orientation, est communiquée aux ministres chargés de la santé et de la recherche qui peuvent, lorsque la décision autorise un protocole, interdire ou suspendre la réalisation de ce protocole si une ou plusieurs des conditions posées aux II et III ne sont pas satisfaites.
En cas de violation des prescriptions législatives et réglementaires ou de celles fixées par l'autorisation, l'agence suspend l'autorisation de la recherche ou la retire. Les ministres chargés de la santé et de la recherche peuvent, en cas de refus d'un protocole de recherche par l'agence, demander à celle-ci, dans l'intérêt de la santé publique ou de la recherche scientifique, de procéder dans un délai de trente jours à un nouvel examen du dossier ayant servi de fondement à la décision.
V.-Les embryons sur lesquels une recherche a été conduite ne peuvent être transférés à des fins de gestation.
VI.-A titre exceptionnel, des études sur les embryons visant notamment à développer les soins au bénéfice de l'embryon et à améliorer les techniques d'assistance médicale à la procréation ne portant pas atteinte à l'embryon peuvent être conduites avant et après leur transfert à des fins de gestation si le couple y consent, dans les conditions fixées au IV ».

majeurs ». Ce changement sémantique par rapport à la loi du 6 août 2004 a été justifié par la possibilité d'envisager des recherches à visée diagnostique et plus seulement des traitements. La distinction est importante car « dans la recherche à finalité médicale, ce qui compte, ce qui est important, c'est l'aspect diagnostic, c'est-à-dire les recherches physiopathologiques plus le diagnostic des maladies, et non plus seulement les traitements. On touche à l'essence du mal que l'on souhaite combattre, on approfondit la recherche à son sujet, au lieu de se cantonner au traitement proprement dit, tel est l'enjeu. Voilà pourquoi cette précision a été apportée »[573]. Le texte exigeait néanmoins un principe de subsidiarité puisque qu'il doit être établi qu'il est impossible de parvenir au résultat escompté par le biais d'une recherche ne recourant pas aux embryons humains, aux CSE ou aux lignées de cellules souches[574]

246. L'article L. 2151-5 du Code de la santé publique a posé trois séries de conditions à l'autorisation de la recherche embryonnaire: la condition finaliste, des conditions scientifiques[575] et des conditions éthiques[576].

247. Le débat a parfois été présenté de manière trop radicale, voir réductrice, et a conduit à l'alternative suivante : soit l'on autorisait les recherches sur l'embryon *in vitro* afin d'aider des couples stériles et l'on permettait également des nouvelles perspectives dans le traitement de certaines maladies[577], soit il fallait s'orienter vers une interdiction absolue de la recherche sur l'embryon et favoriser une recherche conciliant les progrès thérapeutiques et le respect et l'intégrité de la dignité humaine[578]. Autoriser la recherche sur l'embryon *in vitro* surnuméraire ne signifie pas pour autant la négation absolue de la dignité de l'embryon humain.

---

573 X. Bertrand, Sénat, séance du 8 avril 2011, JO Sénat CR, 9 avril 2011, p. 2065.
574 Article L. 2151-5 3°.
575 Établissement de la pertinence scientifique du projet de recherche, l'impossibilité de parvenir au résultat escompté par le biais d'une recherche ne recourant pas à des embryons humains, des cellules souches embryonnaires ou des lignées de cellules souches.
576 Principe d'une faveur pour les autres recherches (anc. art. L. 2151-5 II, al. 2 C. santé publ.) et renforcement du contrôle de l'agence de la biomédecine qui doit fournir dans un rapport annuel un bilan sur l'obligation de favoriser les recherches sur l'embryon et les cellules souches embryonnaires incluant des comparatifs avec les recherches sur les cellules souches adultes, les cellules iPS et les cellules issues de sang de cordon ombilical et du placenta ainsi qu'un comparatif avec la recherche internationale art. L. 1418-4 al. 2.
577 L. Dumont citant l'alternative présenté par A. Kahn, AN, séance du 10 février 2011, JOAN CR 11 février 2011, p. 1058.
578 A.-M. Payet, séance du 8 avril 2011, JO Sénat CR 9 avril 2011, p. 2656.

248. Pourtant lorsque le dispositif juridique d'interdiction assortie de dérogations a été remplacé par un régime d'autorisation encadrée, par la loi du 6 août 2013[579], ce dernier a été présenté comme la négation implicite du respect du à l'embryon humain. En effet, avec cette loi le législateur a semblé valider la thèse affirmant qu'il n'y aurait pas de potentialité de vie humaine à protéger car « le potentiel de vie de l'embryon dépend de la nature et du projet du couple qui l'a conçu ou pour lequel il a été conçu »[580].Désormais, l'article L. 2151-5 du Code de la santé publique prévoit qu'« aucune recherche sur l'embryon humain ni sur les cellules souches embryonnaires ne peut être entreprise sans autorisation. Un protocole de recherche conduit sur un embryon humain ou sur des cellules souches embryonnaires issues d'un embryon humain ne peut être autorisé que si :1° La pertinence scientifique de la recherche est établie ; 2° La recherche, fondamentale ou appliquée, s'inscrit dans une finalité médicale ; 3° En l'état des connaissances scientifiques, cette recherche ne peut être menée sans recourir à ces embryons ou ces cellules souches embryonnaires ; 4° Le projet et les conditions de mise en œuvre du protocole respectent les principes éthiques relatifs à la recherche sur l'embryon et les cellules souches embryonnaires »[581]. Cette évolution du régime juridique de la recherche sur l'embryon *in vitro*, en l'absence d'un statut clairement déterminé a été interprétée en sa défaveur.

2) Les incidences de l'évolution du régime de la recherche sur le statut juridique de l'embryon *in vitro*

249. Une partie de la doctrine a alors considéré cette évolution du régime comme « une désacralisation de la personne humaine en devenir »[582]. Selon Monsieur le Professeur Bertrand Mathieu, cette modification législative relève certes du symbolique mais est également porteuse d'enjeux idéologiques puisque, force est de constater une évolution de plus en plus permissive en la matière[583]. Dès lors, ses

[579] Loi n° 2013-715 du 6 août 2013, **Te**ndant à modifier la loi n° 2011-814 du 7 juillet 2011 relative à la bioéthique en autorisant sous certaines conditions la recherche sur l'embryon et les cellules souches embryonnaires, JO, 7 aout 2013, p. 13449.
[580] I*bid*, p. 11; Sur cette idée voir également la section 2 paragraphe 2.
[581] Article L. 2151-5 du code de la santé publique, loi n° 2013-715 du 6 aout 2013.
[582] L. Lambert-Garrel, « L'exception devient principe : à propos de la recherche sur l'embryon et les cellules souches embryonnaires », *D.* 2013 p. 1842, sur cette même position B. Mathieu, *op. cit.*
[583] B. Mathieu, « Recherche sur l'embryon, une jurisprudence en demi-teinte. A propos de la décision n° 2013-674 DC du Conseil constitutionnel du 1er aout 2013 », *JCP G*, n° 36, 2013, 904.

avancées scientifiques deviendraient le nouveau critère du droit de la bioéthique[584] constituant alors la preuve d'une instrumentalisation accrue de l'embryon humain[585].

250. Depuis les premières lois bioéthiques de 1994, force est de constater que la recherche sur l'embryon *in vitro* surnuméraire a évolué en faveur d'une plus grande liberté et donc, nécessairement au détriment d'une protection absolue de son intégrité corporelle. Le nouvel article ne mentionne plus la faveur qui devant être faites aux recherches alternatives pourtant prévues par l'ancien article L. 2151-5 II, al 2 du Code de la santé publique, la « finalité médicale » a remplacé «les progrès médicaux majeurs ». En l'absence d'un statut juridique défini, l'évolution du cadre de la recherche embryonnaire conduit nécessairement à s'interroger sur la volonté du législateur. Souhaite-t-il faire de l'embryon conçu *in vitro,* en l'attente d'une éventuelle implantation, une chose à la disposition de la recherche scientifique?

251. Nous ne pensons pas que la loi du 6 août 2013 *a conduit à* bouleverser profondément les valeurs concernant l'embryon, ni même que l'exception soit devenue le principe. Il faut recontextualiser l'adoption de cette loi qui est issue des interrogations suscitées par l'arrêt de la Cour administrative d'appel de Paris annulant une autorisation de recherche sur l'embryon au bénéfice de l'INSERM sur saisine de la fondation Jérôme Lejeune[586]. La Cour avait jugé illégale la décision d'autorisation de l'ABM ne respectant pas les conditions légales posées par l'article L. 2151-5 (ancien) du Code de la santé publique à savoir que : les recherches sur l'embryon ou des cellules embryonnaires doivent être autorisées si elles permettent des progrès thérapeutiques majeurs et s'il n'existe pas une méthode alternative d'efficacité comparable[587]. En l'espèce, la seconde condition n'était pas remplie. En annulant l'autorisation délivrée par l'ABM, sur le fondement de l'absence de motivation expresse du critère de subsidiarité de l'utilisation d'embryons, la CAA a exigé la preuve d'une absence d'équivalence, conformément aux prescriptions de l'article L. 2151-5.du Code de la santé publique. Or, cette exigence de l'absence d'équivalence est quasiment impossible à rapporter puisque les chercheurs ne

[584] C. Delobel, *op. cit*. p. 85.
[585] *Ibid*. p. 107.
[586] CAA Paris, 10 mai 2012, *Fondation Jérôme Lejeune*, n° 10PA05827, *AJDA 2012*. 1600, note B. Vanlerberghe ; *D*. 2013. 663, obs. J.-C. Galloux et H. Gaumont-Prat.
[587] Les cellules IPS (cellules pluripotentes induites) issues de la reprogrammation des cellules souches adultes disposent de certaines propriétés identiques à celles d'une cellule souche embryonnaire.

peuvent, avant de commencer la recherche, en connaître l'issue et pouvoir affirmer qu'il n'existe pas de méthodes alternatives[588]. Finalement, ce que traduit l'arrêt de la CAA de Paris du 10 mai 2012, c'est la complexité d'un système tendant à affirmer à la fois la valeur de l'embryon *in vitro* en tant que personne tout en refusant de le qualifier comme tel, et un régime juridique qui semblerait parfois le traiter comme une chose tout en refusant de le dire. La loi du 6 août 2013 a donc été votée pour permettre une meilleure cohérence du système.

252. Dans sa décision du 1er août 2013[589], le Conseil constitutionnel a considéré que l'évolution législative ne s'inscrivait pas en rupture par rapport au principe du respect de l'embryon car les modifications législatives ne visent en réalité que certaines conditions permettant l'autorisation des recherches sur l'embryon humain et sur les cellules souches embryonnaires. Il existerait donc une logique de continuité derrière le régime d'autorisation encadrée qui modifierait la formule de l'article L. 2151-5 du Code de la santé publique. En se plaçant du côté des garanties qui entourent la conduite de la recherche, le Conseil a estimé que le législateur n'était pas en rupture avec les valeurs précédemment affirmées à savoir le respect de l'embryon humain. Il a donc constaté que l'équilibre était maintenu par : la finalité médicale, l'utilisation exclusive d'embryons surnuméraires et l'accord des membres du couple dont est issu l'embryon[590].

253. A travers les différentes lois bioéthiques, l'embryon *in vitro* surnuméraire a été instrumentalisé et pas nécessairement pour l'évolution de la recherche scientifique. L'embryon *in vitro* a été instrumentalisé au service du projet parental puisque l'on a autorisé les couples à concevoir plus d'embryons que nécessaire conduisant à la constitution d'un stock d'embryons surnuméraires. Cette logique de surproduction s'analyse comme une instrumentalisation de l'être conçu[591]. Dès lors, ce n'est pas la recherche qui est fondamentalement à l'origine de l'instrumentalisation de l'embryon *in vitro*, on ne pourrait empêcher la destruction de l'embryon humain de la

[588] Xavier Bioy, Emmanuelle Rial-Sebbag, « L'autorisation de la recherche sur l'embryon : évolution ou révolution ? », *AJDA* 2013. 2204. Voir également, F. Bellivier et C. Noiville, « Les conditions de la recherche sur les cellules souches embryonnaires : une preuve diabolique », note sous TA Paris, 14 oct. 2010, n° 0815985/6-3.
[589] Décision n° 2013-674 DC. du 1er aout 2013, *JCP G,* n° 36, 904, obs. B. Matthieu.
[590] *Ibid.*
[591] B. Bayle, *A la recherche de l'enfant parfait : l'avenir de la procréation humaine*, Laffont, 2009, p. 141.

destruction quand bien même on interdirait la recherche puisque l'arrêt de conservation et la destruction des embryons *in vitro,* peut se faire soit à l'issue d'un DPI, soit lorsque les embryons humains surnuméraires ne sont plus intégrés dans un projet parental. Dès lors, la possibilité de mettre fin à la vie de l'embryon *in vitro* soit pour les besoins de la recherche, soit parce qu'il ne fait plus l'objet d'un projet parental, soit parce que le DPI s'est révélé positif, démontre que le régime juridique de l'embryon *in vitro* est caractérisé par une « certaine dose » d'instrumentalisation. Nous utilisons le terme « dose », car l'ambigüité du *corpus* juridique relatif au traitement de l'embryon *in vitro* se caractérise également par des règles protectrices.

B) Les dispositions protectrices de l'embryon *in vitro*

254. Tout en faisant évoluer le régime juridique de la recherche sur l'embryon *in vitro* surnuméraire, le législateur a néanmoins organisé des règles protectrices. Le législateur a ainsi prévu sa sauvegarde à travers des dispositions qui le préservent directement (1). D'autres dispositions composent la protection de l'embryon *in vitro* de manière indirecte en proposant des moyens de remédier à la constitution du stock des embryons surnuméraires (2).

1) La protection directe de l'embryon *in vitro*

255. L'embryon *in vitro* est protégé directement à travers plusieurs dispositions pénales[592] En effet, lorsque le législateur interdit la conception d'embryon *in vitro* à des fins de recherche[593], à des fins industrielles, commerciales[594] ou encore thérapeutiques[595], il a signifié l'interdit de porter atteinte à l'intégrité corporelle de

[592] La protection pénale de l'embryon *in vitro* est située dans le Code pénal dans les infractions relatives à l'éthique biomédicale chapitre I du livre V dernière section renvoie à la protection de l'embryon humain (Art. 511-15 à 511-25-1 C. pén) . Le législateur a souhaité protéger pénalement l'embryon *in vitro* en imposant des limites à ne pas franchir lorsqu'il s'agit de sa conception. Ce sont notamment l'objet des articles 511-17, 511-18 et 511-18-1 du Code pénal. Le législateur protège la vie de l'embryon *in vitro* en protégeant sa conception au nom de sa dignité de personne humaine. Nous reviendrons sur la *ratio legis* de ces infractions aux pages 394 et s. et 428 et s.
[593] Ancien article L. 2151-2 Code sant. publ.
[594] Ancien article L. 2151-3 Code de la sant. publ.
[595] Ancien article L. 2151-4 Code de la sant. publ.

l'embryon *in vitro*. Le fait de créer un être humain dans un autre but que de faire naître un enfant est une infraction. En effet, cette interdiction est accompagnée de sanctions pénales puisque « le fait de procéder à la conception *in vitro* d'embryons humains à des fins de recherche ou à des fins industrielles ou commerciales est puni de sept ans d'emprisonnement et de 100 000 euros d'amende »[596].

256. Les incriminations de clonage reproductif et thérapeutique[597] ont, en plus de la protection plus générale de l'espèce humaine, pour objet la protection de l'intégrité corporelle de l'embryon *in vitro*[598]. En effet, le clonage suppose t de porter atteinte à l'intégrité de l'embryon *in vitro* puisqu'il se réalise soit par une scission de l'œuf fécondé en deux parties identiques soit par un transfert d'un noyau d'une cellule adulte à la place d'un noyau préalablement retiré[599]. Or, l'intégrité de l'être humain consacrée par l'article 16-1 du Code civil[600] est « un concept biologique qui renvoie au corps de la personne humaine. Proche de l'inviolabilité, elle désigne « l'état de l'homme qui ne subit aucune altération »[601]. Ainsi, le clonage est sanctionné comme portant atteinte à l'intégrité de l'embryon *in vitro* et à l'espèce humaine. Le législateur a donc ici organisé la protection pénale de l'intégrité de l'embryon *in vitro*

257. La protection de l'embryon *in vitro* est également perceptible à travers l'encadrement de la recherche biomédicale. En effet, le livre V contient un chapitre unique divisé en trois sections dont le troisième est intitulé: « de la protection de l'embryon humain »[602]. Cette section prévoit une série d'infractions qui concernent la protection directe de l'embryon humain en sanctionnant : la vente, l'expérimentation, le clonage thérapeutique d'embryons, le trafic d'embryons, la constitution d'embryons à des fins industrielles ou commerciales, ainsi que la recherche non autorisée[603]. Une seconde série d'infractions vise plus particulièrement l'encadrement

---

596 Art.511-18 et 511-17 du Code pénal et art. L.2163-4 et L. 2163-3 du Code de la santé publique.
597 Le clonage thérapeutique est un délit sanctionné à l'article 511-18-1 du Code pénal.
598 Sur les atteintes à l'espèce humaine cf. i*nfra* p. 270 et s.
599 R. Frydman, *Naissance et liberté : la procréation, quelles limites*? Plon, 2008, p. 202.
600 « Chacun a droit au respect de son corps. Le corps humain est inviolable. Le corps humain, ses éléments et ses produits ne peuvent faire l'objet d'un droit patrimonial ».
601 A. Philipot, *op. cit.* p. 164.
602 Ce sont les articles 511-15 à 511-25-1 du Code pénal.
603 Article 511-15 du Code pénal: « Le fait d'obtenir des embryons humains contre un paiement, quelle qu'en soit la forme, est puni de sept ans d'emprisonnement et de 100 000 euros d'amende. Est puni des mêmes peines le fait d'apporter son entremise pour favoriser l'obtention d'embryons humains contre un paiement, quelle qu'en soit la forme, ou de remettre à des tiers, à titre onéreux, des embryons humains ». Article 511-16 du Code pénal : « Le fait d'obtenir des embryons humains sans

des activités biomédicales qui protègent indirectement l'intégrité de l'embryon. Ce sont notamment les infractions qui visent l'usage illicite du diagnostic préimplantatoire[604][605].

258. Ainsi, le législateur a organisé une protection directe de l'embryon *in vitro* à travers la substance même des articles L. 2151-2 et suivants du Code de la santé publique que l'évolution législative entre 2004 et 2013 n'a pas remis en question. En effet, la même prohibition demeure à savoir : l'interdiction de la conception *in vitro* d'embryons ou la constitution par clonage d'embryons humains à des fins de recherches ou à des fins commerciales à laquelle s'ajoute en 2011 l'interdiction de la création d'embryons transgéniques ou chimériques[606].

---

respecter les conditions prévues aux articles L. 2141-5 et L. 2141-6 du code de la santé publique est puni de sept ans d'emprisonnement et de 100 000 euros d'amende ». Article 511-17 du Code pénal « Le fait de procéder à la conception in vitro ou à la constitution par clonage d'embryons humains à des fins industrielles ou commerciales est puni de sept ans d'emprisonnement et de 100 000 euros d'amende. Est puni des mêmes peines le fait d'utiliser des embryons humains à des fins industrielles ou commerciales ».Article 511-18 du Code pénal « Le fait de procéder à la conception in vitro ou à la constitution par clonage d'embryons humains à des fins de recherche est puni de sept ans d'emprisonnement et de 100 000 euros d'amende ». Article 511-18-1du Code pénal : « Le fait de procéder à la constitution par clonage d'embryons humains à des fins thérapeutiques est puni de sept ans d'emprisonnement et de 100 000 euros d'amende ». Article 511-19 du Code pénal : I. - Le fait de procéder à une étude ou une recherche sur l'embryon humain :1 Sans avoir préalablement obtenu le consentement écrit et l'autorisation visés à l'article L. 2151-5 du code de la santé publique, ou alors que cette autorisation est retirée, suspendue, ou que le consentement est révoqué ;2° Sans se conformer aux prescriptions législatives et règlementaires ou à celles fixées par cette autorisation, est puni de sept ans d'emprisonnement et de 100 000 Euros d'amende. II. - Le fait de procéder à une étude ou une recherche sur des cellules souches embryonnaires :1 Sans avoir préalablement obtenu le consentement écrit et l'autorisation visés à l'article L. 2151-5 du code de la santé publique, ou alors que cette autorisation est retirée, suspendue, ou que le consentement est révoqué ;2 Sans se conformer aux prescriptions législatives et réglementaires ou à celles fixées par cette autorisation, est puni de deux ans d'emprisonnement et de 30 000 euros d'amende ».

[604] Article 511-21 du C. pén : « Le fait de méconnaître les dispositions des articles L. 2131-4 et L. 2131-4-1 relatifs au diagnostic préimplantatoire est puni de deux ans d'emprisonnement et de 30 000 euros d'amende »

[605] On retrouve son équivalent pour l'embryon *in utero* Article 511-20 C. pén: « Le fait de procéder au diagnostic prénatal sans avoir reçu l'autorisation mentionnée à l'article L. 2131-1 du code de la santé publique est puni de deux ans d'emprisonnement et de 30 000 euros d'amende ».

[606] A l'article L 2152-2 al. 2 du Code de la santé publique. Les chimères sont des croisements constitués de matière animale et humaine par le biais d'un clonage animal-humain. Un embryon chimérique est: « un embryon dont l'organisme est constitué de deux ou plusieurs populations de cellules génétiquement distinctes selon deux procédés techniques : soit en ajoutant à un embryon, à un stade très précoce de son développement, des cellules pluripotentes d'une autre espèce (dans le but d'étudier de quelle manière se développent les cellules ajoutées), soit en créant un embryon par parthénogénèse en introduisant le noyau d'une cellule somatique humaine dans un ovocyte animal, ce que l'on nomme un cybride (dans le but d'étudier des techniques innovantes dans le traitement de maladies génétiques) ». J. Penneau, *Répertoire de droit pén*al, Dalloz, 2013, n° 330. Selon le paragraphe 38 de la Directive européenne de 1998 sur la brevetabilité des inventions biotechnologiques, les procédés de production d'être hybrides portent atteinte à la dignité humaine. L'embryon transgénique est un embryon dont le génome a été modifié par l'insertion ou le remplacement d'un ou de plusieurs gènes.

259. On donc constater qu'il existe une protection de l'embryon *in vitro* à travers un régime juridique rigoureux qui entoure son utilisation. C'est d'ailleurs en ce sens qu'il faut interpréter la ratification par la France de la Convention sur le respect des droits humains en matière de médecine et de biomédecine[607] qui prévoit en son article 18 que:« lorsque la recherche sur les embryons *in vitro* est admise par la loi, celle-ci assure une protection adéquate de l'embryon et prohibe la constitution d'embryons humains aux fins de recherche ».

260. Dès lors, il faut donc admettre l'idée que la recherche sur l'embryon *in vitro* impliquant des expérimentations et à terme sa destruction, n'est pas inconciliable avec sa protection. L'admission de la recherche embryonnaire n'implique donc pas de le considérer comme faisant parti de la catégorie juridique des choses. Nous n'affirmons pas non plus son appartenance à la catégorie des personnes juridiques. C'est de cette manière que s'organise le régime juridique de l'embryon *in vitro*. En dehors des cas où il a strictement autorisé que soit mis un terme à sa vie, le législateur assure la protection de l'intégrité corporelle de l'embryon *in vitro*. Le législateur a également prévu un certains nombres de règles qui permettent de constater l'existence de règles d'une protection indirecte de l'embryon *in vitr*o.

2) La protection indirecte de l'embryon *in vitro*

261. Certaines dispositions législatives peuvent s'analyser comme organisant une protection indirecte de l'embryon *in vitro*. Ainsi en est-il de l'autorisation de la vitrification ovocytaire autorisée par la loi du 7 juillet 2011[608]. En effet, les gamètes féminins sont constitués d'une importante quantité d'eau. La cryoconservation posait donc des difficultés car sous l'action du froid, des cristaux se formaient, générant des ruptures des membranes cellulaires. Avec la technique de vitrification ovocytaire, on

[607] Le 19 novembre 1996, le Comité des ministres a adopté la convention dite d'Oviedo, ouverte à la signature le 4 avril 1997, et entrée en vigueur le 1 décembre 1999. Cette convention développe, dans 38 articles, un cadre commun pour de nombreuses questions soulevées dans le champ de la biomédecine et consacre, au profit de toute personne, le respect de son intégrité et de ses autres droits et libertés fondamentales à l'égard des applications de la biologie et de la médecine (art. 1er). Elle assure la primauté de l'être humain dont l'intérêt et le bien doivent prévaloir sur le seul intérêt de la société ou de la science (art. 2). La ratification française a été autorisée par l'article 1er de la loi du 7 juillet 2011 relative à la bioéthique, la France devenant le 29ème État à la ratifier. L'application de la Convention est entrée en vigueur le 1er avril 2012.

[608] L. 2141-1 du Code de la santé publique.

plonge les ovocytes dans de l'azote liquide afin d'obtenir une réduction brutale de température sans destruction cellulaire. Jusqu'à la loi du 7 août 2011, la vitrification ovocytaire n'était pas autorisée en France car la technique nécessitait l'utilisation de cryoprotecteur, substances chimiques qui permettent d'éviter la rupture des membranes cellulaires, non autorisé par l'AFFSSAPS[609]. Depuis la loi du 7 juillet 2011 l'alinéa 2 de l'article L. 2141-1 du Code de la santé publique prévoit que « la technique de congélation ultrarapide des ovocytes est autorisée ».

262. La vitrification ovocytaire répond à l'obligation énoncée à l'article L. 2141-1 alinéa 5 du Code de la santé publique qui prévoit que l'AMP doit favoriser des pratiques et procédés qui permettent de limiter le nombre des embryons conservés[610]. La vitrification ovocytaire répond parfaitement à cette exigence puisque la cryoconservation permet de « mettre à la disposition des médecins de la reproduction des gamètes pour satisfaire au cas par cas les projets parentaux »[611]. Dès lors, en favorisant la vitrification ovocytaire, on fait de la congélation des embryons une technique à la marge, et à terme, les embryons surnuméraires seront voués à disparaître. Ainsi, en réduisant à néant le nombre d'embryons surnuméraires on s'oriente alors vers la fin des problèmes éthiques et juridiques soulevés par la question de la recherche embryonnaire. En favorisant les pratiques permettant d'éviter de recourir à la congélation des embryons, voire à la fabrication même des embryons surnuméraires, le législateur a organisé une protection indirecte de la condition de l'embryon *in vitro*. Pourquoi chercher à éviter de le congeler, le stocker, l'utiliser, si ce n'est pour mieux le protéger ?

263. Le *corpus* de règles entourant le traitement juridique de l'embryon *in vitro* se caractérise donc par un alliage de dispositions protectrices et réificatrices de l'embryon *in vitro*. Cette ambiguïté est génératrice d'interprétations doctrinales en sa défaveur que nous contestons.

[609] Agence française de sécurité sanitaire des produits de santé.
[610] Article L. 21541-5 alinéa 5 : « La mise en œuvre de l'assistance médicale à la procréation privilégie les pratiques et procédés qui permettent de limiter le nombre des embryons conservés. L'Agence de la biomédecine rend compte, dans son rapport annuel, des méthodes utilisées et des résultats obtenus ».
[611] A. Philippot, *op. cit.* p. 226.

Section II : L'humanité de l'embryon *in vitro* contestée

264. En refusant de déterminer le statut juridique de l'embryon *in vitro*, le législateur a laissé aux interprètes authentiques et doctrinaux[612], le soin de délibérer sur son statut En effet, d'un côté, l'analyse de la doctrine au sujet l'article 16 du Code civil, a conduit à considérer l'embryon comme un membre à part entière de l'espèce humaine, de l'autre la jurisprudence constitutionnelle directement issue des lois de 1994 a envisagé de distinguer les embryons *in vitro* et *in utero*, les premiers ayant une valeur inférieure aux seconds puisqu'ils peuvent être détruits (§1). Dès lors, ce n'est plus la question de statut juridique de l'embryon *in vitro* qui semble être débattue mais son humanité même qui est remise en question. En effet, à partir du moment où le projet parental détermine le sort de l'embryon *in vitro,* la question s'est posée de savoir si l'embryon *in vitro* n'accédait pas à l'humanité en fonction de ce dernier **(§2)**

[612] D. Tsarapatsanis, *op. cit*. p. 16. Les interprètes authentiques sont les organes qui ont la compétence juridique d'interpréter et d'appliquer un texte, c'est-à-dire de lui attribuer telle ou telle signification. Les interprètes doctrinaux sont des acteurs dont les interprétations des textes ne sont pas elles-mêmes des normes juridiques.

§1) De l'absence de statut juridique de l'embryon *in vitro* à la contestation de son humanité

265. L'article 16 du Code civil a manifesté l'existence d'une dichotomie en droit entre la personne juridique et l'être humain. En effet, le législateur a pris le soin de reprendre la formule utilisée par la loi sur l'interruption volontaire de grossesse en rappelant 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 ». Dès lors, de manière obscure, le législateur est venu signifier, dans deux lois ayant pour objet le sort de l'embryon, qu'il existait à côté de l'entité juridique de la personne, une entité biologique, l'être humain (A). Or, l'ambigüité législative autour du statut de l'embryon a conduit le Conseil constitutionnel à envisager une distinction juridique entre les embryons *in vitro* et les embryons *in utero* (B).

A) L'ambivalence de l'article 16 du Code civil

266. Selon l'article 16 du Code civil « La loi assure la primauté de la personne (…) et « garantit le respect de l'être humain dès le commencement de sa vie ». Dès lors, en 1994, le législateur a opposé la personne à l'être humain. En effet, au sein de la même phrase, il a accordé la primauté à la personne et le respect à l'être humain. Dès lors, il existerait donc deux entités juridiques faisant l'objet d'un régime distinct. La primauté appartiendrait à la personne, et le respect à l'être humain. Une première question surgit naturellement : la personne en question renvoie telle nécessairement la personne juridique? La première ambigüité nous rappelle la confusion qui règne autour de la référence à la notion de personne. Si la personne ici visée est la personne juridique cela signifierait alors que le législateur accorde une prépondérance à celle-ci sur l'être humain. En effet, la primauté de la personne signifie que la personne est prééminente, qu'elle occupe un sommet dans la hiérarchie[613].

267. Nous considérons que la personne visée par le législateur en 1994, n'est pas nécessairement la personne juridique. Cet article vient nous signifier l'existence d'une personne sur la scène juridique, qui n'est pas nécessairement la personne

[613] En ce sens P.-J. Delage, « La primauté de la personne », *D.* 2011, 173.

juridique[614]. Cette personne serait, selon Monsieur le Professeur Philippe Mallaurie, « L'homme, être juridique », renvoyant à « une réalité complexe : une réalité naturelle, une réalité familiale, une réalité sociale. Il est surtout une personne, qui est sacrée ; ni la terre, ni les arbres, ni les fleuves, ni les animaux ne le sont. Une distance infinie sépare les bébés d'hommes des bébés phoques »[615].

268. L'article 16 du Code civil recèle un premier niveau d'ambigüités relatif à la notion de personne. Le second niveau concerne la référence au respect de l'être humain dès le commencement de sa vie. Pourquoi faire une telle référence à l'humain et au respect qui lui est dû? Cela signifie t-il que l'embryon est un être humain digne de respect ? L'article, adopté à l'occasion des premières lois bioéthiques de 1994, est la reprise de l'article premier de la loi du 17 janvier 1975 relative à l'interruption volontaire de grossesse à un mot près. Il nous semble donc que cette référence à l'humain dans l'article 16 du Code civil, tout comme dans l'article premier de la loi IVG, vise la situation particulière de l'être au commencement de sa vie. En effet, pourquoi faire référence au respect de l'être humain dans des lois ayant pour objet l'embryon, si ce n'est pour affirmer l'appartenance de celui-ci à l'humanité. Lors de la transposition de l'article premier de la loi « Veil » à l'article 16 du Code civil, le législateur a pris le soin d'opérer une modification, puisque le commencement de « la » vie est devenu le commencement de « sa » vie. Ce changement signifie que le législateur envisage l'être humain qui, à la différence de la personne juridique, commence sa vie à la fécondation[616].

269. Ainsi, l'article 16 du Code civil établit une distinction entre l'être humain et la personne juridique, cristallisée par l'existence d'embryon . Madame Marie-Angèle Hermitte considère alors « dès le commencement de sa vie » pourrait, dans un autre contexte, renvoyer à la naissance de la personne. Mais opposée à la notion de personne, cela renvoie donc forcément à la période anténatale[617]. Lorsque le législateur envisage l'être humain dès le commencement de sa vie, il vise nécessairement l'être qui apparaît biologiquement à la fécondation (*in vitro* ou *in vivo*) par opposition à l'être juridique qui apparaît à la naissance. Ainsi, le respect de

[614] C'est la notion de personne humaine. Cf. i*nfra* p. 246 et s.
[615] P. Mallaurie, « L'homme, être juridique », *D.* 1994, 184.
[616] *Ibid,* p. 90; M.-A. Hermitte*, op. cit.* p. 145; J.-F. Seuvic, *op. cit.* p. 366, « La qualité d'être humain tient à la nature et débute à la conception ».
[617] I*bid,* p. 146.

l'être humain dès le commencement de sa vie affirmé à l'article 16 du Code civil témoignerait de la volonté du législateur de signifier qu'au delà de la personne juridique existe l'humain qui mériterait le respect.

270. L'ambivalence de l'article 16 du Code civil a donné naissance à un questionnement sur la manière dont devait être traité l'embryon. Doit-il être traité comme une personne? S'il est un être humain, quelle est l'étendue du devoir de respect? En distinguant l'être humain et la personne, le devoir de respect et la primauté sans préciser de manière claire à quelle catégorie l'embryon appartenait, le législateur a, une fois encore, chargé la jurisprudence de la clarification.

B) La remise en cause de l'humanité de l'embryon *in vitro*

271. Interrogé sur la constitutionnalité des lois du 27 juillet 1994, le Conseil constitutionnel a interprété l'incertitude régnant autour de l'article 16 du Code civil et de la nature juridique de l'embryon[618]. A cette occasion, il a considéré que les embryons *in vitro* ne bénéficiaient pas du respect dû à l'embryon *in utero*, introduisant alors une inégalité déshumanisante (1). Cette position a ensuite permis à la Cour administrative d'appel dans un arrêt du 6 décembre 2005[619], d'affirmer explicitement que les embryons *in vitro* ne faisant plus l'objet d'un projet parental n'étaient pas des êtres humains (2).

1) La remise en cause de l'humanité de l'embryon *in vitro* convenue dans la décision du Conseil constitutionnel du 27 juillet 1994

272. Dans l'article 16 le législateur a distingué l'être humain de la personne juridique, l'embryon humain appartenant à la catégorie des êtres humains. En revanche aucune distinction n'a été opérée entre l'embryon *in vitro* et l'embryon *in*

[618] Décision n° 94-343 DC du 27 juillet 1994, JO 29 juillet 1994, *D.* 1995, p. 205 note B. Edelman. *D.* 1995 p. 237 Note B. Mathieu.
[619] CAA Douai, 2ème ch., 6 déc. 2005, n° 04DA00376, *D.* 2006, IR p. 180 ; *AJDA* 2006, p. 442, concl. R. Le Goff *RTD civ.* 2006, p. 87, obs. J. Hauser; *Dict. perm. bioéthique et biotechnologies*, Bull. n° 156, janv. 2006.

utero, tous deux ayant droit à un égal respect[620]. Néanmoins, à l'occasion de sa saisine, le Conseil constitutionnel a délivré une toute autre interprétation dans sa décision du 27 juillet 1994[621]. Les auteurs de la saisine estimaient que le principe d'égalité avait été violé car, que ce soient les embryons *in vitro* ou *in utero*, ils possèdent tous deux, dès la conception, tous les attributs de la personne humaine. Or, les lois bioéthiques de 1994 prévoyaient dans certains cas, la possibilité, pour certains embryons *in vitro*, d'être réimplantés, donnés ou étudiés. Cette différence de traitement étant jugée discriminatoire. Monsieur le Professeur Bernard Edelmen a relevé que ce moyen de la saisine était la conséquence directe de l'absence de statut juridique de l'embryon : « Si ceux-ci étaient vraiment des êtres humains qui méritaient le respect, alors ils devaient tous être traités sur le même pied d'égalité. Autrement dit, le concept même de respect impliquait une égalité de traitement »[622].

273. Or, le Conseil constitutionnel a répondu à cette saisine en énonçant que : « le législateur a assorti la conception, l'implantation et la conservation des embryons fécondés *in vitro* de nombreuses garanties (…) cependant, il n' a pas considéré que devait être assuré la conservation, en toutes circonstances, et pour une durée indéterminée, de tous les embryons déjà formés (…) il a estimé que le principe du respect de tout être humain dès le commencement de la vie ne leur était pas applicable (…) »[623].

274. Ainsi, l'absence de définition juridique de l'embryon, associé à l'ambigüité de l'article 16 du Code civil a permis au Conseil constitutionnel d'opérer une distinction entre les embryons *in vitro* et les embryons *in utero*. Le législateur a fait une distinction entre les personnes juridiques et les êtres humains au sein de l'article 16 du Code civil et n'a pas défini juridiquement l'embryon. Dès lors, le Conseil constitutionnel s'est engouffré dans la brèche en considérant que les embryons *in vitro* ne bénéficiaient donc pas du même respect que les embryons *in utero*. Il a alors raisonné de la manière suivante: si le législateur a permis la destruction, sous certaines conditions, des embryons *in vitro* ne faisant plus l'objet d'un projet

[620] B. Edelman, « Le conseil constitutionnel et l'embryon », *D.* 1995, p. 205.
[621] Décision n° 94-343 DC du 27 juillet 1994, JO 29 juillet 1994 *op. cit.*
[622] B. Edelman, *op. cit.*
[623] Considérant n° 9.

parental, cela signifiait donc que ces embryons n'étaient pas des sujets de droit mais bien des objets[624]. Or, la catégorie d'objet n'est pas compatible avec l'humanité.

275. Cette décision traduit donc les conséquences néfastes de l'absence de statut juridique de l'embryon, associé à la possibilité de lui porter atteinte même dans un cadre limité. Ainsi, si cette décision ne remet pas directement en question la nature humaine de l'embryon *in vitro*, qui est difficilement contestable, elle instaure une distinction entre les embryons *in vitro* non implantés et les embryons *in utero*. *C'est* cette distinction qui remet en question l'appartenance des embryons *in vitro* à l'humanité.

276. Cette décision est contestable à plusieurs titres. Elle conduit à établir une distinction entres les embryons *in vitro* et *in utero*, distinction qui provient de leur mode de conception. Or, ce n'est pas une distinction ontologique puisque, par nature l'embryon humain est humain. Ainsi, dans cette décision, la distinction opérée par raisonnement du Conseil constitutionnel est contre nature et ne tient pas compte de la réalité humaine. Il opère une distinction « indépendamment de toute réalité scientifique, mais selon des finalités utilitaristes des embryons protégés et des préembryons (non protégés)»[625].

277. En second lieu, le Conseil s'est appuyé dans sa décision, sur la notion contestable de préembryon. La notion de préembryon, consacrée par *l'European Science foundation,* désigne la collection de cellules qui se divisent jusqu'à l'apparition de la ligne primitive située au 14ème jour suivant la fécondation[626]. C'est à partir de ce moment que l'embryon s'individualiserait et deviendrait un être humain. Le concept de préembryon serait donc un seuil entre le « non-encore humain » et l'humain. Le préembryon serait « dépourvu de système nerveux, il n'a pas de sensibilité, pas même une amorce de cerveau jusqu'au 14ème jour fatidique où

[624] En ce sens B. Matthieu, *op. cit.*
[625] B. Matthieu, « La recherche sur l'embryon au regard des droits fondamentaux constitutionnels », *D.* 1999 p. 451.
[626] Le rapport de la Commission Sciences et technologies auprès du Conseil de l'Europe rendu le 13 décembre 1988 appelé le rapport « Palacios » a estimé que le préembryon ne dispose pas des mêmes caractéristiques que l'individu humain et ne saurait donc bénéficier de la même protection que ce dernier.

apparaît la ligne primitive qui porte bien son nom »[627]. Selon ce concept, la dimension humaine de l'embryon débuterait alors au 14ème jour après sa fécondation.

278. Ces considérations ont été à l'origine des législations espagnoles[628] et britanniques[629] autorisant la recherche sur l'embryon. Or, le principe de continuité de la vie humaine s'oppose à ce découpage de l'être humain. En effet, « ce séquençage en paliers qualitatifs accrédite l'idée d'un stade préhumain qui laisserait sans réelle contrainte juridique le champ libre à la recherche scientifique »[630]. Cette notion de préembryon a donc été largement critiquée en ce qu'elle avait pour conséquence de « réduire le poids affectif de l'œuf et dénier à l'embryon humain sa dignité de personne »[631].

279. Pourtant, cette notion semble bien être à l'origine de la distinction opérée entre les embryons *in vitro* et *in utero* par le Conseil constitutionnel[632]. En effet, en distinguant les embryons *in utero* et les embryons *in vitro* non implantés, il s'est positionné dans une perspective utilitariste de l'embryon *in vitro*.

280. .Les Professeurs Philipe Egea et Florence Bellivier[633] ont considéré que cette décision a permis de consacrer l'existence de plusieurs catégories d'embryons, et qu'elle résultait directement de la rédaction de l'article 16 du Code civil. En effet, selon eux, la possibilité de détruire des embryons surnuméraires n'était pas conciliable avec le principe de respect de l'être humain dès le commencement de sa vie. A partir du moment où la destruction n'était pas justifiée par la nécessité, il en résultait nécessairement la création d'une « (…) catégorie d'embryon à laquelle le principe du respect de l'être humain ne s'appliquait pas »[634]. Dès lors, le Conseil constitutionnel a consacré l'existence juridique de ces deux catégories d'embryons séparés par une nette zone de partage : d'un coté l'humain de l'autre le « non-encore humain ».

---

[627] E. Dhonte-Isnard, *L'embryon humain in vitro et le droit*, L'harmattan, 2004, p. 98.
[628] La loi espagnole du 27 novembre 1988 qui a autorisé la recherche sur les préembryons
Loi du 1er novembre 1990 appelée « *Human fertilisation and embryology Act* » qui a permis de créer un embryon, le conserver et l'utiliser dans le cadre d'un projet de recherche jusqu'à l'apparition de la ligne primitive soit le 14ème jour.
[630] V. Bourguet, *op. cit.* p. 116.
[631] I*bid*, p. 106.
[632] Sur cette idée voir notamment B. Edelman, *op. cit.*
[633] F. Bellivier, P. Egea, *op. cit.* p. 647.
[634] *Ibid.*

281. L'embryon *in vitro* est humain au sens biologique du terme, c'est-à-dire porteur du génome humain car « chaque individu, en droit, chaque être humain, porte une part du patrimoine génétique de l'humanité et, dans un autre sens, les principales caractéristiques du génome humain »[635]. Dès lors, on ne peut traiter différemment l'embryon *in vitro* et l'embryon *in utero* en se fondant sur des considérations liées à leur mode de conception ou au lieu où ils se trouvent. Si l'embryon est humain, il ne peut exister de gradation du respect selon qu'il se trouve *in utero* ou *in vitro*. Pourtant dans cette décision, le Conseil constitutionnel a considéré que l'embryon *in vitro* non-implanté n'était pas l'égal de l'embryon *in utero*. *En* décidant que le principe du respect de l'être humain dès le commencement de sa vie ne s'appliquait pas aux embryons *in vitro*, le Conseil constitutionnel a donc considéré qu'ils n'étaient pas des êtres humains méritant le respect.

2) L'humanité de l'embryon *in vitro* non implanté remis en cause dans l'arrêt de la CAA de Douai du 6 décembre 2005

282. La Cour administrative d'appel de Douai dans un arrêt du 6 décembre 2005 a poussé le raisonnement du Conseil constitutionnel à son paroxysme[636]. Dans cette affaire, un couple avait été suivi par le centre hospitalier d'Amiens dans le cadre d'une assistance médicale à la procréation depuis 1996. A cet effet, plusieurs embryons avaient été fécondés dont douze sélectionnés pour une implantation dans l'utérus maternel, les autres étant conservés par cryogénisation. De cette fécondation sont nées deux jumelles dans le courant de l'année 1998. Suite à une défaillance du système de conservation le 16 août 2000, l'implantation éventuelle d'autres embryons du couple a été compromise. Les parents ont donc agi devant le tribunal administratif d'Amiens pour obtenir réparation du préjudice causé par la défaillance du système de conservation du centre hospitalier.

283. Dans un jugement du 9 mars 2004 les premiers juges ont accordé 10 000 euros en réparation des divers troubles dans leurs conditions d'existence tout en refusant de reconnaître le préjudice lié à la douleur de la disparition des ces vies. Ils

[635] X. Bioy, *op. cit*. p. 161.
[636] CAA Douai, 2ème ch., 6 déc. 2005, n° 04DA00376, *op. cit.*

relèvent donc appel, dans le but d'obtenir la réparation du préjudice résultant de la perte d'êtres chers. La Cour administrative d'appel de Douai après avoir admis la responsabilité de l'établissement hospitalier, a débouté les requérants de leur demande d'indemnisation en estimant que les embryons n'étaient ni des êtres humains ni des produits humains ayant le caractère de chose sacrée ou présentant une valeur patrimoniale. La Cour a alors estimé que les requérants ne pouvaient pas sérieusement soutenir que les embryons constituaient des êtres humains ou des produits ayant le caractère de chose sacrée à laquelle est attachée une valeur patrimoniale. Dès lors, il faut en conclure que l'embryon *in vitro* n'est pas un être humain dont la perte peut être indemnisée au titre de la douleur de la perte d'un être cher.

284. Monsieur le Professeur Bernard Edelman a relevé le paradoxe de cette décision en constatant que : « l'embryon humain relève du néant humain: ni être humain, ni produit humain sacré, il est assimilable à une sorte de déchet. A quoi on peut ajouter que le mépris porté à cette « chose- là » le relègue en deçà même de l'animal, puisqu'on sait que la mort d'un cheval peut être pour son maître, la cause d'un préjudice subjectif et affectif (…) »[637]. Monsieur le Professeur Jean-René Binet dresse le même constat : « ne pas lui reconnaître la qualité d'être humain revient, plus radicalement, à déshumaniser l'embryon, à le rejeter dans le néant, à l'exclure de l'humanité »[638]. La Cour a donc rejeté la demande d'indemnisation du préjudice lié à la perte d'une chance d'être parent, estimant que les requérants avaient abandonné leur projet parental[639]. Un lien semble ici se tisser entre le projet parental et l'humanité de l'embryon *in vitro* puisque pour la Cour, la destruction de l'embryon *in vitro* aurait pu ouvrir droit à réparation s'il avait encore été porté par un projet parental.

285. Cette décision de la Cour administrative d'appel de Douai résulte également de l'ambigüité législative autour de la nature juridique de l'embryon. En effet, cette l'absence de statut juridique de l'embryon, qu'il s'agisse de l'embryon *in utero* ou *in*

[637] B. Edelman, *Ni chose, ni personne*, Hermann, 2009, p. 75.
[638] J.-R. Binet, « L'enfant conçu et le projet parental devant le juge administratif *»Dr. fam.* n° 3, mars 2006, étude 14.
[639] En réalité le professeur J.-.R Binet a relevé que les conditions de l'abandon du projet parental n'étaient pas réunies. En se fondant sur l'absence de réaction des parents à l'annonce de l'accident de décongélation arrivé deux ans après la naissance de leurs jumelles, la Cour a dénaturé l'inexistence du projet parental persistant des requérants.

vitro, a conduit la jurisprudence à en déduire une absence d'humanité de l'embryon *in vitro* non implanté. Or, on ne saurait admettre l'humanité de l'embryon *in utero* et, dans le même temps, rejeter celle de l'embryon *in vitro,* seuls leurs modes de conception se distinguant. Peu importe qu'il soit implanté ou en attente d'être implanté, la nature ontologique de l'embryon humain ne varie pas.

§2) L'humanité de l'embryon *in vitro* dépendant du projet parental ?

286. L'embryon *in vitro* et l'embryon *in utero* ne bénéficieraient pas de la même protection selon le Conseil constitutionnel. Lorsque le Conseil constitutionnel envisage une telle approche, il opère en réalité une distinction entre l'embryon non-implanté et l'embryon implanté dans l'utérus maternel. Des lors, ce serait l'existence du projet parental qui permettrait à l'embryon *in vitro* non-implanté de prétendre à la même protection que l'embryon *in utero* (A). D'une notion permettant d'encadrer l'assistance médicale à la procréation, le projet parental serait devenu une sorte de sésame permettant à l'embryon *in vitro* de s'humaniser (B).

A) L'influence du projet parental sur le devenir de l'embryon *in vitro*

287. La notion de projet parental est apparue en 1994, lors des premières lois bioéthiques mais n'a pas pour autant été définie et mérite donc d'être clarifiée (1). En effet, le projet parental joue un rôle prépondérant non seulement dans l'engagement dans le processus d'assistance médicale à la procréation mais également un rôle déterminant du sort de l'embryon conçu *in vitro* (2).

1) La notion de projet parental

288. L'assistance médicale à la procréation se définit par les pratiques cliniques et biologiques qui permettent la conception *in vitro*, la conservation des gamètes, des tissus germinaux et des embryons, le transfert d'embryons et l'insémination

artificielle[640]. C'est au sein de l'article L. 2141-4 du Code de la santé publique que l'on retrouve la notion de projet parental[641].

289. Aucune définition de celui-ci n'est pourtant donnée. Le projet parental est une notion qui a évolué au fil des époques et des sociétés données. En effet, dans les sociétés « traditionnelles », l'enfant est appréhendé sous le prisme du groupe, « l'enfant est certes investi d'une valeur forte, mais celle-ci est souvent mise en rapport avec l'intérêt immémorial des humains vis-à-vis de leur descendance et avec le souci qu'a toute communauté humaine de sa propre perpétuation »[642]. Le projet parental est donc tourné vers le groupe. Dans le monde occidental, le modèle conjugal est fondé sur les relations affectives liant les conjoints entre eux et leurs enfants. Ce modèle s'est imposé dans les milieux bourgeois au XVIIIème siècle avant de s'imposer dans toutes les catégories sociales[643]. Par la suite, le modèle occidental conjugal a évolué vers un modèle de l'enfant désiré. En effet, la fécondité a été maîtrisée depuis la légalisation de l'usage des contraceptifs par la loi « Neuwirtz »[644] puis la loi Veil.

290. Le projet parental est aujourd'hui fondé sur un désir d'enfant par les membres d'un couple, placés dans une égalité légale depuis l'abolition de l'autorité paternelle

[640] Art. L. 2141-1, al. 1er Code sant. publ. Les articles L. 2141-1 à L.2151-8 du Code de la santé publique concernent plus spécifiquement l'assistance médicale à la procréation, la recherche sur l'embryon et les cellules embryonnaires ; Les articles L. 1244-1 à L.1244-9 du même code consacrés au don et à l'utilisation des gamètes, art. L. 2141-1, al. 1er

[641] Article L 2141-4 du Code de la santé publique : « 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. II.-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 : 1° Leurs embryons soient accueillis par un autre couple dans les conditions fixées aux articles L. 2141-5 et L. 2141-6 ; 2. Leurs embryons fassent l'objet d'une recherche dans les conditions prévues à l'article L. 2151-5 ou, dans les conditions fixées par cet article et l'article L. 1125-1, à ce que les cellules dérivées à partir de ceux-ci entrent dans une préparation de thérapie cellulaire à des fins exclusivement thérapeutiques; 3° Il soit mis fin à la conservation de leurs embryons. 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. En cas de décès de l'un des membres du couple, le membre survivant ne peut être consulté avant l'expiration d'un délai d'un an à compter du décès, sauf initiative anticipée de sa part. III.-Dans le cas où l'un des deux membres du couple consultés à plusieurs reprises 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. IV.-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 ».

[642] C. Legras « Le projet parental suffit-il ? », *Laennec*, 2012/1, tome 60, p. 25.

[643] *Ibid.*

[644] Loi n° 67-1176 du 28 décembre 1967 relative à la régulation des naissances.

par la loi du 4 janvier 1970 au profit de l'autorité parentale. Cette dynamique a été également favorisée par les progrès de la science et de la médecine qui ont permis de contourner les impossibilités physiques de procréer. Ainsi, « la maîtrise n'est plus seulement négative, *via* la possibilité d'empêcher la conception, elle a aussi un visage positif grâce à l'assistance médicale à la procréation (…)»[645]. Le projet parental est donc un désir de parenté, qui peut se traduire à travers les moyens mis au service des parents pour planifier et concevoir la naissance[646].

291. Lorsque le législateur fait référence au projet parental dans le cadre de l'AMP, il l'envisage non comme un mode alternatif de procréation mais sur le modèle de la procréation naturelle. En effet, l'article L. 2141-2 du Code de la santé publique définit le cadre d'utilisation de l'AMP en visant expressément : l'homme ou la femme qui ont recours à une technique d'assistance à la procréation pour deux raisons: éviter la transmission à l'enfant ou à un membre du couple d'une maladie d'une particulière gravité, ou « remédier à l'infertilité d'un couple ». C'est un caractère pathologique de l'infertilité qui est visé, et non social, ce qui exclu le couple homosexuel. Dès lors, en fondant l'AMP sur ce caractère pathologique, l'exclusion des couples de même sexe est ainsi justifié par la considération selon laquelle: «l'identité de sexe d'un couple ne saurait être vue comme pathologique, faute pour l'homosexualité de revêtir elle-même ce qualificatif »[647].

292. L'adoption du mariage pour les couples de même sexe par la loi du 17 mars 2013[648] a permis de consacrer juridiquement la famille homoparentale[649]. La question de l'ouverture de l'AMP aux couples de même sexe s'est alors rapidement posée. Or, depuis les premières lois bioéthiques, l'AMP a un caractère thérapeutique fondant le rejet de l'ouverture au couple homosexuel. Les dernières lois bioéthiques ont rappelé que l'AMP était une réponse médicale à une question médicale. Depuis la loi du 17 mai 2013 des arguments en faveur de l'ouverture de l'AMP au couple

645 C. Legras, *op. cit*. p. 26
646 *Ibid*. p. 28.
647 B. Boysson, « L'assistance médicale à la procréation pour les couples homosexuels, quelles perspectives ? » *Dr. fam*. 2013 dossier 25.
648 Loi n° 2013-404 du 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe.
649 Sur cette idée voir notamment, P. Murat « L'ouverture de l'adoption aux couples de même sexe… ou l'art de se mettre au milieu du gué » D*r. fam*. 2013, dossier 24.

homosexuel sont avancés[650] mais le législateur ne s'est pas encore engagé dans une telle réforme[651].

293. Aujourd'hui, le projet parental tel qu'il est envisagé dans le cadre de l'AMP, est celui conçu entre deux personnes de sexes différents, en âge de procréer, liées par une relation affective et une volonté commune. La notion est évolutive nous l'avons vu et pourrait donc s'accommoder en fonction de l'évolution législative. Par conséquent, le projet parental pourrait être animé par une femme ou un homme seul ou par des couples homosexuels, car la notion de projet parental « (…) a donc une forte dynamique interne, qui fait obstacle à l'établissement de limites rigoureusement justifiées »[652].

294. Dans un avis du 22 septembre 2014, la Cour de cassation a estimé que le recours à la PMA à l'étranger, par insémination artificielle avec donneur anonyme, ne faisait pas obstacle à ce que l'épouse de la mère puisse adopter l'enfant ainsi conçu[653]. La Cour de cassation avait été saisie de la question suivante: « L'accès à la procréation médicalement assistée, sous forme d'un recours à une insémination artificielle avec donneur inconnu à l'étranger, par un couple de femmes est-il de nature, dans la mesure où cette assistance ne lui est pas ouverte en France en application de l'article L.2141-2 du Code de la santé publique, à constituer une fraude à la loi sur l'adoption, et notamment aux articles 343 et 345-1 du Code civil et au Code de la santé publique, empêchant que soit prononcée une adoption de l'enfant né de cette procréation par l'épouse de la mère biologique? ». Il semblerait que la condamnation de sa jurisprudence relative à la GPA, par la Cour européenne des droits de l'homme dans les arrêts Mennesson et Labassée[654], ait influencé directement la solution ici présenté.

---

[650] Voir notamment B. Boysson, *op. cit*.

[651] L'accès à l'AMP pour les couples de même sexe est autorisé par le Royaume-Uni, la Grèce, l'Espagne, la Belgique, les Pays-Bas, la Finlande, les États-Unis, le Canada et le Danemark. La Belgique, le Danemark, l'Espagne, les Pays-Bas et le Royaume-Uni autorisent l'accès à l'AMP tant pour les femmes seules que pour les couples homosexuels. Le Québec autorise la mention sur l'acte d'état civil de naissance des deux femmes homosexuelles. Le TGI de Lille n° 2013-027517, le 14 octobre 2013 a autorisé la première adoption plénière d'un enfant issu d'une AMP par l'épouse de la mère. En revanche le TGI de Versaille n° 13/00168, le 29 avril 2014 a rendu la première décision refusant d'accorder l'adoption en raison des circonstances ayant présidé à la conception de l'enfant.

[652] M.-A. Hermitte, « De l'avortement aux procréations artificielles, la toute-puissance du projet parental », *Natures Sciences Sociétés*, 2007/3 volume 15, p. 278.

[653] Cass., avis, 22 sept. 2014, n° 15011 : JurisData n° 2014-021251 ; Cass., avis, 22 sept. 2014, n° 15010 JurisData n° 2014-021255, J. Hauser, « L'externalisation de la fabrique des enfants? » JCP G n° 41, 2014, 1004.

[654] CEDH, 26 juin 2014, n° 65192/11: JurisData n° 2014-015212, CEDH, 26 juin 2014, n° 65941/11 , JurisData n° 2014-015214; *Dr. fam.* 2014, comm. 128, C. Neirinck.

En effet, en admettant que « le recours à une AMP avec tiers donneur anonyme à l'étranger ne fait pas obstacle à l'adoption de l'enfant né de cette procréation par l'épouse de sa mère dès lors que les conditions légales de l'adoption sont réunies et qu'elle est conforme à l'intérêt de l'enfant», la Cour de cassation a considéré que l'AMP pour les couples de même sexe pourtant toujours interdit par le législateur, pouvait produire des conséquences juridiques sur le terrain de la filiation en contradiction avec la lettre même de l'article L. 2141 -2 du Code de la santé publique et de l'article 311-20 du Code civil[655]. Par cet avis, la Cour de cassation semble s'orienter vers une consécration d'un droit à l'enfant pourtant jusqu'ici rejetée par le législateur[656].

2) Le rôle déterminant du projet parental sur le devenir de l'embryon *in vitro*

295. La fécondation *in vitro* permet la conception d'embryons *in vitro*. Or, sont conçus plus d'embryons qu'il n'en est implanté[657]. En effet, l'implantation dans l'utérus maternel a été limité à deux voire trois embryons par maximum. Les autres sont congelés et dénommés les « embryons surnuméraires ». Selon les articles L. 2141-3[658] et L. 2141-4[659] du Code de la santé publique plusieurs possibilités s'offrent

[655] Avant de bénéficier d'un don de gamètes, le couple bénéficiaire, obligatoirement composé d'un homme et d'une femme, doit impérativement et préalablement consentir à ce don devant un juge ou un notaire qui «les informe des conséquences de leur acte au regard de la filiation ». L'article 311-20, l'article L. 2141-2 du Code de la santé publique et l'artice 6-1 du Code civil interdisent aux femmes françaises seules ou en couple homosexuel d'avoir recours à l'AMP

[656] En ce sens voir C. Neirinck, « Les avis de la Cour de cassation relatifs à l'adoption plénière par l'épouse de la mère et la consécration jurisprudentielle d'un droit à l'enfant », Droit de la famille n° 11, novembre 2014, comm. 160.

[657] Lors d'une fécondation *in vitro,* une dizaine d'ovocytes sont ponctionnés chez la mère et mis en contact avec les spermatozoïdes aboutissant à la production d'environs cinq embryons viables par FIV. En général quatre tentatives de FIV sont nécessaires ce qui aboutit à une statistique de 19 embryons conçus pour une naissance.

[658] « Un embryon ne peut être conçu in vitro que dans le cadre et selon les objectifs d'une assistance médicale à la procréation telle que définie à l'article L. 2141-1. Il ne peut être conçu avec des gamètes ne provenant pas d'un au moins des membres du couple. 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. Dans ce cas, ce nombre est limité à ce qui est strictement nécessaire à la réussite de l'assistance médicale à la procréation, compte tenu du procédé mis en œuvre. 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. Les membres du couple peuvent consentir par écrit à ce que les embryons, non susceptibles d'être transférés ou conservés, fassent l'objet d'une recherche dans les conditions prévues à l'article L. 2151-5. 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 ».

aux parents quant au sort de ces embryons. Ils peuvent être implantés ultérieurement, être accueillis par un couple, faire l'objet d'une recherche scientifique, ou être détruits à l'issue d'un délai de cinq ans. Le destin de ces embryons est donc suspendu à la persistance ou non du projet parental.

296. Le projet parental est déterminé par la volonté des deux membres du couple. Cette volonté est rappelée par l'article L. 2141-4 alinéa premier qui prévoit que 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. Ainsi, il convient d'en déduire que le sort de l'embryon *in vitro* non-implanté est suspendu à la puissance de la volonté parentale. Le projet parental conduit donc les parents à consentir à un don d'embryon, selon l'article L. 2141-5 du Code de la santé publique. L'accueil de cet embryon est la conséquence de la fin d'un premier projet parental. La fin du projet parental peut également donner lieu à des recherches sur les embryons surnuméraires. Les géniteurs ne souhaitant plus mener leur projet parental à terme concernant les embryons en attente peuvent donner leur consentement pour que des recherches soient pratiquées sur eux. Cette décision entraine à terme entraîne la destruction de ces embryons[660].

297. Selon l'article L. 2141-4 du Code de la santé publique le projet parental prend fin dès lors qu'il n'est pas poursuivi et après l'expiration d'un délai de 5 ans, en cas de décès d'un des membres ou de désaccord sur le devenir de l'embryon. L'accord de

---

[659] **« I.-**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. **II**.-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 : **1°** Leurs embryons soient accueillis par un autre couple dans les conditions fixées aux articles L. 2141-5 et L. 2141-6 ; **2°** Leurs embryons fassent l'objet d'une recherche dans les conditions prévues à l'article L. 2151-5 ou, dans les conditions fixées par cet article et l'article L. 1125-1, à ce que les cellules dérivées à partir de ceux-ci entrent dans une préparation de thérapie cellulaire à des fins exclusivement thérapeutiques ; **3°** Il soit mis fin à la conservation de leurs embryons. 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. En cas de décès de l'un des membres du couple, le membre survivant ne peut être consulté avant l'expiration d'un délai d'un an à compter du décès, sauf initiative anticipée de sa part. **III.-**Dans le cas où l'un des deux membres du couple consultés à plusieurs reprises 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. **IV**.-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 ».

[660] *Ibid.*

volonté est le cœur du projet parental, cela explique alors le fondement de l'interdiction de poursuivre la procréation après le retrait du consentement d'un des membres[661]. L'interdiction de la procréation posthume[662] trouve l'un de ses fondements[663] dans cette absence de projet parental. La loi du 7 juillet 2011 n'a pas autorisé le transfert post mortem[664], la seule possibilité pour la veuve étant de consentir à l'adoption des embryons par un autre couple.

298. Le projet parental est donc déterminant des conditions de survie de l'embryon non-implanté puisque l'assistance médicale à la procréation a lié le sort des embryons surnuméraires à ce dernier.

B) La persistance du projet parental comme critère contesté de l'humanité de l'embryon i*n vitro*

299. Le législateur n'a pas souhaité définir la nature de l'embryon *in vitro* mais a encadré et limité les atteintes pouvant lui être portées[665]. C'est cette incertitude de la nature juridique de l'embryon qui a notamment permis au Conseil constitutionnel d'opérer une distinction entre les embryons *in utero* et *in vitro*. Le projet parental semble être dans cette décision un critère déterminant la considération humaine de l'embryon *in vitro*. En effet, l'embryon *in vitro* n'accèderait à l'humanité que pour autant qu'il soit porté par un projet parental. Le projet parental permettrait alors à l'embryon d'être implanté ou en attente d'implantation. Dès lors que le projet parental n'existe plus, aucune implantation n'est possible. Le Conseil constitutionnel a réservé le principe du respect de l'article 16 du Code civil aux embryons *in utero,* car ils sont implantés. Par conséquent, en ce qui concerne les embryons *in vitro*, le projet parental et sa persistance détermineraient sa qualité humaine.

---

661 Dans l'arrêt *Evans c/ RU* du 7 mars 2006 n° 6339/05*, RTD civ 2007, n° 2, p. 295,* note J.-P. Marguénaud *; JCP G,* 2007, n° 13, p. 21 note C. Byk. La CEDH a considéré que cette interdiction ne constituait pas une violation de l'article de la CEDH.

662 La procréation posthume s'entend de l'insémination qui consiste pour une femme à être inséminée à l'aide des paillettes déposées au Centre d'étude et de conservation des œufs et du sperme humain (CECOS) par son mari ou son compagnon décédé ou du transfert d'embryon *post mortem* qui consiste à transférer dans l'utérus de la femme survivant au décès de son mari ou de son compagnon un ou plusieurs embryons congelés conçus dans le cadre d'une AMP. Le droit positif interdit les deux pratiques sans les distinguer.

663 Des questions liées à l'établissement de la filiation ainsi qu'à la capacité de succession de l'enfant posthume expliquent également les réticences du législateur.

664 Article L. 2141-5 du Code sant. publ.

665 Cf. *supra*.

300. Cette approche rejoint celle adoptée par le CCNE dans son avis n° 112 du 21 octobre 2010 lorsqu'il a déclaré que : « c'est l'existence de ce lien humain, l'inscription dans un projet parental, qui, comme l'ont exprimé les États Généraux de bioéthique, fait de la «personne humaine potentielle» qu'est l'embryon *in vitro* une personne humaine potentielle «en devenir »[666]. En effet, le CCNE a estimé que les embryons surnuméraires sont des embryons « en trop » lorsqu'ils ne sont plus inscrits dans un projet parental.

301. Ainsi, dans cette perspective, le projet parental ferait le lien entre l'embryon *in vitro* et son appartenance à l'humanité. En considérant qu'il ne peut être porté atteinte à l'intégrité de l'embryon *in vitro* aussi longtemps qu'il est l'objet d'un projet parental, ce dernier permettrait de distinguer les embryons bénéficiant du respect, au sens de l'article 16 du Code civil, et ceux à qui on l'on peut porter atteinte car ils ne bénéficieraient pas de la protection de l'article 16 du Code civil. C'est sur ces considérations que le CCNE affirme que « ce lien humain, entre le couple de futurs parents et leur futur enfant, préexiste à la création de l'embryon *in vitro*. Il est la condition même de sa création dans le cadre de l'AMP. C'est l'existence et la persistance de ce lien humain qui fait de la « personne humaine potentielle » qu'est l'embryon *in vitro* une « personne humaine potentielle » en devenir »[667].

302. Le rapport sur les États généraux de la Bioéthique a considéré que l'inscription dans un projet parental permettait d'inscrire l'embryon dans son humanité car ce rapport détermine le devenir humain de l'embryon. Sans projet parental, sans relation, cette vie, n'est plus « qu'une matière vivante dont le devenir serait rendu impossible »[668]. Selon ces approches, le projet parental serait le point d'ancrage de l'humanité de l'embryon *in vitro*.

303. En faisant du projet parental le point d'ancrage de l'humanité de l'embryon *in vitro*, on justifie par la même occasion la possibilité de porter atteinte à cet embryon dès lors qu'il n'est plus désiré. L'embryon *in vitro* ne serait humain que dans la mesure où il serait l'objet d'un désir et non-humain à partir du moment où le projet parental s'éteindrait. Il tomberait dans la catégorie juridique des choses

[666] www.ccne-ethique.fr/sites/default/files/publications/avis112.pdf p.10
[667] *Ibid.* p. 6
[668] *Rapport des États Généraux de la Bioéthique*, La documentation française, juillet 2009.

appropriables à compter de ce moment. Une partie de la doctrine fait même de la notion de projet parental, la frontière entre la qualité de personne et la qualité de chose de l'embryon[669].

304. Nous ne partageons pas cette approche qui tend à faire du projet parental un critère déterminant l'humanité de l'embryon *in vitro*. En effet, l'embryon *in vitro* qui va être implanté, l'embryon *in vitro* surnuméraire conservé dans l'attente d'une éventuelle implantation future, et l'embryon *in utero,* ont la même nature biologique. L'humanité de l'embryon n'est pas déterminée par le bon vouloir des parents, ni même par le législateur. L'humanité de l'embryon est un fait biologique qui s'impose et se constate. Le législateur, les parents, la société, n'ont pas le pouvoir de décider ce qu'il est ontologiquement. Ils ont le pouvoir de dire comment le traiter juridiquement mais certainement pas le pouvoir de modifier sa réalité biologique.

305. En faisant du projet parental un critère d'accès à l'humanité on admet alors que les embryons inscrits dans un projet parental, sont humains, que certains vont cesser de l'être avec le désintérêt de leurs géniteurs, que d'autres le redeviennent s'ils sont à nouveau l'objet d'un projet parental[670]. L'humanité est ou n'est pas, elle ne peut se constater à moitié, ni au gré du bon vouloir des tiers. Le relativisme qu'implique cette approche ne peut emporter notre approbation. Le projet parental est à l'origine de la décision qui peut conduire à la fin de la conservation des embryons surnuméraires, et donc à leur fin de vie, mais en aucun cas il ne peut déterminer leur humanité qui est indépendante d'une volonté parentale.

306. Conclusion chapitre Ce que manifeste l'existence du projet parental, comme critère de l'appartenance à l'humanité pour l'embryon *in vitro* surnuméraire, c'est la nécessité d'une prise de position législative quant à sa nature juridique. En effet, en refusant de trancher cette question, le législateur a organisé un c*orpus* de règles qui fait pencher son régime, tantôt du côté de la personne juridique, tantôt du côté de la chose. Or, en se positionnant au milieu du gué, le législateur a favorisé les

[669] En ce sens , F. Alt-Maes, « Les recherches sur l'embryon in vitro *», RGDM*, n° 27, 2008, p. 49 ; A. Mercier, « L'embryon in vitro qui ou quoi ? », *in L'embryon, le fœtus et l'enfan*t, ss. dir. C. Paley-Vincent et P. Jouannet, éd. Eska, 2009, p. 132 ; A. Louis-Pecha, « La qualification juridique de l'embryon, objet ou sujet? », *ibid,* p. 100

[670] A. Mirkovic, «Le statut de l'embryon, la question interdite ! » *JCP G*, n° 4 , janvier 2010, p. 99

interprétations jurisprudentielles et doctrinales réificatrices de l'embryon *in vitro,* et parfois même deshumanisantes. De l'absence de détermination juridique, la jurisprudence à été jusqu'à remettre en question l'humanité même de cet être. Le projet parental comme critère de l'humanité de l'embryon *in vitro* est révélateur des inconséquences produites par l'absence de statut législatif de l'embryon *in vitro*.

307. Cette puissance du projet parental est également présente au sein de la législation sur l'interruption volontaire de grossesse. En effet, les législations qui visent « la maîtrise du vivant »[671], et qui concernent les règles qui permettant de concevoir et celles qui permettent de refuser la maternité, auraient pour caractéristiques la puissance du projet parental. Madame Marie-Angèle Hermitte constate que « de l'avortement aux techniques de procréation c'est la toute-puissance du projet parental qui fait le lien. Confrontée à une absence de projet parental, ou aussi bien, à un projet qui se révèle décevant, défaillant, une femme avorte »[672]. Nous allons constater, au chapitre suivant, que la situation juridique de l'embryon *in utero,* caractérisée par la même indétermination législative, est génératrice d'incohérences législatives et jurisprudentielles. Loin de clarifier la situation juridique de l'embryon *in utero*, l'évolution de la législation sur l'IVG a conforté ce désordre symptomatique autour de la condition juridique de l'être avant la naissance.

[671] Voir en ce sens, C. Labrusse-Riou, La maîtrise du vivant: matière à procès», *Pouvoirs* n56, 1991, p. 87.
[672] M.-A. Hermitte, « De l'avortement aux procréations artificielles, la toute puissance du projet parental », *Natures, Sciences, Société*, 2007, volume 15, p. 274.

Chapitre second : Les incohérences autour de l'absence de statut législatif de l'enfant *in utero*

309. Comme ce fut le cas à l'occasion des différentes lois bioéthiques, le législateur n'a pas saisi l'occasion de clarifier le statut de l'embryon *in utero* lors de la modification de la loi IVG. Dès lors, ce silence législatif a laissé place à des interprétations doctrinales et jurisprudentielles hésitantes concernant la nature juridique de l'embryon *in utero*. En effet, la législation relative à l'interruption volontaire de grossesse a oscillé entre dépénalisation et décriminalisation[673]. Dès lors, on a pu observer un véritable bouleversement de la *ratio legis* de l'infraction d'avortement qui a eu pour fondement la protection de la vie anténatale. Ce bouleversement peut trouver une explication dans l'avènement de la liberté sexuelle de la femme qui a redistribué le rôle dévolu à la matière pénale pour marquer certains interdits.

310. Au nom de la liberté sexuelle, les femmes ont souhaité avoir un accès à la contraception et à l'avortement afin de pouvoir contrôler la maternité. C'était la condition d'un véritable exercice de la liberté sexuelle. La liberté se définit comme « la possibilité d'accomplir ou ne pas accomplir un acte qui n'est ni interdit ni imposé par les règles en vigueur : c'est la sphère d'autonomie laissé par l'ordonnancement juridique à l'individu »[674]. La liberté sexuelle de la femme implique la liberté procréative qui positivement se traduit par le désir de maternité et, négativement, par le refus de la maternité. La législation sur loi IVG est devenue l'enjeu et le symbole de cette liberté sexuelle[675]. Ainsi, la loi IVG et ses modifications ultérieures, combinées à l'absence de définition juridique de l'embryon *in utero,* ont nécessairement eu des incidences sur les considérations liées à la nature juridique de le l'embryon *in utero*

---

673 Monsieur le professeur Marc Ancel a défini la dépénalisation de manière large comme « l'affaiblissement de la réaction sociale qui tantôt abandonne la voie proprement pénale, tantôt la modère, tantôt y substitue d'autres voies, moins traumatisantes et plus efficaces », « Réforme pénale et dépénalisation. Observations introductives aux IIIème journées latines de politique criminelle et de défense sociale*, RSC* 1983 p. 145. Dès lors, cette acception recouvre en réalité deux notions : dépénalisation *stricto sensu* et la décriminalisation. Au sens strict, la dépénalisation doit s'entendre selon Monsieur le Professeur Jean Pradel de « toute forme de désescalade à l'intérieur du système pénal » et peut donc s'entendre de l'abaissement de la peine, de la correctionnalisation ou de la contraventionnalisation. En revanche la décriminalisation consiste quant à elle, à cesser d'incriminer un comportement. C'est, selon Monsieur le Professeur René Gassin, « la mise hors la compétence du système pénal d'un acte ou d'une activité jusqu'alors pénalement sanctionné ». Le comportement antérieurement délictueux devient légitime.

674 D. Lochak, *La liberté sexuelle*, ss dir. D. Borillo, D. Lochak, PUF, 2005, p. 15.

675 La liberté sexuelle n'est consacrée par aucun texte *stricto sensu* mais elle est rattachée par la jurisprudence au respect de la vie privée depuis l'arrêt *Drugeon c/ Royaume Uni*, 1981. Pour une étude complète des aspects de la liberté sexuelle, voir en ce sens: D. Borillo, D. Lochak, *La liberté sexuelle*, *op. cit*. p. 7.

(Section première). Paralysé entre une analyse erronée de la législation IVG, et son absence de statut juridique, l'enfant à naître ne semble plus pouvoir bénéficier d'une protection pénale. Parallèlement à cette situation, le droit pénal a su organiser la protection pénale du cadavre et de l'animal. Récemment, le législateur s'est engagé dans une réforme de la condition animale puisque l'Assemblée nationale a adopté en deuxième lecture, le 30 octobre 2014, le projet de loi de modernisation et de simplification du droit dans les domaines de la justice et des affaires intérieures. Ce projet de loi modifie le Code civil en reconnaissant en son article 1 bis, la qualité d'être sensible de l'animal[676]. Cette perspective souligne considérablement les incohérences liées à la condition pénale de l'enfant à naître (Section seconde).

[676] Il est inséré un article 515-14 ainsi rédigé : « Les animaux sont des êtres vivants doués de sensibilité. Sous réserve des lois qui les protègent, les animaux sont soumis au régime des biens ».

Section I : Les répercussions de l'évolution législative de l'IVG sur le statut de l'embryon *in utero*

312. Les années 1970 ont été marquées par la dépénalisation partielle de l'avortement, l'accès des femmes à la pilule contraceptive[677]. Les années 1980 ont témoigné des progrès de la biomédecine en matière de procréation. Au milieu de toutes ces évolutions, le statut de l'embryon in utero a commencé à être débattu. Il s'est alors trouvé au cœur d'enjeux tels que : la liberté des femmes de disposer de leur sexualité et la liberté procréative. La maîtrise de la procréation humaine est passée d'un fait de société à une véritable consécration juridique[678]. L'évolution de la législation sur l'interruption volontaire de grossesse illustre parfaitement cette transformation. En effet, le retrait progressif de la norme pénale en la matière est particulièrement révélateur de ce changement. Le Code pénal entré en vigueur le 1er mars 1994 ne vise plus l'avortement mais l'interruption volontaire de grossesse. L'interruption volontaire de grossesse n'a donc plus la même *ratio legis*, qui est désormais tournée vers la protection de la liberté procréative de la femme. Cette évolution combinée à l'absence de prise de position sur le statut de l'embryon *in utero*, a nécessairement semé le trouble sur la manière de l'appréhender juridiquement (§1) Ce bouleversement autour de la législation sur l'interruption volontaire de grossesse a généré l'idée selon laquelle la protection pénale de l'enfant à naître aurait pour conséquence (et parfois aussi pour ambition cachée) de remettre en cause la législation sur l'IVG **(§2).**

§1) De la protection de la vie anténatale à la consécration d'une liberté pénalement protégée

677 La loi n° 72-1204 du 31 décembre 1979 relative à l'interruption volontaire de grossesse a pérennisé la loi de 1975. La loi du 31 n°82-1172 du 31 décembre 1982, dite « Loi Roudy » a mis en place le remboursement de l'IVG à hauteur de 80%, et à 100% pour les assurées sociales bénéficiant du ticket modérateur.

678 La loi de financement de la Sécurité sociale pour 2013 n° 2012-1404, du 17 décembre 2012 a permis la gratuité des contraceptions pour les mineures de 15 à 18 ans ainsi que le remboursement à 100% de l'interruption volontaire de grossesse de toutes les femmes. Mise en place par le décret n° 2013-248 du 25 mars 2013.

313. En 1975, la question de l'avortement a été présentée comme une exception au principe du respect de la vie humaine. Ainsi, l'avortement a été maintenu comme une infraction pénale, la dépénalisation n'étant que partielle. Un certain équilibre semblait être maintenu entre la possibilité pour la femme de mettre fin à sa grossesse en cas de détresse et la protection pénale de l'enfant à naître. La législation sur l'IVG s'accommodait alors de la protection pénale de la vie anténatale.

314. La liberté sexuelle de la femme est ensuite passée du simple phénomène de société à une valeur consacrée juridiquement. Dès lors, la liberté procréative de la femme corollaire de cette liberté sexuelle fait l'objet d'une consécration juridique, que l'on retrouve à travers la législation sur l'AMP (c'est le versant positif de cette liberté procréative) et sur l'IVG (c'est le versant négatif). La législation sur l'IVG a donc vu son fondement et son économie profondément bouleversée au fur et à mesure que s'affirmait cette liberté procréative. Ces bouleversements ont alors eu des répercussions négatives sur le statut de l'enfant à naître (A). En effet, l'interruption volontaire de grossesse, symbole de la liberté procréative de la femme lorsqu'elle s'exprime par le refus de maternité, serait devenu incompatible avec une protection pénale de la vie de l'enfant à naître(B).

A) Les incidences de la transformation de la *ratio legis* de l'IVG : sur le statut de l'enfant à naître

315. A partir de la refonte du Code pénal, le législateur a opéré un profond changement d'approche de l'infraction d'avortement, la faisant basculer d'une approche strictement pénale à une approche médicale (1). Ces bouleversements de la *ratio legis* ont été interprétés comme la traduction de la réification de l'enfant à naître (2).

1) La transformation de la *ratio legis*: de la protection de la vie de l'enfant à naître à la protection de la femme enceinte.

316. En 1975, la loi IVG est présentée comme une dérogation au principe général de respect de la vie humaine dès son commencement. Elle est alors analysée comme une

permission de la loi ne remettant pas en question la protection pénale de la vie anténatale Cette loi, qualifiée par certain de pragmatique[679] a été présentée comme une exception justifiée par des exigences d'ordre sociales[680]. Par conséquent, l'avortement demeurait une infraction pénale sauf lorsque la loi en disposait autrement. Un certain équilibre était ainsi obtenu par le législateur et l'absence de définition de l'embryon *in utero* ne le mettait pas en péril

317. Lors de la réforme du Code pénal, l'infraction a subi un véritable bouleversement initié par un changement terminologique. En effet, le Code pénal de 1994, a substitué au terme d'avortement, celui d'interruption illégale de grossesse, au sein des articles 223-10 à 223-12 du Code pénal. Cette substitution s'expliquant par la référence douloureuse à l'histoire de cette infraction qui sanctionnait un comportement criminel. Dès lors, le législateur a souhaité manifester le changement de la législation sur l'interruption volontaire de grossesse, qui n' a pas pour objet de stigmatiser les comportements des femmes qui y ont recours.

318. La transformation de la *ratio legis* de l'IVG s'est également manifestée à travers la suppression de l'auto-avortement par la loi du 27 janvier 1993[681]. Les deux premiers alinéas de l'article 223-12 du Code pénal ont alors été abrogés. Les conséquences de cette suppression impliquant que la femme peut pratiquer une interruption de grossesse sans respecter le cadre légal, et sans s'exposer à une sanction pénale. Cette nécessité de décriminaliser[682] l'auto-avortement, a été justifié d'une part, par la volonté de ne plus considérer la femme avortée comme une délinquante[683] et d'autre part, parce que c'était une infraction symbolique n'ayant aucune efficacité d'un point de vue dissuasif[684]. Ainsi, jusqu'au moment de l'accouchement, l'atteinte volontaire à la vie de l'enfant à naître n'est pas sanctionnée si l'auteur est la mère. Madame Elodie Hartmann dans sa thèse intitulée la « maternité criminelle en droit pénal français de l'ancien régime à nos jours » a constaté que le législateur a introduit pour la première fois, un cas d'avortement

[679] G. Roujou de Boubée, « L'interruption volontaire de grossesse », *D.* 1975, chron. p. 212.
[680] En ce sens, C. Brunetti-Pons, « Quelques réflexions à propos de l'évolution de la législation relative à l'interruption volontaire de grossesse», *Dr.fam.* 2001, n° 11, chron. 23.
[681] La Loi n° 93-121 du 27 janvier 1993 portant diverses mesures d'ordre social, JO, 30 janvier 1993, p. 1580.

[683] En ce sens A. Recours, JOAN, 3ème séance du 4 décembre 1992, p. 6582-6592.
[684] J.-M. Le Guen, JOAN, débat 3ème séance du 4 décembre 1992, p. 6582-6592

illégal non-pénalement sanctionné[685]. Cette décriminalisation de l'auto-avortement ouvrait alors la voie au renversement complet de la rationalité répressive[686].

319. L'article 223-11 du Code pénal issu de la loi du 22 juillet 1992[687], a incriminé l'interruption de grossesse réalisée en violation de l'une des conditions énumérées par la loi. Illustrant le bouleversement dans l'approche de l'interruption volontaire de grossesse. Cet article fait de l'interruption de grossesse un fait licite sauf lorsqu'il est pratiqué de manière irrégulière. Sous l'empire de l'ancien article 317 du Code pénal, l'avortement était sanctionné sauf s'il était réalisé dans les conditions légales. Ainsi, le législateur a substitué un principe de licéité assorti d'une exception au principe de répression assorti de l'impunité[688].

320. Ce bouleversement du fondement de l'IVG est également perceptible lorsque l'on s'intéresse à la place même de cette incrimination au sein du Code pénal. En effet, l'article 223-11 du Code pénal est situé au sein du chapitre III intitulé « De la mise en danger de la personne ». L'infraction a donc pour fondement la sanction de l'irrespect des conditions de la réalisation de l'interruption de grossesse mettant en danger la santé de la mère. C'est pourquoi cet article est situé dans la partie du Code pénal dont l'objet est la protection de la personne (en l'occurrence ici de la mère) et des atteintes qui peuvent lui être causées. L'objet de la protection de l'interruption illégale est tourné vers l'intégrité corporelle de la femme enceinte. Dès lors, à partir de 1992, l'avortement en tant qu'infraction portant atteinte à la vie de l'enfant à naître a disparu du champ pénal. Le délit d'interruption illégale de grossesse s'envisage désormais du point de vue de la santé de la femme enceinte, « l'interruption de grossesse pratiquée irrégulièrement en dehors du cadre fixé par la loi n'est pas une infraction portant atteinte à l'enfant à naître, mais une méconnaissance des règles

---

[685] E. Hartmann, *op. cit.* p. 1319.
[686] *Ibid.*
[687] Article 223-11 du Code pénal issu de la loi n° 92-684 du 22 juillet 1992 portant réforme des dispositions du Code pénal relatives à la répression des crimes et délits contre les personnes prévoit que : « L'interruption de la grossesse d'autrui est punie de deux ans d'emprisonnement et de 200 000 F d'amende lorsqu'elle est pratiquée, en connaissance de cause, dans l'une des circonstances suivantes : 1° Après l'expiration du délai dans lequel elle est autorisée par la loi, sauf si elle est pratiquée pour un motif thérapeutique ; 2° Par une personne n'ayant pas la qualité de médecin ;3° Dans un lieu autre qu'un établissement d'hospitalisation public ou qu'un établissement d'hospitalisation privé satisfaisant aux conditions prévues par la loi. Cette infraction est punie de cinq ans d'emprisonnement et de 500 000 F d'amende si le coupable la pratique habituellement. La tentative des délits prévus au présent article est punie des mêmes peines ».
[688] E. Hartmann, *op. cit.* p. 1320.

techniques régissant la réalisation d'un acte médical (…). Le dispositif sanctionnant l'interruption illicite de grossesse a alors pour but de manifester le passage d'une rationalité pénale à une rationalité médicale, la transformation d'une infraction d'atteinte à la vie d'un être humain à une infraction d'indiscipline, de non-respect de règles professionnelles» [689].

321. La loi du 4 juillet 2001[690] a confirmé cette évolution de la *ratio legis* lors l'allongement du délai d'IVG passant de 10 à 12 semaines[691]. Cet élargissement du délai s'est inscrit dans une logique de protection sanitaire de la femme, justifié dans le but d'éviter que des femmes qui dépassaient le délai légal en France, aillent à l'étranger pour y subir une IVG[692]. A l'occasion de cette loi, le législateur a dépénalisé partiellement[693] l'interruption illicite de grossesse en transférant les articles 223-11 et 223-12 du Code pénal vers le Code de la santé publique[694].

322. Désormais l'approche pénale de l'IVG se résume aux infractions réprimant l'interruption de grossesse sans le consentement de la femme enceinte et l'entrave à l'interruption de grossesse. Le législateur a souhaité renforcer la pénalisation des actes susceptibles de porter atteinte à la liberté de la femme qui souhaite recourir à l'IVG. Ainsi, à travers l'article 223-10 du Code pénal, le législateur a choisi de sanctionner d'une peine de 5 ans d'emprisonnement et de 75 000 euros d'amende l'interruption de grossesse imposée à la femme enceinte sans son consentement. L'article L. 162-14 du Code de la santé publique issu de la loi du 27 janvier 1993[695] a incriminé les obstacles à la pratique de l'interruption de grossesse en les sanctionnant d'une peine de 2 ans d'emprisonnement et de 30 000 francs d'amende.

---

[689] E. Hartmann, *op. cit.* p. 1328.
[690] Loi n° 2001-588 du 4 juillet 2001 relative à l'interruption volontaire de grossesse et à la contraception, JO 7 juillet 2001.
[691] Ancien article L. 162-1 du Code de la santé publique.
[692] Rapport n° 210 de M. Francis Giraud, fait au nom de la commission des affaires sociales, déposé le 31 janvier 2001,« Cette modification de la loi Veil est jugée nécessaire par le Gouvernement pour répondre à la situation de femmes, dont le nombre est estimé à 5.000 par an, qui, ayant dépassé le terme des dix semaines de grossesse, sont contraintes de se rendre à l'étranger pour obtenir une IVG dans des pays où le terme légal est plus éloigné ».
[693] Seule subsiste dans le Code pénal l'article 223-10 qui réprime l'interruption de grossesse sans le consentement de la femme enceinte.
[694] L'article 223-11 du Code pénal est abrogé et transféré à l'article L 2222-2 du Code de la santé publique, l'article 223-12 est également abrogé pour être transféré à l'article L. 2222-4 du Code de la santé publique.
[695] Article L. 2223-2 du Code sant. publ. « Est puni de deux ans d'emprisonnement et de 30000 euros d'amende le fait d'empêcher ou de tenter d'empêcher une interruption de grossesse ou les actes préalables prévus par les articles L. 2212-3 à L. 2212-8 ».

323. Le législateur incrimine donc l'entrave à l'IVG car il souhaite protéger cette liberté procréative qui est à l'origine de la législation IVG. C'est en ce sens qu'il faut comprendre l'incrimination des comportements faisant obstacle à la pratique de l'IVG, « (…) À partir du moment où le législateur entend protéger la liberté d'avorter, il est légitime de sanctionner les personnes qui en perturbent le libre exercice. Par ailleurs, il ne fait aucun doute que l'action des militants anti-IVG est susceptible de porter atteinte à la sécurité et à la sérénité qui doivent présider à l'exercice de l'acte abortif. (…) »[696].

324. Il faut donc constater une évolution certaine, voire une révolution, dans l'approche pénale de l'interruption volontaire de grossesse puisque toute la législation est désormais tournée vers la protection de la santé de la femme et de sa liberté procréative. En effet, à travers les dispositions sur l'interruption illicite de grossesse, le législateur a souhaité protéger l'intégrité psychique et corporelle de la femme. Or, si cette évolution était nécessaire pour assoir la liberté procréative de la femme, associée à l'indétermination juridique de l'embryon *in utero,* elle a été génératrice de confusions quant à son statut.

2) Les incidences de l'évolution législative sur le statut de l'embryon *in utero*

325. L'évolution de la *ratio legis* de l'IVG depuis l'ancien Code pénal est incontestable, puisque l'on est passé d'une législation ayant pour objet la protection de la vie de l'être avant la naissance[697] à une législation consacrant la liberté procréative de la femme. La reconnaissance juridique de cette liberté a justifié l'essoufflement du droit pénal en matière de répression de l'avortement[698].

[696] P. Mistretta, « Interruption volontaire de grossesse », *Répertoire de droit pénal et de procédure pénale,* Dalloz, § n° 26.
[697] B. Py, « Droits et valeurs sociales : le statut de l'être humain dans le nouveau Code pénal », in *Les cahiers de la sécurité intérieure* « Le nouveau Code pénal. Normes et société », 1994, n° 18, p.74.
[698] P. Mistretta, « Interruption volontaire de grossesse », *Répertoire de droit pénal,* Dalloz, 2013.

326. Cette évolution de la *ratio legis* a été analysée par une partie de la doctrine[699] comme une sorte de rejet par le droit pénal de toute considération pour la vie anténatale. En d'autres termes, il faudrait voir dans cette évolution, une sorte de déclaration implicite en défaveur de l'être avant la naissance. En effet, la législation relative à l'IVG est, d'un point de vue pénal, envisagée sous l'angle de la femme enceinte dont on cherche à protéger l'intégrité du consentement et la santé. Lorsque les règles sanitaires déterminant la licéité de l'IVG ne sont pas respectées par la femme enceinte, celle-ci ne peut être poursuivie faute d'incriminations. Dès lors, la protection totale de la femme en la matière, associée au refus d'incriminer l'auto-avortement, qualifié par certain comme une forme d'infanticide légale[700], ont conduit à conclure que l'embryon n'était qu'une chose dont pouvait librement disposer sa mère[701].

327. Il n'existe plus de normes pénales défendant spécifiquement la vie anténatale comme la législation sur l'avortement pouvait le faire de manière totale jusqu'en 1975 puis partielle jusqu'en 1993. Cette transformation, combinée à l'indétermination législative du statut de l'enfant à naître, a conduit une partie de la doctrine, à affirmer que « si l'IVG est possible et ne constitue rien d'autre qu'un acte chirurgical banal remboursé par la sécurité sociale[702], c'est que l'enfant conçu n'est pas une personne. Sinon l'IVG serait un acte homicide. *In utero* l'enfant est donc considéré comme un élément du corps de la mère, une *pars viscerum matris* »[703].

328. Des liens abusifs, se sont ainsi tissés entre l'absence de définition juridique de l'être avant la naissance et l'évolution de la loi sur l'interruption de grossesse conduisant à considérer que le législateur avait tacitement choisi de considérer l'embryon *in utero* comme une chose soumise à la toute puissance maternelle jusqu'au moment de l'accouchement. En effet, le changement de perspectives opéré par le législateur, à partir de la refonte du nouveau Code pénal, a été lourd de conséquences[704]. Ce désengagement du droit pénal autour de la sphère relative à la

---

[699] En ce sens voir notamment, P. Mistretta, *ibid* ; B Py, *op .cit*. p. 75.
[700] M.-L. Rassat, *Droit pénal spécial, Infractions contre les personnes*, Dalloz 2004, p. 350.
[701] C. Brunetti-Pons, *op. cit*.
[702] Loi n° 82-1172 du 31 décembre 1982 relative à la couverture des frais afférents à l'IVG non thérapeutique, JO 1er janvier 1983.
[703] X. Labbée, « Respect et protection du corps humain. L'enfant *in utero* personne par destination » *JCL civil*, fasc. 54.
[704] J. Mouly, « Du prétendu homicide de l'enfant à naître », *RSC,* 2005, p. 47.

liberté procréative a été interprété comme conférant un statut négatif à l'embryon *in utero*.

B) L'affirmation d'un droit à l'IVG inconciliable avec une personnification de l'embryon *in utero*

329. L'évolution de la législation entourant l'IVG a conduit à s'interroger sur sa nature juridique. En 1975, l'IVG a été envisagée comme une « exception, justifiée par des exigences sociales »[705]. L'évolution de la législation pénale entourant l'IVG a renouvelé l'analyse juridique de la nature de l'acte puisque l'on est passé de « l'infraction par principe à l'infraction par exception »[706].

330. Pour une partie de la doctrine, la possibilité de détruire l'embryon pendant 12 semaines reflèterait la consécration d'un véritable droit de la femme[707]. Cette analyse a notamment été confortée par la condition de détresse au cœur de la loi IVG jusqu'à la loi n° 2014-873 du 4 août 2014 sur l'égalité réelle entre les hommes et les femmes qui a supprimé la référence à l'état de détresse de la femme[708].

331. En effet, la subjectivité qui caractérisait la notion de détresse conférait à la femme une certaine autonomie décisionnelle. De cette notion il ressortait que la femme pouvait invoquer « toutes sortes de situations subjectives: l'abandon par le compagnon, la perte de travail, la peur des changements physiques provoqués par la grossesse, la mise entre parenthèse de la carrière professionnelle »[709]. La subjectivité de la notion était, pour ces raisons, contestée[710]. L'autonomie décisionnelle consacrée

---

[705] C. Brunetti Pons, *op. cit.*
[706] A. Giucidelli: « Le droit pénal de la bioéthique », *LPA*, 1994, p. 79.
[707] En ce sens voir notamment, C. Brunetti-Pons, *op. cit* ; F. Bouvier, *op. cit*.p. 64; G. Roujou de Boubée, *op. cit.*
[708] L'article L.162-1 du Code de la santé public issu de la loi du 17 janvier 1975 prévoyait que la femme que son état plaçait dans une situation de détresse, pouvait demander à un médecin de pratiquer une interruption de grossesse. Désormais l'article L. 2212-1 du Code de la santé publique prévoit que « La femme enceinte qui ne veut pas poursuivre une grossesse 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 ».
[709] J. Lupinska, *op. cit*. p. 136.
[710] Ainsi Messieurs les professeurs André Vitu et Roger Merle critiquaient le rôle donné à cette notion dans le processus de justification de l'infraction. En effet, selon eux la détresse permettait de couvrir toutes les formes d'égoïsme, *Traité de droit criminel*, Droit pénal spécial, éd Cujas, 1982, vol II, p. 1708. De même J.-B. Onorio considérait cette notion comme « un alibi facile pour tout égoïsme de convenance personnelle en raison de sa contrariété dans les projets de profession, de consommation, ou de loisirs », « La loi Veil, réflexion sur un premier bilan », *JCP.G.*, 1986, I, 3246.

par la notion a été confirmée par l'absence de contrôle de la société. La femme est la seule titulaire d'un pouvoir qui lui permet de décider « la mort de son enfant parce qu'il porte atteinte à sa liberté individuelle »[711]. Le caractère « discrétionnaire » de la notion de détresse a donc traduit l'idée d'un avortement de pure convenance. Pour certains, cette subjectivité a manifesté l'existence d'un véritable droit à l'avortement[712].

332. A partir du moment où l'on constate que la législation sur l'interruption de grossesse est fondée sur un processus décisionnel subjectif, ce droit répond à la définition du droit subjectif proposé par le Doyen Roubier: « une prérogative en vertu de laquelle une personne (le créancier) a le droit de réclamer à une autre (le débiteur) certains biens ou certains services »[713]. Dès lors, effectivement, l'interruption volontaire de grossesse peut s'analyser comme un droit subjectif[714] trouvant son fondement dans la liberté procréative. En effet, la liberté procréative est la faculté de la femme d'accéder à la maternité ou ne de pas y accéder. Positivement, elle se traduit par la possibilité de recourir à une AMP. Négativement, elle se manifeste notamment par la possibilité de recourir à une interruption volontaire de grossesse[715]. La législation sur l'IVG permet de mettre en œuvre de manière effective cette liberté procréative.

333. C'est la distinction entre la liberté et le droit subjectif théorisée par le doyen Roubier. Selon lui, la liberté est à la source de la situation juridique alors que le droit subjectif s'analyse au regard des effets : « (…) la liberté nous place dans la période de formation des situations juridiques, tandis que le droit proprement dit nous place dans la période des effets de cette situation »[716]. Selon le doyen Roubier, la distinction entre le droit subjectif et la liberté civile est inconditionnée alors que le droit subjectif est nécessairement conditionné, déterminé[717]. Ainsi, il faut distinguer la liberté procréative de la femme qui est le choix offert à la femme de la maternité de

[711] En ce sens, J. Lupinska, *op. cit.* p. 138.
[712] F. Bouvier, *Maternité et Liberté*, L'harmattan, 2012, p. 65 ; F. Bellivier, P. Egea, «Les chemins de la liberté, petite leçon de Biopolitique », *D.* 2004, p. 647 ; P Hennion Jacquet « D'un avortement à l'autre », *D.* 2007 p. 2648
[713] P. Roubier, «Les prérogatives juridiques », *Arch. Philo. Dr.* 1960, p. 72
[714] Pour une définition du droit subjectif cf. s*upra* p. 61 et s, *infra* p. 363 et s.
[715] En ce sens S. Henette Vauchez, *Procréer*, La découverte, 2009, p. 47.
[716] P. Roubier, *Droits subjectifs et situations juridiques*, *op. cit.* p. 148; En ce sens également : J. Carbonnier, *Droit civil, introduction,* Puf coll. Thémis, n° 162 qui considère la liberté comme une « virtualité de droit ».
[717] P. Roubier, *Droits subjectifs et situations juridiques op. cit.* p. 147.

l'interruption volontaire de grossesse qui est un droit subjectif déterminé par des conditions de fond et de forme[718].

334. C'est d'ailleurs cette analyse qui a été retenue par le Conseil de l'Europe dans sa résolution 1607 relative à l'accès à un avortement sans risque et légal en Europe dont l'objet était la consécration d'un véritable droit pour les femmes de disposer de leur corps. Cette résolution invitait les États à octroyer aux femmes un cadre légal en leur donnant les moyens d'exercer le droit à l'interruption volontaire de grossesse de manière effective[719]. C'est également la volonté d'affirmer clairement dans les textes le droit à l'interruption de grossesse qui a été poursuivie par le ministère du droit des femmes à travers la loi du 4 aout 2014 sur l'égalité réelle entre les hommes et les femmes[720].

335. Pour une partie de la doctrine, indentifier de cette manière la nature juridique de l'IVG impliquerait nécessairement de nier l'existence d'un droit à la vie de l'être avant la naissance[721]. Dans cette approche, toute protection de la vie de l'être avant la naissance s'analyse nécessairement comme une remise en cause du droit à l'interruption volontaire de grossesse.

§2) Les craintes d'une remise en cause de la loi IVG : fondement politique de l'absence de protection pénale de l'être avant la naissance

[718] Voir les articles L. 2212-1 à L. 2212-5 du code de la santé publique**.** La femme qui souhaite interrompre sa grossesse doit prendre un premier rendez-vous avec un médecin et formuler une demander d'IVG. Le certificat médical de cette consultation fait courir le délai de réflexion de sept jours (deux jours en cas d'IVG tardive).A l'expiration de ce délai, elle devra prendre un second rendez-vous chez un médecin auprès duquel elle confirmera par écrit sa demande d'IVG. Si la femme est à moins de douze semaines d'aménorrhée, le médecin doit informer la mineure des méthodes disponibles, des risques et lui remettre le dossier-guide comprenant les informations relatives à l'opération. S'il ne peut ou ne veut pas pratiquer lui-même l'IVG, il doit l'adresser à un autre médecin. Si la femme est mineure, elle doit être accompagnée d'un majeur de son choix. La femme majeure peut bénéficier d'une consultation psychosociale, c'est une obligation pour la femme mineure.

[719] En ce sens voir, S. Paricard, «La consécration d'un droit à l'avortement? Quelques réflexions sur la résolution 1607 (2008) du Conseil de l'Europe du 16 avril 2008 relative à un avortement sans risque et légal en Europe », *Dr. fam.* n° 6, Juin 2009, étude 25. Contra CEDH, gde ch., 16 décembre 2010, n°25579/05, *A., B. et C. c/ Irlande, Dr fam*. n° 3, Mars 2011, comm. 36. Obs. S. Paricard.

[720] D. Bousquet, L. Françoise, « L'accès à l'IVG, volet 2, Rapport pour le Haut Conseil à l'égalité entre les femmes et les hommes n° 2013-110, 7 novembre 2013 p. 5 : « Le droit à l'avortement demeure un droit à part non consacré expressément par les textes juridiques comme l'expression d'un droit (…)».

[721] En ce sens X. Labbée JCL civil code, fasc. 54 « Respect et protection du corps humain. L'enfant *in utero* personne par destination? », *op. cit*.

336. L'analyse qui conduit à envisager l'IVG comme un droit subjectif de la femme a fait naître l'idée d'une incompatibilité entre ce droit et la protection pénale de la vie anténatale. En effet, le débat est sclérosé entre, d'un côté l'affirmation d'un droit subjectif à l'interruption volontaire de grossesse, et de l'autre, le droit à la vie de l'enfant à naître[722], plus particulièrement dans ce contexte, de l'embryon *in utero*. L'affirmation de l'un passe nécessairement par la négation de l'autre. Dès lors, la législation sur l'IVG qui assure pénalement la protection de la liberté procréative de la femme quand elle se manifeste de manière négative, semble devenue incompatible avec une protection pénale de l'enfant à naître. Ainsi, les propositions législatives, doctrinales ou jurisprudentielles, qu'elles concernent les atteintes volontaires ou involontaires à la vie anténatale, ont été analysées comme une remise en cause de la législation sur l'IVG. L'analyse des fondements politiques du rejet de l'amendement Garraud permet de constater la crainte d'une attaque détournée contre la législation sur l'IVG (A). De même, l'analyse de la jurisprudence tant interne qu'européenne, relative à l'homicide involontaire de l'enfant à naître, permet de retrouver, en filigrane cette analyse (B).

A) Le retrait de l'« amendement Garraud » manifestation du lien tissé entre la protection de la vie de l'enfant à naître et la remise en cause de l'IVG

337. Le 27 novembre 2003, l'Assemblée nationale a adopté en 2ème lecture un amendement présenté par le député Jean-Paul Garraud créant un délit d'interruption involontaire de grossesse. Cet amendement créant l'article 16 *sexies* de la loi portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité[723] prévoyait de modifier l'article 223-11 du Code pénal de la sorte :« L'interruption de grossesse, causée dans les conditions et selon les distinctions prévues par l'article 121-3 du Code pénal, par maladresse, imprudence, inattention, négligence ou manquement à une obligation de sécurité ou de prudence prévue par la loi ou le règlement, est punie d'un an d'emprisonnement et de 15 000 euros d'amende. En cas de violation manifestement délibérée d'une obligation particulière de prudence ou de sécurité prévue par la loi ou

[722] Cf. *infra* p. 352 et s.
[723] Loi n° 2004-204 du 9 mars 2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité, JO 10 mars 2004. p. 4567.

le règlement, les peines sont portées à deux ans d'emprisonnement et 30 000 euros d'amende »[724].

338. L'objet de cet amendement avait pour objectif de combler les lacunes législatives manifestées à travers la jurisprudence criminelle. L'auteur de l'amendement avait pris le soin de préciser que ces nouveaux articles avaient pour objectif de prévoir les cas où les femmes enceintes perdaient leurs enfants en raison de faits commis involontairement par des chauffards « sans remettre en cause en aucune façon le statut de l'embryon »[725]. Lors de l'étude du projet de loi portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité, le sénat a décidé la suppression de cet amendement.

339. Ce retrait trouve une explication principale par les polémiques suscitées. En effet, la principale critique[726] qui lui était adressé était de contenir en germe une remise en cause indirecte de l'IVG. En effet, dès le 2 décembre 2003, le Mouvement français du planning familial demandait le retrait de cet amendement en estimant « qu'il serait trop dangereux de chercher une formulation qui laisse supposer qu'avant la naissance, le fœtus existe même avec un statut pas encore défini, alors qu'aujourd'hui dans le droit français, la femme et son fœtus ne font qu'un ». L'amendement est analysé comme ayant pour intention cachée de remettre en cause l'IVG, ou alors d'en être la conséquence. En tous les cas, le résultat est le même. Ainsi, lors des questions au gouvernement, Madame Yolande Boyer estimait que cet amendement utilisait la douleur des femmes qui avaient subi la perte d'un enfant suite à un accident de la route, pour modifier un pan entier du droit. Selon elle, le texte donnait au fœtus un statut juridique autonome en le reconnaissant comme une personne et ouvrant une brèche dans le difficile équilibre obtenu par la loi Veil[727].

---

[724] Projet de loi AN n° 308, 2003-2004.
[725] J.-P. Garraud « proposition de loi portant création d'un délit d'interruption involontaire de grossesse » Ass. Nat. Document, n° 837, 14 mai 2003.
[726] Ce ne fut pas la seule puisqu'on a pu lui reprocher son imprécision, mais il semble que même si le reproche était pertinent, il ne justifiait pas le retrait de l'amendement « n'était-ce pas à la représentation nationale de prendre le temps de mettre au point les termes de l'infraction ? », F. Bellivier, P. Egea, « Les chemins de la liberté petite leçon de biopolitique » *D.,* 2004, p. 647.
[727] Y. Boyer, séance du 5 décembre 2003, JO Sénat, 5 décembre 2003, p. 9459.

340. Deux phénomènes se manifestent ici : le lien fait entre l'amendement et le statut juridique du fœtus, et la crainte de la remise en cause de l'IVG. En effet, derrière la création de cette incrimination, se cacherait la volonté de restaurer indirectement la protection pénale de la vie anténatale et remettre ainsi en question la possibilité de recourir à l'IVG. On retrouve donc à travers cet amendement le débat sur l'interruption volontaire de grossesse[728].

341. Le 5 décembre 2003 le ministre de la Justice en fonction, Dominique Perben, annonça son intention de demander le retrait de cet amendement car celui-ci, « pose plus de problèmes qu'il n'en résout »[729]. Dès lors, le Sénat a supprimé l'amendement « Garraud », le 21 janvier 2004, malgré les efforts déployés par l'auteur de l'amendement pour tenter d'expliquer que le statut du fœtus n'était pas en question et que son objectif était de protéger la femme enceinte : « Face à la désinformation, à la polémique, aux fantasmes qui surgissent à la suite du vote de mon amendement sur la protection de la femme enceinte, je souhaite mettre mes détracteurs en face de leurs responsabilités. Nier les drames vécus par ces femmes et leurs familles qui perdent tragiquement les enfants qu'elles portent et qu'elles désirent, est déjà odieux ; mais faire, de plus, l'amalgame, semer la confusion dans les esprits, et commettre des erreurs fondamentales de droit est proprement scandaleux. Que ceux qui m'ont fait un procès d'intention, qui m'ont condamné sans appel, qui m'ont taxé des pires arrière-pensées et qui m'assènent leur morale, lisent attentivement les lignes qui suivent : la loi Veil de 1975 sur l'avortement pose le principe du libre choix de la femme : elle est libre soit d'avorter dans les conditions légales, soit de mener à terme sa grossesse. Je m'intéresse au deuxième aspect de ce choix et je ne remets en aucune façon en cause le premier…»[730].

342. Force est de constater qu'entre l'IVG et la protection pénale de la vie anténatale, l'idée d'une incompatibilité se soit installée. Cette idée est résumée dans l'assertion suivante: si les femmes peuvent avorter c'est que l'embryon est une chose,

[728]J. Mouly, « Du prétendu homicide de l'enfant à naître. Défense et illustration de la position de la Cour de cassation » *RSC*, 2005 p. 47.
[729] Synthèse de presse du 8 décembre 2003, www.généthique.org.
[730] J.-P. Garraud, communiqué du 9 décembre 2003, CPDH Actualités n° 36, Supplément spécial CPDH n° 36, février 2004.

toute protection de l'embryon est ainsi interprétée comme un retour en arrière et une négation de la liberté procréative[731].

343. L'amendement « Garraud » a donc été l'occasion de vérifier les enjeux politiques et médiatiques sous-jacents à la question de la protection pénale de la vie anténatale. En liant abusivement les deux sujets comme si c'était une même réalité, les débats ont été, sinon simplifiés voire dénaturés[732]. Ce raisonnement paralyse le débat et se retrouve en toile de fond de la jurisprudence sur l'homicide involontaire du fœtus

B) La crainte de la remise en cause de l'IVG: fondement politique de la jurisprudence sur l'homicide involontaire du fœtus

344. L'amendement « Garraud » a mis en lumière le débat sous jacent à la question de la protection pénale de la vie anténale. En l'absence de définition du fœtus, l'IVG est alors à tort présenté comme un droit subjectif de la femme incompatible avec une protection de la vie anténatale. Cette crainte, on la retrouve dans la jurisprudence sur l'homicide involontaire de l'enfant à naître au niveau interne (1) et de manière plus évidente encore au niveau européen (2).

1) Les fondements politiques de l'arrêt d'Assemblée plénière du 29 juin 2001

345. . Nous avons pu établir dans notre premier titre, que la jurisprudence sur l'homicide involontaire de l'enfant à naître trouvait une première série d'explications dans la notion intrinsèquement ambigüe de personne[733]. Or, la notion de personne n'est pas le seul fondement expliquant la position de la Haute juridiction. L'enjeu politique de l'admission de l'homicide involontaire du fœtus a eu un poids considérable dans la prise de décision de la chambre criminelle. En effet, nous l'avons vu, l'IVG est analysée par une partie de la doctrine[734] comme un droit absolu de la femme incompatible avec toute protection de la vie anténatale. Dès lors, admettre que le fœtus puisse être victime d'un homicide involontaire est assimilé à l'idée de la

[731] M.-A. Hermitte, *op .cit*. p. 141.
[732] En ce sens, Y. Mayaud, « Du fœtus à l'enfant né vivant, un bilan d'inégalité ! » *RSC.,* 2004, p. 3.
[733] Cf. s*upra* 53 à 62.
[734] Cf. *supra* p. 202-204.

remise en cause de l'IVG. C'est ce prétendu risque inhérent à l'admission de la qualité de victime à l'enfant à naître qui a conduit la chambre criminelle à adopter sa position.

346. Nombreux ont été les auteurs, ayant commenté la décision de l'Assemblée Plénière du 29 juin 2001[735], à regretter le poids de ce faux débat dans la solution[736]. Ainsi, Monsieur le Professeur Yves Mayaud relevait « le poids des considérations extra-juridiques qui ont certainement pesé dans la décision de la Cour de cassation. (…) dans l'affaire *Golfier* déjà, les considérations juridiques ont été malheureusement happées par un discours qui l'est beaucoup moins, et dont la portée consiste à renouer avec les termes du débat plus général sur l'avortement. On sait combien tout ce qui affecte de près ou de loin cette question fige les opinions et radicalise les pensées, comme si notre société avait mal assimilé cette étape de son histoire politique. La saisine de l'Assemblée plénière n'a fait qu'ajouter à ce mouvement de crispation, contribuant à l'aggraver par la solennité recherchée (…). Il faut convenir que le climat dans lequel l'Assemblée plénière s'est prononcée était politiquement très chargé. La Cour de cassation est intervenue à un moment où le législateur s'est engagé sur la voie d'une nouvelle libéralisation, tant en matière de contraception que d'interruption volontaire de grossesse, les réformes ont compté, avec la conviction dérivée, et médiatiquement entretenue, que toute décision pouvant être interprétée comme le signe d'un recul par rapport à de tels acquis était d'emblée inacceptable. Par la position qu'elle a prise, la Cour de cassation s'est donc exposée à la critique respectueuse des juristes, mais elle a évité celle plus redoutable, et autrement plus acerbe, de mouvements de pensée moins empreints de juridisme»[737].

347. De manière générale, a pesé sur la Cour de cassation une certaine contrainte dans son rôle d'interprète et de productrice de normes. A partir du moment où ses décisions ont vocation à devenir définitives dans l'ordre interne, elle a un rôle

[735] Crim 29 juin 2001, *D*. 2001, Jur. p. 2917, note Y. Mayaud et Chron. p. 2907, par J. Pradel ; *JCP* 2001, II, 10569, rapport P. Sargos, concl. J. Sainte-Rose ; *Dr. Pén*. 2002, chron. 137, par D. Vigneau.
[736] Voir notamment C. Sureau, *Son nom est personne* , Albin Michel, 2005, p. 30 : « Eliminons donc sans hésitation de la discussion qui va suivre l'hypothèse de la remise en cause de la loi Veil ; au risque de décevoir les militants anti-IVG, comme ceux qui invoquent ce risque pour tenter de maintenir une situation juridique aberrante ». F. Rousseau, « la victime des infractions contre les personnes : personne humaine ou personne juridique » *op. cit*. p. 805.
[737] *Ibid.*

fondamental tant dans l'interprétation que dans la production de la norme[738]. En considérant la question de la protection pénale de l'enfant à naître sous l'angle de la remise en cause de l'IVG, la Cour de cassation a préféré éviter une polémique sur ce point. La crainte d'être taxée de vouloir remettre en cause de l'IVG, a conduit la Cour de cassation à affirmer que l'enfant à naître n'était pas une personne dont la vie méritait une protection pénale.

2) La crainte de la remise en cause de l'IVG toile de fond de l'arrêt Vo c/ France

348. Cette crainte de la remise en cause de l'IVG est perceptible dans l'arrêt Vo c/France du 8 juillet 2004[739]. Dans cet arrêt, la grande chambre de la Cour EDH s'est appuyée sur les incidences potentielles de la protection pénale de la vie anténatale sur la législation relative à l'IVG pour prendre sa décision. Elle a rappelé les contradictions de la jurisprudence interne à l'origine d'une proposition de loi ayant pour objet l'incrimination de l'interruption illégale de la grossesse. Elle a ensuite constaté l'échec de cette proposition qui avait suscité craintes et incertitudes, impliquant plus d'inconvénients qu'elle ne procurait d'avantages[740].

349. La Cour européenne des droits de l'homme a utilisé les fondements politiques de la jurisprudence criminelle interne et l'échec de l'amendement Garraud pour estimer qu'il n'était pas souhaitable de trancher la question en faveur d'une protection pénale de l'enfant à naître. En décidant que la question du point de départ de vie et de la protection en découlant, dépendait de la marge d'appréciation des États, la Cour a rappelé la zone de souveraineté des États sur ce point. Dès lors, après

738 En ce sens D. Tsaraptsanis, *op. cit*. p. 65. L'auteur explique la distinction entre les contraintes qui pèsent sur les juridictions inférieures et les juridictions suprêmes. Les contraintes pesant sur les juridictions inférieures tant dans l'interprétation des textes que dans la production de la norme sont différentes car leurs interprétations peuvent toujours faire l'objet d'annulation. Dès lors, l'enjeu serait moins considérable notamment sur des sujets pouvant être interprétés comme une possible remise en cause de l'IVG.
739 CEDH *Vo C/France*, 8 juillet 2004, *D*. 2004 p. 2456.
740. Paragraphe 33.

avoir relevé que la question était controversée en France, elle a affirmé l'impossibilité d'obtenir un consensus sur la question[741].

350. La CEDH a refusé d'interpréter l'article 2 de la Convention en faveur ou défaveur de l'enfant à naître Elle a alors adopté une conception libérale en considérant qu'elle n'était pas en mesure d'imposer une vision particulière concernant la valeur de la vie humaine[742]. C'est cette même position que l'on retrouve dans son arrêt du 16 décembre 2010 où la CEDH devait juger de la conventionalité de l'article 40 §3 .3 de la Constitution irlandaise reconnaissant: « Le droit à la vie de l'enfant à naître, et compte dûment tenu du droit égal de la mère à la vie, s'engage à respecter dans ses lois, et dans la mesure du possible, à le protéger et à le défendre par ses lois »[743]. L'avortement est sanctionné par le droit irlandais sauf risque vital pour la mère. En l'espèce trois requérantes se plaignaient d'avoir dû avorter à l'étranger (Royaume-Uni) pour des raisons de santé et de bien être. L'une des requérantes était atteinte d'un cancer et reprochait au système irlandais l'absence de procédure fiable permettant de déterminer si le traitement était compatible avec une grossesse et sans risque pour sa vie. Sur cette dernière requête, la Cour européenne des droits de l'homme a admis la violation de la Convention par le droit irlandais au nom du droit de la femme d'être informée sur sa possibilité d'avorter. Concernant les deux autres requêtes, les juges strasbourgeois ont affirmé la non-violation substantielle du défaut d'autorisation de l'avortement.

351. La Cour admet depuis plusieurs années maintenant que l'autorisation de l'avortement, soit en cas de risque d'atteinte à la vie de la femme[744] ou pour motifs personnels[745] n'est pas contraire à la Convention. Dans cet arrêt, elle a considéré que l'article 8 ne saurait s'interpréter comme consacrant un droit à l'avortement[746] remettant en cause un arrêt précédent reconnaissant le droit au respect des décisions de devenir ou ne pas devenir parents[747]. Elle affirme donc que la décision d'avorter

[741] Paragraphe 82 *in fine*.
[742] D. Tsarapatsanis, *op. cit.* p. 64.
[743] CEDH, gde chambre, 16 décembre 2010, *A., B., C., C/ Royaume-Uni*, *D.* 2011, note S. Hennette-Vauchez.
[744] CEDH, 13 mai 1980 *X c/ Royaume Uni*, DR 19, p. 244
[745] CEDH, 5 septembre 2002, *Boso c/Italie, RTD civ*. 2003, 371, obs. J-P. Marguénaud.
[746] Point. 214.
[747] CEDH, 14 décembre 2010, n°67545/09, *Ternovsky c/Hongrie*, *AJ fam* 2011, 104, obs. M.Herzog-Evans.

relève du droit au respect de la vie privée et de l'article 8[748] et reconnaît la conventionalité d'un droit à la vie avant la naissance organisé par le droit national. Dès lors, la position de la Cour européenne des droits de l'homme est parfaitement résumée dans cette décision qui traduit : « le souci de ne pas figer artificiellement sous l'angle juridique des données éthiques voire scientifiques par définitions évolutives »[749], tout en rappelant l'impossibilité d'unifier des positions qui relèvent de la souveraineté nationale.

352. La Cour européenne utilise donc le critère de la marge d'appréciation lorsque sont en jeu des questions de politique générale sur lesquelles existent de profondes divergences. Ainsi, concernant l'interdiction en France du port du voile intégral[750], la Cour européenne des droits de l'homme a considéré que cette question relevait d'un « un choix de société », et a choisi de laisser une large marge d'appréciation aux États membres en faisant preuve de réserve dans l'exercice de son contrôle de conventionalité[751]. Elle a donc estimé que l'interdiction contenue dans loi du 11 octobre 2010 pouvait passer « pour proportionnée au but poursuivi, à savoir la préservation des conditions du « vivre ensemble » en tant qu'élément de la «protection des droits et libertés d'autrui»[752] . Ici encore, la Cour a fait application de cette marge d'appréciation qui lui permet de ne pas imposer une vision unitaire sur des questions qu'elle estime devoir relever de la souveraineté de chaque État.

353. Nous concevons que certains sujets nécessitent de laisser aux États un espace de souveraineté comme c'est le cas d'une législation autorisant l'IVG. La Cour européenne ne peut imposer une vision unitaire sur de tels sujets. Or, la question ici posée aux juges strasbourgeois n'impliquait pas de se positionner sur la législation relative à l'IVG en France. La question posée à la Cour était celle de savoir si la vie qui existe avant la naissance pouvait faire l'objet d'une protection pénale. Cette approche a été celle de certains juges comme le juge français Monsieur Costa qui relevait

[748] Point 214.
[749] S. Hennette-Vauchez, La CEDH et la limitation constitutionnelle de l'avortement : une questiion procédurale?», *D.* 2011. 1360.
[750] Loi n° 2010-1192, 11 oct. 2010 interdisant la dissimulation du visage dans l'espace public.
[751] CEDH, *SAS C/France,* 1er juillet 2014, *D.* 2014, 1701, note C. Chassaing. La Cour a estimé que dans le cadre du Conseil de l'Europe, il n'existait pas de consensus sur cette question (§ 156) contestée par les opinions dissidentes de deux juges qui considéraient qu'en Europe la majorité des États n'a pas interdit le port du voile dans les espaces publics (§19).
[752] §157.

l'existence d'une vie avant la naissance, du juge Allemand Monsieur le juge Ress affirmant que « la notion de vie s'étend à toute vie humaine qui commence avec la conception, c'est-à-dire avec le moment où se développe une existence indépendante et qui finit avec la mort, la naissance n'étant qu'une étape de ce développement »[753] ou encore de Madame le juge Mularoni relevant que la personnalité juridique n'était pas un obstacle à la protection de la vie anténatale[754]. Néanmoins ces positions n'ont pas été suffisamment développées pour permettre de sortir de la confusion qui règne autour de cette question et, qui tend à lier la protection de la vie anténatale et la remise en cause de l'IVG.

354. Dès lors, tant au niveau interne, qu'européen, la jurisprudence reflète l'influence du spectre de la remise en cause de l'IVG paralysant la prise de décision. Toute tentative pour protéger la vie anténatale s'est donc traduite par un échec au nom d'une prétendue incompatibilité avec la législation relative à l'IVG. Ni le législateur[755] ni la jurisprudence n'ont réussi à dépasser cet écueil pour résoudre la question de la protection pénale de la vie anténatale.

[753] Paragraphe 4.
[754] Opinion dissidente *in fine*.
[755] Rappelons que le député Garraud avait le soutien de la chancellerie lorsqu'il a déposé son amendement.

Section II Les incohérences de l'absence de protection pénale de l'être avant la naissance au regard de la protection des êtres sans personnalité juridique

356. L'absence de protection pénale de l'être humain avant la naissance s'explique difficilement lorsqu'elle est mise en perspective avec la protection pénale des êtres qui n'ont pas ou non plus la personnalité juridique. En effet, le droit pénal a su organiser la protection pénale du cadavre qui a en commun avec l'être avant la naissance, de ne pas avoir la personnalité juridique. En effet, le cadavre a été une personne juridique, il demeure un être humain mais non-vivant. C'est l'autre extrémité de la vie, en quelque sorte le parallèle inverse de l'enfant à naître. D'ailleurs, ces similitudes expliquées par le principe de continuité de l'humain biologique, expliquent que le statut du cadavre a entrainé des questionnements juridiques identiques. Néanmoins, même en l'absence de statut clairement défini par le législateur, le cadavre a son régime juridique défini à travers l'article 16-1-1 du Code civil. De même, la jurisprudence criminelle n'a pas hésité à lui accorder une protection même lorsque celle-ci était fondée sur la notion de personne juridique (§1). De son côté l'animal, est un être vivant doué sensibilité[756] qui appartient à la catégorie des biens juridiques. A l'instar de la personne décédée, l'animal est protégé pénalement sur le fondement de sa sensibilité (§2). Dès lors, si de manière ontologique, ces deux entités sont différentes sur le terrain du droit pénal, elles bénéficient toutes deux d'une protection pénale, et rendent plus paradoxale encore la situation pénale de l'enfant à naître.

§1) La protection pénale de l'être humain après sa mort

357. Lorsque l'on s'interroge sur le statut de l'être avant sa naissance, on est inévitablement amené à s'interroger sur la question du statut de l'être après sa

[756] Le projet de loi n°2200 adopté le 30 octobre 2014 par l'Assemblée nationale prévoit en son article 1 bis que la modification du Code civil par l'insertion, avant le titre Ier du livre II, d'un article 515-14 ainsi rédigé : « Les animaux sont des êtres vivants doués de sensibilité. Sous réserve des lois qui les protègent, les animaux sont soumis au régime des biens ».

mort[757]. En effet, les deux questions sont liées puisqu'elles permettent finalement de répondre à celle plus générale de la prise en considération de l'être humain biologique en droit. En effet, l'être avant la naissance comme après la mort a en commun cette humanité. Or, si les deux questions semblent se rejoindre d'un point de vue biologique, il n'en demeure pas moins une certaine divergence dans les réponses juridiques apportées. En effet, le législateur, tout en ne tranchant pas de manière claire du statut de l'être après la mort, a réussi à organiser son régime juridique (A). Il faut également constater que la jurisprudence pénale a protégé le cadavre, allant parfois jusqu'à faire survivre la personnalité juridique à la mort (B).

A) L'organisation du régime juridique du cadavre

358. Le corps humain est traditionnellement appréhendé par le droit en tant que support de la personne juridique. Dès lors, la protection juridique du corps humain vivant est celle dont bénéficie la personne juridique. En revanche, lorsqu'une dissociation vient rompre l'unité corps/personne, la question de la protection juridique du corps mort se complexifie. Le corps survit à la personne juridique. Quel est le statut accordé à ce corps ?

359. La mort est définie dans le Code de la santé publique soit par l'arrêt cardiaque, soit par l'arrêt irrémédiable de l'activité cérébrale, même si une respiration artificielle est maintenue[758]. Lorsque Planiol disait « les morts ne sont plus des personnes, ils ne sont plus rien »[759], il considérait alors la personne uniquement sous le prisme de la

---

[757] C'est d'ailleurs le choix fait par Monsieur le Professeur Xavier Labbée dans sa thèse sur la condition juridique du corps humain où il étudie tant l'être avant la naissance qu'après sa mort. Voir en ce sens *Condition juridique du corps humain avant la naissance et après la mort,* Presses universitaires de Lille, 1990.

[758] Article R. 1232-1 du Code sant. publ : « Si la personne présente un arrêt cardiaque et respiratoire persistant, le constat de la mort ne peut être établi que si les trois critères cliniques suivants sont simultanément présents : 1° Absence totale de conscience et d'activité motrice spontanée ; 2° Abolition de tous les réflexes du tronc cérébral ; 3° Absence totale de ventilation spontanée ».
Article R. 1232-2 du Code de la santé publique : « Si la personne, dont le décès est constaté cliniquement, est assistée par ventilation mécanique et conserve une fonction hémodynamique, l'absence de ventilation spontanée est vérifiée par une épreuve d'hypercapnie. De plus, en complément des trois critères cliniques mentionnés à l'article R. 1232-1, il est recouru pour attester du caractère irréversible de la destruction encéphalique :1° Soit à deux électroencéphalogrammes nuls et aréactifs effectués à un intervalle minimal de quatre heures, réalisés avec amplification maximale sur une durée d'enregistrement de trente minutes et dont le résultat est immédiatement consigné par le médecin qui en fait l'interprétation Soit à une angiographie objectivant l'arrêt de la circulation encéphalique et dont le résultat est immédiatement consigné par le radiologue qui en fait l'interprétation ».

[759] Planiol, *Traité élémentaire de droit civil,* 12ème éd., LDGJ, 1935, t.1 n° 371 p. 152.

personne juridique. En effet, le décès marquant la fin de la personnalité juridique, Planiol en déduisait alors que les morts ne représentaient plus rien sur la scène juridique. Or, dans la mesure où l'être après sa mort continue d'intervenir sur cette même scène[760], affirmer que le mort n'est plus rien s'est révélé être une contre-vérité. Comme le soulève Monsieur le Professeur Jean-Pierre Gasnier, l'influence de la philosophie des Lumières alliée au développement des droits de l'Homme a permis la modification de la conception juridique de la personne[761]. La mort est le moment juridique ou le corps de l'être humain n'est plus le substrat de la personne juridique mais devient celui du cadavre qui va être soumis par voie de conséquence à un régime juridique spécifique.

360. L'élaboration du régime juridique du cadavre a naturellement été précédée de la question de sa nature. Le cadavre est-il une chose ou une personne[762]? Une partie de la doctrine le qualifie de chose sans toutefois le ranger parmi les « choses classiques ». Ainsi, Madame Elodie Bayer le range parmi les choses humaines, à l'instar des Professeurs Xavier Labbée et Jean-Pierre Gasnier qui le qualifient de chose sacrée[763]. Une seconde partie de la doctrine constate que le cadavre humain tout comme l'embryon et le fœtus sont rétifs aux qualifications[764]. Madame le Professeur Béatrice Parance relève que lorsque le cadavre quitte le statut du corps de la personne, il n'entre pas pour autant dans le régime juridique des biens meubles pour la raison qu'il porte en lui le souvenir de la personne humaine[765]. Le professeur Etienne Vergès estime quant à lui que le statut juridique du cadavre « oscille entre celui de la chose et de celui de la personne humaine »[766].

361. La question de la nature juridique du cadavre n'a donc pas été clairement tranchée par le législateur. Néanmoins, tout comme il l'a fait pour l'embryon, il a en a organisé le régime juridique. Les premières dispositions juridiques concernant l'être

---

760 On pense ici notamment au mariage et à la filiation posthume, ainsi qu'à la question de la procréation *post-mortem*.
761 J.-.P. Gasnier, « Questions à propos du statut juridique du cadavre », *RRJ*, 2011, n ° 4, p. 1798.
762 Il est d'ailleurs intéressant de noter le glissement sémantique entre « le mort » et le cadavre.
763 J.-P. Gasnier, *op. cit*; E. Bayer*, op. cit*; X. Labbé., thèse, précit; « Sacré cadavre *», JCP G*., n° 8, 2011, 197.
764 En ce sens, F. Terré, « L'être et l'avoir, la personne et la chose » Mélanges Hubert Groutel, Litec, 2006, p. 459.
765 B. Parance, « Statut du cadavre et respect de la dignité », *Lamy droit civil,* 2011, n° 80.
766 E. Vergès, « La notion de personne en droit : à quel moment comment et termine la personne », *in La personne dans les sociétés techniciennes*, ss. dir. R.Mache, L'harmattan, 2007, p. 28.

humain après sa mort avaient trait aux funérailles[767] car le corps du mort en lui-même n'intéressait pas. Le christianisme a conduit à modifier la conception du mort puisqu'avec la croyance en la résurrection, le mort « devient un corps dormant (…) mais qu'on ne peut traiter n'importe comment (…) »[768]. Le législateur s'est intéressé aux funérailles bien avant de s'intéresser au cadavre en lui-même. En effet, la législation funéraire[769] a d'abord été organisée par un décret-loi du 23 prairial An XII qui a mis fin à la pratique, héritée du Moyen Age, qui consistait à inhumer les défunts au sein des lieux de culte. L'article 2 du décret-loi prévoyait que les « villes et bourgs » devaient prévoir des terrains, destinés à recevoir les inhumations[770]. Après avoir affirmé, par une loi du 15 novembre 1887, la liberté d'organiser ses funérailles, un décret du 27 avril 1889 a réglementé les conditions applicables aux divers modes de sépulture. Par la suite, la loi du 28 décembre 1904 a organisé le cadre juridique de la législation funéraire en posant le principe du monopole communal puisque le service extérieur des pompes funèbres (c'est-à-dire les prestations qui ne touchent pas au culte comme le transport des corps, fourniture de corbillards, cercueils, etc.) appartenait aux communes à titre de service public. La loi du 8 janvier 1993[771] a fait disparaître le monopole communal du service extérieur des pompes funèbres[772].

362. Le droit funéraire était donc principalement concentré autour de l'organisation des funérailles puisque les principales mesures avaient pour objet les règles relatives à la crémation ou l'inhumation, au transport du corps avant et après mis en bière, aux soins de conservation, à la fermeture du cercueil, etc.…[773]. Le statut du cadavre en lui-même n'était pas abordé.

363. A l'époque moderne, la législation s'est intéressé au cadavre en lui-même car il entraine le constat de la fin de la personnalité juridique[774], permet d'ouvrir la

[767] La loi des Douze Tables prévoyait des dispositions concernant les règles funéraires. Pour plus de précision voir notamment M. Villey, *Le droit romain*, Puf, coll. Que sais-je?, 2005, pp. 13-14.
[768] J.-.P. Gasnier, *op. cit.* p. 1797.
[769] Les funérailles se définissent comme étant la cérémonie qui accompagne la mise en terre ou l'incinération.
[770] Ces dispositions se trouvent aujourd'hui au sein des articles L. 2223-1 et L. 2223-13 du Code général des collectivités territoriales (CGCT), s'appliquent toujours aux communes.
[771] Loi n° 93-23 du 8 janvier 1993, JORF 9 janvier 1993.
[772] Cette loi comportait 28 articles qui avaient principalement pour objet la réforme de l'organisation du fonctionnement des pompes funèbres.
[773] On retrouve ces dispositions aux articles L. 2213-7 à L.2213-15 et R. 2213-2 à R.2213-57 du CGCT.
[774] L'absence de cadavre empêche de conclure à la mort et contraint à envisager le statut juridique de l'absent.

succession. Les règles relatives aux funérailles permettent à la fois de protéger le cadavre et la santé des vivants en prescrivant des règles d'hygiène et salubrité. La loi du 19 décembre 2008[775] illustre le fait que le législateur s'intéresse au cadavre en lui même. En effet, l'article 16-1-1 du Code civil issu de cette loi prévoit que : « le respect du corps humain ne cesse pas avec la mort. Les restes des personnes décédées, y compris les cendres de celles dont le corps a donné lieu à crémation, doivent être traités avec respect, dignité et décence ». Le législateur a étendu la protection du corps humain vivant à l'être décédé sans se prononcer sur sa nature juridique.

364. Le législateur a réussi à accorder une protection juridique à ce corps qui n'abrite plus la vie en continuité avec celle du corps humain vivant. Cette continuité trouvant une explication dans le fait que le cadavre est la représentation de l'être humain qu'il a été. La dissociation entre le corps humain et la personne juridique, n'a donc pas été un obstacle à l'organisation de la protection juridique de l'être décédé. Par le biais du devoir de respect, le législateur a accordé de manière égale une protection à la dépouille mortelle et aux cendres. De ce devoir de respect, Monsieur le professeur Grégoire Loiseau en a déduit que le corps humain après la mort était donc nécessairement une chose puisque le législateur en a fondé la protection sur un devoir de respect et non sur un droit[776].

365. Pour notre part, nous considérons que le législateur a choisi de fonder la protection du cadavre et des restes de la personne décédée sur des considérations liées à l'être humain car le corps sans vie et les cendres, représentent à la fois l'individu et l'humanité dans son ensemble[777]. Ils doivent être traités avec dignité et décence. Or, la dignité et la décence sont des termes associés à l'humain[778], remparts contre la réification de la personne humaine[779]. En effet, le cadavre et les cendres ne sont plus des personnes au sens juridique du terme mais continuent de représenter l'humain. C'est pourquoi la dépouille mortelle ou les cendres de l'être humain décédé,

[775] Loi n° 2008-1350 du 19 décembre 2008 relative à la législation funéraire, JORF 20 décembre 2008.
[776] G. Loiseau « *Mortuorum corpus*, une loi pour le respect, *D.* 2009, p. 236.
[777] Sur le lien entre la notion d'humanité et de dignité cf *supra p. 309 et s.*
[778] Nous verrons dans la seconde partie que la dignité est un attribut de la personne humaine.
[779] En ce sens P.-J. Delage, «Respect des morts, dignité des vivants», *D.* 2010, p. 2044. L'auteur considère que la dignité ne saurait être l'attribut d'une *res*. Selon lui pourtant le corps mort est une chose.

sont mis à l'écart des appropriations individuelles[780]. Le législateur a organisé la protection juridique d'un être sans personnalité juridique sur la simple considération de son appartenance à son humanité, car le cadavre comme les cendres portent en eux « (…) le souvenir, plus que de la personne juridique, de la personne humaine »[781]. Le législateur a renvoyé à ce devoir de respect de l'humain après la mort tout comme il avait fait référence à ce même devoir de respect de l'humain au commencement de sa vie. Dès lors, l'humain avant la naissance comme après la mort, mérite le respect.

366. La Cour de cassation a également choisi de s'appuyer sur les notions de respect, dignité et décence pour justifier l'interdiction d'une exposition de cadavre « *Our body*», où des cadavres plastinés avaient été mis en scène dans des positions suggérant la pratique des sports[782]. La suspension de l'exposition avait été demandée car les cadavres en question étaient suspectés d'être des condamnés à mort chinois. Le TGI de Paris le 21 Avril 2009 a rendu une ordonnance en référé interdisant l'exposition sur le fondement du respect dû aux cadavres humains : « La détention privée de cadavre humain est illicite ». La Cour d'appel de Paris a confirmé cette ordonnance sur un fondement différent puisque sa motivation s'est appuyée sur la provenance desdits corps[783]. En effet, l'absence de preuve de l'origine licite et non frauduleuse des corps, le consentement des personnes décédées à l'exposition de leurs cadavres n'avait pas été rapporté par la société organisatrice.

367. En revanche, pour rejeter le pourvoi, la Cour de cassation s'est fondée sur l'article 16-1-1 du Code civil pour rappeler que les restes des personnes décédées « doivent être traités avec respect, dignité et décence » et « l'exposition de cadavres à des fins commerciales méconnaît cette exigence ». Ainsi il ressort avec clarté de cette décision que: « l'exposition du cadavre porte atteinte, en raison de sa finalité commerciale, à la personne dans son humanité même»[784]. Dès lors, cette affaire a été l'occasion de constater une nouvelle fois que le statut du cadavre humain est

[780] La loi du 19 décembre 2008 a exclu la privatisation des cendres. Elles doivent être conservées dans une urne cinéraire, dans un jardin du souvenir ou un columbarium, ou scellée dans un monument funéraire, article L. 2223-18-2 du CGCT.
[781] P.-J. Delage, « Respect des morts, dignité des vivants », *op. cit.*, p. 2044.
[782] Civ. 1ère, 16 sept. 2010, n° 09-67.456, *AJDA* 2010, 1736; *D.* 2010. 2750, obs. C. Le Douaron et note G. Loiseau ; *ibid.* 2145, édito. F. Rome; *ibid.* 2754, note B. Edelman, rejetant le pourvoi contre Paris 30 avr. 2009, *RTD. civ.* 2009. 50.
[783] CA Paris, 30 avril 2009, *D.* 2009 p. 2019, note B. Edelmen. *D.* 2010, p.604, obs. J-C. Galloux, H. Gaumont-Prat, p. 604 ; G. Loiseau, *JCP G*, 2009 n° 25.
[784] F. Rome, « Le cadavre humain hors du marché », *D.* 2010 p. 2145.

complexe et ne permet pas d'affirmer qu'il appartient à l'une au l'autre des catégories juridiques proposées par la *summa divisio*. Monsieur le Professeur Grégoire Loiseau constate qu'il serait finalement une « chose mal logée dans le seul ordre des biens sans trouver refuge dans celui des personnes »[785]. Néanmoins, il faut convenir que ce corps humain, ayant abrité une personnalité juridique, continue d'être protéger en raison de son humanité et c'est sur ce fondement que le cadavre est protégé à travers l'article 16-1-1 du Code civil. Le législateur a donc adopté une conception purement biologique de l'homme[786].

B) La survie de la protection pénale après la mort

368. La jurisprudence criminelle a refusé la qualité de victime d'infraction pénale à l'enfant à naître au motif que l'article 221-6 du Code pénal ne s'appliquerait que pour un « autrui » envisagé sous l'angle de la personne juridique[787]. Dès lors, la personnalité juridique a dessiné les limites de la protection pénale de l'être humain. Or, la jurisprudence criminelle a reconnu la qualité de victime à un cadavre qui, par définition, n'est plus une personne juridique. En effet, dans le célèbre « arrêt Perdereau »[788]. En effet, la chambre criminelle a admis la sanction de la tentative d'homicide sur une personne décédée : « (…) il importe pour que soit caractérisée la tentative d'homicide volontaire, que la victime fût déjà décédée, cette circonstance étant indépendante de la volonté de l'auteur et lesdites violences caractérisant un commencement d'exécution ». Par conséquent, la chambre criminelle a fait fi de la notion de personne juridique pour sanctionner pénalement un l'individu, qui croyant

---

[785] G. Loiseau, «Pour un droit des choses », *D.* 2006, p. 3020.

[786] E. Dreyer, « Droits de la presse et droits de la personnalité, janvier 2010 - décembre 2010 », *D.* 2011 p. 780. « (…) peut-on imaginer qu'un juge civil intervienne pour faire cesser l'atteinte à la dignité de personnes après leur mort ? L'admettre supposerait de retenir une conception purement biologique de l'homme justifiant qu'une protection par le droit soit accordée de l'embryon au cadavre. L'être humain serait alors protégé pour ce qu'il va devenir, pour ce qu'il est et ce qu'il a été. Sans doute, cette conception matérialiste permet-elle de lutter contre les abus de la recherche médicale mais il faut se méfier de l'idéologie distillée par la même occasion (..). Dès lors, que penser de l'article 16-1-1 du code civil disposant que « *le respect dû au corps humain ne cesse pas avec la mort* » (al. 1er) et que « *les restes des personnes décédées, y compris les cendres de celles dont le corps a donné lieu à crémation, doivent être traités avec respect, dignité et décence* » (al. 2). Si ce texte devait être interprété comme faisant échapper le respect du corps à la volonté de la personne, il faudrait le déclarer attentatoire à la dignité humaine car l'existence de la personne en tant qu'individu responsable se trouverait niée. Il faut davantage y voir le moyen d'assurer au corps de la personne après sa mort un traitement conforme à ce qu'elle pouvait espérer de son vivant.

[787] Cf. *infra* p. 118 à 127

[788] Cass. crim. 16 janvier 1986, *RSC* 1986 p. 839, obs. A. Vitu et p. 849 obs. G. Levasseur*; RSC.* 1987 p. 200, obs. G. Levasseur *; JCP G.* 1987, II, 20774, obs. G. Roujou de Boubée; *D.* 1986, p. 265, obs. J. Pradel.

à tort, que la victime était encore vivante, lui a porté des coups de bouteille dans le but de la tuer.

369. Dans cette décision, la jurisprudence criminelle a admis la qualité de victime à un être qui ne bénéficiait plus de la personnalité juridique. C'est donc une victime qui n'est pas une personne juridique. Cette décision n'était déjà pas conforme à la définition du meurtre envisagé par l'ancien Code pénal comme : « la destruction volontaire et injuste de la vie d'un autre homme »[789]. Une partie de la doctrine a justifié cette décision en expliquant que le fondement de la répression reposait sur la volonté et de la dangerosité de l'agent[790]. De plus, au moment des faits, le Code pénal ne prévoyait aucune protection pénale du cadavre en lui-même. Ce n'est qu'avec le nouveau Code pénal de 1994 que l'incrimination de l'article 225-17 alinéa 1er a envisagé l'atteinte à l'intégrité du cadavre[791]. Dès lors, cette absence de protection spécifique du cadavre pouvait expliquer la solution de la chambre criminelle.

370. Si cette explication emporte notre conviction quant au fondement de l'arrêt[792], elle reflète une certaine flexibilité dans l'approche de la protection pénale de la personne protégée. En effet, la chambre criminelle refuse de considérer l'enfant à naître comme pouvant faire l'objet d'une protection pénale alors même qu'il ne dispose pas de protection spécifique[793]. Pourtant, c'est cette même absence de

---

[789] R. Garraud , *Traité*, n° 1844 p. 138; Article 295 an. C. pén.: « L'homicide commis volontairement est qualifié meurtre ».

[790] J. Pradel et M. Danti Juan, *op. cit.* p. 30.

[791] Article 225-17 du Code pén. issu de la loi n° 92-683 du 22 juillet 1992 entrée en vigueur le 1er mars 1994 : « Toute atteinte à l'intégrité du cadavre, par quelque moyen que ce soit, est punie d'un an d'emprisonnement et de 100 000 F d'amende. La violation ou la profanation, par quelque moyen que ce soit, de tombeaux, de sépultures ou de monuments édifiés à la mémoire des morts est punie d'un an d'emprisonnement et de 100 000 F d'amende. La peine est portée à deux ans d'emprisonnement et à 200 000 F d'amende lorsque les infractions définies à l'alinéa précédent ont été accompagnées d'atteinte à l'intégrité du cadavre ». L'ancien article 360 du Code pénal prévoyait uniquement les atteintes aux tombeaux ou sépultures, le cadavre n'était donc pas protégé en tant que tel. « Il est évident qu'on ne pourrait pas retenir le délit de l'art.360 pour protéger un tombeau qui n'aurait pas été utilisé pour la sépulture d'un être humain ». R. Merle et A. Vitu, *Droit pénal spécial*, *op. cit.* n° 2044, p.1657-1658. La sépulture existait juridiquement lorsque le cadavre avait fait l'objet d'un acte de préparation à son ensevelissement tel que : la mise en bière ou le placement dans un local spécialisé. Cette incrimination protégeait la violation de la dernière demeure de la personne défunte. En 1992, le législateur a estimé nécessaire d'instituer une protection spécifique du cadavre humain.

[792] Ce raisonnement pourrait s'appliquer au cas de l'homicide involontaire de l'enfant à naître qui ne bénéfice pas d'une protection pénale au même titre qu'à l'époque le cadavre ne bénéficiait pas de protection pénale.

[793] Nous verrons dans le dernier chapitre que les incriminations relatives à l'embryon *in vitro* ne constituent pas une protection organisée de la vie anténatale, p. 426 et s. La chambre criminelle a abandonné l'idée de justifier sa position en se référant à un régime pénal protecteur de l'embryon et du fœtus.

protection spécifique qui avait conduit la jurisprudence à admettre la protection pénale de l'être décédé. Ainsi, cette flexibilité de la protection pénale, ne serait valable que pour une extension de la protection pénale au-delà de la personne juridique, en deçà, la rigueur des textes s'y oppose.

371. Cette absence de cohérence dans la protection pénale de la personne juridique nous invite à nous interroger sur le fondement de la protection pénale du cadavre. Dans le Code pénal, le cadavre est protégé au sein d'une partie réservée aux crimes et aux délits contre les personnes[794]. Dès lors, se pose la question de savoir à quel titre l'on protège l'être décédé? La protection pénale du cadavre est-elle un prolongement de la protection de la personne juridique? On peut le penser lorsque l'on s'intéresse à la célèbre « affaire Mitterand »[795]. Dans cette décision, la chambre criminelle a accepté de sanctionner des atteintes à la vie privée s'agissant d'un être humain décédé : « la fixation de l'image d'une personne, vivante ou morte sans autorisation préalable des personnes ayant le pouvoir de l'accorder, est prohibée »[796].

372. L'article 226-1 du Code pénal est contenu dans le chapitre VI qui vise « les atteintes à la personnalité d'autrui ». Or, la chambre criminelle en acceptant d'étendre l'application de l'article 226-1 du Code pénal aux personnes décédées a, par la même occasion, implicitement considéré qu'autrui n'était pas limité à la personne juridique. Dès lors, en reconnaissant que la vie privée d'un cadavre puisse être pénalement protégée, elle a admis que, bien que disparue des sujets de droits, la personne défunte reste une personne digne de protection, « comme s'il y avait, en quelque sorte, un maintien de la personnalité pour les besoins du souvenir »[797]. Une fois encore, force est de constater que lorsqu'il est question de la protection pénale du cadavre, la jurisprudence criminelle entend largement la notion de personne pénalement protégée puisque « le fait de prendre des photographies d'une dépouille mortelle porte incontestablement atteinte à la vie privée d'autrui, le respect étant dû à

[794] La loi n° 92-684 du 22 juillet 1992 portant réforme des dispositions du Code pénal relatives à la répression des crimes et délits contre les personnes, Livre II « Des crimes et délits contre les personnes, Titre 2 « Des atteintes à la personne humaine», Chapitre 5« Des atteintes à la dignité de la personne », Section 4 « Des atteintes au respect dû aux morts ».

[795] Cass. crim. 2 oct. 1998, *Dr .pén* .1999 comm.18 M. Véron; *JCP G*, 1999, II, 10044, note. G. Loiseau; confirmant un arrêt du 21 octobre 1980 rendu sous l'empire de l'ancien article 368 Code pén. et condamnant le directeur d'un magazine qui a publié, dans celui-ci, une photographie d'un acteur étendu sur son lit de mort. Cass. crim., 21 oct. 1980: Bull. crim. 1980, n° 262, *D.* 1981, p. 72, note R. Lindon; *RSC,* 1981, p. 878, obs. G. Levasseur.

[796] *Ibid.*

[797] G. Loiseau « Le mort et son image » *ibid.*

la personne humaine, qu'elle soit morte ou vivante ». Cette référence à la personnalité humaine semble donc pouvoir expliquer pourquoi la protection pénale de la vie privée du cadavre n'est pas limitée par les frontières de la personnalité juridique[798].

373. Une partie de la doctrine justifie cette position en estimant que la jurisprudence cherche à protéger les vivants qui sont touchés par la reproduction de l'image du mort: «ce ne sont jamais que les vivants que l'on protège (…) c'est en fait l'atteinte à l'intimité de la vie privée des proches qui justifie de sanctionner, sur le fondement de l'article 226-1 du Code pénal, la reproduction non autorisée de l'image du mort»[799]. Monsieur le doyen Bernard Beignier dans sa thèse sur l'honneur et le droit a souligné que toute défense d'une atteinte envers le mort est en réalité mise en œuvre pour protéger sa famille et non le défunt qui ne souffre plus personnellement, distinguant alors l'honneur qui est réservé aux vivants comme attribut de la personnalité alors que les morts ne bénéficieraient que du respect[800].

374. Cette analyse peut être contestée, car selon cette conception, l'incrimination de l'atteinte au respect de la vie privée devient hybride : la réalité des faits doit s'apprécier par rapport au défunt et leurs résultats à l'égard des héritiers vivants. Ainsi, le défunt devient un élément constitutif de l'infraction et la victime est en réalité l'ayant-droit atteint dans son intimité. Avec cette interprétation, la jurisprudence a déduit de l'atteinte aux sentiments d'affliction présents chez les proches du défunt, l'intimité de l'article 226-1 du Code pénal et, a fait du préjudice, un élément constitutif de l'infraction.

375. On pourrait aussi penser que cette tentative de justification de l'application de l'article 226-1 du Code pénal aux personnes décédées, procède en réalité de la volonté de justifier la cohérence de la jurisprudence criminelle face à la jurisprudence

---

[798] Cette intuition sera confirmée dans notre deuxième partie Cf. la définition de la notion de personne humaine P. 265 à 285.

[799] En ce sens G. Loiseau, *op.cit,* J.-C. Saint-Pau, « Droit au respect de la vie privée et droit pénal », *Rev dr.pén*, 2011, n° 9 étude 20; B. Beignier, *L'honneur et le droit*, Paris, LGDJ, 1995, coll. Bibliothèque de droit privé, p. 224-225. D'ailleurs c'est en ce sens que se prononce l'arrêt de la Cour d'appel du 2 décembre 1997 qui estime que « Le fait de prendre des photographies d'une dépouille mortelle porte incontestablement atteinte à l'intimité de la vie privée d'autrui quelles que soient les analyses que l'on puisse faire sur le point de savoir si la notion d'autrui se rapporte au décédé ou à ses ayants droit, eu égard à la généralité du terme ».

[800] *Ibid.*

civile[801]. Cette dernière rappelle que « le droit d'agir pour le respect de la vie privée s'éteint au décès de la personne concernée seule titulaire de ce droit »[802]. Le droit au respect de la vie privée issu de l'article 9 du Code civil « présente un caractère individuel et vise les seules atteintes subies personnellement par le titulaire du droit concerné (…) »[803]. C'est un droit qui n'appartient qu'à la personne juridique, donc aux vivants et ne peut se transmettre aux héritiers[804]. La jurisprudence civile est donc beaucoup plus cohérente et conforme à la notion de personne juridique que la jurisprudence criminelle quant elle considère que la protection accordée à la vie privée des personnes, pouvait persister au-delà de la mort.

376. Accorder une protection de la vie privée aux cadavres pose un problème de cohérence vis-à-vis de la jurisprudence civile mais aussi de la jurisprudence criminelle sur la protection pénale du fœtus refusée sur le fondement même de l'absence de personnalité juridique de ce dernier. Pour expliquer ce mouvement, Monsieur le Professeur Jean Hauser a envisagé la notion de dignité de l'être humain qui a l'avantage de se poursuivre après la mort et qui est, contrairement au droit à l'image, transmissible[805].

377. Nous partageons une partie de cette approche qui consiste à considérer que le cadavre est titulaire d'une dignité au nom de son humanité et qui peut alors justifier l'intervention du droit pénal en dehors des limites de la personnalité juridique. Dès lors, dans l'arrêt « Perdereau » où la jurisprudence criminelle a admis qu'un cadavre pouvait être victime d'un homicide, ou à travers l'arrêt « Mitterrand » où elle a accepté d'étendre la protection de la personnalité juridique du cadavre, la jurisprudence criminelle a fait preuve de souplesse dans son approche de la personnalité juridique rendue incohérente au regard de la condition pénale de l'enfant à naître.

---

[801] En ce sens Monsieur J-C.Saint Pau « dans cette analyse, le droit pénal ne contredit nullement la jurisprudence civile qui déclare que le droit au respect de la vie privée s'éteint au décès de la personne concernée, seule titulaire de ce droit ». *op. cit.*

[802] Cass. 1ère civ. 14 décembre 1999, *JCP G* 2000, II, 10241 concl. C. Petit, *RTD. civ* 1998, p. 71 comm. J. Hauser.

[803] J. Hauser, *ibid.*

[804] Cass. 1ère civ. 22 oct. 2009, *RTD. civ*. 2010 p. 79, note, J. Hauser: « les proches d'une personne peuvent s'opposer à la reproduction de son image après son décès à la condition d'en éprouver un préjudice personnel" Monsieur le Professeur Jean Hauser note que c'est un préjudice personnel des héritiers qui est requis car les défunts n'ont plus de droit à l'image. Les héritiers bénéficient d'un préjudice personnel qui serait en réalité déduit de l'atteinte à la mémoire ou au respect dû au mort».

[805] *Ibid.*

§2) La reconnaissance d'une protection pénale de l'animal fondée sur sa sensibilité

378. La perception de l'animal a évolué et a conduit le législateur à en tirer des conséquences. En effet, l'animal a fait l'objet d'une protection pénale dès 1850 mais son objet n'était pas de protéger l'animal mais la sensibilité des hommes face aux mauvais traitements des animaux. Néanmoins, la société a évolué et la sensibilité animale a fait l'objet de consécration juridique. Le constat de cette aptitude à la douleur a donc été le fondement de la protection pénale de l'animal (A). C'est donc à partir de cette reconnaissance de l'animal comme un être apte à la douleur que le législateur a organisé la protection pénale de l'animal qui s'étend des mauvais traitements aux atteintes à sa vie (B).

A) La protection pénale de l'animal fondée sur sa qualité d'être sensible

379. La protection pénale de l'animal n'est pas récente puisque la loi dite Grammont du 2 juillet 1850 punissait de peines contraventionnelles ceux qui avaient exercé publiquement des mauvais traitements envers les animaux domestiques. Le droit opérait une distinction entre les animaux domestiques et les animaux sauvages. Cette distinction se faisant en fonction des rapports plus ou moins proches que l'homme entretenait avec les animaux. La Cour de cassation a défini les animaux domestiques par un arrêt du 14 mars 1861 comme étant des êtres animés qui vivent, s'élèvent, sont nourris, se reproduisent sous le toit de l'homme et par ses soins » Cette définition a évolué en 1895 lorsque la Cour de cassation[806] a qualifié l'animal domestique comme étant celui vivant sous la surveillance de l'homme, et non plus sous son toit uniquement. L'animal sauvage est celui qui n'a pas de maître, qui n'appartient à personne, une « *res nullius* » qui vit à l'état de liberté naturelle[807]. Cette distinction entre les animaux sauvages et domestiques a été à l'origine d'une distinction de leur protection[808]. Ainsi, seul les animaux domestiques étaient

[806] Cass. crim. 16 février 1895, S. 1895, I, p. 269.
[807] L'article 211-5 du Code rural définit les espèces animales non domestiques comme celles qui n'ont pas subi de modifications de la part de l'homme ».
[808] En effet, les animaux domestiques et assimilés font l'objet d'une protection pénale, les animaux sauvages font l'objet de textes assurant la préservation des espèces qui se situent dans le Code de

concernés par la protection pénale issue de la loi « Grammont ». De plus cette protection de l'animal était indirecte dans le sens où le fondement de la loi était la protection de la sensibilité humaine, ce qui se manifestait par la publicité des mauvais traitements[809].

380. La protection juridique de l'animal a ensuite évolué vers une protection de l'animal pour lui-même[810]. En effet, le décret « Michelet » du 7 septembre 1959[811] a supprimé la condition de publicité contenue dans la loi Grammont. La loi du 19 novembre 1963[812] a créé un délit réprimant les actes de cruauté commis envers les animaux domestiques[813] tout en continuant à sanctionner les mauvais traitements et la suppression de la vie de l'animal sans nécessité. Pour la première fois, la loi a encadré les expérimentations sur les animaux en sanctionnant celles qui ne respectent pas les conditions fixées[814]. Elle a également assimilé aux animaux domestiques les animaux apprivoisés ou tenus en captivité[815].

381. La loi du 10 juillet 1976[816] a marqué une étape fondamentale dans l'évolution de la protection juridique de l'animal. En effet, en son article 9 la loi a défini l'animal comme « un être sensible » devant être « placé par son propriétaire dans des conditions compatibles avec les impératifs biologiques de son espèce »[817]. L'ancien article 453 du Code pénal a alors été modifié de manière à étendre la répression prévue pour les actes de cruauté aux sévices graves et a créée l'incrimination d'abandon volontaire d'animal domestique, apprivoisé ou tenu en captivité. La loi a

---

l'environnement. Les ordonnances des 15 et 18 septembre 2000 ont distingué les matières relevant de la protection des animaux. Tout ce qui concerne les animaux domestiques est intégré dans le Code rural et le Code pénal. Les dispositions concernant la faune sauvage relève du Code de l'environnement.

[809] Sur cette idée voir notamment: J. Leroy, « L'animal de cirque protégé pour lui-même », Mélanges P. Mallaurie, Defrénois, 2005, p. 295; M.-.L. Rassat, *Droit pénal spécial*, 5ème éd., 2006, n° 239.

[810] Sur cette idée : W. Jeandidier, « La protection pénale de l'animal », Mélanges Chavanne, Litec, 1990, p. 81.

[811] Le décret n° 59-1051 du 7 septembre 1959 a inséré l'infraction à l'article R. 38, 12 du Code pénal.

[812] Loi n° 63-1143, 19 novembre 1963, JO 20 novembre 1963.

[813] Ancien art. 453 du C. pén.

[814] Ancien article 454 du C. pén.

[815] L'animal apprivoisé ou tenu en captivité peut se définir comme celui qui contrairement aux spécimens sauvages de son espèce, a perdu ses reflexes de fuite à l'égard de l'homme et qui vit en sa compagnie sans y être contraint. Voir en ce sens : S. Antoine, *Le droit de l'animal*, Legis France, 2007 n° 45.

[816] Loi n° 76-629, 10 juillet 1976, relative à la protection de la nature. JO 13 juillet 1976.

[817] On retrouve cette définition à l'article L. 214-1 du Code rural.

également permis aux associations de se constituer partie civile pour les infractions contenues à l'ancien article 453 du Code pénal[818].

382. En dehors de nos frontières, la volonté de protéger l'animal contre l'homme s'est manifestée notamment à travers : la Convention européenne sur la protection des animaux en transport international du 13 décembre 1968[819], la proclamation par l'UNESCO d'une Déclaration des droits des animaux le 15 octobre 1978 ou encore la Convention européenne pour la protection des animaux de compagnie du 13 novembre 1987[820]. La directive 2010/63/UE du Parlement européen et du Conseil du 22 septembre 2010 relative à la protection des animaux utilisés à des fins scientifiques a d'ailleurs rappelé que le bien être de l'animal est une valeur de l'Union[821] et que les animaux ont une valeur intrinsèque qui doit être respectée[822].

383. La protection pénale de l'animal est fondée sur la reconnaissance de sa qualité d'être vivant, capable de souffrir et doué de sensibilité. Néanmoins, c'est un être sensible qui appartient à la catégorie juridique des biens. En effet, le Code civil de 1804 a, dans un premier temps, rangé l'animal parmi les biens meubles. L'animal n'est considéré que dans un rapport purement utilitaire à l'homme. L'animal est appréhendé essentiellement sous le prisme de l'exploitation agricole[823], et est donc un bien intégré au patrimoine de son propriétaire[824]. Les rédacteurs du Code civil l'ont

---

[818] Article 14 de la loi. La loi n° 9-89 du 1er février 1994 a ajouté au Code de procédure pénale l'article 2-13 ouvrant l'exercice des droits reconnus à la partie civile à toute association de défense et de protection des animaux régulièrement déclaré depuis au moins 5 ans pour les infractions des articles 521-1, R. 654- et s du Code pénal réprimant les infractions contre les animaux.

[819] Ratifiée par la France le 9 janvier 1974 et entrée en vigueur le 1er juillet 1974. Cette convention fixe des normes obligatoires concernant l'espace, l'hygiène, la nourriture, le chargement et déchargement des bêtes pendant le transport international des animaux.

[820] Ratifiée par la France le 3 octobre 2003 et entrée en vigueur le 1er mai 2004.

[821] Point n° 2.

[822] Point n°12 :«Les animaux ont une valeur intrinsèque qui doit être respectée. Leur utilisation dans les procédures suscite aussi des préoccupations éthiques dans l'opinion publique en général. Les animaux devraient donc toujours être traités comme des créatures sensibles, et leur utilisation devrait être limitée aux domaines qui peuvent, en définitive, être dans l'intérêt de la santé humaine et animale ou de l'environnement. L'utilisation d'animaux à des fins scientifiques ou éducatives devrait donc être envisagée uniquement lorsqu'il n'existe pas de méthode alternative n'impliquant pas l'utilisation d'animaux. Il y a lieu d'interdire l'utilisation d'animaux dans des procédures scientifiques relevant d'autres domaines de compétence de l'Union ».

[823] En effet, la France était essentiellement agricole et l'animal représentait le seul moyen de traction il était donc un élément indispensable au sein de l'exploitation agricole.

[824] Si l'Ancien droit a admis les procès des animaux ce n'est pas pour autant qu'il considérait l'animal comme une personne. En effet, Saint Augustin expliquait que ces procès avaient pour fonction de chercher à effacer le crime par un châtiment exemplaire et expiatoire. Un passage du Digeste expliquait ainsi qu'un animal ne pouvait commettre d'infractions puisqu'il est irrationnel. Sur la

classé logiquement en tant que bien car comme l'a noté Monsieur Dumont « au sens courant, le terme bien désigne la chose qui sert l'usage de l'homme, la chose est distincte de la personne »[825]. Dès lors, l'animal est défini par l'article 528 du Code civil comme un bien meuble par nature, distinct des choses inanimées, puisque son corps peut se déplacer par lui-même. Il peut même être considéré comme un immeuble par destination selon l'article 524 du Code civil : « au même titre que les objets qui sont placés aux services et à l'exploitation d'un fonds, comme les ustensiles aratoires ou les semences ou les pailles »[826]. La conception civiliste de l'animal était donc fondée sur la théorie cartésienne de l'animal-machine sans considération de la nature même de celui-ci. Il est appréhendé et inséré dans la *summa divisio* à travers que valeur économique et patrimoniale qu'il représente[827].

384. La loi du 6 janvier 1999[828] a modifié les articles 524[829] et 528[830] du Code civil. En effet, la nouvelle rédaction de l'article 528 du Code civil a distingué les animaux, des corps qui peuvent se mouvoir par eux-mêmes, et l'article 524, les a séparés des objets servant à l'exploitation du fonds. Néanmoins, malgré cette volonté législative de distinguer les animaux des choses traditionnelles, permettant de revenir sur la conception de l'animal-machine, l'animal est resté un bien meuble par nature. Comme l'a souligné à juste titre Monsieur François Dumont: « le bien, sur le plan juridique, est une manière d'envisager les choses et les droits comme éléments de fortune susceptibles d'appropriations privées »[831].

---

fonction des procès d'animaux voir L. Litzenburger, *Revue d'Histoire de la justice des crimes et des peines*, 2011, p. 10.

[825] F. Dumont, « L'animal: un être juridiquement en devenir», *Lamy droit civil*, 2006 p. 23.

[826] *Ibid.*

[827] S. Antoine, *Rapport sur le régime juridique de l'animal*, La documentation française, 2005, p. 24.

[828] Loi n° 99-5, 6 janvier 1999, JORF 7 janvier 1999, visant à réglementer le commerce et la détention d'animaux réputés dangereux.

[829] Article 524 du Code civil: « les animaux et les objets que le propriétaire d'un fonds y a placés pour le service et l'exploitation de ce fonds sont immeubles par destination. Ainsi, sont immeubles par destination, quand ils ont été placés par le propriétaire pour le service et l'exploitation du fonds : les animaux attachés à la culture ; Les ustensiles aratoires ; Les semences données aux fermiers ou métayers ; Les pigeons des colombiers ; Les lapins des garennes ; Les ruches à miel ; Les poissons des eaux non visées à l'article 402 du code rural et des plans d'eau visés aux articles 432 et 433 du même code ; Les pressoirs, chaudières, alambics, cuves et tonnes ; Les ustensiles nécessaires à l'exploitation des forges, papeteries et autres usines ; Les pailles et engrais. Sont aussi immeubles par destination tous effets mobiliers que le propriétaire a attachés au fonds à perpétuelle demeure ».

[830] Article 528 du Code civil: « Sont meubles par leur nature les animaux et les corps qui peuvent se transporter d'un lieu à un autre, soit qu'ils se meuvent par eux-mêmes, soit qu'ils ne puissent changer de place que par l'effet d'une force étrangère ».

[831] F. Dumont, *op. cit.*

385. La volonté d'extraire l'animal de la catégorie des biens est une question récurrente et renouvelée par les progrès de la science prouvant que l'animal avait une propension à la souffrance une forme d'intelligence et une capacité d'anticipation. Cette philosophie a d'ailleurs animé la thèse de Monsieur le Professeur Jean-Pierre Marguénaud intitulée:« L'animal en droit privé », qui envisageait l'idée d'une personnalité de l'animal non identique à celle de l'homme mais fondée sur l'acception de personne en tant que technique juridique à l'image de celles des personnes morales[832]. De sont côté, le rapport Antoine avait insisté sur l'incompatibilité entre le statut de bien de l'animal et sa protection en tant qu'être sensible, relevant que « le droit des biens tel qu'il a été conçu par les rédacteurs du Code civil concerne les seules richesses patrimoniales, les valeurs marchandes fondées sur l'utilité des biens pour l'homme »[833]. Dès lors, une proposition issue de ce rapport visait la modification le livre II Code civil en l'intitulant : « Des animaux, des biens et des différentes modifications de la propriété ». L'objet de cette modification était d'affirmer que les animaux n'étaient pas des choses par nature, mais que les dispositions applicables aux choses leur étaient applicables. Ce rapport est resté lettre morte.

386. Le 15 avril 2014, à l'occasion des débats consacrés au projet de loi relatif à la modernisation et à la simplification du droit dans les domaines de la justice et des affaires intérieures, un amendement tendant à inscrire, dans le Code civil, la nature vivante et sensible de l'animal été adopté[834]. L'objet de cet amendement était de consacrer l'animal, en tant que tel, dans le Code civil afin de mieux concilier sa qualification juridique et sa valeur affective. Les auteurs de l'amendement ont constaté que le Code rural et le Code pénal reconnaissent, explicitement ou implicitement, les animaux comme des êtres vivants et sensibles[835] mais que dans le Code civil, ces derniers sont encore comme des biens meubles ou des immeubles par destination. Dans un souci d'harmonisation des différents Codes sur la condition animale et dans le but de parvenir à un régime juridique cohérent, il a été donc été proposé d'insérer au sein du Code civil un article 515-14 disposant que « les animaux

[832] J-P.Marguénaud, thèse précit. p. 406 et s.
[833] *Op. cit.*
[834] Une proposition de loi n° 1903 du 29 avril 2014 : « visant à établir la cohérence des textes en accordant un statut juridique particulier à l'animal »avait proposé d'introduire au sein du Code civil, un titre préliminaire dans le livre II intitulé « Des animaux ».
[835] Art. L. 214-1 Code. rur. ; art. R. 653-1 et R. 654-1 C. pén.

sont des êtres vivants doués de sensibilité. Sous réserve des lois qui les protègent, les animaux sont soumis au régime des biens corporels ». Il a également été proposé de supprimer la référence faite aux animaux dans toutes les dispositions pertinentes du code civil, à commencer par ses articles 524 (bien immeuble par destination) et 528 (bien meuble par nature). Le 30 octobre 2014, l'Assemblée Nationale a adopté en deuxième lecture le projet de loi relatif à la modernisation et à la simplification du droit et des procédures.

387. La volonté d'inscrire la sensibilité de l'animal dans le Code civil est une avancée notable qui relève plus de l'ordre du symbolique puisque la rédaction du nouvel article 515-14 du Code civil continue de soumettre l'animal au régime des biens corporels. La reconnaissance de la qualité d'être vivant doué de sensibilité à l'animal n'implique pas l'obligation de son extraction de la catégorie juridique des biens. En effet, cette classification illustre l'artificialité de la *summa divisio* en tant qu'abstraction au service de la technique juridique. Pierre-Jérôme Delage dans sa thèse intitulée « La condition animale. Essai juridique sur les justes places de l'Homme et de l'animal »[836], a opéré une distinction entre le bien c'est-à-dire la chose appropriée, et la chose juridique, la chose du sens commun, qu'il dénomme la chose pure. Or, selon lui l'évolution législative est traductrice de la confusion qui consiste à assimiler la chose juridique à la chose pure. Dès lors l'auteur met en évidence que l'animal « a toujours été, et demeure, un bien, une chose juridique ; mais il n'a jamais été assimilé, dans le Code civil, à une chose pure, à une substance morte, purement matérielle (…). Reste que, cette sensibilité, le Code civil, pour ne l'avoir jamais reconnue, ne l'a jamais non plus contestée ou rejetée : il n'en a simplement rien dit (et le silence n'est pas forcément synonyme de négation) »[837].

388. Il convient néanmoins de remarquer que la classification actuelle de l'animal dans le Code civil n'a pas empêché le droit pénal de le protéger. Lors de l'adoption du nouveau Code pénal, la question de la protection des animaux s'est posée en terme de place. La question n'était pas de savoir si les animaux devaient être pénalement protégés, puisque depuis la loi Grammont, cette idée s'était imposée. La question était de savoir quelle devait être la place à accorder aux infractions protégeant les

[836] *Op. cit* spéc. n [os]43, 60 et 73.
[837] P.-J. Delage, « La chose, la chose juridique et la chose pure » *D.* 2014, 1097.

animaux au sein du Code pénal. Jusque là, les infractions faisaient partie des infractions contre les biens, conformément à la définition civiliste que l'on avait des animaux. L'évolution de la conception de l'animal a conduit le Sénat à proposer la création d'un nouveau livre, le livre V intitulé : « Des autres crimes et délits », destiné à accueillir les infractions contrent les animaux mais également des infractions en matière de droit du travail et du droit de l'environnement. Il a par la suite été complété par des infractions en matière d'éthique biomédicale[838] et concerné la protection de l'embryon.

389. Le statut juridique de l'animal a divisé et divise encore la doctrine, entre ceux qui considèrent que les animaux ne sont pas des biens[839], et ceux qui estiment que l'animal est une chose car il n'est pas une personne, mais une chose méritant une protection spéciale[840]. Si le droit pénal n'offre pas de réponses à cette question, il a néanmoins érigé la protection pénale de l'intégrité physique et de la vie de l'animal, en tant que valeurs fondamentales[841].

B) L'étendue de la protection pénale de l'animal

390. Le droit pénal protège les animaux domestiques en leurs qualités d'êtres vivants, d'êtres sensibles, en sanctionnant, le délit de sévices et actes de cruauté[842], les contraventions d'atteinte volontaire à la vie de l'animal[843], les mauvais traitements[844] ainsi que l'atteinte involontaire à la vie ou à l'intégrité de l'animal[845]. Le délit de sévices graves ou actes de cruauté est une infraction matérielle ou de résultat qui suppose nécessairement qu'une atteinte à l'intégrité ou la vie de l'animal soit réalisée, la tentative n'étant pas incriminée. La loi du 9 mars 2004[846] a modifié l'article 521-1 du Code pénal qui comprend désormais les sévices graves ou de nature

[838] Notamment par la loi n° 94-653 du 29 juillet 1994.
[839] J.-P. Marguenaud, « L'animal dans le nouveau Code pénal », *D.* 1995, chron. p. 187.
[840] En ce sens, M.-L. Rassat, *op. cit,* n° 220. J.-Y.Maréchal, *JCL Pénal*, fasc.20, 2008, n° 5.
[841] En ce sens, J. Leroy, *op. cit.* p. 296.
[842] Article 521-1 C. pén.
[843] R. 655-1 C. pén. dénommé « animalicide volontaire » par Monsieur J.-P. Marguenaud, *D.* 1995, p. 187.
[844] R. 654-1 C. pén.
[845] R. 653-1 C. pén.
[846] Loi n° 2004-204 du 9 mars 2004, *op. cit.*

sexuelle[847]. Les sévices ou actes de cruauté peuvent revêtir plusieurs formes s'entendant d'actes positifs comme les coups, les blessures, les sévices sexuels, la mise à mort si elle est la conséquence de sévices ou actes de cruauté[848]. Des omissions peuvent également tomber sous le coup de l'article 521-1 du Code pénal lorsque la gravité des faits et l'intention de l'auteur sont caractérisées[849]. L'abandon prévu par le dernier alinéa de l'article 521-1 du Code pénal vise à sanctionner le délaissement de l'animal livré à lui-même alors qu'il n'est pas capable de subvenir à ses propres besoins. L'analyse de l'élément intentionnel de l'infraction révèle une certaine proximité avec la jurisprudence relative au délaissement d'une personne mineure ou hors d état de se protéger elle-même. En effet, la chambre criminelle a affirmé que le délaissement d'une personne supposait la volonté d'abandonner de manière définitive la victime[850], conception analogue en matière d'abandon d'animaux puisque les juges du fond exigent pour caractériser l'élément intentionnel, la preuve du désintéressement définitif de l'animal[851]. Les actes de cruauté et les sévices graves se distinguent des mauvais traitements en ce qu'ils s'inspirent d'une méchanceté réfléchie traduisant l'intention délibérée d'infliger des souffrances[852].

---

[847] Article 521-1 du Code pénal : «Le fait, publiquement ou non, d'exercer des sévices graves, ou de nature sexuelle, ou de commettre un acte de cruauté envers un animal domestique, ou apprivoisé, ou tenu en captivité, est puni de deux ans d'emprisonnement et de 30 000 euros d'amende. En cas de condamnation du propriétaire de l'animal ou si le propriétaire est inconnu, le tribunal statue sur le sort de l'animal, qu'il ait été ou non placé au cours de la procédure judiciaire. Le tribunal peut prononcer la confiscation de l'animal et prévoir qu'il sera remis à une fondation ou à une association de protection animale reconnue d'utilité publique ou déclarée, qui pourra librement en disposer.
Les personnes physiques coupables des infractions prévues au présent article encourent également les peines complémentaires d'interdiction, à titre définitif ou non, de détenir un animal et d'exercer, pour une durée de cinq ans au plus, une activité professionnelle ou sociale dès lors que les facilités que procurent cette activité ont été sciemment utilisées pour préparer ou commettre l'infraction. Cette interdiction n'est toutefois pas applicable à l'exercice d'un mandat électif ou de responsabilités syndicales. Les personnes morales, déclarées pénalement responsables dans les conditions prévues à l'article 121-2 du code pénal, encourent les peines suivantes :- l'amende suivant les modalités prévues à l'article 131-38 du code pénal ; les peines prévues aux 2°, 4°, 7°, 8° et 9° de l'article 131-39 du code pénal. Les dispositions du présent article ne sont pas applicables aux courses de taureaux lorsqu'une tradition locale ininterrompue peut être invoquée. Elles ne sont pas non plus applicables aux combats de coqs dans les localités où une tradition ininterrompue peut être établie. Est punie des peines prévues au présent article toute création d'un nouveau gallodrome.

[848] Sinon le fait de tuer volontairement un animal constitue la contravention de l'article R 655-1 du Code pénal. Ainsi le fait de tuer un chat en le plaçant dans un congélateur constitue le délit de l'article 521-1, CA Pau 28 avril 2005, Juris Data n° 2005-274606.

[849] En ce sens CA Dijon 30 juin 2011, Juris Data n° 2011-019457, où le prévenu a été reconnu coupable de sévices graves envers les animaux pour avoir détenu des animaux domestiques dans des conditions génératrices de souffrances graves et cruelles. Il avait maintenu attaché par une chaîne, sans nourriture ni hygiène et pendant plus de huit jours, un chien, un bouc et des équidés.

[850] Cass. crim. 13 nov. 2007, *JCP G* 2007 IV, 3339, *Dr.pén.* 2008, comm. 17 note M. Véron.

[851] CA Limoge, 16 mars 2007, JurisData n° 2007-335500.

[852] Répertoire de droit pénal et de procédure pénale, « L'animal en tant qu'être vivant », n° 33.

391. Les mauvais traitements prévus par l'article R. 654-1 du Code pénal[853] sanctionnent les actes commis avec brutalité, violence et qui causent à l'animal une souffrance inutile[854]. Ce sont donc des faits volontaires commis sans nécessité. Le propriétaire du chien qui le laisse sur un balcon, en plein été sans abri avec de la nourriture et de l'eau mais une muselière pour l'empêcher d'aboyer, l'empêchant de se nourrir, est coupable de la contravention de mauvais traitements. Cette qualification ayant été choisie à défaut de pouvoir caractériser l'intention de provoquer des souffrances ou la mort[855].

392. La mise à mort sans nécessité prévue par l'article R.655-1 du Code pénal[856] sanctionne, d'une contravention de 5ème classe, le fait de donner volontairement la mort à un animal domestiqué, apprivoisé ou tenu en captivité[857]. La mort n'est pas ici le résultat d'un acte de cruauté[858]. En revanche, l'auteur de la mort, des sévices ou des actes de cruauté de l'animal, peut invoquer le fait justificatif tiré de l'autorisation de la loi[859] pour échapper à une condamnation. En effet, depuis la loi du 24 avril 1951[860] les mauvais traitements ne sont pas applicables aux courses de taureaux lorsqu'une tradition ininterrompue[861] peut être invoquée. Cette exception a été reprise par la loi du 19 novembre 1963 à l'article 453 de l'Ancien Code pénal et étendue aux combats

---

[853] « Hors le cas prévu par l'article 511-1, le fait, sans nécessité, publiquement ou non, d'exercer volontairement des mauvais traitements envers un animal domestique ou apprivoisé ou tenu en captivité est puni de l'amende prévue pour les contraventions de la 4e classe. En cas de condamnation du propriétaire de l'animal ou si le propriétaire est inconnu, le tribunal peut décider de remettre l'animal à une œuvre de protection animale reconnue d'utilité publique ou déclarée, laquelle pourra librement en disposer. Les dispositions du présent article ne sont pas applicables aux courses de taureaux lorsqu'une tradition locale ininterrompue peut être invoquée. Elles ne sont pas non plus applicables aux combats de coqs dans les localités où une tradition ininterrompue peut être établie ».

[854] Interdiction reprise par l'article L 214-3 du Code rural.

[855] Cass. crim. 7 oct. 2008, Jurisdata n° 07-88.349.

[856] « Le fait, sans nécessité, publiquement ou non, de donner volontairement la mort à un animal domestique ou apprivoisé ou tenu en captivité est puni de l'amende prévue pour les contraventions de la 5ème classe. La récidive de la contravention prévue au présent article est réprimée conformément à l'article 132-11. Les dispositions du présent article ne sont pas applicables aux courses de taureaux lorsqu'une tradition locale ininterrompue peut être invoquée. Elles ne sont pas non plus applicables aux combats de coqs dans les localités où une tradition ininterrompue peut être établie ».

[857] CA Grenoble, 22 octobre 1999, *Dr. pénal* 2000, comm.136, obs. M. Véron.

[858] Par exemple: le fait de détruire volontairement les abeilles d'une ruche, crim 18 nov. 1962, *D.* 1963, somm. 39.

[859] Article 122-4 du Code pénal.

[860].Lors de la révision de la loi Grammont du 2 juillet 1850 par la loi n° 51-461 du 24 avril 1951 il a été prévu que « la loi n'est pas applicable aux courses de taureaux lorsqu'une tradition ininterrompue peut être invoquée ». Un décret du 7 septembre 1959 a ajouté le terme de « tradition locale permettant, ainsi d'exclure de leurs champs d'incrimination les sévices graves et actes de cruauté, des mauvais traitements à animaux et leur mise à mort sans nécessité.

[861] Selon le tribunal correctionnel du 27 avril 1989 constitue une tradition ininterrompue : « Une coutume ancienne et répétée de génération en génération, sans aucune interruption, et non de faits isolés ou plus ou moins intermittents *», JCP* 1989, II, 21344, note E. Agostini.

de coqs par une loi du 8 juillet 1964[862]. Ces dispositions situées aux articles 521-1 alinéa 7 du Code pénal[863], R. 654-1 alinéa 3 et R. 655-1 alinéa 3 Code pénal ont fait l'objet d'une validation *a posteriori* par le Conseil constitutionnel.

393. Le Conseil constitutionnel a été saisi de la question de la conformité de l'alinéa 7 de l'article 521-1 du Code pénal *via* une question prioritaire de constitutionnalité posée par diverses associations ayant pour objet la protection des droits des animaux et la lutte anti-corrida. Les requérants prétendaient que les dispositions du 7ème alinéa de l'article 521-1 du Code pénal ce même article portait atteinte au principe d'égalité devant la loi. Le Conseil constitutionnel dans une décision du 21 septembre 2012 a rejeté l'argument[864]. Au visa de l'article 6 et 8 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 il a rappelé que : « le principe d'égalité ne s'oppose ni à ce que le législateur règle de façon différente des situations différentes ni à ce qu'il déroge à l'égalité pour des raisons d'intérêt général, pourvu que, dans l'un et l'autre cas, la différence de traitement qui en résulte soit en rapport direct avec l'objet de la loi qui l'établit (…). Le législateur tient de l'article 34 de la Constitution, ainsi que du principe de légalité des délits et des peines qui résulte de l'article 8 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, l'obligation de fixer lui-même le champ d'application de la loi pénale et de définir les crimes et délits en termes suffisamment clairs et précis pour exclure l'arbitraire ». Le Conseil a ensuite considéré que l'exonération prévue à l'alinéa 7 de l'article 521-1 du Code pénal était limitée aux cas où une tradition locale ininterrompue peut être invoquée : « l'exclusion de responsabilité pénale instituée par les dispositions contestées n'est applicable que dans les parties du territoire national où l'existence d'une telle tradition ininterrompue est établie et pour les seuls actes qui relèvent de cette tradition », précisant à cet égard que, « s'il appartient aux juridictions compétentes d'apprécier les situations de fait répondant à la tradition locale ininterrompue, cette notion, qui ne revêt pas un caractère équivoque, est suffisamment précise pour garantir contre le risque d'arbitraire ». Ainsi, pour finalement rejeter l'argument des requérants, le

[862] Loi n° 64-690, 8 juillet 1964, JO 9 juillet 1964.
[863] La première phrase de l'alinéa 7 de l'article 521-1 du code pénal, a fait l'objet d'une QPC. Le 21 septembre 2012, le Conseil constitutionnel, dans une décision n° 2012-271a considéré « qu'en excluant les courses de taureaux du champ d'application des dispositions réprimant les sévices graves et actes de cruauté envers les animaux dès lors qu'une tradition locale ininterrompue peut être invoquée, ne méconnaît aucun droit ou liberté que la Constitution garantit ».
[864] Cons. Consti. Décision n° 2012-271, QPC, *D.* 2012, 2486*, AJDA*, 2012, 1770, *D.* 2012, 2486 note X Daverat ; *RSC* 2013, note B. De Lamy.

Conseil constitutionnel a conclu que « la différence de traitement instaurée par le législateur entre agissements de même nature accomplis dans des zones géographiques différentes est en rapport direct avec l'objet de la loi qui l'établit ».

394. L'absence de nécessité visée par les articles R. 655-1 et R. 654-1 du Code pénal fait écho à la législation sur l'expérimentation sur les animaux qui pour être licite doit répondre à une condition de nécessité complétée par l'impossibilité d'y substituer d'autres méthodes expérimentales[865]. En effet, selon l'article R. 214-87 du Code rural, sont licites les expériences[866] ou recherches pratiquées sur les animaux vivants qui répondent à un caractère de nécessité sans que puissent être substituées d'autres méthodes expérimentales et, d'être poursuivies dans les buts suivants : le diagnostic, la prévention et le traitement des maladies de l'homme[867]. Depuis la loi du 19 décembre 1963, le fait de pratiquer des expériences ou des recherches scientifiques sur les animaux sans se conformer aux prescriptions fixées par décret en Conseil d'État est sanctionné pénalement[868]. Les animaux utilisés à des fins scientifiques font également l'objet d'une protection juridique conforme aux préoccupations internes et internationales sur le plan européen, la Convention européenne de Strasbourg du 18 mars 1986 sur la protection des animaux vertébrés utilisés à des fins expérimentales ou à d'autres fins scientifiques[869] engage les états signataires à limiter l'utilisation des animaux à des fins expérimentales et à remplacer cette utilisation par des méthodes de substitution[870]. Le décret n° 2013-118 du 1er février 2013 a pour objectif d'améliorer les conditions des animaux utilisés ou destinés à des fins scientifiques. Sont visés par ce décret, l'origine des animaux, leurs conditions d'hébergement et d'entretien, les modalités d'agrément des éleveurs et fournisseurs d'animaux. Un

[865] Article R. 214-87 du Code rural.
[866] L'expérience est selon l'article R. 284-88 du code rural, toute utilisation d'un animal vertébré à des fins expérimentales ou à d'autres fins scientifiques. L'expérience commence lors de la manipulation et se termine lorsqu'aucune utilisation ne doit plus être faite sur l'animal et le cas échéant, lorsqu'il a été procédé à son euthanasie. Selon l'article R. 214-90 du code rural, ne sont pas des expériences celles qui sont pratiquées sur des animaux invertébrés et sur des formes embryonnaires de vertébrés ovipares.
[867] Sur l'expérimentation animale voir notamment l'étude de J. Segura-Carissimi, « Expérimentation animale et protection des animaux », *Gaz. Pal.*, 2009, n° 223, p. 6.
[868] Les articles R. 24-14 à R. 24-31 de l'ancien Code pénal relatifs aux conditions des expérimentations se trouvent aujourd'hui aux articles 521-2 et R. 511-1 du Code pénal qui renvoient aux articles R. 214-87 à R. 214-130 du Code rural.
[869] Convention signée par la France le 2 septembre 1987 et publiée parle décret n° 2001-131 du 6 février 2001, qui ensuite fait l'objet d'un protocole d'amendement le 22 juin 1998, publié par le décret du 23 mars 2007.
[870] *Voir* CEDH 16 janv. 2014, n° 451932/09, *Tierbefreier c/ Allemagne*.

comité de réflexion éthique sur l'expérimentation animale été d'ailleurs été crée auprès de la commission nationale de l'expérimentation animale.

395. Ainsi, la protection pénale de l'animal, s'étend de son intégrité à sa vie, ce qui n'est pas sans faire écho à celle des êtres humains même si il faut convenir que la hiérarchie des qualifications n'est pas la même[871]. La protection pénale de l'animal se fonde donc sur la reconnaissance de sa qualité d'être vivant, d'être sensible capable de souffrir. Le respect de son intégrité et de sa vie sont des valeurs sociales qui relèvent naturellement d'une législation répressive. Pour autant, cela n'implique pas de repenser sa catégorie juridique. L'animal n'appartient pas à la catégorie des personnes, il est un bien. Sa protection pénale pourrait tout aussi bien relever de la qualification d'atteinte aux biens. En effet, la nature juridique de l'animal permet d'envisager de lui appliquer les infractions de destructions de biens. La jurisprudence de la chambre criminelle a admis à plusieurs reprises que le fait de porter atteinte à la vie ou à l'intégrité de l'animal pouvait recevoir la qualification délictuelle ou contraventionnelle d'atteinte à la propriété d'autrui alors que des textes spéciaux existaient[872]. La poursuite d'actes portant atteinte à la vie ou à l'intégrité de l'animal est envisageable sur le fondement de l'atteinte aux biens meubles[873] mais en ce cas, le propriétaire ne peut pas être poursuivi[874].

396. La reconnaissance de la sensibilité de l'animal[875] a conduit à envisager la poursuite des infractions au titre des infractions spéciales. L'animal est donc un bien juridique qui en sa qualité d'être vivant et d'être capable de souffrir, a une reconnaissance sur le terrain pénal puisque sa protection y est organisée, il fait donc partie des valeurs pénalement protégées. L'absence de personnalité juridique n'a pas été un obstacle à la reconnaissance de sa protection pénale.

397. Ainsi, que ce soit concernant le cadavre ou l'animal, le droit pénal parvient à concevoir une protection pénale indépendante de l'acquisition de la personnalité

[871] J. Leroy *op. cit.* p. 296 : «(…) la qualification la plus haute est le délit et non le crime (…) l'atteinte intentionnelle à la vie de l'animal n'est qu'une contravention de cinquième classe (…) ».
[872] Voir en ce sens pour des illustrations, *JCL pén.* fasc 20 n° 36.
[873] Voir en ce sens Cass. crim., 16 décembre 2006, *Environnement*, 2007, comm. 57 note J.-H. Robert.
[874] Les actes commis par le propriétaire sur son propre bien ne peuvent être réprimés.
[875] Dans la loi du 10 juillet 1976.

juridique. L'animal est un bien à qui l'on a reconnu une capacité de souffrance[876] ce qui en fait un être vivant digne de protection. Le cadavre est le corps humain ayant abrité la personne juridique qui continue de représenter l'être humain. Ces considérations ont fondé la protection pénale d'êtres sans personnalité juridique. L'un, parce qu'il est vivant et qu'il peut souffrir (l'animal) l'autre parce qu'il a été vivant et qu'il est humain (le cadavre). La personnalité juridique ne serait donc pas une condition déterminante de la protection pénale. Ce qui nous invite à constater les incohérences de la situation pénale de l'enfant à naître.

398. Conclusion chapitre second. L'absence de définition juridique de l'être avant la naissance a conduit la doctrine et la jurisprudence à sonder les intentions législatives cachées derrière les lois qui concerne de près ou de loin l'enfant avant sa naissance. Or, malgré les occasions offertes[877], le législateur n'a pas souhaité définir le statut de l'être avant la naissance. En refusant de trancher la nature juridique de l'embryon *in vitro* ou *in utero,* et de manière générale de l'enfant à naître, le législateur a laissé la porte ouverte à toutes les interprétations possibles. En effet, lorsqu'il a choisi de dépénaliser partiellement l'interruption volontaire de grossesse et de décriminaliser l'auto-avortement, la tentation fut grande d'en déduire la consécration d'un statut négatif de l'embryon *in utero*. Si les femmes ont un pouvoir sur l'embryon *in utero* non désiré, et que parallèlement les scientifiques un pouvoir sur les embryons *in vitro*, c'est que, de manière générale, l'embryon est une chose[878]. Or, ce raisonnement est construit sur une confusion puisque qu'il assimile le pouvoir du scientifique avec celui de la femme. La relation à l'embryon est pourtant bien différente dans les deux situations qui ne peuvent être en aucun cas assimilées. Ce raisonnement conduit à faire de l'embryon une chose par essence au regard de la législation sur l'interruption volontaire de grossesse. Or, ce n'est pas ce que dit la loi, qui « (…) n'a aucunement pour objet ou pour effet de faire de l'enfant conçu un produit instrumentalisé ou industrialisable. Ces erreurs de raisonnement sont graves car (…) elles provoquent de véritables changements de système normatif sans que l'on ait conscience de la mutation ainsi opérée et des effets en chaîne qu'elles recèlent

[876] Sur cette idée voir notamment M. Lachance, « L'animal souffre t-il en droit ?» Colloque du GRIDA du 20 mai 2011.
[877] Nous pensons particulièrement aux révisions des lois bioéthiques ou la question du statut de l'embryon était un point particulièrement attendu.
[878] En ce sens, M.-A. Hermitte qui a fait le constat de ce raisonnement, *op. cit*. p. 140.

»[879]. La législation sur l'IVG n'est plus fondée sur la protection de l'enfant à naître. La législation qui entoure l'IVG a pour fondement la protection de la liberté procréative de la femme. Les qualifications pénales qui demeurent en sont le reflet puisque le consentement de la femme qui souhaite interrompre sa grossesse est protégé, l'entrave à l'IVG est sanctionnée comme portant atteinte à la liberté procréative qui s'exerce négativement. Cette évolution de la *ratio legis* ne s'est pas accompagnée de la protection de l'être avant la naissance. Cela a favorisé une double confusion. En premier lieu, l'amalgame selon lequel la législation sur l'IVG contiendrait une sorte de statut en creux de l'embryon. En second lieu, la conception erronée selon laquelle existerait une incompatibilité entre l'existence de la loi et la protection pénale de la vie anténatale. Poussé à son paroxysme, ce raisonnement a conduit à faire comme si toute protection pénale de la vie anténatale était nécessairement une remise en cause de la législation sur l'IVG. Dès lors, le statut de l'enfant à naître, parasité par ces considérations, a été sclérosé. Pourtant, parallèlement, le droit pénal a été capable d'organiser la protection pénale de l'animal et du cadavre, entités qui par essence ne sont pas des personnes juridiques. Cette analyse nous permet de remettre en perspective la jurisprudence criminelle qui refuse de protéger l'enfant à naître sur le fondement de son absence de personnalité juridique.

399. Conclusion du titre second: Le législateur a refusé de qualifier l'enfant à naître de personne ou de chose. Ainsi, lorsqu'il a traité de l'embryon *in vitro* dans les lois bioéthiques, il n'a pas défini sa nature juridique, alors que c'est un être qui existe en dehors du corps maternel, qui existe dans une éprouvette et qui existe lorsqu'il est dans l'attente d'une implantation. Le législateur refuse d'assimiler l'embryon à une personne, mais il n'arrive pas à se résoudre à le qualifier de chose se positionnant à mi-chemin entre la personne et la chose et refusant ainsi de trancher le débat. Il a organisé le régime juridique de l'embryon *in vitro* conformément à cette politique de l'entre-deux. Dès lors, nous avons pu constater que des dispositions relatives à l'organisation de son régime juridique penchent du côté de la personne et du côté de la chose. C'est donc un de régime hybride.

[879] C. Labrusse Riou, « L'embryon humain : qualification juridique et politique législative » *RGDM* n° spécial : « La recherche sur l'embryon humain qualification et enjeux, 2000, p. 171.

400. Cette stratégie consistant à refuser de faire un choix sème le désordre[880]. En effet, on ignore ce qu'est juridiquement l'embryon. Quelle différence entre l'embryon *in vitro* et *in utero*? Doit-on les appréhender de la même manière? Doit-on les distinguer? Autant de questions auxquelles le législateur a refusé de répondre, autant de réponses ont été proposées par la jurisprudence et la doctrine. Ainsi, le Conseil constitutionnel a pu considérer l'embryon *in vitro* non implanté comme une sous-catégorie d'embryon, la Cour administrative d'appel d'Amiens a même remis en question l'humanité des embryons *in vitro* surnuméraires. Cette absence de définition de la nature juridique de l'embryon *in vitro* conduit à constater des inepties. La même indétermination de statut caractérise la situation de l'embryon *in utero,* générant des incohérences lorsque l'on met en perspective l'absence de protection pénale du fœtus et l'organisation de la protection pénale de l'animal et du cadavre. L'idée que la protection pénale de la vie anténatale aurait pour objet une remise en cause de la législation sur l'IVG, expliquant en partie cette situation. Si le législateur protège la femme qui souhaite mettre un terme à sa grossesse cela ne signifie pas pour autant que, de manière générale, tous les enfants à naître ont le statut de chose. Cette « maîtrise du vivant »[881] a cristallisé la situation pénale de l'être avant la naissance, qui semble être figé entre la législation sur l'interruption de grossesse et la législation sur la recherche.

401. Conclusion de la première partie Le refus de sanctionner l'homicide involontaire de l'enfant à naître est la manifestation d'une confusion dans l'approche juridique de la vie de l'être avant la naissance qui prend sa source dans la notion de personne objet de confusion. La personne telle qu'elle est envisagée par le droit civil est la personne juridique. Or la personne juridique ne reflète pas l'existence de l'enfant à naître, qui par définition, n'est pas une personne juridique tant qu'il n'est pas né vivant et viable. Alors qui est t-il? Dans cette première partie nous avons pu constater qu'il existe un être qui précède et dépasse le droit, c'est l'être humain au sens biologique du terme.

402. L être humain ne se retrouve pas exactement dans la notion de personne juridique car elle ne la saisit que de sa naissance à sa mort. Or, la situation de

[880] Sur cette idée voir A. Bertrand Mikovic, thèse. précit.
[881] Expression employée par Madame le professeur Catherine Labrusse-Riou « La maîtrise du vivant: matière à procès », *Pouvoirs* n°56, *Bioéthique,* janvier 1991, p. 87.

l'embryon *in vitro*, de l'embryon *in utero,* du cadavre rappelle au juriste que l'être existe avant la personne. L'être humain existe avant la naissance mais la personne juridique n'arrive pas à le saisir car ce n'est pas son objet. L'objet de la personnalité juridique n'est pas de rendre compte de l'humain tel qu'il est, ou pour ce qu'il est, mais d'être un point d'imputation, une manière d'organiser les rapports juridiques. C'est une création du droit. Un individu, ou un groupement, est une personne juridique à partir du moment où le droit a décidé de lui attribuer cette qualité. Le droit génère donc l'existence de la personne juridique, qui est toujours une fiction juridique. C'est ainsi qu'il faut comprendre l'attribution automatique de la personnalité juridique à la naissance (vivant et viable)[882], la possibilité de faire rétroagir la personnalité juridique jusqu'au moment même de la fécondation, l'existence d'une personne juridique sans corps. Ce sont les manifestations de l'artificialité de la personnalité juridique.

403. Ainsi, après avoir tenté de cerner les contours de la personne juridique et son pragmatisme, nous avons pu constater que la notion de personne juridique avait une certaine influence en droit pénal. Tout du moins, nous avons constaté que la personne juridique exerce une influence certaine sur la notion de personne en droit pénal. La responsabilité pénale de la personne morale en est l'illustration. Le droit pénal s'accommode parfaitement de la personnalité juridique à tel point qu'il ne semble protéger plus qu'elle. En effet, comment expliquer notionnellement la solution de l'Assemblée plénière du 29 juin 2001, si ce n'est par l'attraction de la notion de personne juridique. Le titre second nous a permis de constater les contradictions autour de l'absence de protection pénale de l'enfant à naître. L'absence de statut de l'être avant la naissance est à l'origine de contradictions qu'il s'agisse de l'embryon *in vitro* ou de l'embryon *in utero*. Ces contradictions nous permettent de vérifier une première intuition, l'habit de la personne juridique ne convient pas à l'enfant à naître, trop grand ou trop petit selon l'angle sous lequel on se place. Dès lors, la notion de personne juridique manifeste une dysharmonie qui existe entre l'humain et le droit. Que l'on considère juridiquement l'embryon comme une personne ou comme une chose, certaines réalités dépassent la sphère juridique et ne peuvent êtres niées : c'est le cas de son humanité. La dysharmonie est également

[882] A. Bertrand Mirkovic, « Le droit constate-t-il ou génère t-il la notion de personne physique? », Dr fam septembre 2012, dossier n° 6.

perceptible lorsque l'on constate que l'humanité de l'être qui vit avant la naissance ne peut faire l'objet d'une valeur pénalement protégée alors que l'être humain qui ne vit plus et la sensibilité de l'animal sont des valeurs pénales consacrées. Nous avons tenté, dans ce second titre, de fournir des explications politiques complétant les explications notionnelles à l'origine de la situation pénale de l'enfant à naître. En isolant ces causes nous avons pu entrevoir une intuition se confirmer: la personne juridique n'est pas l'outil adapté à la réalité biologique de l'être avant la naissance. Il faudra chercher ailleurs cette protection pénale nécessaire de l'humain qui existe avant de naître, ce que se propose de faire notre deuxième partie

.

DEUXIÈME PARTIE : L'HUMANITÉ DE L'ÊTRE AVANT LA NAISSANCE FONDEMENT DE SA PROTECTION PÉNALE

404. La première partie de cette étude nous a permis de constater que la notion de personne juridique était un outil juridique qui n'avait pas pour objet de protéger l'être humain. Dès lors, il convient à présent de rechercher s'il en existe un susceptible de saisir la réalité biologique de l'humain. Il semblerait que la notion de personne humaine se présente comme une notion pouvant répondre à la problématique posée par l'existence de l'enfant conçu, telle que nous l'avons analysée dans la première partie. En effet, la personne humaine d'essence philosophique est une notion qui a notamment intégrée la sphère juridique parce que des atteintes à l'humain avaient été commises pendant la seconde guerre mondiale. L'humain y a été remis en cause tant dans son individualité que dans son appartenance à la communauté humaine, à la famille humaine. Dès lors, cette notion de personne humaine principalement analysée en philosophie a intégré la sphère juridique, notamment par le biais du droit pénal. Elle nous semble alors pouvoir répondre aux enjeux posés par cet humain qu'est l'enfant avant sa naissance.

405. L'analyse de cette notion de personne humaine, doit nécessairement passer par une analyse de la notion de dignité qui en est son attribut. En effet, l'existence de la personne humaine implique sa dignité et *vice versa*. Principal vecteur de protection de la personne humaine, la dignité est d'essence philosophique ce peut expliquer les difficultés de son intégration juridique. Elle se présente comme le principal vecteur de protection de la personne humaine, reflétant l'idée que ce qui est protégé dans la personne humaine est son lien avec l'humanité. Dès lors, cette identification de la notion de personne humaine et de son attribut, la dignité, contribue à nourrir notre réflexion sur la condition pénale de l'enfant à naître.En effet, si la notion de personne humaine est au même titre que la personne juridique, une construction intellectuelle au service du droit (contrairement à la notion d'être humain qui est biologique), elle revêt des contours suffisamment larges pour permettre de mieux étreindre la réalité de l'humain et par exemple d'être le fondement de la protection pénale de l'être après sa mort. Ainsi, les notions de personne humaine et de dignité vont être des outils nous permettant de proposer un moyen pour sortir de l'impasse notionnelle dans laquelle la jurisprudence criminelle est plongée depuis 1999(titre premier).

L'objet du titre suivant sera de tenter d'expliquer comment, au sein d'un même système, peut s'affirmer sans contradiction, la dignité de l'embryon, l'organisation de sa protection pénale, la liberté procréative de la femme et la liberté de la recherche. En effet, nous avons vu dans la première partie que le statut juridique de l'être avant la naissance n'avait pas fait l'objet d'une détermination législative. Dès lors, une sorte de régime juridique semble lui avoir été organisé à travers des règles dispersées entre le Code de la santé publique, le Code civil, le Code pénal. Nous avons pu constater que l'être avant la naissance était au cœur de législations ayant pour objet d'organiser les atteintes à sa vie. Pourtant, malgré ces atteintes organisées et justifiées par le législateur, nous avons constaté que son appartenance à l'humanité empêche de le qualifier de chose et commande de le respecter comme une personne humaine. Cette nécessité de respecter sa dignité de personne humaine passe par le mécanisme de la sanction pénale. En effet, le droit pénal est axiologique, « nommer pénalement la chose, c'est lui assigner une valeur »[883]. Dès lors, nous allons démontrer que la réelle contradiction de notre système consiste à proclamer en tête du Code pénal la valeur fondamentale de la personne humaine tout en refusant de protéger pénalement l'enfant à naître. La législation relative à l'interruption volontaire et médicale de grossesse, tout comme la législation autorisant la recherche embryonnaire ne sont pas des obstacles à l'affirmation et à l'organisation de la protection pénale de l'être avant sa naissance. Cette conciliation en droit pénal trouve une explication dans la théorie du fait justificatif qui permet d'expliquer comment un comportement illicite peut devenir conforme au droit. Dès lors, nous tenterons de démontrer comment un équilibre entre la protection de la vie de l'être avant la naissance et les atteintes qui peuvent lui être portées peut être obtenu (Titre second).

[883] S. Tzitzis, *La personne juridique dans la philosophie du droit pénal*, *op. cit*, p. 64.

Titre premier : La notion de personne humaine, instrument de réponse à la confusion notionnelle autour de la condition pénale de l'enfant à naître

407. La *summa divisio* conduit à diviser le monde juridique en deux catégories : les personnes et les choses. Cette distinction, héritée du droit romain structure radicalement notre droit entre, d'un côté les personnes, et de l'autre les choses[884]. Il n'existe pas d'intermédiaire entre les deux[885]. Or, l'humain existe avant et après la personnalité juridique. C'est un fait qui s'impose au droit et qui signifie deux choses. Soit les catégories existantes des personnes et des choses sont inadaptées à saisir cet humain sans habit juridique, soit il n'a pas vocation à être pris en considération par le droit. Or, lorsqu'il s'intéresse à l'acte d'enfant sans vie, le droit signifie que l'existence de l'humain, même sans l'habit juridique de la personnalité juridique, produit des conséquences sur le terrain juridique. L'existence de l'humain avant la naissance manifeste le besoin de renouvellement de cette *summa divisio*. L'objet de ce titre sera donc d'essayer de relativiser cette distinction en analysant une notion qui existe déjà et qui semble pouvoir répondre aux besoins de protection de l'humain avant la naissance et nécessairement, à l'autre extrémité aux besoins de l'humain après la mort.

408. La personne juridique est une fiction générée par le droit et qui justifie que des bornes soient posées afin de la délimiter. Ainsi, « la personne n'existe pas avant que le droit ne la génère, (…) la personnalité est une émanation du droit qui la définit comme il veut et l'attribue à qui il veut ». En dehors du droit, existe l'être humain[886]. Or, ainsi qu'avait pu le constater Monsieur le professeur Roberto Andorno, « s'il y a une notion juridique de personne, c'est parce qu'il y a une autre notion distincte, plus générale, qui n'est pas spécifiquement juridique »[887], qui serait la personne humaine. Madame Aude Bertrand-Mirkovic considère que la personne humaine existe « en dehors et indépendamment du droit, ce dernier ne peut que la constater, ce qui n'a rien d'évident. Le plus souvent, il suffit d'être homme pour identifier ses semblables et percevoir en eux des personnes. Mais, parfois, les mécanismes spontanés d'identification sont insuffisants et il faut trouver des raisons de reconnaître ou ne

[884] La *summa divisio* est présentée dans deux grands textes didactiques du droit romain: *Les Institutes* de Gaius écrite vers 160 et les *Institutes* de Justinien publiée en 533

[885] En droit romain en revanche l'esclave était qualifié de res et de persona à la fois. Vis-à-vis de son maitre il était une *res* mais sa nature profonde était celle de persona. Pour une étude de la *summa divisio* voir notamment, E. Lazayrat, J. Rochfeld, J.-P Marguénaud, « La distinction des personnes et des choses », *Dr. fam.* 2013, n° 4 , étude 5

[886] A. Mirkovic « le droit constate-il ou génère t-il la personne juridique », *op. cit.*

[887] R. Andorno, thèse précit. p. 62.

pas reconnaître en tel ou tel la personne humaine. Par le passé, la découverte de l'Amérique a pu susciter de telles discussions. À notre époque, la qualité de personne de l'embryon, ou du patient dans le coma, ne tombe pas sous le coup de l'évidence. Mais, qu'il soit facile ou non d'identifier la personne humaine, ce qui nous intéresse ici est l'attitude à adopter face à la réalité personne humaine : il n'y a rien à décider en la matière, fut-ce sous forme de consensus, car il s'agit de le constater »[888].

409. Pour notre part, nous ne considérons pas la notion de personne humaine comme une réalité, car, elle est au même titre que la personne juridique, un outil qui permet de conceptualiser. En revanche, à la différence de la personne juridique qui reflète l'être sur la scène juridique dans ses rapports avec les autres êtres juridiques et les choses, la personne humaine a pour objet l'humain dans sa nudité biologique et la valeur fondamentale qui découle de ce constat. Cette notion permettrait de dessiner les contours de la condition pénale de l'être avant la naissance. Nous allons donc rechercher les contours de la personne humaine et constater qu'elle se présente comme une sorte de « remède » aux insuffisances de la personnalité juridique. La personne humaine permet de fonder la protection pénale de l'être humain pour ce qu'il est, contrairement à la notion de personne juridique qui a pour objet principal de protéger un être dans ses relations juridiques. A travers la découverte de la notion de personne humaine, nous allons pouvoir constater en quoi une distinction s'impose d'avec la personne juridique (chapitre premier). Pour n'être pas une coquille vide, la notion de personne humaine a nécessairement des attributs qui permettent de protéger l'essence de cette personnalité Dès lors, l'étude de la notion de dignité se révèlera un élément incontournable de la compréhension de la notion et des enjeux de la personne humaine. La dignité, se présente comme le principal axe de protection de la personne humaine. (chapitre second).

[888] A. Mirkovic « Le droit constate-il ou génère t-il la personne juridique » *op. cit.* ; *La notion de personne en droit, étude visant à clarifier le statut juridique de l'embryon,* thèse, *op. cit.*

Chapitre premier: La notion de personne humaine: alternative à la dichotomie personne/chose.

412. L'enfant simplement conçu est un être humain qui existe avant sa venue au monde. Il mène une vie intra utérine, ou extra utérine. À partir du moment où les conditions de la personnalité juridique ont été fixées, à savoir : la naissance en vie et la viabilité, l'être humain qui existe avant la naissance ne fait pas partie de la catégorie des personnes juridiques. L'enfant ne devient une personne juridique qu'à partir de l'accouchement[889]. Le législateur a fermé l'accès à la catégorie de personne juridique aux enfants dépourvus des organes nécessaires à la vie. En effet, comme a pu le constater. Monsieur le Professeur Jean Hauser: « en réalité le droit est surtout préoccupé par la constatation du commencement de la personnalité qui constitue le départ d'une vie « juridique »[890], exprimant ainsi la malléabilité de la personnalité juridique. La personne humaine se révèle être l'outil nécessaire à la protection de l'être humain avant la naissance à partir du moment où l'on constate une inadaptation de la personnalité juridique aux besoins de cet être. En effet, ce que traduit l'inadaptation de la personnalité juridique aux questionnements posés par la vie anténatale, c'est la nécessité de repenser la radicalité de la *summa divisio*. Ainsi, les propositions de renouvellement de la *summa divisio*, qu'elles consistent en une alternative à la catégorie des choses ou à la personne juridique, manifestent l'inadéquation de la problématique de la protection de l'humain à la naissance avec les catégories telles qu'elles sont présentées (Section première). Pour notre part, nous ne considérons pas pouvoir trouver une réponse dans un intermédiaire entre la personne et la chose mais dans une sorte de subdivision de la catégorie de personne à travers la notion de personne humaine. Ainsi, d'essence philosophique, nous verrons comment cette notion révélée principalement par le droit pénal peut répondre aux besoins de protection de l'humain tel qu'en lui-même, notion à la lumière du droit pénal (Section seconde)

[889] Cf. article 55 et 56 du Code civil.
[890] J. Hauser, « Les bornes de la personnalité juridique en droit civil », *Dr. Fam.*, sept. 2012, n° 9 dossier 4.

Section I : L'inadaptation de la catégorie de personne juridique à la particularité de l'être humain avant la naissance

414. Si la personnalité juridique est attribuée à partir de la naissance en vie et viable de l'être humain, elle est également accordée aux personnes morales. Madame le professeur Françoise Dekeuwer-Defossez, constate ainsi la contingence de la reconnaissance de la personnalité juridique que le système peut reconnaître ou refuser en fonction de circonstances et de politiques variables[891]. A partir du moment où la vie anténatale est source d'interrogations, se pose donc la question de l'attribution de la personnalité juridique antérieurement à naissance. Or, on constate que les propositions d'attribution de la personnalité juridique à l'être humain avant la naissance ne sont pas satisfaisantes (§1), compte tenu des objectifs de la personnalité juridique révélés par les droits de la personnalité (§2).

§1) Des propositions d'attribution de la personnalité juridique à l'enfant à naître insatisfaisantes.

415. Le monde juridique se scinde entre les personnes et les choses. A partir du moment où le législateur a fixé les conditions de la personnalité juridique à la naissance vivant et viable, l'enfant simplement conçu ne peut être qualifié de personne juridique. S'il n'est pas un sujet de droit, on ne peut cependant se résoudre à le qualifier d'objet de droit. En effet, entre ces deux catégories juridiques, un lien de subordination semble exister. Entre les personnes et les choses une relation inégalitaire s'est établie notamment à travers la domination des choses par les personnes[892]. Dès lors, les risques d'appropriation inhérents à la catégorie des choses nous invitent à faire entrer l'être avant la naissance dans la catégorie des personnes. Or, nous avons constaté que la personne juridique est une notion technique créée à des fins juridiques[893]. Ainsi, face à l'impossibilité de faire entrer l'être avant la naissance dans une des deux catégories juridiques existantes, la doctrine a envisagé de créer des catégories intermédiaires (A), à la périphérie de la personne ou de la chose. Or, si la catégorie des choses ne nous semble pas pouvoir répondre à la

[891] F. Dekeuwer-Defossez, « Rapport de synthèse: existe-il une définition unique et transversale de la notion de personne », *Dr. fam.* n° 9, sept. 2012, dossier 11.
[892] R. Andorno, *op. cit.* p. 6.
[893] Cf. *supra* 72 à 93.

problématique de l'enfant conçu, lui attribuer la personnalité juridique ne présente guère d'intérêt (B).

A) Les propositions d'alternatives à la *summa divisio*

416. Les difficultés liées à la qualification juridique de l'être avant la naissance ont conduit la doctrine à tenter de renouveler les catégories existantes en proposant des catégories à la périphérie de la personne (1) ou de la chose (2).

1) Les alternatives à la catégorie de personne

417. La « personne humaine potentielle » proposée par le Comité consultatif national d'éthique dans son avis du 22 mai 1984 permet de situer l'être avant la naissance à mi-chemin entre la personne et la chose. En effet, l'embryon est un être humain qui a vocation à devenir une personne et ne peut donc être créé à des fins scientifiques. Il est ainsi exclu de la catégorie des choses marchandes. La « potentialité de la personne » avait pour objectif de situer l'embryon entre la catégorie de la personne et celle des choses. Cette proposition a été rejetée car il est ici question de l'humanité potentielle de l'embryon. Or, si effectivement il existe une potentialité, c'est sur l'acquisition de la personnalité juridique et non sur l'humanité de cet être qui est présente dès la fécondation. La demi-mesure a échoué car elle était fondée sur une confusion autour de l'humanité de l'être.

418. Madame Alice Philippot dans sa thèse concernant l'être humain au commencement de sa vie[894] a envisagé le concept de « demi-personnalité » pour élaborer le statut de l'enfant conçu. En partant de l'adage *infans conceptus* et de la possibilité de souscrire une assurance décès[895] dont peut bénéficier l'enfant à naître, elle a considéré que s'établissait une capacité de jouissance reconnue à l'être humain

[894] *Ibid* p. 378 et s.

[895] Article L. 132-8 du Code des assurances qui prévoit que : « Le capital ou la rente garanti peuvent être payables lors du décès de l'assuré à un ou plusieurs bénéficiaires déterminés. Est considérée comme faite au profit de bénéficiaires déterminés la stipulation par laquelle le bénéfice de l'assurance est attribué à une ou plusieurs personnes qui, sans être nommément désignées, sont suffisamment définies dans cette stipulation pour pouvoir être identifiées au moment de l'exigibilité du capital ou de la rente garanti. Est notamment considérée comme remplissant cette condition la désignation comme bénéficiaires des personnes suivantes : les enfants nés ou à naître du contractant, de l'assuré ou de toute autre personne désignée ».

dès le commencement de sa vie, règle qui se justifiait par la vocation de l'enfant à naître à être titulaire de droits et d'obligations. Dès lors, c'est selon elle, la manifestation d'une personnalité progressive qui évoluerait parallèlement au développement biologique de l'être humain. En considérant que la qualité de sujet de droit serait subordonnée à l'aptitude à la jouissance, l'enfant à naître serait alors un sujet de jouissance en droit civil.

419. Pour notre part, les tempéraments apportés à la règle de l'acquisition de la personnalité juridique à la naissance nous semblent être des fictions au service de la construction intellectuelle que représente la notion de personne juridique[896]. En effet, la personnalité juridique peut être attribuée à un moment où l'enfant était simplement conçu, « mais c'est en supposant que les conditions de la personnalité juridique aient été réunies à un moment donné »[897]. Dès lors, cela ne permet pas d'affirmer la personnalité progressive de l'enfant simplement conçu. Ce sont des tempéraments qui permettent de faire remonter la personnalité juridique une fois que l'enfant est né mais, qui ne permettent pas de l'attribuer avant la naissance.

420. Pour d'autres, c'est dans la catégorie de personne par destination qu'il convient de rechercher le statut de l'embryon. Madame Agnès Louis-Pecha a ainsi considéré que l'être avant la naissance pouvait être qualifié de « personne par destination »[898]. Ce raisonnement analogique se fonde sur le modèle des immeubles par destination qui sont des choses mobilières traitées fictivement comme des immeubles en raison du lien qui les unit à un immeuble par nature dont ils constituent l'accessoire[899]. L'embryon serait personne par destination dans ce sens où la reconnaissance de son individualité serait laissée dans une large mesure à l'appréciation de ses géniteurs. Par conséquent, ce serait le projet parental qui déterminerait la personnalité de l'être avant la naissance « faisant de l'embryon une personne par destination affectée, par ses géniteurs, au service de leur projet parental »[900]. C'est également l'avis de Monsieur le Professeur Xavier Labbée qui opère une articulation entre le droit des personnes et le droit des choses en considérant que l'enfant *in utero* devrait être

[896] Cf. supra p. 87 et s.
[897] F. Terré, La personnalité juridique, *op. cit.* , p. 12
[898] A. Louis-Pecha, « Statut du fœtus et personnalité juridique » *in L'embryon, le fœtus et l'enfant, assistance médicale à la procréation et lois de bioéthique,* ss. dir. De C. Paley- Vincent et P. Jouannet, éd. Eska, 2009, p. 178.
[899] En ce sens voir: J.-L Bergel, M. Bruschi, S. Cimamonti, *Les biens*, 2ème éd., LGDJ, 2010, p. 17.
[900] A. Louis- Pecha, *ibid.*

qualifié de personne par destination[901], « si l'enfant *in utero* n'est qu'une fraction de chair, *pars mulieris*, le fait que cette fraction de chair fasse partie intégrante du corps de la mère suffit à lui donner la qualification de personne par destination »[902].

421. La théorie de la personne par destination signifie que l'embryon est par nature une chose qui deviendrait une personne par destination c'est-à-dire selon le bon vouloir de son géniteur. Dès lors, cette proposition tend à considérer l'être humain comme un objet jusqu'à ce que ses géniteurs en décident le contraire. Le bon-vouloir de ses parents lui permettant de passer d'une catégorie juridique à une autre. Or, tout comme pour la proposition visant à lier l'humanité de l'embryon *in vitro* au projet parental futur, nous estimons que la nature juridique ne peut être déterminée par la volonté ou l'absence de volonté parentale[903].

2) Les alternatives à la catégorie des choses

422. A côté de la qualification de personne par destination, une partie de la doctrine a envisagé de placer l'enfant à naître dans la catégorie de chose. La catégorie ici envisagée n'est pas celle d'une chose simple compte tenu des risques liés à l'appropriation mais de « chose spéciale ». Monsieur le Professeur Grégoire Loiseau envisage une distinction entre les choses et les biens considérant que les biens peuvent être appropriés à la différence des choses. L'intérêt d'une telle distinction permettrait de « protéger l'enfant simplement conçu, tout en autorisant des arbitrages que ne permettrait pas la qualification de personne »[904]. Ainsi, il considère alors que l'embryon et le fœtus sont « des choses métahumaines » se situant à la tangence entre les personnes et les choses. En effet, l'être avant la naissance est gouverné par un *corpus* de règles permettant à la fois un régime protecteur l'assimilant à la personne et des pratiques que la qualification de personne rendrait

[901] X. Labbée, «Respect et protection du corps humain, l'enfant in utero personne par destination?», fasc. 54 *JCL civil*, 2007, spéc. n° 11.
[902] *Ibid.*
[903] Le projet parental a une incidence sur le devenir des embryons surnuméraires. En effet, l'abandon du projet parental peut conduire à une destruction de ces embryons surnuméraires. Néanmoins, ce choix donné aux parents ne peut remettre en doute l'humanité certaine de ces êtres. Cf. s*upra* p. 183 et s.
[904] G. Loiseau, « Pour un droit des choses », *D.* 2006, p. 3015.

difficilement acceptables. Dès lors, ce statut témoigne seulement de la particularité de la condition juridique de l'être simplement conçu »[905].

423. Ces mêmes considérations sont à l'origine de la proposition de qualification de chose sacrée faite par Monsieur le Professeur Xavier Labbée. En effet, si l'enfant *in utero* est selon lui, une personne par destination, l'enfant *ex utero* est une chose sacrée qui l'éloigne du monde marchand de la catégorie des choses. En effet, la chose sacrée s'illustre par son régime juridique particulier puisque l'on ne peut s'en servir que d'une certaine manière: « L''individu n'aurait sur la chose sacrée qui lui est confiée qu'un droit d'usage, puisqu'il ne pourrait que s'en servir (…) On ne peut donc être pleinement propriétaire d'une chose sacrée. L'individu ne peut utiliser que d'une certaine manière la chose sacrée qui lui est confiée. Une certaine finalité doit donc être respectée dans l'utilisation de la chose sacrée[906].L'ensemble de ces propositions ont en commun de renouveler les catégories existantes en proposant, soit un statut de quasi-personne, soit un statut de quasi-chose, illustrant le malaise qui existe face à la dichotomie traditionnelle.

424. Pour notre part, nous rejetons absolument la qualification de chose à une entité humaine pour la raison justement invoquée par Monsieur le Professeur Philippe Malaurie « la distinction entre la personne humaine et la chose constitue le fondement de notre civilisation »[907]. Or si nous admettions la qualification de chose pour l'embryon ou le fœtus, nous ne pourrions admettre sa dignité puisque cette dernière est l'attribut de la personne humaine[908].

425. En effet, la notion juridique de chose se définit principalement par un rapport d'opposition avec la personne qui explique pourquoi on considère que tout ce qui n'est pas une personne est une chose. Or, cette distinction a une dimension ontologique qui conduit à scinder le monde juridique de manière radicale entre les personnes et les choses. De cette différence ontologique est née une différence

[905] *Ibid.*
[906] X. Labbée, « Respect et protection du corps humain. L'enfant conçu ex utero chose sacrée ? », *JCL.* fasc. 52, 2012, spéc. n° 23. Dans le même sens voir également C. Neirinck, « L'encadrement juridique de la recherche sur l'embryon », *in L'embryon humain, approche multidisplinaire*, Paris, économica, 1996, p. 156.
[907] P. Malaurie, *Les personnes, les incapacités*, Paris, Defrénois, 2007, p. 3-5.
[908] Cf. i*nfra,* p. 310 et s.

axiologique consistant à affirmer la supériorité de la catégorie des personnes sur celle des choses. Ainsi, Monsieur le Professeur Dominique Fenouillet constate la primauté de la personne qui impose de donner préférence à la personne lorsqu'un conflit surgit entre intérêt personnel et intérêt patrimonial[909].

426. Même en admettant une hiérarchie entre les choses, certaines considérées ayant une plus grande valeur que d'autres[910], il n'en demeure pas moins que la relation entre la personne et la chose est celle d'une subordination. La chose sera toujours en position d'infériorité par rapport à la personne. C'est pourquoi nous rejetons la possibilité de classer l'être humain avant la naissance (ou même après sa naissance de même qu'après sa mort) parmi les choses. En revanche, la catégorie des personnes juridiques ne semble pas mieux adaptée à la situation de l'être avant la naissance.

B) La non-attribution de la personnalité juridique à l'enfant à naître justifiée par l'absence d'intérêt

427. Si des préoccupations ontologiques excluent l'admission de l'enfant conçu dans la catégorie des choses, la fonction inhérente à la personne juridique conduit à la même exclusion. En effet, nous avons pu constater que la personne juridique est une construction intellectuelle fondée sur l'aptitude et visant à organiser les rapports entre les êtres juridiques. Dès lors, quel intérêt peut-on tirer de l'attribution de la personnalité juridique à l'enfant conçu ?

428. Madame Aude Bertrand-Mirkovic rappelle que l'objet de toute règlementation est d'être « utilitaire en ce sens qu'elle a une fin pratique qui est d'être utile à quelqu'un ou quelque chose »[911]. Dès lors, nous considérons que l'attribution de la personnalité juridique à l'enfant simplement conçu ne présente pas d'utilité. En effet, par le biais de l'adage « *infans conceptus* », la personnalité juridique peut remonter antérieurement à la naissance, soit à un moment où l'enfant était simplement conçu.

---

[909] D. Fenouillet, « Respect et protection du corps humain. Protection de la personne. Principes», J*CL* fasc. 10 p. 11.
[910] C'est la distinction opérée par Monsieur le Professeur Grégoire Loiseau entre les biens et les choses estimant que les biens peuvent être appropriés contrairement aux choses, *op. cit*. La catégorie des choses sacrées s'inscrit dans ce même objectif.
[911] A. Bertrand-Mirkovic, *La notion de personne*, *op. cit*. p. 272.

Cette rétroactivité de la personnalité juridique permet alors de faire produire des effets juridiques à un moment où l'enfant n'avait pourtant pas la personnalité juridique, et cela dans son intérêt[912]. Ce mécanisme permet d'apporter un correctif à la situation juridique l'enfant né lorsque son absence de personnalité juridique pose problème.

429. Si l'on attribuait une personnalité juridique à l'enfant conçu, il faudrait donc lui attribuer un état civil. En effet, l'état d'une personne permet de l'individualiser juridiquement dans la société. Il est composé du nom, du domicile, de la nationalité, et est matérialisé par les actes de l'état civil. Ces éléments ont pour fonction de situer l'individu dans l'espace et dans le temps et de lui permettre d'exercer et de défendre les droits dont il est titulaire[913]. Les éléments formant l'identité de l'individu sont nécessaires à l'organisation de la vie juridique et permettent l'exercice des droits. Dès lors, chaque personne a le devoir de porter son nom dans ses rapports juridiques avec l'État. Cette obligation est sanctionnée pénalement par le biais de l'article 433-19 du Code pénal.

430. Attribuer la personnalité juridique aux êtres avant la naissance, impliquerait de leur organiser un état civil. Or, il est impossible de recenser à l'état civil tous les individus dès leur conception[914]. De plus cette exigence impliquerait de déclarer à l'état civil toutes les grossesses et les interruptions de grossesses volontaires ou non. On le voit, il existe un obstacle pratique à l'attribution de la personnalité juridique avant la naissance. D'ailleurs cet obstacle pratique se double d'une absence d'utilité d'une telle attribution de la personnalité juridique anténatale que ce soit au moment de la conception ou à un autre moment[915].

431. A partir du moment où l'on attribue la personnalité juridique à une entité qu'elle soit humaine ou non, un certain nombre de prérogative en découlent. Les attributs liés à l'acquisition de la personnalité juridique sont appelés droits de l'homme lorsqu'il s'agit des rapports entre la personne et l'État et droit de la

912 Cf. s*upra* p. 87 et s.
913 En ce sens, X. Labbée, « Respect et protection du corps humain. L'enfant conçu. Généralités », *JCL*, civil fasc. 50.
914 A. Bertrand -Mirkovic, *op. cit*. p. 306.
915 Monsieur le Professeur Xavier Labbée avait proposé de se fonder sur le délai d'IVG pour octroyer la personnalité juridique, voir *D.* 1998, p. 177.

personnalité lorsqu'il s'agit des rapports entre les particuliers[916]. La personnalité recouvre les différents attributs de la personne juridique: sa vie privée, son image, sa voix, sa filiation, son état qui sont protégés par le biais du droit pénal et de la responsabilité civile. Dès lors, ramenée à la vie avant la naissance, la question de l'utilité surgit naturellement. Quel intérêt de parler du droit à la vie privée de l'enfant à naître? Que pourrait-elle recouvrir? De même, que dire de sa voix, ou encore de son état?

432. L'attribution de la personnalité juridique à l'enfant simplement conçu ne présente pas d'intérêt[917]. D'ailleurs, il convient de constater que les propositions tendant à attribuer la personnalité juridique à l'enfant à naître ont pour objectif la protection de la vie avant la naissance[918]. En effet, lorsqu'en 1984, une proposition de loi avait été déposée en ce sens dont l'article premier prévoyait que : « Dès le moment de la conception, l'enfant conçu est sujet de droit, sa vie est celle d'un être humain et doit être respectée en tant que telle»[919]. Cette proposition faisait donc de la personnalité juridique la conséquence du constat de l'humanité[920].

433. Or, si la personnalité juridique est accordée aux êtres humains, elle n'est pas la conséquence du constat de l'humanité. Elle est attribuée par le droit en fonction d'objectifs déterminés par lui. L'objectif de la personnalité juridique n'est pas la protection de l'être humain. Ceci est confirmé par l'analyse du fondement des droits de la personnalité qui visent la défense de ce qu'il y a de propre à la personne juridique.

§2) L'objet des droits de la personnalité: la protection de la personne juridique

434. L'identification des droits de la personnalité s'est accompagnée d'une réflexion plus générale sur les droits subjectifs. En effet, avant d'admettre que les droits de la personnalité constituaient des droits subjectifs, la doctrine s'est interrogée sur la

[916] Sur cette présentation voir: A. Batteur, *Droit des personnes, des familles et des majeurs protégés*, LGDJ, 4ème éd., 2009, p. 66.
[917] En ce sens voir notamment, A Mirkovic « Le droit constate- t-il ou génère -t-il la personne juridique? », *op. cit.*
[918] Voir en ce sens N. Massager, *Les droits de l'enfant à naître, op. cit.* p. 389.
[919] Proposition de loi relative au statut de l'enfant conçu ainsi qu'aux expérimentations et recherches concernant la création de la vie humaine, JO. déb. Ass.nat. 24 mai 1984, n° 2158.
[920] Voir en ce sens J. Sainte Rose, *op. cit. D.* 2001 p. 2917.

notion même de droit subjectif. Or, l'analyse du droit subjectif traduit une certaine approche du droit qui va conforter notre analyse de la personne juridique (A). Nous verrons par la suite que ces droits de la personnalité ont pour objet la protection de la personnalité juridique c'est la raison pour laquelle ils sont attribués aux personnes physiques et aux personnes morales (B)

A) La nature des droits de la personnalité

435. L'expression « droits de la personnalité » a été l'œuvre de la doctrine et la jurisprudence[921]. Elle est apparue pour la première fois avec « l'arrêt Lecoq » du 25 juin 1902 dans lequel la Cour de cassation a reconnu à l'auteur d'une œuvre :« la faculté, inhérente à la personnalité même de faire subir des modifications à sa création »[922].

436. De son côté, la doctrine s'est attachée à construire une théorie des droits de la personnalité accompagnée d'une analyse de la notion de droit subjectif. La première réflexion sur les droits de la personnalité a été l'œuvre de E. H. Perreau qui, regrettant l'absence de toute théorie sur le sujet, avait proposé une réflexion sur les droits de la personnalité en les distinguant des droits patrimoniaux[923]. Robert Nerson, dans sa thèse sur les droits extrapatrimoniaux, a affirmé la vocation extrapatrimoniale des droits de la personnalité et les avait considérés comme des droits subjectifs[924]. Dans la préface de cette thèse, le Doyen Roubier estima au contraire que les droits de la personnalité étaient « une des théories les plus absurdes du droit civil »[925]. Cette négation de l'existence des droits de la personnalité trouvant explication dans sa définition du droit subjectif[926]. Selon l'auteur, il fallait distinguer le droit subjectif de la prérogative qui permettait d'obtenir un avantage, car la protection d'un intérêt ou d'un bien par le droit objectif ne consistait pas nécessairement en la création d'un droit subjectif. Pour le Doyen Roubier, la

[921] Les rédacteurs du Code civil ont complètement ignoré la catégorie des droits de la personnalité. Ce fut à partir de la loi n° 70-643 du 17 juillet 1970 que le législateur consacra « la famille des droits de la personnalité » dont le premier est le droit au respect de la vie privée.
[922] DP. 1903, 1. 5, concl. Baudoin, note Colin.
[923] E.-.H. Perreau, «Des droits de la personnalité», *RTD* civ. 1909. «Notre Code civil, qui réglemente si minutieusement les droits du patrimoine, passe, à peu d'exceptions près, sous silence les droits de la personnalité ». Il a donc invité la doctrine à organiser «dans cette matière touffue ».
[924] R. Nerson, *Les droits extra-patrimoniaux*, thèse, Lyon, 1939.
[925] *Ibid.*
[926] P. Roubier, *Droit subjectif et situation juridiques*, « Philosophie du droit », 1963, p. 47

protection de la personnalité ne passait donc pas par la création de droits subjectifs mais par l'action en justice[927]. Dès lors, les droits de la personnalité ne constituaient pas des droits subjectifs mais des intérêts légitimement protégés par la voie de l'action en justice[928], ne présupposant pas nécessairement l'existence d'un droit antérieur.

437. La réflexion sur les droits de la personnalité s'est accompagnée d'une réflexion sur la définition du droit subjectif[929] qui a opposé des visions radicalement différentes du droit et de sa finalité. Les droits subjectifs sont-ils l'expression de la reconnaissance du pouvoir de volonté ou la protection des intérêts des individus? Pour Winscheid, le droit subjectif est envisagé comme « une puissance de volonté accordée par l'ordre juridique »[930], une sorte de « pouvoir de vouloir »[931].

438. Ihering, de son côté, a considéré les droits subjectifs comme « des intérêts juridiquement protégés[932]. Dabin quant à lui, a pensé le droit subjectif comme une « appartenance-maîtrise », c'est-à-dire une relation d'appartenance entre le sujet et une chose engendrant un domaine réservé à son titulaire, une opposabilité au tiers et sa protection juridique[933]. Cette dernière théorie a fait du droit subjectif un rapport juridique entre le sujet et l'objet: « l'appartenance traduit un lien qui part de l'objet vers le sujet ; la maîtrise, une relation du sujet vers l'objet »[934]. Pour le doyen Roubier, il n'existait de droits subjectifs que lorsque les prérogatives envisagées étaient transmissibles, comportaient la possibilité pour son bénéficiaire d'y renoncer, et étaient protégées par le biais d'une action en justice[935].

439. Ces différentes propositions doctrinales concernant la définition du droit subjectif ont permis de dégager des caractéristiques communes. Ainsi, les notions de prérogatives, de pouvoirs et d'intérêts ont commandé d'envisager le droit subjectif comme un rapport, une relation juridique constituant le lien entre le sujet de droit et

---

927 *Ibid*, p. 364.
928 *Ibid*. p. 366.
929 Pour une présentation complète de ce débat voir, *Traité des droits de la personnalité*, ss. dir. J.-C. Saint- Pau, Lexinexis, 2013, p. 240 et s.
930 Pandektenrecht, 8ème éd. 1900.
931 J. Carbonnier, *Droit civil, introduction, les personnes, op. cit*. p. 40.
932 *L'esprit du droit romain*, *op. cit*.
933 J. Dabin, *Le droit subjectif*, 1952.
934 J.-C. Saint-Pau, *op. cit*. p. 245.
935 J. Roubier, *op. cit*. 118-119.

l'objet du droit, lien exclusif devant être respecté par les tiers. Ce pouvoir juridique reconnu par le droit objectif porte sur des intérêts juridiquement déterminés, protégés et sanctionnés en cas de non-respect par le biais de l'action en justice. Le droit subjectif se définirait alors « comme un pouvoir déterminé ayant pour objet un intérêt social (matériel et moral) exercé par une volonté autonome, et protégé par une action en justice »[936].

440. La doctrine a largement reconnu les droits de la personnalité comme des droits subjectifs[937] qui « constituent des pouvoirs à contenu déterminé ayant pour objet des intérêts sociaux, exercés par une volonté autonome et protégés par une action en justice »[938]. Cette définition laisse entrevoir l'influence du subjectivisme dans la réflexion sur les droits de la personnalité. Le subjectivisme est « un courant de pensée qui se fonde sur la reconnaissance du sujet comme principe de compréhension et d'organisation du réel (…), grille de lecture en même temps qu'un cadre de représentation des situations juridiques, articulant ce qui relève de sujet (le droit subjectif) et ce qui relève des caractères de la norme (le droit objectif)»[939]. C'est donc un instrument de technique juridique[940] .

B) Les droits de la personnalité : émanation de la personne juridique

441. Dans le langage commun[941], la personnalité a plusieurs sens. Elle peut renvoyer à la personne qui se distingue des autres par sa situation sociale ou par son activité[942]. Elle peut également évoquer l'individualité de la personne envisagée comme ce qui la différencie d'une autre[943]. Il semblerait que cette deuxième acception du mot personnalité soit celle passée dans le langage juridique sous l'expression droit de la personnalité[944]. Les facteurs d'émergence de la notion des droits de la personnalité peuvent trouver une explication par l'essor de la technologie manifesté

936 J.-C Saint Pau, *op. cit.* p. 249 ; J. -.L. Bergel, *op. cit.* p. 39.
937 Pour une bibliographie significative voir: *Traité des droits de la personnalité*, op. cit. p. 262 spécialement note. 190. Sur la position contraire voir notamment L. Cadiet, Ph. Le tourneau, *Droit de la responsabilité et des contrats,* Dalloz action, 2000-2001, n° 1308, 1606.
938 J. -C Saint Pau, *op. cit.* p. 259.
939 *Ibid.* p. 10.
940 J-L. Bergel, *théorie générale du droit, op. cit.* p. 40.
941 Opposé au langage juridique.
942 Nouveau Petit Robert, V Personnalité
943 Nouveau Petit Robert, V Personnalité, I. 2
944 En ce sens A. Lepage, *op. cit.* n° 13.

par les pouvoirs de la médecine sur le corps humain, la cybertechnologie que représente l'internet, car ce sont autant de causes d'intrusion et de reproduction de la vie privée[945]. Ainsi, ces menaces contre la représentation de la personne juridique permettent de comprendre les fondements des droits de la personnalité juridique. La personne juridique est la fin des droits de la personnalité. L'attribution des droits de la personnalité aux personnes morales (1) permet de confirmer que l'objet des droits de la personnalité est la protection de la personne juridique (2).

1) L'attribution des droits de la personnalité aux personnes morales

442. Les droits de la personnalité ont parfois été envisagés comme l'apanage de la personne physique : « (…) Le développement considérable, et sans doute encore inachevé, de ce qu'il est devenu usuel d'appeler les « droits de la personnalité » correspond à un effort du droit pour prendre en compte l'existence concrète des personnes physiques, comme une donnée de fait imposant par elle-même de régler certains rapports sociaux »[946].

443. Or, si les droits de la personnalité renvoient effectivement à la personne physique, ils ont également pour objet de protéger les droits de la personne morale. La question de l'attribution des droits de la personnalité aux personnes morales a fait l'objet d'un débat en doctrine[947]. Madame Anne-Marie Luciani dans sa thèse sur « les droits de la personnalité[948] a considéré que la nature psychologique de la personnalité conduisait à envisager la personnalité sous l'angle d'une relation à autrui. La relation supposant la capacité pour la personne d'avoir une perception de sa propre identité. Or, la personne morale n'ayant pas cette possibilité, elle ne pouvait pas bénéficier des droits de la personnalité. A l'inverse, Monsieur Frédéric Petit a soutenu que les personnes morales pouvaient bénéficier des droits de la personnalité à partir du moment où l'on envisageait de reconnaître aux êtres moraux « une personnalité

[945] J.-M. Bruguière, « Dans la famille des droits de la personnalité je voudrais… », *D.* 2011, p. 28.
[946] G. Goubeaux, « Personnalité morale, droit des personnes et droit des biens », Études dédiées à R. Roblot, 1984, LGDJ, p. 199, spéc. n° 12.
[947] Ce débat est finalement la prolongation du débat sur la théorie de la fiction ou de la réalité.
[948] N.-M. Luciani, *Les droits de la personnalité - Du droit interne au droit international*, thèse. Paris I, 1996

originale dont certains éléments, de nature extrapatrimoniale, feront l'objet d'une protection comparable à celle qu'offrent les droits de la personnalité »[949].

444. Madame le Professeur Agathe Lepage estime que « les droits de la personnalité ont pour objet de protéger la personne dans son individualité, c'est-à-dire ce qui la distingue des autres personnes (...) Or, cette perception peut être brouillée à l'égard des personnes physiques comme des personnes morales»[950]. C'est également l'avis de Monsieur le Professeur Jacques Mestre: « si donc chaque personne physique a une personnalité très riche, puisque à la fois physique, psychologique ou sociale, qui lui est propre, il faut admettre que les personnes morales, si elles ont une personnalité beaucoup moins étendue, n'ayant pas de corps physique, n'en ont pas moins une personnalité psychologique et surtout sociale qui, à ce titre mérite une protection »[951]. Dès lors, ici la personne est envisagée à la fois dans sa singularité et comme l'exercice de cette personnalité s'exprimant à travers ses différents attributs[952]. L'attribution de droits de la personnalité aux personnes morales a été admise à partir du moment où comme le préconisait Monsieur Pierre Kayser: « les personnes morales sont envisagées comme une réalité juridique différente de celle des personnes physiques permettant alors d'investir la personne morale de droits analogues aux droits de la personnalité et refuser les droits dont l'existence est en lien avec la nature humaine de la personne physique »[953].

445. La jurisprudence a admis le bénéfice des droits de la personnalité aux personnes morales en considérant qu'elles pouvaient être victimes de diffamation[954], de dénonciation calomnieuse[955]. Dès lors, c'est ici la reconnaissance pour ces entités d'un droit à l'honneur protégé. En effet, « la valeur protégée par les incriminations de

---

949 F. Petit, « Les droits de la personnalité confrontés au particularisme des personnes morales », D. affaires 1998, p. 831.
950 *Idem*.
951 J. Mestre, «La protection, indépendante du droit de réponse, des personnes physiques et des personnes morales contre l'altération de leur personnalité aux yeux du public », *JCP* 1974. I. 2623.
952 E. Dreyer, *op. cit*.
953 P. Kayser, *op. cit*. p. 445 spéc. n° 35.
954 Cass. crim., 10 juill. 1937, Bull. crim. n° 147; Cass. crim. 2 juin 1956, Bull.crim. n° 461; Cass. crim., 12 oct. 1976, Bull. crim. n 287, *RSC* 1977. 587, obs. G.Levasseur; Cass. 2ème, 18 déc. 1995, n° 93-21. 287, Bull. civ. II, n° 312; Cass. 2ème civ. 19 juin 1996, n°94-20.515, Bull. civ. II, n° 153 ; Cass. 2ème civ. 15 avr. 1999, n° 97-14.684, Bull. civ. II, n° 73; Cass 2ème civ. 20 avr. 2000, n° 98-14.549, Bull. civ. II, n° 65.
955 Cass. crim. 22 juin 1999, *Dr. pénal* 1999. comm. 147, obs. M. Véron; *D*. 2000. Somm. 35, obs. Y. Mayaud.

diffamation et de dénonciation calomnieuse est l'honneur (…) ces dispositions sanctionnent objectivement des atteintes à l'honneur. Par-delà ce dernier, c'est la personnalité qui est ainsi protégée, et la jurisprudence n'hésite donc pas à mettre sur le même plan personnes physiques et personnes morales (…) »[956]. Les personnes morales ont donc une image sociale reconnue dont elles peuvent demander la défense.

446. La Cour de cassation a également reconnu aux personnes morales la protection de leur domicile par le biais de l'article 226-1 du Code pénal[957]. La protection du domicile de la personne morale impliquant implicitement la reconnaissance de la vie privée de cette dernière. En effet, il existe une certaine proximité entre la protection du domicile et de la vie privée perceptible notamment à travers l'article 226-1 du Code pénal et à travers la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme

447. La Convention européenne des droits de l'homme prévoit en son article 8 que : « toute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale, de son domicile et de sa correspondance ». Or, la Cour a accepté d'étendre au bénéfice des personnes morales la protection du domicile en considérant que, dans certaines circonstances, les droits garantis par l'article 8 de la Convention pouvaient être interprétés comme incluant pour une société, le droit au respect de son siège social, son agence ou ses locaux professionnels[958]. Elle a alors admis que des personnes morales pouvaient être victimes de la violation de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme[959]. Si la Cour européenne des droits de l'homme n'a pas établi de lien exprès entre vie privée et domicile des personnes morales, leur commune présence dans l'article 8 de la Convention européenne atteste de celui-ci[960].

448. En revanche, l'attribution d'un droit à la vie privée sur le fondement de l'article 9 du Code civil est moins évident. Pour certains juges du fond, ce droit «

---

956 A. Lepage, *op.cit.*

957 Cass. crim. 23 mai 1995, Bull. crim. n° 193 ; *D.* 1995, IR p. 222 *; RTD civ.* 1996, p. 130, obs. J. Hauser

958 CEDH 16 avr. 2002, *Sté Colas Est et autres c/ France*, D. 2003. somm. 1541, obs. A. Lepage.

959 CEDH 30 mars 1989, *Chappel c/ Royaume-Uni,* n° 152-A, p.13: une perquisition effectuée au domicile d'une personne physique qui était simultanément le siège des bureaux d'une société contrôlée par elle constitue une ingérence dans le droit au respect du domicile.

960 En ce sens voir A. Lepage, *op. cit.*; L. Dumoulin, *op. cit.*

concerne la vie privée des personnes physiques »[961]. Néanmoins, dans un arrêt de la Cour d'appel d'Aix-en-Provence du 10 mai 2001[962], les juges ont considéré que les personnes morales étaient susceptibles de subir une atteinte à leur vie privée dès lors qu'elles étaient titulaires de droits, non pas identiques, mais analogues aux droits de la personnalité tels que le droit au nom, le droit au secret de leur vie intérieure, parallèlement à la vie publique qui justifie leur existence en raison de leur objet social. La Cour d'appel a précisé qu'une vie secrète peut se dérouler dans les locaux privés de personnes morales à laquelle toute personne étrangère aux membres qui les composent, ne peut, sans leur consentement, porter une atteinte qui n'est pas autrement protégée par des règles spécifiques, notamment en matière de droit de la concurrence, de secret des affaires ou de contrefaçons. La notion de vie privée des personnes morales peut donc s'envisager par la notion de vie secrète ou de secret des affaires[963]. La jurisprudence a également reconnu un droit au nom[964] et au secret des correspondances[965]des personnes morales.

449. Dès lors, l'attribution d'un certain nombre de droits de la personnalité aux personnes morales atteste du lien qui existe entre les droits de la personnalité et la personne juridique en tant que technique juridique.

2) La personne juridique fondement des droits de la personnalité

450. L'attribution des droits de la personnalité aux personnes morales trouve une explication dans le lien qui s'établit entre droits de la personnalité et personnalité juridique du titulaire de ces droits. Les droits de la personnalité ont pour objet de protéger l'être juridique, qu'il soit personne physique ou morale, ce qui importe c'est l'individualité juridique[966].

---

961 CAParis, 21 mars 1988, JurisData, n 021125.

962 *D.* 2002. somm. 2299, obs. A. Lepage. Dans le même sens : CA Limoges, 4 mars 1988, BICC 1er juill. 1998, n° 570, p. 21 « Une personne morale a, parallèlement à la vie publique qui est nécessairement la sienne en raison de l'objet qui justifie son existence, une vie secrète qui se déroule dans ses locaux privés et à laquelle toute personne étrangère aux membres qui la composent ne peut, sans consentement, porter atteinte ». Le droit au respect de la vie privée ne paraît ainsi pouvoir être invoqué par la personne morale qu'à titre subsidiaire par rapport, par exemple, au secret des affaires.

963 Voir en ce sens J.-C Saint Pau *op. .cit* p. 697 note 39.

964 Cass.1ère civ., 8 nov. 1988, *JCP G,* 1989 II, 21301 note Brichet.

965 CEDH 28 Juin 2007, n° 62540/00.

966 A. Lepage, *op. cit*, n° 164.

451. Certains droits de la personnalité sont difficilement transposables aux personnes morales dans le sens ou ces dernières n'ont pas, contrairement à la personne physique, de corps. Par conséquent, elles ne peuvent se voir attribuer de droits à l'intégrité physique ou encore de droits à l'image car ce sont des droits qui sont liés au corps biologique de la personne. Ainsi, les personnes morales, parce qu'elles sont dotées de la personnalité juridique, peuvent bénéficier de tous les attributs extrapatrimoniaux qui ne sont pas attachés à la référence humaine de la personne[967]. Le fondement des droits de la personnalité est le respect de l'individualité de la personne juridique. La personnalité est ce qui permet de distinguer les individus dans la sphère juridique, « c'est l'attribut distinctif psychique, intellectuel ou moral d'un individu »[968]. Les droits de la personnalité portent donc sur les aspects de la personne lorsqu'elle est dans la société, lorsqu'elle interagit (vie privée, amour, réputation, haine)[969]. Ainsi, c'est bien la personne juridique qui est visée.

452. Certains droits sont donc extensibles à la personne morale (vie privée, nom, domicile, honneur) car ils protègent l'individualité juridique. Ils peuvent donc être attribués aux personnes physiques comme aux personnes morales. En revanche, une telle transposition s'avère délicate lorsqu'il est question de la nature humaine de la personne physique. Dès lors, on perçoit l'idée que lorsqu'il s'agit de protéger l'humanité de la personne, les droits de la personnalité ne sont pas adaptés car ils n'ont pas pour objet de protéger la personne humaine.

[967] J.-C Saint pau, *op. cit*. p. 697.
[968] J. C. Saint-Pau, *op. cit*. p. 42.
[969] G. De Geouffre de la Pradelle, « A la recherche du droit à la vie », *Droit syndical et droits de l'homme à l'aube du XXI ème siècle, Mélanges en l'honneur de Jean-Maurice Verdier, op. cit*. p. 330.

Section II: La protection de la personne en elle-même à travers la notion de personne humaine

454. En affirmant que l'homme est une invention récente[970], Michel Foucault n'envisageait pas l'entité biologique que représente l'être humain, mais la notion de personne humaine qui, effectivement, est une invention récente. L'être humain est un fait biologique qui préexiste à la notion juridique de personne humaine. Or, l'être humain n'est pas intégré comme tel par le droit mais par le biais de la notion de personne humaine. La notion est le « moyen par lequel le juriste appréhende des faits en vue de déterminer quelles règles de droit leur sont applicables : la notion permet de qualifier des faits, c'est-à-dire de les faire rentrer dans une catégorie connue et répertoriée à laquelle ces faits paraissent correspondre et, en conséquence, de leur déclarer applicable le régime juridique établi pour cette catégorie. La notion est l'outil qui permet d'opérer des qualifications en vue de procéder à l'imputation de régimes juridiques déterminés »[971]. Or, nous avons pu constater que la notion peut être fonctionnelle et se définir par sa fonction ou bien conceptuelle et se définir en elle-même[972]. La notion de personne humaine, issue de la philosophie, semble transcender les matières et s'expliquer en elle-même, répondant ainsi à la définition de notion conceptuelle (§1). Les contours de la notion définie principalement par le droit pénal permettent d'affirmer que la notion de personne humaine a également les aspects d'une notion fonctionnelle (§2).

§1) Le passage d'une notion philosophique à une notion juridique

455. La notion de personne humaine a investi la scène juridique tardivement. Préalablement, c'est la philosophie qui s'intéresse à cette notion sous le prisme du questionnement plus général de l'existence humaine. Ainsi, Madame Catherine Levy dans sa thèse, a insisté sur le fait que le questionnement sur la personne est avant tout un questionnement d'ordre philosophique[973]. Son origine philosophique est

970 M. Foucault, *Les mots et les choses, une archéologie des sciences humaines*, *op. cit.* p. 398.
971 F.-.P. Benoit, « Notions et concepts, instruments de la construction juridique», Mélanges Gustave Peiser, Presse Universitaire de Grenoble, 1955, p. 27.
972 En ce sens M.-T. Calais-Auloy, *op. cit.* p. 4.
973 C. Levy, *op. cit.* p. 25.

génératrices des principales discussions ayant eu lieu autour de la personne humaine (A), celles-ci ayant inévitablement marqué la notion juridique (B).

A) Les discussions philosophiques autour de la personne humaine

456. Deux courants de pensée se sont principalement distingués. D'un côté, celui qui a défini la personne humaine en référence à la nature rationnelle de l'être (1) et de l'autre, celui qui a défini la personne humaine en prenant comme fondement ses capacités relationnelles (2).

1) La nature rationnelle de l'être: fondement de la définition de personne humaine

457. Boèce est le premier philosophe du Moyen âge qui a donné une définition de la personne humaine[974]. Selon Boèce, ce qui caractérise la nature d'un concept, c'est la différence spécifique qui informe chaque chose et qui permet de distinguer une chose d'une autre par son caractère propre[975]. Selon lui, la personne humaine est ainsi une « substance individuelle de nature rationnelle »[976]. La différence spécifique de la personne humaine découlerait de ce critère de rationalité. La substance en question vise la particularité de la personne formée d'un corps et d'une âme considérés comme un tout[977]. L'essence de la personne trouve sa source dans la rationalité. A sa suite, Emmanuel Kant a caractérisé la personne humaine par le recours à la notion de liberté qu'il a liée à celle d'être raisonnable. La personne humaine se définit comme la liberté d'un être raisonnable[978]. De cette définition de la personne, Kant en a déduit une sorte de précepte moral imposant de traiter la personne toujours comme une fin en soi et jamais comme un moyen[979]. La personne humaine incarne donc une portion individuelle de l'humanité qui justifie ce précepte kantien. Dès lors, pour Kant, la personne est une fin en soi car elle est un être doué de

974 Philosophe et écrivain de la fin du Vème début du VIème siècle, il est considéré comme le premier au VI ^{ème} siècle à utiliser le mot *persona*. Ses pensées sont inspirées de celles de Platon et Aristote.
975 E. Pic, *Aux origines des concepts de personne et de communauté*, L'harmattan, 2010, p. 94.
976 Boèce, « Naturae rationalis individua substancia », cité par E. Pic, *ibid.*
977 En ce sens, C. Philippot, *op. cit.* p. 302.
978 E. Kant, *Métaphysique des mœurs, œuvres philosophiques,* Gallimard, La Pléiade, t. III, Paris, 1986, p. 457,
979 « Agis de telle sorte que tu traites l'humanité, aussi bien dans ta personne que dans tout autre, toujours en même temps comme fin et jamais simplement comme moyen », *Fondement de la métaphysique des mœurs,* Paris, vrin, 1980, p. 105.

raison, libre et responsable de ses actes. La personne est opposée à la chose qui a une valeur relative et qui peut être utilisée comme un moyen.

2) La dimension relationnelle de la personne humaine

458. Cette approche philosophique fonde la personne humaine sur ses compétences intellectuelles, « l'homme dispose d'une nature singulière non pas en raison de son unique essence mais plutôt grâce aux fonctions que lui confère son essence. L'action humaine est placée au cœur de cette conception faisant de la personne un être réfléchi capable de nouer des relations avec autrui »[980]. Locke[981] de son côté a défini la personne humaine en fonction de la conscience de soi.

459. Dans le sillage de Locke, Peter Singer[982] a, quelques siècles plus tard, considéré que la personne humaine était un être rationnel et autoconscient. L'approche de la notion de personne humaine selon Peter Singer est alors fondée sur une distinction entre l'être humain et la personne. Selon lui, le sens du mot être humain renverrait à l'être vivant membre de l'espèce humaine dont le critère de reconnaissance se ferait par la possession des 23 chromosomes. La personne humaine serait l'être capable d'entrer en relation avec autrui, de communiquer, l'être capable d'interagir[983]. Il existerait donc des membres de l'espèce humaine qui ne seraient pas des personnes. C'est en s'appuyant sur la philosophie de John Locke que Peter Singer a considéré la personne comme l'être pensant et autoconscient. Il a donc exclu de cette catégorie: l'être humain avant la naissance, le nourrisson, la personne handicapée mentalement, le comateux[984]. Néanmoins, selon lui, les êtres biologiques ont le droit de ne pas souffrir inutilement. La distinction instaurée entre personne et être humain ne signifiant pas pour autant l'absence totale de valeur de la vie de l'être humain. Selon Peter Singer, « accorder sa préférence à la vie d'un être simplement parce qu'il est membre de notre espèce nous mettrait dans la même position que les

[980] C. Philippot, *op. cit.* p. 304.
[981] Au XVIIème siècle, John Locke a défini la personne humaine comme un « être pensant et intelligent, capable de raison et de réflexion et qui peut se consulter soi-même comme le même », *in Essai sur l'entendement humain*, Vrin, t. 1et 2, 2002.
[982] P. Singer, *Practical ethics*, Cambridge university press, 2ème éd., 1993, trad. Marcuzzi, *Questions d'éthique pratique,* Bayard, 1997, p. 91-92
[983] *Ibid.*
[984] En ce sens, E. Charmetant, « La personne et l'être humain » Laennec, n° 3, 2002, p. 28.

racistes qui accordent leurs préférences aux membres de leurs propres races »[985]. Ainsi, la vie de l'être humain n'aurait pas de valeur sacrée en elle-même. Selon lui, le concept déterminant est celui de personne humaine[986]. Cette approche philosophique signale « le glissement de l'essence vers l'existence de cet oubli de la nature ontologique de la personne caractéristique de la postmodernité »[987].

460. Hugo Tristam Engelhardt a également fondé la notion de personne humaine sur la manifestation de la volonté. C'est pour cette raison que les embryons et les nouveau-nés ne possèdent pas de droits et que leur destruction peut être ordonnée par ceux qui en ont la tutelle juridique[988]. Par ailleurs, la notion de personne étant liée à la volonté, les personnes ayant perdu l'autonomie de leur volonté peuvent alors perdre ce statut de personne. Ainsi, avec cette approche on « (…) s'éloigne de l'idée de devoir chère à Kant. La personne n'est plus cette incarnation de la raison autonome en accord avec cette morale de l'humanité qui saisit la raison pour la soumettre à sa loi »[989].

461. Sous l'influence des ces penseurs, la philosophie contemporaine a opté pour une approche de la personne qui n'existerait que dans son rapport à autrui[990] conduisant à envisager la personne sous le prisme de l'existence. Or, la philosophie de l'existence est celle de l'action, du rapport à l'autre, de l'engagement, de la responsabilité. La personne n'y est pas une virtualité, une abstraction mais une existence concrète qui agit et qui se voit. La personne naît du rapport à l'autre. En ce sens, Monsieur Dimitrios Tsarapatsanis a opté pour une définition de la notion de personne au sens psychologique. Pour lui, sont des personnes humaines les : « (…) créatures qui ont une conscience d'elles-mêmes ou un sens moral, et en tant que personne au sens psychologique nous ne sommes pas identiques aux organismes qui nous constituent et qui ne sont que le support matériel de notre personnalité ainsi définie »[991].

---

[985] P. Singer, *op.cit*. p. 93.
[986] E. Charmetant, *op. cit*. p. 30.
[987] S. Bauzon, *Personne et Responsabilité*, éd. Eska, 2002, p. 111.
[988] H.T Engelhardt, The foundations of Bioethics, New York, Oxford University Press, 1986, p. 107
[989] S. Bauzon, *op. cit*. p. 113.
[990] En ce sens : C. Levy, *op. cit*. p. 36
[991] D. Tsarapatsanis, « Personnalité potentielle des entités anténatales », i*n L'identité de la personne humaine*, ss dir. G. Aïdan et E. Debaets, L'harmattan, 2013, p. 62.

462. Les conséquences de cette approche philosophique sont d'ordre pratique puisque cette notion a vocation à être intégrée dans la sphère juridique. Si la notion de personne suppose la conscience de soi, d'être un individu distinct des autres, la capacité à orienter sa vie par des décisions libres, d'entrer en relation, alors il existe des êtres humains qui ne sont pas des personnes humaines. Ainsi, en est-il des embryons, des fœtus, des enfants, des personnes en état végétatif ou inconscient, des personnes qui n'ont pas ou plus leurs capacités à orienter librement leurs vies. Or, cette approche peut conduire à considérer que les êtres humains sans conscience ne seraient pas des personnes humaines

463. La notion de personne humaine a été intégrée en droit et les discussions philosophiques ont contribué à rendre confuse son appréhension juridique. La personne humaine en tant que notion juridique est-elle fondée sur un aspect psychologique ou sur un simple constat de la rationalité de l'être?

B) L'intégration juridique de la notion de personne humaine

464. La Seconde guerre mondiale et la découverte des atrocités liées au nazisme ont conduit à une prise de conscience de la nécessité de protéger l'humanité en soi, ce qui fait la spécificité de l'être humain[992]. Cette protection est passée par la notion conceptuelle de personne humaine. En France, le préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 a ainsi fait référence à la notion de personne humaine et d'être humain[993]. La référence à la personne humaine dans ce texte fondamental qu'est le préambule de la constitution de 1946, marque l'avènement juridique de la notion de personne humaine. Cette notion a été intégrée comme : « (…) l'impérative nécessité de proclamer la valeur de la personne humaine»[994].

465. Le même mouvement a pu être constaté au plan européen et mondial. Les références constitutionnelles à la valeur de la personne humaine ou de l'être humain sont liées à la chute des régimes totalitaires. Ainsi, l'article premier de la Constitution

[992] En ce sens, X. Bioy, *op. cit.* p. 56.
[993] «Au lendemain de la victoire remportée par les peuples libres sur les régimes qui ont tenté d'asservir et de dégrader la personne humaine, le peuple français proclame à nouveau que tout être humain, sans distinction de race, de religion, ni de croyance, possède des droits inaliénables et sacrés(…) ».
[994] X. Bioy, *op. cit.* p. 57

de la République du Portugal [995] dispose que le « Portugal est une République souveraine fondée sur la dignité de la personne humaine (…) ». La Constitution italienne[996] vise en son article 3 le « plein épanouissement de la personne humaine ». Monsieur le professeur Xavier Bioy constate, au plan mondial « le *crédo* de la personne humaine comme finalité et valeur suprême de l'organisation sociale telle que les textes constitutionnels l'exposent, fait la quasi unanimité »[997].

466. Il ressort de l'ensemble de ces textes que la personne humaine qu'elle soit associée à la dignité, ou aux droits fondamentaux, sert de référence à un principe supérieur: celui du respect de la valeur que représente l'être humain. La personne humaine est intégrée dans la sphère juridique comme une valeur suprême qui fonde à la fois l'origine et la fin de l'État, une sorte de socle qui serait à la fois sa limite et sa finalité[998]. Aucun de ces textes n'a pourtant donné de définition de la notion de personne humaine, ni des aspects essentiels digne de protection[999]. La notion de personne humaine semble avoir été intégrée en droit comme l'idée valorisée de l'être humain.

467. Cette intégration ne s'est pas faite sans difficultés. En effet, la notion de personne a du coexister avec une autre notion proche sémantiquement : la personne juridique. A partir de la synonymie de ces notions, une certaine confusion s'est opérée[1000]. Dès lors, la notion de personne humaine a perdu de sa valeur, et celle de personne juridique de sa spécificité. Par conséquent, certains êtres tout en se voyant reconnaître la qualité d'être humain, se sont vu refuser la qualité de personne humaine, tels les embryons et les fœtus. L'absence de définition juridique de la notion de personne humaine combinée à l'existence de notions sémantiquement proches, a conduit à une réduction de la notion conceptuelle de personne humaine.

---

[995] Datant du 2 avril 1976.
[996] Constitution italienne du 27 décembre 1947.
[997] *Ibid,* p. 71
[998] Voir notamment: l'article premier de la Constitution du Salvador qui reconnaît la personne humaine comme l'origine et la fin de l'activité de l'État. L'article 3 de la Constitution algérienne qui vise l'épanouissement de la personne humaine. La Constitution de la République centrafricaine en son article premier énonce que la personne humaine est sacrée. De même que le Congo qui vise dans le préambule de sa Constitution la valeur sacrée de la personne humaine. Le Chili considère dans l'article premier alinéa 3 de sa Constitution que l'État est au service de la personne humaine.
[999] X. Bioy, *op. cit.* p. 74.
[1000] Cf. s*upr*a p. 51- 66.

468. L'influence des discours philosophiques concernant la personne humaine a également contribué à brouiller la notion. Ainsi, l'affirmation du Comité consultatif national d'éthique selon laquelle « l'embryon est une personne humaine potentielle »[1001] reflète l'approche psychologique de la personne humaine. Ce qualificatif traduit l'idée selon laquelle la personne humaine est nécessairement une personne au sens psychologique, c'est-à-dire un être qui a conscience de lui-même. L'embryon est donc une personne potentielle en ce sens qu'il va pouvoir, dans le cours normal de son développement, devenir une personne consciente[1002]. Lorsque le CCNE a affirmé que l'embryon était une personne humaine potentielle, il a donc adopté une approche de la personne humaine qui « présuppose soit, dans une version aristotélicienne/thomiste, que la personne au sens psychologique n'existe pas encore « en acte », mais seulement en « puissance », soit, dans une version qui ne distingue pas entre existence « en acte » et existence « en puissance », qu'elle n'existe tout simplement pas encore »[1003]. En d'autres termes, l'embryon est le support biologique de la personne mais il ne peut pas constituer à lui seul la personne humaine, qui est nécessairement un être doué de conscience. Cette approche de la personne humaine exclut la personnalité de l'être humain sans conscience et sans volonté, le majeur protégé, l'embryon, la personne en état végétatif qui sont des êtres humains mais pas des personnes humaines.

469. La notion de personne humaine a été introduite difficilement compte tenu de sa proximité avec la personne juridique et des problèmes liés à l'identification des titulaires de cette personnalité. C'est principalement à travers le droit pénal que la notion de personne humaine s'est révélée.

§2) De l'humanité à l'espèce humaine: les courbes de la personne humaine

470. Intégrée comme une valeur, un idéal auquel le droit doit tendre, la notion de personne humaine semble difficile à cerner. Plusieurs causes peuvent expliquer ce phénomène. Une première intuition semble faire de la notion de personne humaine une notion qui prend en compte l'humain tel qu'il est, c'est-à-dire dans sa dimension biologique. La personne humaine, si elle renvoie à la dimension humaine de

[1001] CCNE, avis premier du 22 mai 1984, *op. cit.*
[1002] En ce sens, D. Starapatanis, *op. cit.* p. 61.
[1003] *Ibi*d, p. 63.

l'homme, demeure une notion juridique. La seule réalité biologique c'est l être humain, la personne humaine est une notion[1004]. C'est essentiellement à travers le droit pénal que nous avons réussi à appréhender les contours de la notion de personne humaine. L'incrimination des crimes contre l'humanité (A) et contre l'espèce humaine (B) ont permis de rendre compte de la double dimension de la personne humaine.

A) La dimension collective de la personne humaine révélée par les crimes contre l'humanité

471. Les crimes contre l'humanité ont été incriminés pour la première fois par le Statut du Tribunal militaire de Nuremberg, annexé à l'Accord de Londres du 8 août 1945[1005]« faisant ainsi entrer dans la sphère pénale l'indicible et l'impensable »[1006]. La Convention des Nations unies du 9 décembre 1948 a ensuite défini le génocide, puis une loi du 26 décembre 1964 a déclaré imprescriptible les crimes de guerre. Dans un premier temps la jurisprudence française s'est inspirée de l'article 6c du Tribunal international de Nuremberg qui ne visait que « les grands criminels de guerre des puissances de l'Axe», et a donc limité les crimes contre l'humanité à ce cadre. Ainsi, la chambre criminelle a défini les crimes contre l'humanité comme, « des actes inhumains et des persécutions qui, au nom d'un État pratiquant une politique d'hégémonie idéologique, ont été commis (…) »[1007].

472. Le législateur, dans sa volonté de faire du Code pénal « le code des valeurs humanistes »[1008] a fait figurer les crimes contre l'humanité en tête des infractions contre les personnes aux articles 211-1 et suivants. Inspiré de l'article 6c du statut du tribunal de Nuremberg, le législateur a néanmoins souhaité retenir un critère plus large fondé sur les caractéristiques de l'entreprise, l'intention des auteurs et la qualité des victimes.

[1004] Madame Aude Mirkovic considère au contraire que la personne humaine est une réalité, qui transcende le droit. Voir en ce sens article précité.
[1005] Notamment à l'article 6c.
[1006] M. Delmas-Marty, « Le crime contre l'humanité, les droits de l'homme, et l'irréductible humain », *RSC.* 1994, p. 477.
[1007] Cass. crim., 20 décembre 1985, *Gaz. Pal.*, 1992, I, 387, note G. Grynfogel, *RSC, 1993, p. 62 ; Cass. crim. 1er avril 1993, Dr. pénal*, 1994, comm. 38, obs. M. Massé.
[1008] Sur cette idée voir notamment, M. Véron, *op. cit.* p. 17.

473. Madame le Professeur Mireille Delmas Marty a estimé que l'humanité victime dans les crimes contre l'humanité « vise moins l'espèce humaine au sens donné par les sciences naturelles que la famille humaine du préambule de la Déclaration universelle des droits de l'homme de 1948 »[1009]. Les crimes contre l'humanité sont envisagés de telle sorte que, la victime n'est pas seulement l'homme biologique, l'homme des biotechniques médicales et scientifiques. C'est pourquoi les crimes contre l'humanité ne se limitent pas à l'atteinte à la vie de l'être humain mais peuvent viser différents actes. En effet, le génocide de l'article 211-1 du Code pénal[1010] se définit comme le fait de commettre ou de faire commettre des atteintes à la vie mais aussi des atteintes à l'intégrité physique ou psychique, la soumission à des conditions d'existence de nature à entrainer la destruction totale ou partielle du groupe, des mesures visant à entraver les naissances, le transfert forcé d'enfants. Ce sont des infractions de droit commun qui se transforment en crime contre l'humanité en raison du plan concerté dans lesquelles elles s'inscrivent et du but poursuivi qui est la destruction partielle ou totale d'un groupement déterminé. De même, l'article 212-1 du Code pénal incrimine : les atteintes à la vie, l'extermination, l'emprisonnement, la déportation, la réduction en esclavage, la pratique systématique d'exécutions sommaires, l'enlèvement de personnes suivi de leur disparition, les tortures ou d'actes inhumains, le viol, la prostitution forcée, la persécution de groupe pour motif politique, racial national ethnique, culturel, religieux ou sexiste, les actes de ségrégations, et tous les actes inhumains causant de grandes souffrances à l'intégrité physique ou psychique. Ces actes variés et d'intensité différentes en terme de souffrance imposée sont sanctionnés comme en tant que crime contre l'humanité parce qu'ils sont commis en exécution d'un plan concerté à l'encontre d'un groupe de population civile dans le cadre d'une attaque généralisée ou systématique.

474. Derrière ces crimes contre l'humanité, le droit pénal protège en réalité l'irréductible humain. Irréductible à toute définition philosophique et même à toute dénomination[1011]. Les points communs entre les différents interdits qui constituent les crimes contre l'humanité sont l'idée que l'être humain, inscrit dans un groupe familial, culturel, ou religieux ne devrait jamais perdre son individualité, sa personnalité, sa singularité, son appartenance à la communauté humaine.

[1009] M. Delmas-Marty, *op. cit.*
[1010] Modifié par la loi n° 2013-711 du 5 aout 2013.
[1011] M. Delmas-Marty, *op. cit.*

475. Le crime contre l'humanité sanctionne à la fois la négation de la singularité de chaque être, et la négation de l'appartenance à un ensemble plus vaste qu'est la communauté humaine. C'est pourquoi les crimes contre l'humanité ne sont pas limités aux atteintes à la vie de l'être humain car « que ces pratiques passent ou non par la destruction physique d'êtres humains, elles portent en commun, plus grave encore, une destruction métaphysique (…) et cette destruction est inacceptable car elle signifie la destruction de l'ordre humain tout entier, la négation de l'effort même par lequel il y a l'humanité de l'homme »[1012]. Dès lors, il ressort de cette première série de constats que la notion de personne humaine n'est pas seulement fondée sur les valeurs que sont la vie ou la liberté individuelle. Elle est fondée sur une valeur qui la dépasse, celle d'appartenance à la communauté humaine.

476. Les crimes contre l'humanité ont donné une consistance juridique à la notion de personne humaine. Cette notion contient en germe la référence à son contraire: l'inhumain. Comme l'a justement noté Madame Félicité Mbala Mbala dans sa thèse: « en même temps qu'il a fait l'expérience de son inhumanité, l'homme a fait l'expérience de cet *irréductible en lui* qui malgré les persécutions n'a cessé de résister »[1013]. Les crimes contre l'humanité permettent d'affirmer la valeur commune qu'est l'appartenance à la communauté humaine et qui est la spécificité de l'être humain.

B) La dimension biologique de la personne humaine révélée par les crimes contre l'espèce humaine

477. Les crimes contre l'humanité renvoient à la négation de l'être humain en tant que membre de la communauté humaine. Les crimes contre l'espèce humaine permettent de dévoiler la seconde moitié du visage de la personne humaine. En effet, renvoyant à une dimension biologique de l'être humain, ils permettent de sanctionner les comportements qui portent atteinte au genre humain (1). Cette analyse des crimes contre l'espèce humaine est l'occasion de mettre en évidence l'incohérence qui règne dans les infractions contre l'espèce humaine dans le Code pénal (2).

[1012] *Ibid.*
[1013] F. Mbala Mbala, *op. cit.* p. 64.

1) La dimension biologique de la personne humaine

478. Après l'apparition des crimes contre l'humanité, ce sont les crimes contre l'espèce humaine qui ont fait leur entrée dans le Code pénal[1014]. La notion d'espèce renvoie au processus d'évolution biologique et donc a une conception biologique de l'homme. En effet, l'espèce humaine issu du latin *species*, vise « un ensemble d'individus animaux ou végétaux vivants ou fossiles à la fois semblables par leurs formes adultes sexuées, par la succession de leurs formes embryonnaires, larvaires ou juvéniles et par leur génotype, vivant ou ayant vécu au contact les uns des autres, s'accouplant exclusivement ou principalement, les uns aux autres, dans les conditions naturelles et demeurant indéfiniment féconds entre eux, et entre eux seulement »[1015]. La notion d'espèce humaine est donc empreinte de la biologie. Ainsi, l'espèce est un ensemble d'êtres animés ou végétaux, se distinguant des autres par des caractères communs[1016].

479. Au contraire, l'humanité renvoie à un processus culturel qui s'exprime par l'émergence de normes[1017]. Le droit pénal protège la personne humaine en tant que valeur suprême à travers les crimes contre l'humanité. Il protège également l'être humain pris dans son acception biologique à travers les crimes contre l'espèce

---

[1014] *Par la loi n° 2004-800 du 6 août 2004, op. cit.*

[1015] *Grand dictionnaire encyclopédique,* Larousse, V Espèce; Le dictionnaire Erudit de la langue française, Larousse, V° Espèce.

[1016] L'approche juridique a conduit la doctrine à se poser la question de la définition juridique de l'espèce humaine. C'est autrement dit la question de sa qualification juridique personne ou chose. Monsieur le Professeur Xavier Labbée a considéré que l'espèce humaine faisait partie des choses communes de l'article 714 du Code civil, a côté de l'eau, la mer et l'air, que personne ne peut s'approprier. « Esquisse d'une définition civiliste de l'espèce humaine », *D.* 1999, p. 437. Madame Marie-Pierre Peis-Hitier a réfuté la qualification de chose et a considéré que l'espèce humaine serait une personne morale organisée autour de la satisfaction d'un intérêt commun : la protection de son intégrité ; «Recherche d'une qualification juridique de l'espèce humaine », *D.* 2005, p. 865. Pour sa part, Monsieur le Professeur Jean-René Binet estime qu'il n'est pas nécessaire de qualifier l'espèce humaine car c'est une notion juridique et que les notions juridiques n'ont pas vocation à être coulées dans le moule des catégories juridiques. Ainsi, il considère que : « l'espèce humaine échappe à toute tentative de qualification au regard de la *summa divisio* car il n'y a que les éléments de la nature sensible et les biens incorporels qui puissent se prêter à une approche de ce type. À l'évidence, l'espèce humaine n'en relève pas. Elle est un concept qui transcende la somme des individus qui composent la famille humaine. Elle est, en elle-même, une catégorie dans laquelle peuvent être rangés les membres de la famille humaine, une étiquette dont on peut les affubler, un étendard derrière lequel ils peuvent s'avancer comme un groupe cohérent. Montaigne écrivait que chaque homme porte la forme entière de l'humaine condition: envisager l'espèce humaine c'est donc considérer le tout »; *JCL civil,* fasc. 30, mars 2014.

[1017] En ce sens, M. Delmas-Marty, « Humanité, espèce humaine et droit pénal », *RSC.* 2012, p. 495.

humaine. A partir du moment où la science a permis d'intervenir sur le génome humain[1018] en le modifiant, la voie a été ouverte à la modification de l'espèce en son entier. Dès lors, ces possibilités devaient être encadrées par des lois. A travers les premières lois bioéthiques de 1994, le législateur a tenté « d'appréhender l'homme dans sa globalité, y compris dans son identité génétique, et de se prémunir contre des manipulations qui pourraient affecter les caractéristiques même de l'espèce humaine »[1019]. L'espèce humaine est apparue à ce moment sur la scène juridique indépendamment de la notion d'humanité.

480. En 1994, le législateur a envisagé la sanction de l'eugénisme en l'intégrant dans le livre V du Code pénal[1020] à l'article 511-1, « sorte de couloir pour les incriminations

[1018] Le génome humain se définit comme l'ensemble des gènes contenus dans chaque cellule d'un être vivant. Chaque cellule renfermant les mêmes gènes, les mêmes informations génétiques et les mêmes chromosomes. Les gènes sont des messages codés répartis linéairement le long d'une structure chimique constituée d'acide désoxyribonucléique ou ADN. La cellule œuf qui est à l'origine de la fusion des gamètes mâles et femelles est à l'origine des milliards de cellules qui composent le corps humain. Le génome humain représente donc l'intégralité du patrimoine génétique porté par un individu et contient l'identité génétique de l'être humain. Ainsi la génétique est l'étude des principes de l'hérédité ou des caractères héréditaires. L'homme a toujours essayé de comprendre et d'expliquer la transmission des caractères entre les parents et les enfants. Plusieurs théories se sont développées depuis l'antiquité. Tout d'abord, le préformisme qui correspond à la doctrine de la préexistence et de l'emboitement des germes. Dieu aurait créé toute chose, les animaux, les plantes et les Hommes. Les enfants à naître seraient existants, minuscules mais déjà formés dans leurs géniteurs. Ces mêmes enfants contiendraient en eux-mêmes leurs enfants et par emboitement successif toutes les générations suivantes. La découverte du spermatozoïde en 1677 par Antoni Van Leeuwenhoek a conduit à la théorie de l'animaculisme selon laquelle l'embryon préexiste dans le spermatozoïde, l'œuf féminin ne servant qu'à le nourrir. La théorie inverse, l'ovisme a conduit à envisager le sperme comme une essence vitale qui animera l'embryon. A la fin du XIXème siècle l'épigénisme considérait que les organes apparaissent progressivement au cours de la croissance embryonnaire sous l'influence de forces extérieures. C'est en 1865 avec Gregor Mendel que la génétique moderne est apparue avec l'étude des petits pois et la découverte des allèles, des phénomènes de dominance entre allèles. C'est à ce moment qu'est née la première idée du gène qui sera redécouverte au début du XXème siècle par des botanistes. Dans les années 50 sous l'influence de James Watson, Francis Crick et Maurice Wilkins, la structure moléculaire est élucidée et a permis aux chercheurs de s'attaquer au décodage du code génétique. Les travaux de Marshall Nirembeg ont ensuite permis d'affirmer l'universalité du code génétique chez les vivants. A partir des années 70, les biologistes sont passés de l'étude de l'hérédité à la manipulation de l'ADN, c'est ce qu'on appelle le génie génétique. A la fin des années 80, la plupart des pays industrialisés se sont lancés dans le séquençage et la cartographie du génome humain qui vise à lire l'intégralité des caractères qui composent l'ADN humain. En 2001, la revue « Nature et Science » a publié un article annonçant l'achèvement du séquençage du génome humain qui contient entre 30 000 et 40 000 gènes. Le génome humain correspond à l'ensemble de ces gènes et représente la totalité du patrimoine génétique de chaque individu. Ce patrimoine se trouve fixé, dès l'origine dans la cellule issue de la fécondation. C'est ce patrimoine qui exprime son hérédité, son individualité ou identité génétique et son appartenance à l'espèce humaine. Le génome du fœtus a également été séquencé par des prélèvements placentaires. Un article publié en juin 2012 dans la revue *Science Transnational Medicine* a annoncé que les chercheurs étaient parvenus à détecter 39 des 44 mutations génétiques du fœtus.

[1019] M.-P. Hitier, «Recherche d'une qualification juridique de l'espèce humaine », *D.* 2012, p. 685.

[1020] Titre premier intitulé: « Des infractions en matière d'éthique biomédicale».

en attente de classement »[1021]. La première section ne comporte qu'un article qualifiant de crime puni de vingt ans de réclusion criminelle: « le fait de mettre en œuvre une pratique eugénique tendant à l'organisation de la sélection des personnes ». En 2004, un aménagement a eu lieu au sein du Code pénal. Les crimes contre l'espèce humaine et le crime d'eugénisme a basculé dans le livre II. Ainsi, « le fait de mettre en œuvre une pratique eugénique tendant à l'organisation de la sélection des personnes est puni de 30 ans de réclusion criminelle et de 7 500 000 euros d'amende »[1022]. Par la loi du 6 aout 2004, le législateur a souhaité protéger plus particulièrement l'espèce humaine en incriminant les manipulations génétiques qui pourraient conduire à la création d'êtres hybrides et altérer l'essence même du genre humain ne soit altérée[1023]. Ainsi, après avoir affirmé le principe de l'intégrité de l'espèce humaine à l'article 16-4 du Code civil[1024], le législateur a complété ce dispositif en faisant du clonage reproductif et des pratiques eugéniques tendant à l'organisation de la sélection des personnes, des crimes contre l'espèce humaine. Ainsi, en 2004, le législateur pénal a ajouté à l'humanité comme intérêt pénalement protégé, l'espèce humaine[1025]. Le clonage reproductif est sanctionné en ce qu'il remet en cause fondamentalement l'homme en tant qu'espèce particulière. C'est pour cette raison qu'il se situe au sein du livre II du Code pénal.

481. Par conséquent, l'architecture du livre II Code pénal contribue à définir la notion de personne humaine[1026]. En effet, si l'on considère que l'espèce humaine est une catégorie distincte de l'humanité, il faudrait alors admettre qu'il existe des êtres humains appartenant à l'espèce humaine mais qui n'appartiennent pas à l'humanité. Or, comme le soulève à juste titre Madame le Professeur Mireille Delmas-Marty: « accepter la conception qui consiste à séparer le crime contre l'espèce humaine du crime contre l'humanité, c'est prendre le risque de légitimer la déshumanisation de

[1021] G. Beaussonie, « La loi relative à la Bioéthique », *RSC* 2011, p. 887.
[1022] Article 214-1 du C. pén.
[1023] G. Beaussonie, *op. cit.*
[1024] Article 16-4 du Code civil: « Nul ne peut porter atteinte à l'intégrité de l'espèce humaine. Toute pratique eugénique tendant à l'organisation de la sélection des personnes est interdite. Est interdite toute intervention ayant pour but de faire naître un enfant génétiquement identique à une autre personne vivante ou décédée. Sans préjudice des recherches tendant à la prévention et au traitement des maladies génétiques, aucune transformation ne peut être apportée aux caractères génétiques dans le but de modifier la descendance de la personne ».
[1025] G. Beaussonie, *op. cit.*
[1026] M. Delmas-Marty, *op. cit.* p. 495.

l'être humain »[1027]. Dans son livre II, le Code pénal sanctionne les atteintes à la personne qui s'entendent de l'atteinte à l'humanité en tant que valeur impliquant une déshumanisation de la victime, une négation de son appartenance au groupe mais également de l'atteinte à l'homme biologique par la fabrication de la vie. D'ailleurs, il convient de noter que ces deux types de crimes ont en commun plus que le regroupement au sein d'un même titre, mais également le quantum des peines infligées à leurs auteurs[1028], la circonstance aggravante du crime en bande organisée, et le régime de prescription de l'action publique dont le délai est porté à 30 ans[1029] pour les crimes contre l'espèce humaine, et imprescriptible pour les crimes contre l'humanité.

482. Ainsi, lorsqu'il envisage les atteintes à l'humain, le Code pénal vise la personne humaine. C'est d'ailleurs celle qui est visée dans le titre second. Ainsi, la personne humaine est composée de deux facettes inextricables, indissociables. L'une renvoyant à la singularité de chaque être humain, à sa dimension biologique, l'autre renvoyant à son appartenance à la communauté humaine, le tout formant un point d'imputation de valeurs communes: la personne humaine.

2) L'incohérente classification des infractions contre l'espèce humaine

483. Ainsi, les infractions contre la personne humaine sont des infractions qui portent atteinte soit à l'humain pris dans son appartenance à la communauté humaine (révélées par les crimes contre l'humanité) soit à l'humain biologique et à son appartenance à l'espèce (révélée par les crimes contre l'espèce humaine). Dès lors, comment comprendre la place du clonage reproductif passif et du clonage thérapeutique dans le Code pénal ? En effet le clonage reproductif passif se définit comme « le fait de se prêter à un prélèvement de cellules ou de gamètes, dans le but de faire naître un enfant génétiquement identique à une autre personne, vivante ou

[1027] *Ibid.*
[1028] Trente ans de réclusion et 7 500 000 euros d'amende: article 211-1 et 212-1 C. pén pour les crimes contre l'humanité et 214-1 pour les crimes contre l'espèce humaine.
[1029] Article 213-5 C. pén. pour les crimes contre l'humanité et 215-4 C. pén. pour les crimes contre l'espèce humaine. S'agissant du crime contre l'espèce humaine, le clonage reproductif ayant conduit à la naissance d'un enfant, le point de départ de la prescription est reporté à sa majorité.

décédée »[1030], alors que le clonage thérapeutique[1031] est le fait de « procéder à la constitution par clonage d'embryons humains à des fins thérapeutiques » se situe dans le livre V.

484. Une distinction est donc faite entre le clonage reproductif placé au premier rang des crimes contre l'espèce humaine au sein du livre II, et le clonage reproductif passif ou thérapeutique considéré comme un délit. Or, le clonage reproductif est sanctionné comme portant atteinte à l'espèce humaine, et son incrimination se justifie par la « nécessaire préservation de la dignité de la personne qui naîtrait du clonage et par des raisons biologiques liées à l'indispensable intégrité de l'espèce humaine »[1032]. Dès lors, la distinction du régime juridique de ces infractions pourtant « jumelles» [1033] ne se justifie pas d'un point de vue de *la ratio legis*. Le clonage remet en cause l'intégrité de l'espèce humaine en ce qu'il conduit à la duplication d'un être humain. Le clonage non-reproductif, consiste à prendre un ovocyte et à en enlever le noyau qu'on remplace par celui d'une cellule somatique. Dans le cas du clonage reproductif, on implante cette cellule dans un utérus dans le but de faire naître un être humain. Avec le clonage thérapeutique, on attend que cette cellule atteigne un certain stade, à partir duquel on peut obtenir telle ou telle cellule dont on espère se servir pour soigner une pathologie donnée.

485. Cette distinction de régime entre le clonage reproductif et le clonage thérapeutique résulte d'un choix de politique criminelle. Lors de l'élaboration de la loi du 6 août 2004, l'ancien ministre de la Santé, Jean-François Mattei, ne souhaitait pas interdire le clonage thérapeutique. Le rapporteur de la commission des affaires culturelles du Sénat avait considéré comme prématuré l'utilisation de ce procédé en l'absence d'expérimentation préalable sur les animaux. Dès lors, le Sénat puis l'Assemblée nationale se sont rangés à ces derniers arguments. Par conséquent, a été

[1030] Article 511-1 C. pén où sont donc visés les donneurs de cellules ou gamètes qui par leurs actes fournissent la matière indispensable au clonage reproductif. De même que la provocation au clonage reproductif définit comme « le fait, par don, promesse, menace, ordre, abus d'autorité ou de pouvoir, de provoquer autrui à se prêter à un prélèvement de cellules ou de gamètes, dans le but de faire naître un enfant génétiquement identique à une autre personne vivante ou décédée» (art.511-1-2, al. 1 C. pén.).

[1031] Article 511-18-1 C. pén. «Le fait de procéder à la constitution par clonage d'embryons humains à des fins thérapeutiques est puni de sept ans d'emprisonnement et de 100 000 euros d'amende ».

[1032] M. Benillouche, « Les crimes contre l'espèce humaine et la loi du 6 août 2004 relative à la bioéthique », *LPA*, 2005, n° 35 p. 82

[1033] Entre le clonage reproductif actif et clonage reproductif passif ainsi que le clonage thérapeutique

adoptée une infraction visant à interdire le clonage thérapeutique à l'article 511-18-1 du Code pénal. Le clonage non reproductif a été interdit, mais, compte tenu de la distinction de la peine encourue, il a été considéré par le législateur comme étant moins grave que le clonage reproductif, l'incrimination du clonage reproductif protégeant un intérêt supérieur à celui sauvegardé par l'incrimination du clonage thérapeutique. La finalité thérapeutique a donc été le fondement de la distinction entre ces deux infractions, conduisant à prendre en considération le mobile pour élaborer le régime de l'infraction. Le clonage thérapeutique fait donc parti du livre V et plus particulièrement de la section sur les infractions en matière d'éthique biomédicale[1034].

486. Cette approche de la personne humaine à travers les crimes contre l'humanité et contre l'espèce humaine, explique difficilement la place de l'embryon au sein de ce livre V. En effet, si en 1994 l'embryon *in vitro* a été protégé par des dispositions pénales, « les interdits posés ont surtout pour intérêt de préciser les conditions de licéité du don d'embryon ou de l'expérimentation sur embryon car l'objectif de la législation bioéthique est avant tout de légaliser certaines pratiques scientifiques et médicales qui antérieurement risquaient de tomber sous le coup de dispositions pénales générales (…). En somme, le législateur de 1994 s'est borné à consacrer les principaux préceptes déontologiques consensuels, à transformer les recommandations éthiques essentielles en règles écrites et à brandir la menace pénale pour indiquer le degré de leur importance »[1035]. Dès lors, il n'y a pas eu d'intégration cohérente des dispositions bioéthiques au sein du Code pénal. Monsieur le Professeur Alain Prothais avait eu l'occasion de constater la défectuosité de ce droit pénal de la bioéthique qui a intégré des « infractions en matière d'éthique biomédicale au Livre V du Code pénal consacré aux « autres crimes et délits », en y créant un chapitre spécial à leur intention comme s'il s'agissait de pures nouveautés, abstraction faite de toutes autres dispositions pénales préexistantes. Or, de telles dispositions protectrices du corps humain existent déjà au Livre II du Code pénal consacré aux infractions contre les personnes. (…). En tout cas, la répartition de ces infractions entre le Livre V et le Livre II du Code pénal paraît tout à fait artificielle.

[1034] Nous reviendrons sur le problème de cohérence posée par la place de cette infraction dans le dernier chapitre de cette étude. Cf. *infra* p. 425 et s.
[1035] A. Prothais, « Tribulation d'un pénaliste au royaume de l'éthique biomédicale » *JCP G,* 1999, I, 129.

»[1036]. Par conséquent, la place du clonage reproductif passif et thérapeutique humain dans ce livre V tout comme celle de l'embryon humain sont contestable au regard de la définition de la personne humaine issue du livre II du Code pénal.

487. Conclusion chapitre premier. Monsieur le Professeur André Giudicelli dans sa thèse sur « La génétique humaine et le droit » a souligné la bicéphalie de l'homme: « si tant est qu'il existe une définition de l'homme, elle ne peut être le fruit que d'une réflexion plurielle (…) L'homme, être biologique est aussi un être culturel »[1037]. C'est l'idée que nous avons tenté d'expliquer dans ce chapitre : la personne humaine renvoie à un processus culturel qui s'exprime par l'émergence des normativités. Dès lors, il faut penser la notion de personne humaine comme une notion juridique qui a pour objet une protection de l'être humain nu, indépendamment de la personnalité juridique, et de rendre compte de l'humanité en droit comme un idéal à toujours respecter. Monsieur le Professeur Xavier Bioy a considéré que « la personnalité juridique reste la plus digne façon de consacrer une valeur socialement reconnue en permettant la jouissance et l'exercice de droits propres tout en constatant que le droit contemporain dispose également, un cran en dessous, de la notion d'être humain protégée indirectement »[1038]. Pour notre part, nous considérons que la personnalité juridique n'est pas le seul instrument permettant d'identifier dignement une valeur sociale et la protection de celle-ci. L'existence de la personne humaine en est la preuve. La personnalité juridique et la personnalité humaine sont donc distinctes mais ne peuvent être hiérarchisées tant leurs objectifs diffèrent. L'objet de ce chapitre a donc été de cerner les enjeux de la personnalité juridique, dont les droits de la personnalité sont une émanation. Ils visent à assurer à la personne juridique la protection de son individualité juridique. En revanche la personne humaine, telle qu'elle a été intégrée et révélée par le droit pénal, a pour objet l'humain pris dans son acception biologique et dans son appartenance à la communauté humaine. Elle est donc fondée sur l'idée d'un humain sans personnalité juridique. Personne humaine et personne juridique peuvent se confondent et se rejoindre : c'est le cas lorsque l'être humain vient au monde vivant et viable et cela jusqu'à sa mort. Il n'y a donc pas toujours d'identité parfaite entre la

[1036] *Ibid.*
[1037] A. Giudicelli, *op. cit.* p. 19.
[1038] X. Bioy, « La dignité, question de principes », *in Justice, éthique et dignité,* textes réunis par Simone Gaboriau, Hélène Paulat, PULIM, 2004, p. 67.

personne juridique et la personne humaine. C'est à ce moment que l'intérêt de la personne humaine ressurgit. En effet, les embryons, les fœtus, les cadavres, sont des personnes humaines mais ne sont pas des personnes juridiques. L'intérêt d'identifier la notion de personne humaine réside dans la détermination de la protection qu'elle implique.

Chapitre second: La dignité instrument juridique au service de la protection de la personne humaine

489. A l'instar des droits de la personnalité, vecteur de protection de la personne juridique, la dignité semble se présenter comme le vecteur de protection de la personne humaine. Il existe entre les notions de dignité et de personne humaine, un lien que nous allons tenter d'identifier au cours de ce chapitre. Le point d'ancrage entre la personne humaine et la dignité se fait à travers la notion d'humanité. La dignité renvoie au fait que quelque chose est dû à l'homme du seul fait de son appartenance à l'humanité. Dès lors, la notion d'humanité participe nécessairement de celle de dignité, dans la mesure où la dignité est reconnue sans aucune autre condition que l'appartenance à l'humanité. Il existe donc un lien intrinsèque entre les notions de personne humaine et de dignité.

490. Tout comme la notion de personne humaine, la notion de dignité, d'essence philosophique, a été à l'origine de difficultés lors de son intégration juridique**.** Plus qu'une origine philosophique commune, la dignité et la personne humaine ont été intégrées en droit à la même période et pour des raisons identiques : la remise en cause de l'humain. Dès lors la dignité et la personne humaine ont manifesté l'idée de la supériorité de l'homme par rapport aux autres êtres vivants, notamment dû au fait que la supériorité de l'homme a été remise en cause par la tragédie nazie. Ainsi, « cette tragédie va permettre de tendre l'oreille aux philosophies qui avaient déjà attiré l'attention sur la nécessité de tenir compte de la faiblesse de l'homme et pas seulement de sa grandeur »[1039](section première). Cette intégration commune explique également le fait que la dignité permet de donner à la notion juridique de personne humaine une entière efficacité. En effet, la dignité semble être le vecteur de protection de la personne humaine. Par vecteur il faut donc entendre le support qui transmet le message contenu dans la notion de personne humaine et qui permet d'édicter les interdits liés à sa protection. La vocation de la dignité est donc de protéger la personne humaine en sanctionnant tous les comportements manifestant une remise en cause de l'humain (section deuxième).

[1039] F. Mbala Mbala, *La notion philosophique de dignité à l'épreuve de sa consécration juridique*, *op. cit.* , p. 33.

Section I : D'une notion philosophique à une notion juridique

492. Il a longtemps été difficile de démêler l'aspect religieux de l'aspect philosophique lorsqu'il était question de la notion de dignité. En effet, l'homme a été créé à l'image du créateur : « Dieu créa l'homme à son image »[1040]. Cette « *imitatio dei* » est le point de conjonction entre la dignité et la religion. Derrière ce précepte c'est l'idée « qu'il y a dans l'homme, à la source jaillissante de son être, une permanence de l'action divine qui lui garde sa valeur d'homme »[1041]. Or, « l'approche philosophique diverge de l'approche théologique, en ce que la philosophie partant du principe d'une différence spécifique de l'homme par rapport aux autres êtres vivants et plus particulièrement, par rapport aux animaux, va rechercher en observant l'homme lui-même, ce qui chez lui peut expliquer cette spécificité »[1042]. Le détour par l'approche philosophique de la notion nous paraît donc nécessaire tant cela permet à la fois d'éclairer l'essence de la notion mais aussi d'expliquer certains aspects persistant encore à l'heure actuelle (§1). Si la notion a fait l'objet d'une consécration juridique, l'empreinte de la philosophie explique les difficultés de son intégration juridique (§2).

§1) L'approche philosophique de la notion

493. La notion de dignité dans la philosophie est une notion qui renvoie à l'essence de l'humain. Le détour par la philosophique de Kant paraît donc inévitable lorsque l'on aborde la notion de dignité[1043]. Ce dernier a marqué la notion de son empreinte (A), la teintant d'une coloration impérative qui ne peut tolérer l'exception (B).

[1040] Genèse 1-27.

[1041] R. Javelet, *La dignité de l'homme dans la pensée du XIIe siècle. in De dignitate hominis, Mélanges offerts à Carlos- Josaphat Pint de OLiveira,* Université de fribourg, 1987, p. 39-87.

[1042] F. Mbala Mbala, *op. cit.* p. 48.

[1043] *Ibid*: « lorsque l'on s'intéresse à la notion de dignité, le détour par la notion kantienne s'avèrera rapidement incontournable. Le philosophe de Koenigsberg a, par son approche de la notion de dignité, séduit autant ses pairs que les juristes. Kant n'est pas le premier philosophe à s'être penché sur la dignité de l'homme, d'autres avant lui ont contribué à l'enrichissement et à la compréhension de la notion, d'autres après lui ont donné de nouvelles orientations à la notion. Malgré tout, l'impression générale qui se dégage des discussions autour de la notion de dignité, est que cette notion sera kantienne ou ne sera pas ».

A) L'empreinte Kantienne sur la notion de dignité

494. Kant en tant que philosophe s'est interrogé sur la place et le rôle de l'homme dans son existence et a considéré que l'homme était prédisposé au mal. Pour tenter de remédier à cette tendance inhérente à la condition humaine, il a proposé des commandements sous la forme d'impératifs catégoriques ayant pour but de répondre à cette prédisposition. Dans son célèbre ouvrage sur les fondements de la métaphysique des mœurs[1044], il a élaboré des impératifs catégoriques « qui contiennent autant de commandements pour l'homme en tant qu'il est être raisonnable capable de moralité »[1045]. Ainsi, les formules qui suivent ont été érigées pour l'auteur en véritable loi :

«Agis uniquement d'après la maxime qui fait que tu peux vouloir en même temps qu'elle devienne une loi universelle » liée à la formule suivante:

«Agis comme si la maxime de ton action qui fait que tu peux vouloir en même temps qu'elle devienne une loi universelle»[1046].

«Agis de telle sorte que tu traites l'humanité aussi bien dans ta personne que dans la personne de tout autre toujours en même temps comme une fin, et jamais simplement comme un moyen »[1047]. C'est cette dernière maxime qui est le plus souvent invoquée par la doctrine lorsqu'elle tente de définir le contenu de la notion. Dans la philosophie de Kant, la dignité est une notion centrale[1048] qui se définirait comme une valeur. En effet, le philosophe considère que le monde se divise entre ce qui a un prix et ce qui a une dignité. Dès lors, ce qui a un prix peut être remplacé par autre chose alors qu'au contraire ce qui n'admet pas l'équivalence est nécessairement titulaire de la dignité[1049].

495. L'homme est au-dessus de tout prix, il ne peut être regardé comme un moyen pour autrui comme pour lui-même. Il doit toujours être traité comme une fin en soi car il possède une dignité qui force le respect de lui-même et de toutes les autres

---

[1044] E. Kant, *Fondement de la métaphysique des mœurs*, éd. Vrin, 1980, p. 136.
[1045] F. Mbala Mbala, *op. cit*. p. 83 et s.
[1046] E. Kant, *op. cit*. p. 137.
[1047] *Ibid* p. 151.
[1048] Si le Fondement métaphysique des mœurs est l'ouvrage de référence en la matière des développements lui sont consacrés dans ses autres ouvrages.
[1049] E. Kant, Fondement de la métaphysique des mœurs, *op. cit*. p. 112-113. « Dans le règne des fins, tout a un prix ou une dignité. Ce qui a un prix peut être aussi bien remplacé par quelque chose d'autre, à titre équivalent ; au contraire, ce qui est supérieur à tout prix, ce qui par suite n'admet pas d'équivalent, c'est ce qui a une dignité ».

créatures doués de raison[1050]. Le philosophe considérait donc la dignité comme la valeur absolue inhérente à la condition humaine par opposition aux prix. Ainsi, « dans la pensée kantienne ce qui distingue le prix de la valeur, c'est le mode de détermination, la détermination du prix fait appel à des éléments extérieurs à la chose, c'est quelque chose d'extérieur à la chose qui lui donne son prix, alors que la valeur que Kant associe à la dignité est une valeur intrinsèque qui ne dépend d'aucun élément extérieur, qui ne dépend que de l'être lui-même auquel est reconnue cette valeur »[1051]. Cette approche de la philosophie morale de Kant fait de la dignité une valeur absolue que l'être humain ne peut pas perdre puisqu'elle est l'essence même de l'humain.

B) Les conséquences de l'impératif Kantien

496. L'approche philosophique de Kant conduit à envisager comme une vérité universelle indémontrable liée à la notion d'humanité (1), dont la conséquence directe est l'absence de dérogations possible (2).

1) Le caractère axiomatique de la notion

497. La dignité telle qu'elle est envisagée par Kant participe de l'essence de l'être humain et, est antérieure à toutes les autres qualités[1052]. Tout comme l'humanité de l'être humain, elle n'aurait donc pas besoin de se démontrer et elle se constaterait comme le relève le Madame le Professeur Muriel Fabre-Magnan qui la qualifie d'axiome[1053]. La dignité exprimerait donc une proposition évidente échappant à toute nécessité de démonstration. C'est ainsi que se définit l'axiome: une vérité évidente, indémontrable[1054]. Madame le Professeur Muriel Fabre-Magnan s'est d'ailleurs servie de l étymologie pour démontrer les liens existant entre la dignité et l'axiome[1055]. En effet, l'origine grecque du mot dignité trouve son équivalent dans le mot *axios* qui

[1050] F. Mbala Mbala, *op. cit.* p. 89.
[1051] *Ibid.*
[1052] Sur ce point voir M. Schatter, *Souffrance et dignité humaine*, éd universitaire Marne, 1993, p. 129 cité par C Neirinck, «La dignité humaine ou le mauvais usage juridique d'une notion philosophique », Mélanges C. Bolze, ss dir. P. Pédrot, 1999, p. 40.
[1053] M. Fabre-Magnan, «La dignité en droit : un axiome», *RIEJ*, 2007, p. 2.
[1054] V. axiome Littré, éd. Garnier, 2006.
[1055] M. Fabre-Magnan, *op. cit.* p. 28.

signifie ce qui est convenable, ce qui vaut, ce qui mérite et a donc finalement donné axiome.

498. La dignité telle qu'elle est définie par Emmanuel Kant se constate mais ne se démontre pas puisqu'elle est une qualité intrinsèque à l'être humain. Dès lors, la dignité de la personne humaine serait un principe évident. La valeur de l'être humain ne peut qu'être montrée, elle ne peut se démontrer. En effet, « cela supposerait de connaître, ce qui ne se peut, l'essence de l'homme et le sens de la vie »[1056]. La dignité serait donc un axiome qui doit être posé comme le fondement premier de tout système, « il y a un moment où il faut arrêter la chaîne des pourquoi et s'accrocher à un commencement en admettant qu'il ne peut être fondé »[1057].

2) Le caractère indérogeable de la dignité

499. De la nature axiomatique de la notion de dignité découle l'absence de dérogation possible. La dignité, envisagée comme la valeur absolue inhérente à la condition humaine, ne peut donc souffrir d'atteintes. En effet, l'impératif Kantien spécifiait de traiter l'homme et l'humanité toujours comme une fin et non comme un moyen[1058]. Ainsi, la dignité serait envisagée telle une charge dont on ne pourrait ni être dispensée, ni se dispenser, une dignité qui, comme, en son sens premier, ne meurt jamais »[1059].

500. Le caractère indérogeable de la dignité serait la conséquence de l'approche Kantienne de la notion qui fait d'elle l'alpha et l'oméga de la condition humaine. Or, de manière générale, la philosophie morale de Kant a été critiquée pour son approche abstraite de l'homme. En effet, Kant tente de formuler une « morale immuable dans un cosmos sensible en installant dans la réalité du monde la personne soumise à des règles abstraites. Il ignore la sensibilité humaine au profit d'une raison incapable de prendre en compte les angoisses existentielles de l'homme concret dans le monde »[1060]. Ainsi, « la dignité serait envisagée par Kant comme un idéal car la dignité chez

[1056] *Ibid.*
[1057] *Ibid,* p. 28.
[1058] *Op. cit.*
[1059] M. Fabre-Magnan, «La dignité en droit: un axiome », *op. cit.* p. 15
[1060] S. Tzizis, *Qu'est -ce qu'une personne*?, Armand colin, 1999, p. 82-89.

lui est associée à l'image d'un homme que l'homme que nous sommes ne sera jamais (…). Cet homme n'existe pas. Il a été créé par Kant, plus précisément pensé par lui, comme le seul être capable de s'élever au dessus de la vie phénoménale et en s'élevant de se soumettre à la loi édictée par sa propre volonté »[1061]. La difficulté de l'appréhension de la notion juridique de dignité trouve son fondement dans l'influence qu'a eue le philosophe sur la notion avant son intégration juridique.

§2) La judiciarisation de la notion

501. Que ce soient la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, le préambule de la Constitution de 1946 ou de la Constitution de 1958, aucun de ces textes ne consacre directement et expressément la dignité de la personne humaine. La consécration juridique de la notion de dignité a été l'œuvre principale de la bioéthique. En effet, c'est avec l'avènement de la biomédecine que la diffusion de la notion s'est généralisée, la jurisprudence jouant un rôle déterminant dans l'intégration juridique de la notion (A). Ainsi, que nous l'avions pressenti, l'origine philosophique de la notion et particulièrement l'influence de l'impératif Kantien ont rendu l'intégration de la notion dans la sphère juridique particulièrement compliquée(B).

A) La consécration juridique de la dignité

502. Préalablement à sa consécration constitutionnelle en 1994, la dignité avait été envisagée à travers la loi du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication[1062]. Les lois bioéthiques ont été l'occasion d'entériner cette notion en droit français (1) puis ce fut au tour de la jurisprudence de prendre le relais (2).

1) L'émergence textuelle de la notion juridique de dignité

[1061] F. Mbala Mbala, *op. cit*. p. 94

[1062] Loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 « relative à la liberté de communication » prévoit en son article premier : « La communication au public par voie électronique est libre. L'exercice de cette liberté ne peut être limité que dans la mesure requise, d'une part, par le respect de la dignité de la personne humaine, de la liberté et de la propriété d'autrui, du caractère pluraliste de l'expression des courants de pensée et d'opinion et, d'autre part, par la protection de l'enfance et de l'adolescence, par la sauvegarde de l'ordre public, par les besoins de la défense nationale, par les exigences de service public, par les contraintes techniques inhérentes aux moyens de communication, ainsi que par la nécessité, pour les services audiovisuels, de développer la production audiovisuelle(…) ».

503. L'apparition de la dignité en tant que notion juridique est concomitante à celle de personne humaine. Suite à la seconde guerre mondiale et à la découverte des atrocités d'Auschwitz, « nous savons que l'homme, c'est aussi celui que l'on peut piétiner jusqu'à l'effacement, que l'on peut réduire à un matériau, une denrée, une fumée et même rien ; que l'on peut nier jusqu'à lui refuser l'honneur d'une mort individuelle, et le détruire industriellement, le traitant comme un magma, en tas, beaucoup d'un coup, ainsi que l'on brûle des stères de bois »[1063]. Le législateur français a souhaité inscrire dans le préambule de Constitution de la IV République l'illustration de cette prise de conscience: « Au lendemain de la victoire remportée par les peuples libres sur les régimes qui ont tenté d'asservir et de dégrader la personne humaine, le peuple français proclame à nouveau que tout être humain, sans distinction de race, de religion ni de croyance, possède des droits inaliénables et sacrés». Même s'il n'y pas de référence directe à la dignité dans le Préambule, on constate néanmoins une référence indirecte[1064].

504. La référence à la dignité humaine est apparue un peu plus tard dans les textes[1065] avec les lois de Bioéthique du 29 juillet 1994, à travers l'article 16 du Code civil qui prévoit 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 dignité y est alors apparue comme un rempart contre les pouvoirs grandissants de la science[1066]. L'avènement de la biomédecine et des biotechnologies nécessitait un contrepoids juridique efficace. En effet, les découvertes dans le domaine des techniques biomédicales et des manipulations génétiques ont démontré à la fois des potentialités et des risques inédits. En intervenant sur l'humain et en lui permettant de maîtriser son évolution par la génétique, la neurobiologie, l'embryologie, la biomédecine ont permis à l'homme de maîtriser son évolution[1067]. La dignité a donc été intégrée comme une espèce de borne à partir de laquelle

[1063] F. Quéré, « Frères humains », *in Le défi bioéthique*, Autrement, 1991, p. 178.
[1064] Sur cette idée voir C. Neirinck, *op. cit*. p. 42.
[1065] A l'inverse de nombreuses Constitutions étrangères qui affirment directement le principe de dignité. La loi fondamentale allemande pose le principe de l'intangibilité de la dignité de l'être humain en son article1. La constitution espagnole affirme la dignité de la personne à l'article 10. L'article 21 de loi constitutionnelle lituanienne affirme que la dignité de la personne humaine est protégée par la loi.
[1066] Sur cette idée voir notamment : P. Pedrot, « La dignité de la personne humaine à l'épreuve des technologies biomédicales », Mélanges C. Bolze, *op. cit*. p. 52; P. Fraissex, « La sauvegarde de la dignité de la personne et de l'espèce humaine: de l'incantation à la judiciarisation », *R .R. J.,* 1999, p. 1133.
[1067] N. Lenoire, *Aux frontières de la vie: une éthique biomédicale à la française*, tome I, introduction, La documentation française, 1991, p. 15.

l'inacceptable doit être prohibé[1068]. Les progrès scientifiques ont conduit le juriste à repenser des concepts qu'il pensait immuable. A partir du moment où la vie est manipulable, que l'embryon existe en dehors du corps de la femme, la dignité doit constituer un « véritable point d'ancrage face à des recherches, des manipulations technologiques qui pourraient dégrader la personne humaine »[1069].

505. Ce lien entre la consécration juridique de la dignité et les risques inhérents à l'essor des biotechnologies est perceptible à travers les textes internationaux qui visent directement le droit de la bioéthique. La conférence générale de l'UNESCO a adopté trois déclarations concernant la bioéthique. Deux de ces déclarations visent expressément la dignité au sein des leurs articles. La première déclaration adoptée a été la Déclaration universelle sur le génome humain et les droits de l'homme du 11 novembre 1997[1070]. Cette déclaration énonce un certain nombre de principes en rappelant solennellement son attachement aux principes universels affirmés par la DUDH et les pactes internationaux[1071]. Ainsi, après avoir constaté que « les recherches sur le génome humain et leurs applications ouvrent d'immenses perspectives d'amélioration de la santé des individus et de l'humanité toute entière », elle rappelle que ces progrès doivent « en même temps respecter pleinement la dignité, la liberté et les droits de l'homme, ainsi que l'interdiction de toute forme de discrimination fondée sur les caractéristiques génétiques »[1072]. De même, dans son article 2 b, la Déclaration énonce que la dignité « impose de ne pas réduire les individus à leurs caractéristiques génétiques et de respecter le caractère unique de chacun et leur diversité ».

506. La seconde Déclaration qui évoque la dignité est la Déclaration universelle sur la bioéthique et les droits de l'homme qui a été adoptée le 19 novembre 2005. Les objectifs de cette déclaration sont:

[1068] *Ibid.*
[1069] I*bid*, p. 59.
[1070] Cette déclaration a été adoptée par l'Assemblée générale des Nations unies dans une résolution AIRES/53/152 du 9 décembre 1998.
[1071] Ainsi elle rappelle en son article premier que la communauté internationale est responsable du génome humain qui représente le patrimoine commun de l'humanité. L'article 4 exclut la commercialisation du génome humain en son état naturel. L'article 6 interdit la discrimination fondée sur les caractéristiques génétiques, et l'article 7 prévoir la confidentialité des données génétique. L'article 11 prohibe le clonage reproductif
[1072] Déclaration universelle sur le génome humain et droit de l'homme, article 10.

-« D'offrir un cadre universel de principes et de procédures pour guider les États dans la formulation de leur législation, de leur politique ou d'autres instruments en matière de bioéthique »[1073].

« De contribuer au respect de la dignité humaine et de protéger les droits de l'homme, en assurant le respect de la vie des êtres humains, des libertés fondamentales, d'une manière compatible avec le droit international des droits de l'homme »[1074].

-« De reconnaître l'importance de la liberté de la recherche scientifique et des progrès de la science tout en s'inscrivant dans le respect de la dignité humaine[1075].

507. Au niveau européen, ce lien entre l'essor de la bioéthique et la consécration juridique de la dignité est également visible. En effet, la Convention du Conseil de l'Europe pour la protection des droits de l'homme et de la dignité de l'être humain à l'égard des applications de la biologie et de la médecine[1076] a pour objet de protéger « l'être humain dans sa dignité et son identité (et garantir) à toute personne, sans discrimination, le respect de son intégrité et de ses autres droits et libertés fondamentales à l'égard des applications de la biologie et de la médecine »[1077]. Le rapport explicatif de la Convention fait de la dignité de l'être humain la valeur essentielle à maintenir et le fondement de la plupart des valeurs défendues par cette Convention.

508. Les textes internationaux et européens ainsi que l'article 16 du Code civil, font de la dignité un principe gouvernant le droit de la bioéthique qui relève alors que « (…) la spécificité de l'homme par rapport à tout être biologique et *a fortiori* par rapport aux choses. est un guide d'action pour les praticiens qui sont confrontés à des décisions souvent inédites dans le domaine de la biomédecine »[1078]. La dignité a pour objet de répondre à cette « fragilité existentielle contre le développement de certaines

[1073] Article 2 a).
[1074] Article 2 c)
[1075] Article 2 d)
[1076] Autrement appelée « Convention sur les droits de l'homme et la biomédecine » ou encore Convention d'Oviedo, adoptée le 21 novembre 1996 et ouverte à la signature le 4 avril 1997. Elle est entrée en vigueur au niveau international le 1er décembre 1999 et a été ratifiée par la France le 13 décembre 2011 pour une entrée en vigueur le 1er avril 2012.
[1077] Article premier.
[1078] P. Pédrot, *op. cit.* p. 62.

capacités destructrices de la civilisation de puissance, qu'elles soient masquées par un support technique, médical, étatique, commercial ou marchand »[1079].

509. Les textes nationaux comme internationaux ont intégré juridiquement la dignité comme un rempart contre « des potentielles menaces que représentent les nouvelles techniques médicales pour l'être humain et l'humanité (…)»[1080].

2) La consécration jurisprudentielle de la notion juridique

510. A l'issue de l'adoption des lois bioéthiques, le Conseil constitutionnel a placé la dignité de la personne humaine sous la protection de la Constitution. Dans sa décision du 27 juillet 1994[1081], le Conseil a rejeté les motifs de la saisine[1082] en s'appuyant sur le préambule de la Constitution de 1946 et a consacré le principe constitutionnel de dignité de la personne humaine contre toute forme d'asservissement et de dégradation. Il s'est servi du fondement constitutionnel du préambule de 1946 pour asseoir la dignité qui n'y est pas affirmée directement mais à travers la référence à la personne humaine[1083]. La dignité semble donc liée à la notion de personne humaine, dont elle serait le vecteur de protection[1084]. Ainsi, en consacrant la sauvegarde de la dignité de la personne humaine de manière constitutionnelle, le Conseil a rappelé que : « (…) les sciences modernes de la vie doivent avoir l'homme comme finalité essentielle, et aucune autre préoccupation »[1085]. Le Conseil constitutionnel a fait de la dignité un principe constitutionnel devant être respecté par le législateur, conciliable avec les exceptions au principe de respect de la vie de l'être humain dès le commencement de sa vie. En effet, dès 1975, le

[1079] J -C. Saint Pau, *Droits de la personnalité, op. cit.* p. 44.
[1080] P. Fraissex, *op. cit.* p. 1134.
[1081] Saisine du 28 juin 1994, JO, 29 juillet 1994. Les auteurs de la saisine considéraient que les lois bioéthiques violaient plusieurs principes constitutionnels tels que le droit à la vie, le droit au respect de l'intégrité de la personne et du corps humain, les droits de la famille, le droit à la protection génétique de l'humanité, le droit à la santé de l'enfant et au libre épanouissement de sa personnalité, la responsabilité personnelle et la séparation des pouvoirs. Voir la saisine du 29 juin 1994, JO 29 juillet 1994.
[1082] Décision n° 94-343-344 DC du 27 juillet 1994, JO, 29 juillet 1994 ; L. Favoreu et L. Phillip, *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel, 8*ème éd., 1995, p. 847 et la bibliographie citée.
[1083] La dégradation de la personne humaine invoquée dans le préambule renvoie notamment aux atrocités liées à la seconde guerre mondiale, aux expériences médicales et eugéniques conduites sous la domination de l'Allemagne nazi.
[1084] Cf *supra*.
[1085] H. Oberdorff, « La dignité de la personne face aux progrès médicaux », Mélanges Gustave Peiser, PUG, 1995, p. 385.

Conseil avait admis que le principe législatif du respect de l'être humain dès le commencement de sa vie n'était pas exempt d'exceptions et il l'a réaffirmé en 1994. Ainsi, le principe du respect l'être humain dès le commencement de sa vie peut subir des exceptions dans le cadre de l'IVG et dans le cadre des fécondations *in vitro*[1086]. Néanmoins, ces exceptions sont limitées par le principe constitutionnel de dignité qui devient selon Monsieur le Professeur Henri Oberdorff : « la valeur de référence »[1087].

511. Suite à cette constitutionnalisation, ce fut au tour du Conseil d'État de se saisir de la notion. Dans la célèbre affaire dite du « lancer de nains »[1088] où il approuva le maire d'une commune d'avoir interdit le spectacle du lancer de nains, il a érigé la dignité humaine en une composante de l'ordre public. En effet, le Conseil d'État avait considéré que le fait de faire lancer des personnes de petite tailles par des spectateurs, était une attraction qui portait atteinte à la dignité humaine L'atteinte sanctionnée était caractérisée par une atteinte à la personne en elle-même et à la personne pris en tant que représentante de la communauté humaine[1089]. On retrouve ici l'approche pénale de la personne humaine. Ici la dignité est érigée comme un rempart à la liberté, à la volonté. Cette approche de la dignité par le Conseil d'État a fait l'objet de critiques par une partie de la doctrine qui a considéré que la dignité, substituée à la notion de moralité publique, était porteuse d'un ordre moral liberticide[1090], ou encore comme un impératif d'ordre moral ne justifiant pas que des restrictions soient apportées à la volonté individuelle[1091]. Dans ces hypothèses, la dignité humaine est envisagée comme la reconnaissance d'un droit subjectif qui ferait produire à la règle énoncée à l'article 16 « un effet non seulement vertical, s'imposant à l'État, mais aussi horizontal, s'imposant dans les rapports entre particuliers »[1092]. La subjectivité de la dignité expliquant ainsi son application dans des domaines sociaux économiques[1093].

[1086] *Ibid,* p. 388
[1087] *Ibid,* p. 392. Cf infra titre 2.
[1088] CE, ass. 27 oct. 1995, 2 espèces, *Commune de Morsang sur orge et ville d'Aix en Provence*, concl. P. Frydman, *RFDA* 1995, p. 1204 J.-H. Stahl et D. Chauvaux, *AJDA* 1995, p. 878, G. Lebreton, *D.* 1996, jur. p. 177, M. Gros et J.-C. Froment, *R.D. publ.* 1996, p. 536.
[1089] F. Borella, Le concept de dignité de la personne humaine », Mélanges C. Bolze, préc, p. 35
[1090] Voir notamment : N. Molfessis, « La dignité de la personne humaine en droit civil » *in La dignité de la personne humaine,* ss. dir. M. L. Pavia et Th. Revet, Economica, 1999, p. 120.
[1091] E. Dreyer, « Les mutations du concept juridique de dignité », *RRJ*, 2005, p. 29.
[1092] E. Dreyer, *op. cit.* p.33.
[1093] Pour une application en droit du travail: Cass. soc. 25 février 2003, bull civ. V n° 74.

512. Le Conseil d'État a adopté une certaine approche de la dignité en l'envisageant à la fois comme un outil protecteur de l'être au singulier et de l'homme dans son appartenance à l'humanité. Le respect de la dignité de l'individu concourt ainsi au respect de la dignité humaine. Ainsi, la dignité n'est pas un droit subjectif dont chaque personne serait titulaire[1094][1095].

513. C'est également cette approche de la dignité que nous envisageons. La dignité de la personne humaine s'accommode très mal de la subjectivité[1096]. Peu importe la conception du droit subjectif que l'on souhaite adopter, « pouvoir de volonté »[1097], « l'appartenance-maîtrise »[1098], « faculté de renoncer à un droit »[1099]. Les droits subjectifs permettent notamment de singulariser la personne, de l'identifier, de l'individualiser. Nous pensons ici notamment aux droits de la personnalité que sont le droit à l'image, à l'honneur, ou au respect de la vie privée. La dignité ne se conçoit pas comme un élément qui permettrait de distinguer la personne, mais au contraire comme ce qui fait le point commun de tous les hommes[1100]. Dès lors, on ne peut affirmer l'existence d'un droit au respect de sa dignité sous la forme du droit subjectif car la dignité de la personne humaine doit s'envisager comme le devoir de ne pas y porter atteinte[1101]. Dès lors, « la référence au droit subjectif n'est ni pertinente, ni opportune. Elle se fait au détriment de la notion de droit subjectif aussi bien qu'à l'encontre de la signification profonde et essentielle du concept de dignité »[1102]. Si la dignité de la personne humaine n'est pas un droit subjectif, en revanche sa mise en œuvre permet d'accorder des droits subjectifs comme dans le cas du droit à un logement décent ou encore du droit au travail[1103].

514. Cette conception de la dignité qui reflète à la fois la protection de l'être humain et son appartenance à la communauté humaine, est celle adoptée par la jurisprudence

---

[1094] F. Luchaire, « Le Conseil constitutionnel et l'assistance médicale à la procréation » *RDP*, 1994, 1647.
[1095] Sur la position contraire voir notamment, Th. Hassler et V. Lapp, « Droit à la dignité le retour » *LPA,* 31 janvier 1997, n° 14 p.12-14 ; E. Dreyer, « Les mutations du concept juridique de dignité », *RRJ*, 2005, p. 20.
[1096] N. Molfessis, *op. cit.*
[1097] Savigny, *op. cit.*
[1098] J. Dabin, *Le droit subjectif*, Dalloz, 1952.
[1099] P. Roubier, *op. cit.*
[1100] N. Molfessis, *op. cit.* p. 129.
[1101] I*bid.* p. 130.
[1102] *Ibid.* p. 131.
[1103] En ce sens, voir M. Fabre-Magnan, *op. cit.* p.21. Pour l'auteur, la dignité n'est pas droit subjectif, ni un droit de l'homme. C'est un principe premier.

civile. Dans la célèbre affaire Benetton[1104], la société du même nom avait utilisé des parties intimes du corps humain tatouées d'un marquage avec l'inscription HIV POSITIVE, dans le but d'illustrer par la métaphore, les discriminations pratiquées par les sociétés contre les personnes jugées différentes. L'Agence française de lutte contre le sida et des intervenants volontaires avaient alors assigné la société en justice considérant que la société avait abusé de sa liberté d'expression. Les juges du TGI de Paris avaient considéré que les intervenants subissaient un préjudice à partir du moment des parties du corps humains étaient associés avec « (…) une inscription apposée en divers endroits non dénués de signification symbolique, ce mal redoutable, (…), qui évoque ainsi la barbarie nazie ou le marquage de viande ». Le corps humain présenté de cette manière était représenté hors du commun, et exclu de l'humanité[1105].

515. C'est cette exclusion de l'humanité qui a été le fondement de la condamnation. La Cour d'appel de Paris a confirmé le jugement rendu par le TGI et, selon le Monsieur le Professeur Bernard Edelmen, la notion de dignité humaine en est ressortie précisée[1106]. Devant la Cour d'appel, les arguments des intimés se fondaient sur le fait que la publicité était dégradante pour chaque personne atteinte du virus VIH. Dès lors, chaque malade pouvait se sentir atteint dans sa dignité[1107]. En confirmant la condamnation de la société, la Cour d'appel de Paris a alors admis que « porter atteinte à la dignité de l'homme en général revient à porter atteinte à chaque homme en particulier : on n'est plus en présence d'un monopole individuel mais d'une qualité inhérente à l'humanité toute entière »[1108].

516. On constate alors que les atteintes à la dignité sont structurées de la même manière que les crimes contre l'humanité. Le lien qui peut s'établir entre ces crimes et la dignité c'est à travers leur support commun: la personne humaine. En effet, la notion de personne humaine tout comme celle de dignité reflètent l'essence de l'homme. Cette analyse est confirmée par la jurisprudence de la Cour de cassation qui

[1104] TGI Paris, 1er février 1995, *D.* 1995, p. 372 note B. Edelmen.
[1105] M. L. Pavia, *op. cit.* p. 13.
[1106] CA Paris, 16 novembre 1995, *D.* 1996 p. 617.
[1107] Devant le tribunal, les intervenants volontaires alléguaient une atteinte à l'intimité de leur vie privée car l'exposition leur maladie était ressentie par eux comme une violation de leur intimité. Le tribunal avait considéré que le respect de la vie privée ne vise que les atteintes subies personnellement par le titulaire du droit concerné. C'est pourquoi le fondement avait été modifié devant la Cour d'appel.
[1108] B. Edelmen, « Publicité et dignité humaine », *op. cit.* p. 617.

a jugé par deux arrêts en date du 22 février 1995 que « l'état végétatif d'une personne humaine n'excluant aucun chef d'indemnisation, son préjudice doit être réparé dans tous ses éléments »[1109]. Ici, la plus haute juridiction a rappelé que « par cela même qu'elle est, par essence, humaine, toute personne est un être dont la dignité et les droits doivent être égaux de ceux de tout autre(…). L'existence d'un dommage, quel qu'il soit, doit se constater objectivement, même s'il est de caractère personnel, comme le sont la douleur ou le préjudice d'agrément notamment ».

517. Les textes ont introduit la notion de dignité et la jurisprudence en a fait application[1110]. De philosophique, la notion de dignité est alors devenue juridique. Néanmoins, l'empreinte de la philosophie Kantienne a laissé des traces sur le caractère absolu de la notion.

B) Les difficultés de l'intégration juridique de la notion

518. L'approche Kantienne et son empreinte persistante sur la notion lui ont insufflé un caractère absolu. En effet, la conception de l'homme idéalisé de Kant prend sa source dans l'influence qu'a eue la religion sur la notion avant sa laïcisation. L'homme est créé à l'image de Dieu. Dès lors, le caractère absolu de la dignité devient une évidence puisque l'homme tient sa dignité de Dieu. Dans une perspective laïque, cette volonté de sublimer l'homme a persisté. Ainsi, « la volonté d'affirmer la primauté de l'homme en toutes circonstances explique que l'on se réfère toujours à cette valeur absolue pour rendre compte de l'homme »[1111]. Dès lors, à partir du moment où la notion de dignité a été envisagée comme une fin à atteindre, la valeur ultime à respecter, sa transposition en droit est nécessairement passé par cet impératif catégorique[1112]. Si la dignité en philosophie est absolue, sa transposition en

[1109] Cass. 2ème civ., 22 févr. 1995, *D.* 1996, Jur. p. 69, note Y. Chartier *; JCP* 1996, II, n° 22570, note Y. Dagorne-Labbe.
[1110] La notion de dignité est ainsi le fondement d'un droit au logement décent depuis la décision n° 94-359 du 19 juillet 1995, JO 21 janvier 1995, p. 1166*, D.* 1995, p. 283. Elle est également le fondement de la justification de l'information due au patient, civ. 1ère, 3 juin, 2010, *D.* 2010, p. 1522, pour protéger les individus contre toute forme de discrimination, Versailles, 24 novembre 2004, *RTD.* civ. 2005, p. 1169.
[1111] F. Mbala Mbala, *op. cit.* p. 326.
[1112] *Ibid*, p. 327.

droit ne doit donc pas altérer ce caractère essentiel. C'est la conception adoptée par une partie de la doctrine qui estime que la dignité est un principe ne souffrant d'aucune dérogation possible[1113] impliquant ainsi deux impossibilités: y renoncer[1114] et organiser des dérogations exceptionnelles[1115]. Selon la dignité Kantienne, l'homme est la fin ultime de tout système et ne doit pas être traité comme un moyen. Le respect de la dignité de l'homme impliquerait une fois son transfert dans la sphère juridique, le respect absolu de cette maxime[1116].

519. Dans cette approche, la dignité puisqu'elle exprime l'essence de l'homme et son appartenance à l'humanité est nécessairement absolue et tous les autres droits doivent s'incliner devant elle[1117]. Il peut être apporté des restrictions aux libertés individuelles au nom du respect du principe de dignité, alors que la situation inverse n'est pas possible. Si l'on admet des restrictions à la dignité on réduirait alors la dingité à une pétition de principe, une simple valeur incantatoire.

520. Pour Monsieur le Professeur Bertrand Mathieu, la dignité est la matrice d'un certain nombre de droits dérivés: comme le respect de l'être humain dès le commencement de sa vie, l'inviolabilité de l'intégrité de l'espèce humaine, le droit à la vie, l'interdiction de la torture et des peines ou traitements dégradants, l'interdiction de l'esclavage. Contrairement à la dignité, ces droits dérivés n'ont pas de caractère absolu et peuvent entrer en concurrence avec d'autres droits fondamentaux ou d'autres exigences[1118]. L'auteur apporte alors une nuance qui consiste à dire que la dignité est un droit absolu, mais les droits qui en découlent et contribuent à le définir peuvent être conciliés avec d'autres droits fondamentaux[1119].

[1113] En ce sens voir notamment : M. Fabre-Magnan, *op. cit.* p. 13., B. Mathieu, *Le droit à la vie*, *op. cit.*
[1114] C'est la le sens de l'arrêt du Conseil d'État du 27 octobre 1995, commune de Morsang- sur-Orge.
[1115] Comme c'est le cas pour le droit à la vie ou des exceptions sont organisées législativement.
[1116] M. Fabre-Magnan, *ibid,* p. 18.
[1117] B. Matthieu, L*e droit à la vie*, *op. cit*., p. 18.
[1118] B. Matthieu, « La dignité principe fondateur du droit », *JIB,* 2010, vol. 21 n° 3 p. 80.
[1119] Cons. constit., 27 juillet 1994 préc., consid. 18 : « Considérant que lesdites lois énoncent un ensemble de principes au nombres desquels figurent la primauté de la personne humaine, le respect de l'être humain dès le commencement de sa vie, l'inviolabilité, l'intégrité et l'absence de caractère patrimonial du corps humain ainsi que l'intégrité de l'espèce humaine ; que les principes ainsi affirmés tendent à assurer le respect du principe constitutionnel de sauvegarde de la dignité humaine ». Dans la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne du 18 décembre 2000 le chapitre I est consacré à la dignité humaine. Il y regroupe : la dignité humaine, le droit à la vie à l'intégrité physique, l'interdiction des traitements dégradants, de l'esclavage, du travail forcé.

521. Pour notre part, nous considérons qu'il convient d'aborder la notion juridique de dignité en mettant de côté l'influence kantienne de la notion. En effet, nous considérons qu'une fois intégrée en droit, la notion juridique de dignité n'est pas plus absolue qu'un autre principe car, il n'existe pas de principe absolu[1120]. Affirmer le primat de la dignité humaine signifierait que le principe doit s'appliquer en toutes circonstances et que tous les autres principes doivent céder devant lui[1121]. Or, comment comprendre les possibilités de porter atteinte à l'embryon dans le cadre de la recherche ou de l'interruption de grossesse? Cela signifie-t-il que l'embryon n'est pas titulaire de la dignité? Cela signifie- t-il que la dignité est un concept mou?

522. Une manière de sortir de cette impasse serait de dire que, dans ce cadre l'atteinte à la vie l'embryon n'est pas une atteinte à la dignité humaine, puisque cette atteinte n'est pas de nature à rabaisser les personnes au rang de choses ou des animaux[1122]. Or, la recherche sur l'embryon *in vitro* implique bien à une certaine instrumentalisation de ce dernier puisqu'il est utilisé pour la recherche scientifique. Comment expliquer ces atteintes au regard de la notion juridique de dignité sans dénaturer la valeur de ce principe ?

523. La dignité de la personne humaine, dont est titulaire l'être avant la naissance[1123], se concilie avec la liberté procréative de la femme qui lorsqu'elle s'exerce négativement lui autorise de mettre fin à sa grossesse, pour convenance personnelle, dans les douze premières semaines[1124]. De même, dans le cadre de la recherche sur l'embryon *in vitro* surnuméraire ne faisant plus l'objet d'un projet parental, le législateur a concilié la liberté de la recherche et la dignité dont est pourtant titulaire cet embryon[1125]. Dans le cadre de l'interruption médicale de

[1120] N. Molfessis, « La dignité de la personne humaine en droit civil », *in La dignité de la personne humaine*, *op. cit*. p. 123.
[1121] En ce sens, M. Fabre-Magnan, *op. cit*, p. 17, « Le principe de dignité de la personne humaine ne se voir opposer aucun droit ou liberté même fondamentale ».
[1122] A. Gorgoza, *in Droits de la personnalité, op. cit. p. 138.*
[1123] Cf. *infra*. p. 338 et s.
[1124] Voir en ce sens DC n° 2001-446. du 27 Juin 2001, *D.* 2001, p. 2533. Le Conseil constitutionnel a admis la constitutionnalité de l'allongement du délai en matière d'IVG en conciliant le principe de dignité avec la liberté (procréative) en estimant que l'article L 2212-1 du Code de la santé publique n'avait pas : « En l'état des connaissances et des techniques rompu l'équilibre que le respect de la Constitution impose entre d'une part, la sauvegarde de la dignité contre toute formes d'asservissement et de dégradations et d 'autre part, la liberté de la femme ». Cf. *infra*. p. 341.
[1125] A cet égard dès sa décision du 27 juillet 1994, le Conseil constitutionnel a placé la protection de la santé et les droits de la famille au même rang que la sauvegarde de la dignité de la personne humaine.

grossesse à la suite d'un DPN, ou encore dans le cadre du DPI[1126], on peut y voir une atteinte à la mise en œuvre de la dignité[1127]. En effet, le diagnostic prénatal[1128] permet de détecter des anomalies pouvant conduire à l'interruption médicale de grossesse[1129]. Le diagnostic préimplantatoire permet de ne sélectionner que les embryons indemnes de la maladie génétique pour laquelle il a été sollicité. Ces diagnostics anténataux constituent alors une dérogation à l'interdiction de l'eugénisme[1130], défini comme la pratique qui tend à la sélection de la race soit par l'exclusion ou l'élimination d'individus, soit par une technique d'amélioration du génome humain[1131]. Ainsi, ces diagnostics en ce qu'ils impliquent une certaine amélioration de l'espèce humaine, constituent des pratiques eugéniques individuelles autorisés au cas par cas dans des conditions déterminées par les textes[1132].

524. Ces atteintes portées à la vie de l'embryon, nous permettent de constater que la dignité, intégrée dans la sphère juridique, est conciliée avec d'autres droits fondamentaux qui sont eux-mêmes sont la conséquence de l'existence d'une personne

[1126] Selon l'article L. 2131-4 du Code de la santé publique le DPI s'entend du diagnostic biologique réalisé à partir de cellules prélevées sur l'embryon in vitro. Il n'est autorisé que lorsqu'un médecin exerçant dans un CPDPN atteste que le couple remplissant les conditions nécessaires à l'AMP, du fait de sa situation familiale, a une forte probabilité de donner naissance à un enfant atteint d'une maladie génétique incurable au moment du diagnostic.

[1127] Sur le lien entre dignité et droit à la vie *infra*. p. 360 et s**.**

[1128] Défini à l'article L. 2131-1 du Code sant. publ et s'entend des pratiques médicales comme l'échographie obstétricale et fœtale ayant pour but de détecter in utero chez l'embryon ou le fœtus une affection d'une particulière gravité.

[1129] Selon l'article L. 2213-3 Du Code sant. publ. : « L'interruption volontaire d'une grossesse peut, à toute époque, être pratiquée si deux médecins membres d'une équipe pluridisciplinaire attestent, après que cette équipe a rendu son avis consultatif, soit que la poursuite de la grossesse met en péril grave la santé de la femme, soit qu'il existe une forte probabilité que l'enfant à naître soit atteint d'une affection d'une particulière gravité reconnue comme incurable au moment du diagnostic.

Lorsque l'interruption de grossesse est envisagée au motif que la poursuite de la grossesse met en péril grave la santé de la femme, l'équipe pluridisciplinaire chargée d'examiner la demande de la femme comprend au moins quatre personnes qui sont un médecin qualifié en gynécologie-obstétrique, membre d'un centre pluridisciplinaire de diagnostic prénatal, un praticien spécialiste de l'affection dont la femme est atteinte, un médecin choisi par la femme et une personne qualifiée tenue au secret professionnel qui peut être un assistant social ou un psychologue. Le médecin qualifié en gynécologie-obstétrique et le médecin qualifié dans le traitement de l'affection dont la femme est atteinte doivent exercer leur activité dans un établissement de santé.

Lorsque l'interruption de grossesse est envisagée au motif qu'il existe une forte probabilité que l'enfant à naître soit atteint d'une affection d'une particulière gravité reconnue comme incurable au moment du diagnostic, l'équipe pluridisciplinaire chargée d'examiner la demande de la femme est celle d'un centre pluridisciplinaire de diagnostic prénatal. Lorsque l'équipe du centre précité se réunit, un médecin choisi par la femme peut, à la demande de celle-ci, être associé à la concertation. Hors urgence médicale, la femme se voit proposer un délai de réflexion d'au moins une semaine avant de décider d'interrompre ou de poursuivre sa grossesse. Dans les deux cas, préalablement à la réunion de l'équipe pluridisciplinaire compétente, la femme concernée ou le couple peut, à sa demande, être entendu par tout ou partie des membres de ladite équipe.

[1130] Art. 16-4 du Code civil et 214-1 du Code pénal.

[1131] En ce sens Le Petit Larousse Illustré, V. Eugénisme.

[1132] B. Mathieu, *La bioéthique*, Broché, 2009, p. 71 ; B. Legros, *Droit de la bioéthique*, *op. cit*. p. 56.

humaine. Une fois devenue juridique, la dignité de la personne humaine n'est pas intangible[1133]. En revanche, c'est dans la manière dont va s'opérer la conciliation de la dignité que l'on retrouve la spécificité liée à son essence et sa relation avec la personne humaine. La vie embryonnaire peut donc être sacrifiée mais ce sacrifice est strictement conditionné. C'est d'ailleurs ce que le Conseil constitutionnel a rappelé dans sa décision du 1er aout 2013 lorsqu'il a validé le passage du régime d'interdiction de recherches sur l'embryon assortie de dérogations au régime de l'autorisation encadrée[1134]. Le principe de l'interdiction assortie de dérogations pouvait être considéré comme la traduction législative du respect de la dignité de l'embryon. Dès lors, le passage à un régime d'autorisation pouvait s'analyser comme une rupture. Or, le Conseil a estimé qu'il existait une logique de continuité dans les deux régimes, cette continuité c'est le respect de la dignité humaine. La recherche n'est autorisée dans le cas où certaines conditions sont réunies. Dès lors, ce sont les garanties qui entourent la conduite de ces recherches qui permettent d'opérer une telle conciliation[1135].

525. Il faut donc envisager la notion juridique de dignité et sa force non sous l'angle du primat mais sous l'angle de sa fonction. Elle a été intégrée en droit comme une valeur inspiratrice des droits attachés à la personne humaine. Sa force n'est pas déterminée par sa capacité à faire disparaître ou céder tous les autres droits. Sa force réside dans sa fonction qui est de rappeler « l'humanitude » de la personne humaine, et des interdits qu'elle édicte. La notion de personne humaine est éclairée justement à travers cette confrontation entre la dignité et les valeurs avec lesquelles elles entrent en conflit. En ce sens, Monsieur le Professeur Christian Byk considère que c'est « (…) une notion qui, certes éclaire toute notre condition, mais qui se construit et se précise dans une confrontation entre nos actes et nos valeurs »[1136]. Elle serait ainsi une valeur qui irrigue, inspire, mais ne régit pas tout l'ordonnancement juridique car, une fois

[1133] La CJCE a admis la conciliation de la dignité avec d'autres droits par exemple la liberté d'entreprendre: CJCE, 11 déc. 2007 aff. *C-438/08 Viking Line* § 46 « L'exercice des droits fondamentaux en cause, à savoir respectivement les libertés d'expression et de réunion ainsi que le respect de la dignité humaine, n'échappe pas au champ d'application des dispositions du traité. Cet exercice doit être concilié avec les exigences relatives aux droits protégés par ledit traité et être conforme au principe de proportionnalité ».

[1134] Cons. constit. DC n° 2013-674 du 1 août 2013, *op. cit. Cf. infra p. 349.*

[1135] La finalité médicale, l'utilisation exclusive d'embryons surnuméraires, l'accord des membres du couple dont est issu l'embryon.

[1136] C. Byk « Le concept de dignité et le droit des sciences de la vie : une valeur symbolique et dynamique au cœur de la construction sociale de l'homme », *JIB,* 2010/4 Vol. 21 p. 80.

intégrée juridiquement, la dignité doit être conciliée avec d'autres droits fondamentaux[1137].

526. Ce détour par les origines philosophiques de la notion nous a ainsi permis de comprendre une partie de la notion juridique et c'est désormais son lien avec la notion de personne humaine qui va nous intéresser. La notion de dignité remplirait également une fonction explicative de la notion de personne humaine.

[1137] *Ibid* p. 67

Section II : La fonction anthropologique de la dignité

528. La dignité aurait une fonction anthropologique en ce sens que son objet est de définir l'humain auquel fait référence la notion de personne humaine. Monsieur le Professeur Christian Byk a fait le constat de cette fonction anthropologique de la dignité, « (…) le concept a une fonction primaire essentielle, quasiment anthropologique, voire ontologique. Il nous rappelle ce que nous sommes, notre humanitude, tout en nous invitant, notamment au regard du développement des sciences et des techniques à nous interroger sur les transformations du contenu et de la perception de cette humanitude »[1138]. Dès lors, l'enchevêtrement des notions de dignité et d'humanité est perceptible non seulement à travers les instruments internationaux, mais également à travers l'affirmation se exclusivité humaine de la dignité (§1). Cette relation fusionnelle de la dignité et de l'humain nous permet alors de comprendre la vocation de la notion (§2).

§1) L'enchevêtrement des notions de dignité et d'humanité

529. La consubstantialité de la dignité et de l'humanité s'explique car les notions sont toutes deux intervenues pour rappeler de la valeur fondamentale de l'humain contenue dans la notion de personne humaine. En effet, parallèlement à l'avènement de la notion de personne humaine en droit, la dignité est née pour les besoins de cette dernière. En effet, comment garantir la valeur de la valeur de la personne humaine sans instrument juridique? Si la protection de la personne juridique est assurée par les droits de la personnalité, la dignité assure la protection de la personne humaine. Il existe donc un lien indéfectible entre l'humain et la dignité, une sorte de consubstantialité qui se manifeste naturellement en droit de la bioéthique, et dans les instruments internationaux (A). Ce lien se manifeste également à travers le rejet de l'affirmation d'une dignité animale (B).

[1138] *Ibid*. p. 79.

A) La consubstantialité de la dignité et de l'humanité

531. Ce lien indéfectible entre l'humain et la dignité est présent au sein du droit de la bioéthique(1). Cette consubstantialité est également présente dans des outils internationaux(2).

1) L'affirmation de la consubstantialité dans le droit de la bioéthique

532. La consécration juridique de la notion a été réalisée avec l'avènement de la bioéthique car les évolutions qu'elle implique sont porteuses à la fois d'espoir et de craintes De plus, les souvenirs des expériences médicales de la seconde guerre mondiale ont fait craindre les risques de cette nouvelle possibilité d'intervenir sur le génome humain et de le modifier[1139]. L'essor de la bioéthique a donc favorisé l'émergence juridique de la dignité humaine[1140]. En effet, si la notion de dignité n'est pas née avec la bioéthique, la formation du droit de la bioéthique a contribué à sa judiciarisation. A partir du moment où les évolutions scientifiques ont permis de fabriquer l'être humain en dehors de la relation charnelle, de le congeler, de créer des être hybrides, la notion de dignité est devenu une nécessité juridique au sein du droit de la bioéthique. De l'idéal à atteindre, la simple proclamation d'une valeur, elle est devenue un impératif juridique consacré[1141]. La bioéthique pose la question de savoir « (…) ce qui dans l'homme est qualifié d'humain sans attenter à sa dignité »[1142].

533. A partir du moment où la question de l'humain est contenue dans le droit de la bioéthique, le principe de dignité a été érigé comme une sorte de « garant du progrès scientifique »[1143]. Pour certains, il n'y aurait pas de légitimité à utiliser la dignité ailleurs que dans le domaine de la bioéthique[1144], or comme le soulevait à juste titre

---

[1139] Madame Noëlle Lenoire a constaté cette révolution dans l'histoire de l'humanité : « pour la première fois en effet, l'être humain accède à la connaissance de ses propres mécanismes vitaux (génétiques, neurobiologiques, embryologie). Pour la première fois, aussi, grâce au génie génétique, il peut intervenir sur le génome humain et le modifier. Il pourrait se doter lui-même du pouvoir de transformation de sa propre espèce ». *in Les sciences de la vie et le droit de la bioéthique, essais et recherches juridiques*, Association d'Études et de Recherches de l'École nationale de la magistrature, 1995, p. 220.

[1140] Cf. *supra*, section 1.

[1141] Expression utilisée par le professeur Mireille Delmas Marty, cf. *supra*.

[1142] J.-F. Mattei, « La bioéthique et la dignité de l'homme », *in La société internationale et les enjeux bioéthiques*, ss. dir. S. Maljean-Dubois, éd. A. Pédone, 2005, p. 210.

[1143] F. Mbala Mbala, *op. cit.* p. 300.

[1144] En ce sens voir notamment: B. Mathieu, « La dignité de la personne humaine…», *op. cit.* p. 282.

Madame Félicité Mbala Mbala dans sa thèse, « (…) partout où se trouve l'homme, se trouve la dignité. Que la dignité ait reçu son adoubement juridique à l'occasion des lois bioéthiques est une chose, affirmer que la dignité ne serait dans son bon usage que lorsqu'elle est invoquée dans le domaine bioéthique en est une autre (…) la seule condition pour la dignité c'est l'humanité »[1145]. Nous avons pu constater que l'être humain est une notion biologique qui revêt l'habit juridique de la personne humaine[1146]. Dès lors, ce sont en réalité les notions juridiques de dignité humaine et de personne humaine qui sont consubstantielles sur le terrain juridique. Cette consubstantialité se manifeste à travers divers instruments.

2) Les manifestations de la consubstantialité dans les instruments internationaux

534. Le lien entre la dignité et l'humanité est perceptible notamment à travers la Déclaration universelle des droits de l'homme de 1948 qui rappelle que les hommes naissent libres et égaux en droit et en dignité, et que la dignité est inhérente à tous les membres de la famille humaine[1147]. Ici, est donc affirmé que la dignité est une valeur universelle commune et liée à l'humanité. En effet, la dignité est la valeur spécifique de l'humain qui la distingue des autres êtres vivants. De plus, cette qualité fait le lien entre tous les êtres humains et permet de fonder la communauté humaine. La communauté se définit comme « le groupe social dont les membres vivent ensemble et ont des intérêts communs, l'état, le caractère de ce qui est commun à plusieurs personnes »[1148]. La dignité est donc présentée comme une qualité consubstantielle de l'humanité, comme ce qui permet d'affirmer l'appartenance à la famille humaine. Elle est donc une valeur à la fois personnelle à chaque personne et commune à la famille humaine[1149].

535. Ce lien entre humanité et dignité est également perceptible à travers la « Convention d'Oviedo »[1150]. En effet, selon le rapport explicatif de la Convention, la dignité est : « la valeur essentielle à maintenir, le fondement de la plupart des valeurs

[1145] *Ibid*. p. 301.
[1146] Cf *supra* p. 277 à 286.
[1147] Article premier de la DUDH de 1948.
[1148] V. communauté, Le Petit Robert 2012.
[1149] Thèse F. Mbala Mbala, *op. cit*. p. 63.
[1150] Convention pour la protection des Droits de l'homme et de la dignité de l'être humain à l'égard des applications de la biologie et de la médecine : Convention sur les Droits de l'homme et la biomédecine dite «Convention d'Oviedo ».

défendues par cette convention »[1151]. Ainsi, l'article premier énonce que : « les parties présentes à la Convention protègent l'être humain dans sa dignité et son identité et garantissent à toute personne, sans discrimination, le respect de son intégrité et de ses autres droits et libertés fondamentales à l'égard des applications de la biologie et de la médecine ». L'article second rappelle que l'intérêt et le bien-être de l'humain doivent prévaloir sur le seul intérêt de la société ou la science».

536. La Convention vise l'être humain, en tant qu'individu mais également l'être humain en tant que membre de la communauté humaine, on retrouve ici encore cette approche duale de la dignité qui vise à la fois l'individu en tant qu'être humain et sa famille[1152]. C'est en ce sens que l'alinéa 10 du Préambule énonce que « les États membres du Conseil de l'Europe, les autres États et la communauté européenne signataires sont convaincus de la nécessité de respecter l'être humain à la fois comme individu et dans son appartenance à l'espèce humaine et reconnaissent l'importance d'assurer sa dignité ». Cette approche nous rappelle la définition que nous avons retenue de la personne humaine qui vise à la fois l'être humain et la communauté humaine. La dignité est liée à l'essence humaine de la personne. C'est le propre de l'homme ce qui explique pourquoi l'on ne peut attribuer de dignité à l'animal.

B) La dignité: une exclusivité humaine

537. Pour une partie de la doctrine, la dignité humaine ne serait pas l'apanage de la personne humaine et pourrait être attribuée à l'animal. En effet, l'homme et l'animal ont en commun cette aptitude à la souffrance, fondement d'une reconnaissance de la dignité (1). Analyse que nous réfutons (2).

1) L'affirmation d'une dignité animale fondée sur sa capacité de souffrance

538. L'idée d'une dignité animale s'est affirmée parallèlement à la reconnaissance à ces derniers d'une capacité de souffrance[1153]. L'être humain et la bête ont en commun

[1151] Article premier.
[1152] P. Fraissex, *op. cit.* p. 1149.
[1153] Le droit français reconnait cette capacité notamment à travers l'article R. 214-65 c. rur.: «Toutes les précautions doivent être prises en vue d'épargner aux animaux toute excitation, douleur ou souffrance évitables pendant les opérations de déchargement, d'acheminement, d'hébergement, d'immobilisation, d'étourdissement, d'abattage ou de mise à mort ». Les articles 214-87, R. 214-18 et R. 214-53 du même Code font référence à cette souffrance animale. L'article 3-1 de la Convention Européenne pour la

cette aptitude : « l'homme et l'animal ont la souffrance en partage: l'un et l'autre sont capables de sensibilité physique mais encore et surtout de sensibilité psychologique »[1154]. Les points communs entre l'homme et l'animal ne se limitent pas à la souffrance. En effet, les animaux sont des êtres ayant une forme d'intelligence, une certaine conscience de soi, peuvent entrer en communication autrement que par le langage. Dès lors, « rien de ce qui est dit faire le proprement humain (…) n'est en réalité absent chez l'animal, il n'y a pas dès lors de spécificité de la nature humaine, pas de différence (…) entre humanité et animalité (…) »[1155]. Cette capacité de souffrance reconnue à l'animal, et ces points communs avec l'homme, paraissent pour certains incompatibles avec une qualification juridique de chose. Pourtant, ainsi que le Doyen Cornu l'a rappelé « l'animal est un bien (…) objet de propriété»[1156]. Il fait donc parti des choses juridiques, et doit être traité respectivement à ce statut. Or, c'est ce traitement juridique qui est à l'origine des demandes de reconnaissance de l'existence d'une dignité animale. Cette choséité de l'animal, sa proximité avec la chose inerte, paraît incompatible avec une protection efficace de sa vie et sa sensibilité[1157]. Ainsi, contre la réification juridique de l'animal et pour la prise en considération de cette propension à la souffrance, la solution serait de l'arracher au néant de la choséité pour l'élever vers le tout : l'humanité[1158]. La dignité de la personne humaine interdit sa réification[1159]. Ainsi, en attribuant à l'animal une dignité, on abandonne alors le statut de chose pour s'orienter vers la catégorie de la

protection des animaux de compagnie du 13 nov. 1987 prévoit que: « nul ne doit causer inutilement des douleurs, souffrances ou de l'angoisse à un animal de compagnie ». La directive du 22 septembre 2010 relative aux animaux faisant l'objet d'expérimentation fait état dans son 6ème considérant de « la capacité des animaux à éprouver et exprimer de la douleur, de la souffrance, de l'angoisse et un dommage durable ».

[1154] Sur ce point voir les développements de P.-J. Delage, *La condition animale*, thèse Limoge, 2013, p. 226 et s. Les articles 214-87, R. 214-18 et R. 214-53 du Code rural font référence à cette souffrance animale. L'article 3-1 de la Convention Européenne pour la protection des animaux de compagnie du 13 nov. 1987 prévoit que : « nul ne doit causer inutilement des douleurs, souffrances ou de l'angoisse à un animal de compagnie ». La directive du 22 septembre 2010 relative aux animaux faisant l'objet d'expérimentation fait état dans son 6ème considérant de « la capacité des animaux à éprouver et exprimer de la douleur, de la souffrance, de l'angoisse et un dommage durable».

[1155] P.-J. Delage, *op. cit*, p. 251.

[1156] G. Cornu, *Droit civil Les biens*, *op. cit*. p. 36.

[1157] Le droit pénal ne protège l'animal qu'à la condition qu'il soit qualifié de domestique, d'apprivoisé, ou tenu en captivité laissant hors de son giron l'animal sauvage. V. art. 521-1 R. 653-1, R.654-1, R. 655-1 c. pén. L'animal est d'ailleurs susceptible d'être confisqué selon l'article 131-10 c. pén, peut faire l'objet d'une soustraction frauduleuse art. 311-1 c. pén, de recel et d'abus de confiance art. 314-1 et 321-1 du c. pén.

[1158] Pierre-Jérôme Delage*, op. cit*. L'auteur estime qu'il n'est pas nécessaire d'extraire la bête de la catégorie des choses juridiques pour la protéger et lui reconnaître un caractère d'être sensible. La qualification de chose n'étant pas incompatible avec un statut protecteur accordé par le droit pénal.

[1159] Cf. *infra p 312*..

personne. Un certain nombre de propositions doctrinales[1160] et législatives[1161] vont dans le sens d'une évolution du statut de l'animal. Selon Monsieur le professeur Rémy Libchaber, « ces mouvements qui traversent le corps social expliquent que le droit français soit désormais sommé de reconnaître la dignité de l'animal, ou à tout le moins de cesser de la méconnaître »[1162]. La finalité poursuivie par les tenants de ces diverses propositions est la même: une meilleure protection de l'animal : « le souci de protection accrue s'exprime donc par une demande de reconnaissance formelle en droit et, par suite, dans la société de la spécificité animale (…). La dichotomie juridique entre les catégories de personnes et de chose se fait, dans cette perspective, synthèse de toutes les oppositions : entre être et avoir, entre valeur morale et valeur économique, entre sujets singuliers dignes d'intérêt et produits jetables de la société de consommation (…). La demande d'attribution aux animaux de droits subjectifs ou d'élaboration d'une personnalité juridique animale se veut une réponse sur le registre

[1160] Cette évolution passerait pour certains par la reconnaissance de la personnalité juridique Ainsi, parmi les défenseurs les plus connus de la protection animale, Monsieur le Professeur Jean-Pierre Marguenaud dans sa thèse sur la *condition animale* a proposé la création d'une personnalité juridique sur mesure pour les animaux. Une sorte de personnalité *ad'hoc*. En effet, l'auteur est parti du constat selon lequel depuis la loi du 10 juillet 1976, la sensibilité de l'animal a été pris en compte comme un intérêt juridiquement protégé. Les droits d'user et de disposer librement des animaux ont donc été limités par la création d'infractions d'actes de cruauté, de sévices graves ou de mauvais traitements sur l'animal. L'animal serait protégé pour lui-même il ne pourrait donc plus être considéré comme la chose appropriée soumise aux prérogatives de l'article 544 du Code civil. De plus l'attribution à des associations de défense des animaux, du droit d'agir en justice confirmerait la reconnaissance d'un intérêt légalement reconnu et judiciairement défendu. En revanche, cette qualité de sujet de droit serait calquée sur la technique de la personnalité morale. En effet, le célèbre théoricien du droit des animaux reconnaît que« la personnalité juridique humaine » (serait) un vêtement trop somptueux pour les animaux » Ainsi, l'accession pour les animaux à la qualité de sujet de droit serait fondée sur celle des personnes morales: c'est-à-dire comme une technique juridique limitée « (…) à la protection jugée nécessaire de l'intérêt de certaines bêtes ». La personnalité juridique serait alors le moyen privilégié d'une meilleure protection de la sensibilité animale. J.-.P. Marguénaud, *L'Animal en droit privé,* Thèse Limoge, PUF, 1992; « La personnalité juridique des animaux », *D.*, 1998, chron., p. 208. Dans le même ordre d'idées, Madame Lucille Boisseau-Sowinski se prononce en faveur de la désappropriation de l'animal en lui attribuant des droits subjectifs ; *La désappropriation de l'animal* , PULIM, 2013. Pour d'autres, c'est par le biais de la création d'une nouvelle catégorie juridique que l'animal pourrait être protégé. Ainsi certains proposent d'ériger le vivant en une catégorie nouvelle: R. Libechaber « Perspective sur la situation juridique de l'animal » *RTD civ*., 2001 p. 239. Pour d'autres c'est par le biais de la qualification de bien spécial, c'est-à-dire un bien particulier que l'animal serait le mieux protégé : S. Antoine, *Rapport sur le régime juridique de l'animal, op. cit*. p. 29 ; S. Desmoulin, *L'animal entre science et droit*, PUAM, 2006, spéc. p. 615. L'idée d'une catégorie intermédiaire entre les personnes et les choses est également avancée : G. Farjat, « Entre les personnes et les choses, les centres d'intérêts. Prolégomènes pour une recherche », *RTD. Civ* 2002, p. 230.

[1161] Le législateur s'est engagé dans une réforme de la condition animale. L'Assemblée nationale a adopté en deuxième lecture, le 30 octobre 2014, le projet de loi de modernisation et de simplification du droit dans les domaines de la justice et des affaires intérieures, qui modifie le Code civil en reconnaissant la qualité d'être sensible de l'animal. Il est inséré un article 515-14 ainsi rédigé : « Les animaux sont des êtres vivants doués de sensibilité. Sous réserve des lois qui les protègent, les animaux sont soumis au régime des biens ».

[1162] R. Libchaber, « La souffrance et les droits », *D.* 2014, p. 380.

symbolique. La mise en texte, ou textualisation légale, est attendue comme la solution qui mettrait un terme au mépris dans lequel notre société tiendrait les animaux. La loi est utilisée pour affirmer, en tablant sur le caractère performatif du langage juridique »[1163].

539. La souffrance animale semble donc être une valeur prise en considération par le droit, qui passerait nécessairement par la reconnaissance d'une dignité et permettrait une protection fondamentale de l'animal. Certains droits étrangers n'hésitent donc pas à reconnaître la dignité de l'animal à l'instar de la Constitution Suisse qui a consacré dans son article 120 l'idée d'une « dignité de la créature » dont le but est de fixer les limites des pouvoirs de l'homme sur les animaux[1164]. Pour notre part, nous considérons que la dignité est liée à l'humain elle ne peut être le fondement de la protection de l'animal.

2) Le rejet de la théorie de la dignité animale

540. Si nous partageons l'idée d'une meilleure prise en compte juridique de la sensibilité animale[1165], nous réfutons toute proposition d'attribution de la dignité à l'animal. En effet, la notion de dignité est consubstantielle à la personne humaine[1166] dans la mesure où elle révèle l'humain contenu dans la personne humaine. La notion de dignité est née de la prise de conscience de la vulnérabilité de l'homme[1167]. C'est ainsi que le philosophe Gabriel Marcel a pu écrire « je crois profondément, en ce qui me concerne, que nous ne pouvons arriver à préserver le principe mystérieux qui est au cœur de la dignité humaine, qu'à condition de parvenir à expliciter la qualité proprement sacrale qui lui est propre, et cette qualité apparaitra d'autant plus

[1163] Desmoulin-Canselier Sonia, « Quel droit pour les animaux ? Quel statut juridique pour l'animal ? », *op. cit.* p. 52.

1164 L'Autriche, l'Allemagne, la Grande-Bretagne, l'Italie, le Luxembourg et la Suède ont en commun d'avoir adopté des dispositions particulièrement protectrices à l'égard des animaux. Ainsi, la Suède a promulgué en 1998 une loi sur le bien-être des animaux exigeant que les animaux soient protégés contre les souffrances et les maladies et soient élevés de façon à garantir leur santé, et permettre un comportement naturel. Pour une étude complémentaire sur le droit étranger voir notamment *Le bien-être animal*, Conseil de l'Europe, 2006.

[1165] La sensibilité de l'animal doit faire l'objet d'une attention particulière justifiant sa reconnaissance juridique par le biais d'une distinction d'avec l'objet inanimé permettant ainsi de rendre visible et lisible la qualité propre de ces êtres vivants sans pour autant leur attribuer la qualité de sujet de droit. En effet, nous pensons que l'attribution de la personnalité juridique n'est pas un vecteur de protection de la sensibilité animale.

[1166] Cf. s*upra* §1.

[1167] C. Neirinck, «La dignité humaine» art. préc., p. 41.

clairement que nous nous attacherons d'avantage à l'être humain considéré dans sa nudité et sa faiblesse, à l'être humain désarmé tel que nous le trouvons chez l'enfant, le vieillard, chez le pauvre»[1168].

541. Dès lors, si l'on considère que la dignité révèle la personne humaine, on ne peut admettre que l'animal soit titulaire d'une dignité égale. La dignité de la personne humaine traduit l'idée que l'être humain est vulnérable[1169], et qu'à ce titre une protection lui est due sur la simple considération de sa qualité d'humain[1170] et son appartenance à la communauté humaine. C'est donc la spécificité humaine qui fonde la dignité. Cette spécificité se définirait par le critère de l'appartenance à la communauté humaine. La dignité n'est pas liée à la capacité intellectuelle, à la conscience de soi, ou bien à la raison car ces critères reviendraient à exclure *l'infans,* la personne handicapée mentalement ou encore le malade en état de coma végétatif. La dignité appartient de manière égale à tous les êtres humains et cela indépendamment de la qualité de sujet de droit. La dignité n'est donc pas liée à la personnalité juridique et ne peut être attribuée à l'animal même s'il a en commun avec l'homme, la vulnérabilité et la souffrance

542. Il faut trouver ailleurs un fondement à la protection pénale de l'animal. Monsieur Pierre-Jérôme Delage dans sa thèse sur la condition pénale de l'animal a alors proposé comme fondement « l'esseité animale», permettant de respecter la frontière entre l'homme et l'animal, le risque d'une attribution de la dignité à l'animal réside l'animalisation de l'humain[1171]. La dignité est liée à l'humanité et ne doit pas s'analyser comme une marque de supériorité de l'homme sur l'animal mais comme la traduction de ce qui fait la spécificité de la personne humaine en droit. Cette spécificité humaine de la dignité se comprend mieux encore lorsque l'on analyse les interdits qu'impliquent sa reconnaissance.

[1168] Gabriel Marcel, *La dignité humaine et ses assises existentielles*, Aubier-Montaigne, 1964, p. 167-168.

[1169] La vulnérabilité se caractérise par l'idée d'une infériorité, d'un désavantage d'une situation. Selon l'article 312-2 du Code péanl la vulnérabilité doit être dûe à l'âge, la maladie, une infirmité, une déficience phyisque ou psychologique, ou un état de grossesse. La chambre criminelle de la Cour de cassation considère que la vulnérabilité de la victime peut se caratériser notamment par un état de détresse sentimentale et psychologique. Cass. crim., 26 septembre 2012 n°11-84222. L'âge ne peut à lui seul établir la vulnérabilité.Cass. crim., 23 juin 2010 n°09-87544

[1170] Une plus grande vulnérabilité suppose une plus grande protection. Sur cette position voir N. Baillon-Wirtz « L'enfant simplement conçu », Lamy droit civil, 2011, supplément n° 87.

[1171] P-J *Delage, op. cit.* spéc. p. 22 et p. 40.

§2) La protection de l'humain, vocation de la dignité

543. Le lien entre la notion de dignité et l'humain nous permet de cerner l'apport de cette notion par rapport à la notion de personne humaine. La notion de dignité remplit une fonction dialectique qui est celle de protéger l'irréductible humain contenu dans la notion de personne humaine. La fonction de la notion se dessine à travers les interdits qu'elle formule. L'interdit de la réification de l'humain est en germe dans l'affirmation de la dignité de la personne humaine. La réification implique la réduction de la personne à l'état de chose et constitue donc une remise en cause de la valeur particulière de l'humain (A). La dignité protège la vulnérabilité de la personne humaine et c'est sur ce fondement qu'est érigé l'interdit de la déshumanisation (B).

A) L'interdit de la réification

544. La réification implique une réduction de l'être humain à l'état de chose. La définition même de la réification est donc intrinsèquement contraire à la dignité humaine (1). De même que tous les processus qui ont pour objet ou pour conséquence de faire de l'humain un objet mercantile (2).

1) Le statut d'objet contraire à la dignité

545. La dignité a été intégrée en droit « comme l'affirmation de la spécificité de l'homme par rapport à tout être biologique et *a fortiori* par rapport aux choses »[1172] et comme une sorte de borne au-delà de laquelle l'inacceptable doit être prohibé. Or, le développement des biotechnologies suppose l'expérimentation sur l'humain ce qui conduit à le traiter même de manière ponctuelle en un objet.

546. Toutes les pratiques qui ont pour but ou pour conséquences de traiter l'humain comme un objet, apparaissent comme des atteintes à la dignité. Le clonage est condamnable en ce sens qu'il réduit l'homme à un statut d'objet et, dès lors que la

[1172] P. Pedrot, *op. cit*. p. 62.

personne humaine est ravalée à cette qualification, la pratique est condamnable comme constituant une atteinte à la dignité[1173]. Par conséquent, tout ce qui contribue à traiter la personne comme une chose recomposable et remodelable, toute entreprise visant à asservir et à mercantiliser l'être humain est contraire à la dignité[1174]. Les exigences impliquées par la dignité sont rappelées par Madame le Professeur Catherine Labrusse-Riou qui considère que la dignité humaine suppose que: « l'homme ne soit pas traité comme un pur et simple objet, qu'il soit différencié de la matière inerte et vivante et respecté en sa personne »[1175]. On retrouve derrière cet interdit de la réification de l'humain la philosophie kantienne qui considère l'homme comme une fin et jamais un moyen. En le considérant comme un moyen on le réifie.

547. C'est en réaction à cette réification de la personne humaine que la jurisprudence administrative a condamné la pratique « du lancer de nain »[1176]. Indépendamment du consentement donné par la personne en question, c'est la réification du corps qui a été condamnée sur le fondement de l'atteinte à la dignité. Dans le même sens, la condamnation de la convention de mère porteuse par laquelle « une femme s'engage fût-ce à titre gratuit, à concevoir et à porter un enfant pour l'abandonner à sa naissance contrevient tant au principe d'indisponibilité du corps humain qu'à celui d'indisponibilité de l'état des personnes »[1177] par la Cour de cassation le 31 mai 1991, est fondée sur ce rejet de la réification du corps de la femme qu'elle entraîne. Madame Aude-Bertrand Mirkovic le souligne à juste titre, « (…) la maternité de substitution entraîne un phénomène de réification de la mère. Celle qui accouche agit non pas comme une véritable mère mais, plutôt, comme une machine qui «fabrique » l'enfant pour le livrer ensuite au couple demandeur. La femme joue ici le rôle d'un « outil de production », en mettant au service de tierces personnes ce

[1173] *Ibid.*
[1174] *Ibid.*
[1175] C. Labrusse-Riou, « Les exigences normatives et institutionnelles de protections des droits de l'homme en matière d'expérimentation » *in Expérimentation biomédicale et droits de l'homme*, Fondation Marangopoulos pour les droits de l'homme, Paris, Puf, 1988, p. 132.
[1176] CE, Ass, Commune de Morsang sur orge, 27 oct. 1995, *supra p. 299.*
[1177] Cass. Ass. Plén. 31 mai 1991, *D.* 1991, note D. Thouvenin*, D.* 1992, somm. 59 obs. F. Dekeuwer-Defossez; *JCP. G,* 1992, I, 1347, obs. H. Rubellin-Devich. Confirmation par l'article 16-7 du Code civil et par la première chambre civile de la Cour de cassation dans trois arrêts du 6 avril 2011 (n° 09-17. 130 Juris Data n° 2011-005607) qui a considéré « qu'en l'état du droit positif, il est contraire au principe de l'indisponibilité de l'état des personnes, principe essentiel du droit français, de faire produire effet à une convention portant sur la gestation pour le compte d'autrui, nulle d'une nullité d'ordre public aux termes des articles 16-7 et 16-9 du Code civil. Elle en a ainsi déduit que ce principe fait obstacle aux effets en France d'une possession d'état invoquée pour l'établissement de la filiation en conséquence d'une telle convention, fût-elle licitement conclue à l'étranger, en raison de sa contrariété à l'ordre public international français ».

qu'elle a de plus intime à son être, ce qui la distingue en tant que femme: sa capacité gestationnelle[1178].

548. C'est donc sur ce fondement que la Cour de cassation à refusé la transcription d'un acte de naissance établi en exécution d'une décision étrangère comportant des dispositions qui heurtaient des principes essentiels du droit français en rappelant que ce serait « faire produire effet, au regard de la filiation, à une convention portant sur la gestation pour le compte d'autrui, qui, fût-elle licite à l'étranger, est nulle d'une nullité d'ordre public aux termes des articles 16-7 et 16-9 du code civil »[1179].

549. La Cour européenne des droits de l'homme, dans les arrêts *Menesson c/ France*, et *Labassee c/ France* du 26 juin 2014 a considéré que la France violait l'article 8 de le CEDH sur le respect de la vie privée des enfants en refusant la transcription de la filiation des enfants nés d'une GPA à l'étranger[1180]. En effet, elle a estimé que la France leur déniait une filiation dans son ordre juridique ce qui était constitutif d'une atteinte à l'identité des enfants au sein de la société française. Elle a donc condamné la position de la jurisprudence française empêchant l'établissement du lien de filiation entre les enfants nés d'une GPA régulièrement réalisée à l'étranger et leur père biologique.

550. Le fondement de ces arrêts n'est pas de remettre en question l'approche de la jurisprudence française en matière de maternité de substitution. En effet, la Cour EDH s'est fondée sur l'intérêt de l'enfant, et a incité à « (…) amender certaines conséquences du raisonnement tenu jusqu'à présent par la Cour de cassation, (et cela) n'oblige pas, techniquement parlant, à l'importation directe du point de vue juridique en vigueur au pays étranger de gestation et de naissance »[1181]. La seule

---

[1178] A. Bertrand Mirkovic, « A propos de la maternité pour autrui», *Dr. fam*. 2008, n° 6, étude 15.

[1179] Civ. 1re, 6 avr. 2011, n° 10-19.053, *D.* 2011. Jur. 1522, note D. Berthiau et L. Brunet ; confirmée par Civ. 1re, 19 mars 2014, n° 13-50.005, *D.* 2014. Jur. 901, avis J.-P. Jean, et 905, note H. Fulchiron et C. Bidaud-Garon, Pan. 1059, obs. H. Gaudemet-Tallon, et Pan. 1171, obs. F. Granet-Lambrechts où elle a rappelé qu' « En l'état du droit positif, est justifié le refus de transcription d'un acte de naissance fait en pays étranger et rédigé dans les formes usitées dans ce pays lorsque la naissance est l'aboutissement, en fraude à la loi française, d'un processus d'ensemble comportant une convention de gestation pour le compte d'autrui, convention qui, fût-elle licite à l'étranger, est nulle d'une nullité d'ordre public selon les termes des articles 16-7 et 16-9 du code civil ».

[1180] CEDH 26 juin 2014, n° 65192/11 Menesson *c/France* et CEDH 26 juin 2014, n° 65941/11 *Labassée c/ France, D.* 2014, 1806. *D.* 2014, obs. F. Chenédé ; *D.* 2014, n° 31 ; 1773, note H. Fulchiron et C. Bidaud Garon, JCP G 2014, n° 30 p. 1486, note A. Gouttenoire ; *JCP G* 2014 n° 42 p. 1858 note C. Byk ; *Lamy droit civil*, 2014 n° 118, p. 78 obs. G. Pupinck et C. De La Hougue.

[1181] Louis d'Avout, « La reconnaissance de la filiation issue d'une gestation pour autrui à l'étranger, après les arrêts *Mennesson* et *Labassée », D.* 2014. 1806.

chose que semble exiger avec certitude la Cour européenne des droits de l'homme est que les parents de fait ne soient pas perturbés dans leur relation quotidienne ultérieure avec les enfants[1182]. La Cour européenne a concentré ses critiques sur le sort réservé en France à l'enfant issu de la gestation pour autrui car elle considère que le droit d'établir sa filiation participe de la vie privée et est protégé par l'article 8 de la Convention. Le refus de reconnaître les jugements et actes étrangers, et de transcrire ces titres sur les registres français de l'état civil, conduit à ce qu'un enfant vivant en France soit privé du droit de faire établir judiciairement sa filiation, spécialement à l'encontre de son père biologique[1183]. Or, le refus de reconnaissance des titres étrangers obtenus en circonstance de contournement du droit français n'est pas en lui-même illégitime ; il le devient lorsque les juges interdisent ultérieurement à l'enfant de constituer en France son lien de filiation »[1184]. Dès lors, c'est du côté de l'intérêt de l'enfant né que la jurisprudence européenne s'est placée, ce qui ne remet pas en cause le fondement adopté par le législateur et la jurisprudence française sur l'interdit de la maternité de substitution.

551. Le Code pénal sanctionne la réification de la personne humaine notamment à travers le chapitre V intitulé « Des atteintes à la dignité humaine ». Ce chapitre initialement composé de cinq catégories d'infractions: les discriminations, le proxénétisme, les conditions de travail et d'hébergement contraires à la dignité de la personne, les atteintes au respect dû au mort a été complété au fil des années. Ainsi,

---

[1182] La Cour présente un raisonnement fondé sur la distinction entre la condamnation de l'agissement illicite des parents et la situation de l'enfant. « il est concevable que la France puisse souhaiter décourager ses ressortissants de recourir à l'étranger à une méthode de procréation qu'elle prohibe sur son territoire (...). Il résulte toutefois de ce qui précède que les effets de la non-reconnaissance en droit français du lien de filiation entre les enfants ainsi conçus et les parents d'intention ne se limitent pas à la situation de ces derniers, qui seuls ont fait le choix des modalités de procréation que leur reprochent les autorités françaises : ils portent aussi sur celle des enfants eux-mêmes (...) » § 99 de l'arrêt *Mennesson*, § 78 de l'arrêt *Labassée*.

[1183] Seule la reconnaissance de la filiation biologique paternelle est imposée devant la Cour EDH

[1184] Une condamnation aurait pu être évitée, en trouvant un moyen de faire bénéficier l'enfant d'une forme de filiation putative, en dépit de l'illicéité des agissements des parents ou en leur permettant d'agir en leur nom propre en constatation du lien de filiation biologique, à l'article 311-14 du code civil. Cette action n'étant pas liée au contrat illicite de mère porteuse aurait eu toutes chances de prospérer aux conditions qui lui sont propres. Or « c'est essentiellement à raison d'une mauvaise articulation des procédés de reconnaissance des titres étrangers (jugements ou actes d'état civil) et des règles françaises de conflit de lois, permettant de constituer le rapport de filiation dans l'ordre juridique du for, que la jurisprudence française est tombée dans l'excès et s'est trouvée, de ce fait, condamnée au nom des droits de l'enfant (...). Il aurait fallu souligner et mieux faire comprendre qu'un refus de coopération de la France aux politiques législatives étrangères, se traduisant par l'inopposabilité en France des jugements et actes publics étrangers, n'interdisait pas de faire jouer ensuite les règles de conflit de lois (art. 311-14 s. c. civ.) pour permettre à l'enfant, représenté en justice à cette fin, d'agir contre son père biologique pour l'établissement de sa filiation Louis d'Avout*, op. cit.*

la loi 17 juin 1998[1185] a crée le délit de bizutage, la loi du 4 mars 2002[1186], le délit de recours à la prostitution des mineurs, complété par la loi du 18 mars 2003 incriminant la traite des êtres humains et l'exploitation de la mendicité[1187]. La loi du 11 octobre 2010 a incriminé la dissimulation de visage forcé[1188]. La loi du 5 août 2013[1189] est venue compléter les incriminations liées aux conditions de travail et d'hébergement contraires à la dignité humaine et a consacré l'incrimination du travail forcé et de la réduction en servitude. Ce chapitre et les incriminations qui y sont rangées, conduit à conception beaucoup trop stricte de la dignité[1190]. Si l'on considère que la dignité est protégée pénalement, notamment par l'interdit la réification[1191], comment expliquer que le viol n'entre pas dans ce chapitre. Le viol est une atteinte à l'intégrité physique de la personne conduisant à traiter le corps de la victime comme un objet, il est « l'exemple même de la chosification de la femme, de l'homme et même de l'enfant »[1192]. D'ailleurs, un arrêt de la chambre criminelle du 3 janvier 2012 a clairement lié le viol à la dignité en soulignant que : « ces faits de viols commis sur de jeunes enfants par un homme qui avait autorité sur eux et qui ont perduré pendant de longues années, (…) sont de ceux qui troublent de façon exceptionnelle l'ordre public, attaché à l'intégrité physique, psychique et à la dignité de la personne humaine (…) »[1193] . Le viol est incriminé notamment en ce qu'il remet en cause la dignité qui est attaché à la personne humaine et qui interdit de la traiter comme une chose. Il conviendrait donc de ne pas limiter les infractions qui portent atteinte à la dignité de la personne humaine au sein d'un seul chapitre qui, on le constate, est trop vite dépassé.

552. C'est en réaction à la réification de la personne humaine que l'esclavage a été aboli, poussant le droit à reconnaître la nature humaine de l'esclave et non plus sa qualité de *res*. Le Décret Schoelcher du 27 avril 1848 a signé l'abolition définitive de

[1185] Loi n° 98-468 du 17 juin 1998 relative à la prévention et à la répression des infractions sexuelles ainsi qu'à la protection des mineurs, JO 18 juin 1998.
[1186] Loi relative à l'autorité parentale, Complété par la loi n° 2003-239 du 18 mars 2003, loi pour la sécurité intérieure.
[1187] Loi n° 2003-239 du 18 mars 2003 relative à la sécurité intérieure, JO 19 mars 2003.
[1188] Loi n° 2010-1192 du 11 octobre 2010 interdisant la dissimulation du visage forcée dans l'espace public.
[1189] Loi n° 2013-711 du 5 août 2013 portant diverses dispositions d'adaptation dans le domaine de la justice en application du droit de l'Union européenne et des engagements internationaux de la France, JO 6 aout 2013.
[1190] Sur cette idée cf. *supra* p. 328.
[1191] Elle est également protégée par l'interdit de la déshumanisation cf. s*upra* p. 325 et s.
[1192] D. Viriot Barrial, « Dignité de la personne humaine », *Rép. dr. pén.*, 2014, n° 22.
[1193] Cass. crim., 3 janvier 2012, n° 11-87. 520.

l'esclavage en rappelant que cette institution est un attentat contre la dignité humaine[1194][1195]

2) L'interdit de la brevetabilité du vivant humain

553. C'est également contre la réification de l'humain que s'est positionnée la Cour de justice de l'Union Européenne (CJUE), dans un arrêt du 18 octobre 2011[1196] qui posait la question générale de la brevetabilité du vivant humain. En effet, tout en affirmant la protection due à l'embryon humain au nom du principe de dignité, la Cour de justice en a profité pour déterminer le champ de la brevetabilité du vivant, en excluant les recherches scientifiques qui utilisent directement ou indirectement l'embryon humain[1197]. Cet arrêt a permis de préciser l'article 6 § 2 de la directive 98/44 du 6 juillet 1998 relatif à la protection des inventions biotechnologiques[1198].

554. En l'espèce, le docteur Oliver Brüstle détenait depuis décembre 1997, un brevet portant sur des cellules précurseurs neurales[1199] produites à partir de cellules souches embryonnaires humaines utilisées pour traiter les maladies neurologiques. Le Bundespatentgericht[1200] à la demande de Greenpeace, a contesté ce brevet en constatant que le docteur Brüstle utilisait des procédés permettant d'obtenir des cellules précurseurs à partir de cellules souches d'embryons humains. Or, la directive

[1194] A. Césaire, *Victor Schoelcher et l'abolition de l'esclavage*, Capucin, 2004, p. 63.
[1195] Voir également les développements de P.-J. Delage, Thèse précit. p. 389- 406.
[1196] CJUE, gr. ch., 18 oct. 2011, aff. C-34/10, *JCP G,* 2012, n° 6, 146 note N. Martial-Braz et J.-R. Binet.
[1197] L'article 6, § 2, sous c), de la directive 98/44/CE du Parlement européen et du Conseil, du 6 juillet 1998, relative à la protection juridique des inventions biotechnologiques, doit être interprété en ce sens que : « constituent un embryon humain tout ovule humain dès le stade de la fécondation, tout ovule humain non fécondé dans lequel le noyau d'une cellule humaine mature a été implanté et tout ovule humain non fécondé qui, par voie de parthénogenèse, a été induit à se diviser et à se développer ;– il appartient au juge national de déterminer, à la lumière des développements de la science, si une cellule-souche obtenue à partir d'un embryon humain au stade de blastocyste constitue un embryon humain au sens de l'article 6, § 2, sous c), de la directive 98/44.• 2) L'exclusion de la brevetabilité portant sur l'utilisation d'embryons humains à des fins industrielles ou commerciales énoncée à l'article 6, § 2, sous c), de la directive 98/44 porte également sur l'utilisation à des fins de recherche scientifique, seules les inventions à des fins thérapeutiques ou de diagnostic applicable à l'embryon humain et utile à celui-ci pouvant faire l'objet d'un brevet.• 3) L'article 6, § 2, sous c), de la directive 98/44 exclut la brevetabilité d'une invention lorsque l'enseignement technique qui fait l'objet de la demande de brevet requiert la destruction préalable d'embryons humains ou leur utilisation comme matériau de départ, quel que soit le stade auquel celles-ci interviennent et même si la description de l'enseignement technique revendiqué ne mentionne pas l'utilisation d'embryons humains ».
[1198] Transposée en droit français par la loi du 6 août 2004.
[1199] Ce sont des cellules immatures qui ont la capacité de former des cellules matures du système nerveux par exemple des neurones. Des applications cliniques de ces cellules existent déjà, notamment sur des patients atteints de la maladie de Parkinson.
[1200] Tribunal fédéral des brevets en Allemagne.

européenne 98/44/CE relative à la protection juridique des inventions biotechnologique, exclut de son champ d'application la brevetabilité de l'embryon humain. La Cour fédérale de justice allemande, saisie en appel par Monsieur Brüstle, a jugé que la solution du litige dépendait de l'interprétation de l'article 6, § 2 de la directive 98/44/CE du 6 juillet 1998. La directive exclut du champ de la brevetabilité « les inventions dont l'exploitation commerciale serait contraire à l'ordre public ou aux bonnes mœurs (...) », l'article 6 précisant que : « ne sont notamment pas brevetables (...) les utilisations d'embryons humains à des fins industrielles ou commerciales ».

555. La notion même de brevet implique un monopole et une revendication qui n'est pas compatible avec la dignité due à la personne humaine, en ce sens que le brevet confère un monopole d'exploitation à son titulaire[1201]. Par conséquent, la CJUE a conclu à l'exclusion de brevetabilité relative à l'utilisation d'embryons humains à des fins industrielles et commerciales, exclusion comprenant également l'utilisation de tels embryons à des fins de recherche scientifique. En effet, dans le cadre de la recherche sur l'embryon humain « (...) les droits qui seront reconnus au titulaire du brevet auront notamment pour finalité de permettre une exploitation ou une commercialisation des résultats de la recherche. Il peut donc sembler difficile d'admettre la reconnaissance d'un monopole d'exploitation, consubstantiel au droit de brevet, sur des inventions pour lesquelles toute utilisation commerciale doit être prohibée[1202]. Une exception a néanmoins été envisagée par la directive dans son considérant n° 42 pour le cas où l'invention a « un objectif thérapeutique ou de diagnostic qui s'appliquent à l'embryon humain et lui sont utiles »[1203].

556. Dans cet arrêt, la CJUE était également interrogée sur l'étendue de l'exclusion de la brevetabilité. En effet, elle devait se prononcer sur la possibilité d'admettre la brevetabilité d'une invention dont l'enseignement technique revendiqué ne faisait pas apparaître une telle utilisation des embryons humains alors même que celle-ci est avérée. La Cour de justice a rappelé, conformément à l'article 5 §1 de la directive sur

[1201] N. Martial-Braz et J.-R. Binet, *op. cit.*
[1202] *Ibid.*
[1203] Dir. n° 98/44/CE considérant n° 42 « Considérant, en outre, que les utilisations d'embryons humains à des fins industrielles ou commerciales doivent également être exclues de la brevetabilité que, en tout état de cause, une telle exclusion ne concerne pas les inventions ayant un objectif thérapeutique ou de diagnostic qui s'appliqué à l'embryon humain et lui sont utiles ».

les inventions biotechnologiques[1204], l'exclusion de la brevetabilité de l'invention qui requiert la destruction d'embryons humains ou leur utilisation comme matériau, « quel que soit le stade auquel celles-ci interviennent et même si la description de l'enseignement technique revendiqué ne mentionne pas l'utilisation d'embryon humain ».

557. L'exclusion de la brevetabilité de l'embryon humain est alors fondée sur le respect de la dignité de l'embryon car« le législateur de l'Union a entendu exclure toute possibilité de brevetabilité, dès lors que le respect dû à la dignité humaine pourrait en être affecté »[1205]. Au nom de la dignité de la personne humaine, il est interdit de transformer ou d'utiliser l'humain comme objet ou comme matériau[1206].

558. Suite à cet arrêt, l'office des brevets britannique a refusé d'accorder un brevet à une technologie produisant des cellules souches pluripotentes à partir d'ovocytes activés par parthogénèse. Dès lors, après avoir interprété la notion d'embryon, la CJUE doit répondre à la question préjudicielle suivante: les parthénotes, qui sont des ovules humains non fécondés et qui, par voie de parthénogénèse, ont été induits à se diviser et à se développer[1207] sont-ils des embryons humains ? L'avocat général a rendu ses conclusions le 17 juillet 2014 en estimant qu'un ovule humain non fécondé n'est pas en mesure de se développer en être humain ne peut donc pas être considéré comme un embryon humain[1208]. Si la Cour suit ces conclusions, une technologie produisant des cellules souches pluripotentes à partir de ces ovocytes non fécondés serait donc brevetable. Cette lecture est conforme à la définition de l'embryon telle qu'elle a été donnée par la CJUE dans son arrêt Brustle.

559. La dignité manifeste également sa fonction protectrice de l'humain à travers l'interdit de la déshumanisation.

[1204] Dir. n° 98/44/CE article 5§1: « Le corps humain, aux différents stades de sa constitution et de son développement, ainsi que la simple découverte d'un de ses éléments, y compris la séquence ou la séquence partielle d'un gène, ne peuvent constituer des inventions brevetables ».
[1205] CJUE, gr. ch., 18 oct. 2011, aff. C-34/10, *op. cit.*
[1206] Cf *infra* p. 343.
[1207] Ces ovocytes contiennent uniquement l'ADN maternel.
[1208] CJUE, 17 juillet 2014, *aff. C-364/13, International Stem Cell Corporation C/Comptroller général of atents, Gaz. Pal,* 6 novembre 2014, n° 310 p. 13, obs. L. Marino.

B) L'interdit de la déshumanisation

560. Le respect de la dignité de la personne humaine suppose de ne pas la traiter comme une chose, et de ne pas la placer en dehors de l'humanité. Le rejet de l'inhumain est donc sanctionné sur le fondement des atteintes à la dignité (1) caractérisé par des comportements dégradants, humiliants ou asservissants (2).

1) La protection de la dignité par le rejet de l'inhumain

561. La dignité est atteinte quand est remise en cause l'idée d'appartenance à la communauté humaine. Cette atteinte peut se faire de manière individuelle ou collective. Il y a donc, dans la dignité, comme dans la notion de personne humaine, l'idée de communauté et de singularité. C'est pourquoi la dignité paraît être le fondement des crimes contre l'humanité. En effet, comme le relève à juste titre Madame le Professeur Mireille Delmas-Marty : « le crime contre l'humanité commencerait là ou la singularité de chaque être et son égale appartenance seraient déniées »[1209]. Davantage que le fondement des crimes contre l'humanité, la dignité est le dénominateur commun d'une pluralité d'infractions qui mettent en cause l'humain. Ainsi, la torture, l'esclavage, les actes de barbarie, les traitements inhumains et dégradants ont comme point d'ancrage commun l'atteinte à la dignité. Le Code pénal a incriminé le génocide comme manifestation la plus radicale de l'inhumain en ce qu'elle vise l'extermination organisée d'un groupe humain[1210] tout comme les actes décrits à l'article 212-1 du Code pénal[1211]. Ces crimes ont en commun, sinon la même intention au moins le même résultat à savoir la négation de la

[1209] M. Delmas-Marty, « Le crime contre l'humanité, les droits de l'homme et l'irréductible humain » *RSC*, 1994 p. 484.
[1210] C. Sevely, « Réflexion sur l'inhumain et le droit », *RSC* 2005, p. 483.
[1211] Article 212-1 C. pén. « L'atteinte volontaire à la vie ; l'extermination ;la réduction en esclavage ; la déportation ou le transfert forcé de population ; l'emprisonnement ou toute autre forme de privation grave de liberté physique en violation des dispositions fondamentales du droit international ; la torture ; le viol, la prostitution forcée, la grossesse forcée, la stérilisation forcée ou toute autre forme de violence sexuelle de gravité comparable ; la persécution de tout groupe ou de toute collectivité identifiable pour des motifs d'ordre politique, racial, national, ethnique, culturel, religieux ou sexiste ou en fonction d'autres critères universellement reconnus comme inadmissibles en droit international ; la disparition forcée ; les actes de ségrégation commis dans le cadre d'un régime institutionnalisé d'oppression systématique et de domination d'un groupe racial sur tout autre groupe racial ou tous autres groupes raciaux et dans l'intention de maintenir ce régime , lorsqu'ils ont été inspirés par des motifs religieux, politiques, philosophiques ou raciaux et organisés en exécution d'un plan concerté ».

personne humaine. La sanction des crimes contre l'humanité se distingue des autres interdits en ce qu'elle vise à réprimer l'extrême gravité ou cruauté des actes visés et sanctionnent l'inhumain comme « l'occultation de l'humanité comme valeur collective fondamentale, commune à tous les hommes »[1212].

562. De ce fait, la dignité protège bien plus que la vie de la personne humaine, elle protège ce rapport d'appartenance entre l'individu et la communauté humaine, l'humanité de la personne humaine. L'inhumain renvoie à la notion métaphysique contenue dans la notion de personne humaine qui est « (…) à la fois, l'homme pris dans sa singularité ou sa différence, et autres choses que lui, l'humanité qui le dépasse, l'atteinte peut prendre deux formes individuelles et/ou collectives »[1213]. La dignité est donc l'outil qui sert à la transmission du message contenu dans la notion juridique de personne humaine. La dignité sanctionne la négation de l'humain sous toutes ses formes : individuelle ou collective. Si l'apparition de la dignité et de la personne humaine en droit positif sont concomitantes c'est parce que la vocation de la première est d'éclairer la seconde.

2) Les actes inhumains: manifestation de l'atteinte à la dignité de la personne humaine

563. Les comportements portant atteinte à la dignité peuvent se diviser en deux catégories : ceux qui ont pour objet ou résultat de transformer l'humain en chose[1214] et ceux qui visent à dégrader, humilier ou asservir l'humain. L'asservissement peut se définir comme la réduction de la personne à un état de dépendance absolue, une soumission de l'homme par la contrainte. Dès lors, l'asservissement, l'humiliation et la dégradation se définissent comme le comportement qui nie l'humain en la personne humaine. C'est à ce titre que sont sanctionnés par le Code pénal à l'article 225-14-1, le travail forcé défini comme « le fait, par violence ou menace, de contraindre une personne à effectuer un travail sans rétribution ou en échange d'une rétribution manifestement sans rapport avec l'importance du travail accompli », ou la réduction en servitude définie comme « le fait de faire subir, de manière habituelle

[1212] C. Sevely, *op. cit.*
[1213] C. Sevely, *op. cit.*
[1214] Cf. *supra* p. 316-323.

l'infraction de travail forcé à une personne dont la particulière vulnérabilité ou l'état de dépendance sont apparents ou connus de l'auteur des faits » par l'article 225-14-2 du Code pénal[1215] ou encore les conditions d'hébergement contraires à la dignité de la personne[1216]. Les discriminations sont sanctionnées comme procédant d'une forme de dégradation de la représentation même de l'homme[1217].

564. Ces infractions contenues au chapitre V du livre II reflètent l'idée d'une soumission et d'une dégradation de l'humain qui sont sanctionnées au nom de la dignité humaine. Monsieur le Professeur Patrick Mistretta a ainsi pu élaborer une définition minimale de la dignité humaine en considérant que la notion implique de respecter l'homme en tant que tel et interdit donc tous les comportements qui peuvent dégrader la personne et l'humilier[1218].

565. C'est d'ailleurs cette approche que l'on retrouve en filigrane de la protection pénale du cadavre de l'article 225-17 du Code pénal. C'est bien sur le fondement de l'idée que quelque chose est dû à cet être humain qui ne vit plus, parce qu'il est humain et qu'on ne peut le traiter comme un objet. La protection pénale du cadavre traduit le fait que l'on protège la dignité de cette personne humaine sur le simple fondement de son humanité qui demeure malgré l'absence de vie.

566. C'est aussi au nom de la dignité que les traitements inhumains ou dégradants[1219]sont sanctionnés. Le traitement inhumain est celui qui provoque volontairement des souffrances physiques ou mentales sans toutefois atteindre l'intensité de la torture[1220]. Le traitement dégradant est celui qui « humilie l'individu grossièrement devant autrui ou le pousse à agir contre sa volonté ou sa conscience

[1215] Ces deux infractions sont sanctionnées respectivement de 7 ans d'emprisonnement et 200 000 euros d'amende et de 10 ans et 300 000 euros d'amende.
[1216] Art. 225-13 et s. C. pén.
[1217] Ce sont les articles 225-1 à 225-4 C. pén. La dégradation de la représentation de la personne humaine est également le fondement de l'article 225-4-10 qui réprime la dissimulation forcée du visage.
[1218] P. Mistretta, « La protection de la dignité de la personne et les vicissitudes du droit pénal », *JCP G,* n° 1, 2005, I, 100.
[1219] Le Pacte international relatif aux droits civils et politiques prohibe en son article 7 la torture, les peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, et affirme dans son préambule que ces droits découlent de la dignité inhérente à la personne humaine ». L'article 3 de la CEDH ainsi que sa jurisprudence interdisent les traitements inhumains et dégradants sur ce même fondement.
[1220] En ce sens voir G. Lebreton, *Liberté publiques et droits de l'homme,* Armand Collin 1995, p. 246. CEDH, 18 janvier 1978, Irlande C/ Royaume Uni, cité in *RSC* 1987, p. 663.

»[1221]. Ainsi, le Code pénal réprime le bizutage car c'est « le fait pour une personne d'amener autrui, contre son gré ou non, à subir ou à commettre des actes humiliants ou dégradants lors de manifestations ou de réunions liées au milieu scolaire et socio-éducatif »[1222].

567. Les tortures et actes de barbarie incriminées à l'article 222-1 du Code pénal ne font donc pas parties du chapitre V du Code pénal relatif à la dignité de la personne humaine. Pourtant, l'analyse de cette incrimination nous permet de penser qu'elle devrait relever de ce chapitre qui concerne les atteintes à la dignité humaine. L'élément matériel de cette infraction consiste en la commission d'un ou de plusieurs actes d'une gravité exceptionnelle qui dépassent de simples violences et occasionnent à la victime une douleur et une souffrance aigüe. Ces infractions se distinguent « des violences classiques » ainsi que le révèlent les arrêts de Cours d'assises[1223][1224][1225] qui permettent de constater que la matérialité de l'infraction conduit à la distinguer des actes des violences traditionnelles. Les actes en question reflètent une gravité certaine mesurée à l'aune de la cruauté de l'acte[1226].

568. L'élément intentionnel de cette infraction consiste en la volonté de nier dans la victime sa dignité humaine[1227]. En effet, à plusieurs reprises la chambre criminelle a retenu que « les sévices décrits avaient causé à la victime de vives souffrances, (…) et constituaient une négation de la dignité de la personne humaine »[1228] ou encore qu'ils « portaient atteinte à sa dignité humaine »[1229], qu'ils étaient révélateurs d' « un comportement empreint de perversité visant à porter atteinte à la dignité et à

[1221] CEDH, 25 avril 1978, *Jurisprudence de la CEDH,* Dalloz, 4ème éd., 1994 n° 71.
[1222] Article 225-16-1 C. pén.
[1223] C. assises Bas-Rhin, 27 janvier 2006, Affaire dite du petit Nicolas: Le Monde, 28 janv. 2006.
[1224] C. assises Bas-Rhin, 31 mars 2006, Beugnot, affaire dite Dylan: Le Monde, 1er avril 2006. Le beau-père et la mère d'un enfant de quatre ans l'avait ligotée toute une nuit sur une chaise devant une fenêtre ouverte. Ce dernier avai été retrouvé portant sur le corps des traces de coups nombreux et violents ainsi que de brûlures de cigarettes et dans la bouche, des excréments.
[1225] C. assises Val-de-Marne, 8 avril. 2006, Affaire dite Sohane : Le Monde, 9-10 avril 2006. Dans cette affaire un jeune homme a été condamné pour tortures et actes de barbarie et un autre pour complicité de ce crime pour avoir brûlé vive une jeune fille préalablement aspergée d'essence
[1226] Henri Angevin « L'imagination que l'homme est capable de déployer pour tourmenter son semblable est telle qu'il serait vain de tenter de dresser un inventaire exhaustif des traitements que l'on pourrait qualifier de tortures ». *JCL pén.* fasc 20.
[1227] CA Lyon, 19 janv. 1996: JurisData n° 1996-600402 ; *D.*1996, p.258, note F.-L.Coste.
[1228] Cass. crim., 6 avril 2004, n° 04-80.580, inédit, où un homme avait imposé à son épouse, préalablement ligotée, des actes sexuels non consentis, avec introduction de corps étrangers, et uriné dans sa bouche
[1229] Cass. crim., 16 novembre 2004, JurisData n° 2004-025789; Bull. crim. 2004, n° 286.

l'intégrité physique de l'enfant »[1230], « manifestaient la volonté de nier dans la victime la dignité de la personne humaine »[1231]. L'infraction se distingue particulièrement des violences classiques en ce qu'elle a pour conséquences de nier l'existence de la personne humaine. Pour cette raison, il est contestable d'avoir consacré ces atteintes à la dignité de l'humain au sein du chapitre intitulé « Des atteintes à l'intégrité physique ou psychique de la personne » car cela ne rend pas compte de « la spécificité criminelle et criminologique de ces actes »[1232]. C'est une présentation de la dignité qui est trop réductrice[1233], un seul chapitre ne peut contenir toutes infractions qui ont pour objet la négation de la personne humaine[1234]. Il serait préférable de rappeler en amont des crimes contre l'humanité, forme la plus élaborée des atteintes à la dignité, une définition minimale de la valeur protégée à savoir l'humanité de la personne humaine.

569. Conclusion chapitre second Ainsi qu'a pu le faire remarquer Madame le Professeur Murielle Fabre-Magnan : « le principe de dignité marque l'unité du genre humain. A travers chaque personne, c'est l'humanité qui peut être atteinte et donc tous les autres. L'émergence du principe de dignité est ainsi le signe qu'il y a quelque chose qui dépasse (transcende) les volontés individuelles. Plus encore que le collectif c'est le genre humain en général auquel le principe de dignité marque l'appartenance. L'apparition de ce concept est ainsi allée de pair avec l'émergence de la reconnaissance juridique de l'humanité ou de l'espèce humaine, que l'on a vu apparaître dans le Code civil, et également dans le Code pénal »[1235].

570. La dignité de la personne humaine permet à la fois d'être un outil de sa protection et un révélateur. En effet, la personne humaine est la traduction juridique

---

[1230] Cass. crim., 11 janvier. 2005, JurisData n° 2005-273446, *AJP*, 2005, p. 242, obs. M. Redon.
[1231] Cass. crim., 10 janvier. 2006, inédit, n° 05-86.216 où la victime dénudée et ligotée à un arbre avait été frappée à plusieurs reprises avec une extrême violence provoquant sa mort.
[1232] R. Koering-Joulin, « La dignité de la personne humaine en droit pénal », *in* M.-L. Pavia et Th. Revet, *op. cit.* p. 67.
[1233] Cf. *supra*. p. 320.
[1234] P. Mistretta, *op. cit.* L'auteur regrette également que les dispositions relatives au harcèlement sexuel et moral ne soient pas rattachées directement à la protection de la dignité. De même que le délit d'expérimentation sur la personne sans son consentement de l'article 223-8 du Code pénal. L'auteur propose alors de prévoir un délit général d'atteinte à la dignité de la personne humaine, inséré en tête du dispositif sanctionnateur actuel, qui permettrait ainsi de sanctionner tous les comportements non spécialement visés par les textes précités sous réserve de respecter les exigences du principe de légalité.
[1235] M. Fabre-Magnan, « Le sadisme n'est pas un droit de l'homme », osb. ss CEDH 1ère section, 7 février 2005, aff 42758/99 et 4558/99 *K. A. et A. D. c/ Belgique*, *D.* 2005 p. 2973 et s.

de l'idée valorisée de l'être humain. C'est pour permettre cette valorisation et l'effectivité juridique de celle-ci que la dignité a été intégrée juridiquement. La personne humaine renvoie à la fois à l'homme biologique, et à ce rapport entre l'homme et la communauté humaine. Les atteintes à la dignité de la personne humaine manifestent la remise en cause soit de l'individu, homme biologique soit de ce rapport de l'individu avec la communauté humaine. Ainsi, l'identification des contours de la personne humaine, nous a permis de la distinguer fondamentalement de la personne juridique. Les chemins de la personne juridique et de la personne humaine divergent. Ils n'ont pas le même objectif. On peut donc affirmer que les êtres humains sont égaux en dignité et refuser l'accès à la personnalité juridique à certains, car les deux ne sont pas liés. La personne humaine implique la dignité mais la dignité n'implique pas l'attribution de la personnalité juridique[1236]. Par conséquent, si la notion de personne humaine se fonde sur ce double constat d'appartenance biologique à l'espèce humaine et de rapport à l'humanité, l'enfant à naître est nécessairement une personne humaine dont la dignité doit être respectée.

571. Conclusion du titre premier: La notion de personne humaine est apparue comme une alternative nécessaire à la dichotomie existant entre la personne et la chose. En effet, la situation pénale de l'enfant à naître, son absence de statut juridique, et les propositions de renouvellement de la dichotomie personne/ chose sont autant de manifestations d'un besoin, celui de renouvellement de notre système de catégorie juridique. En effet, l'humain précède et dépasse le droit. Or, la personne juridique et la chose ne permettent pas de rendre compte de la valeur même de l'humain. Nous considérons que le droit, doit rendre compte de cet humain pris en tant que tel, en tant qu'être de chair et de sang. Madame le Professeur Françoise Dekewer Defossez s'interrogeait sur le bien fondé de la dissociation de la personne humaine et du sujet de droit qui pourrait être une manière commode de refuser de traiter comme un alter égo les êtres qui dérangent[1237]. Or, attribuer la personnalité juridique à l'enfant conçu ferait de lui éventuellement l'alter égo de la personne morale. L'attribution de la personnalité juridique n'est en rien une reconnaissance de sa valeur humaine.

[1236] Sur la position contraire, voir notamment P.-J. Delage, *op. cit*. p. 183.
[1237] *Ibid.*

572. L'objet de la personne juridique n'est pas la protection de l'être humain tel qu'en lui-même. La personnalité juridique s'adresse à l'être juridique, c'est en ce sens qu'elle est un outil de la technique juridique. D'ailleurs, l'attribution de la personnalité juridique à l'être avant la naissance ne présenterait pas d'utilité. Les bornes de la personnalité juridique[1238] sont donc justifiées conformément à son objet. En revanche, les bornes de la personnalité humaine dépassent celle de la personnalité juridique pour mieux embrasser la réalité de l'humain. En effet, la personne humaine, notion d'origine philosophique, a été principalement révélée par le droit pénal à travers les crimes contre l'humanité ou contre l'espèce humaine. Ces incriminations ont permis de constater qu'entre la naissance et la mort, bornes naturelles de la personnalité juridique, existait l'humain qui méritait une protection juridique. La notion de personne humaine permet de dépasser les bornes de la personnalité juridique que sont la naissance et la mort, et de proposer une configuration nouvelle du système juridique rendue nécessaire par le développement des techniques liées à l'évolution de la science.

573. Tout comme nous avons pu considérer que la personne juridique était protégée par les droits de la personnalité, la notion de dignité est à la fois un outil révélant la notion de personne humaine et un instrument de sa protection. Ce qui fonde la dignité de la personne c'est qu'elle est intrinsèquement humaine. La personne trouve sa dignité en ce qu'elle est, un être humain représentant la famille humaine[1239]. Lorsque l'article 16 du Code civil dispose 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 », le législateur a semblé faire une distinction entre la personne à qui on devrait la protection de la dignité et l'humain à qui on devrait simplement le respect. En réalité, en 1994, le législateur a pris conscience de la nécessité de protéger l'humain en tant que tel, à coté de la personne (sous entendue juridique), c'est donc maladroitement qu'il a juxtaposé les assertions.

574. . Le droit pénal a traduit l'impératif de protection de la personne humaine à travers les crimes contre l'humanité, et les atteintes à la personne des articles 221-1 à

[1238] Voir en ce sens J. Hauser, « Les bornes de la personnalité juridique en droit civil », *Dr. fam*. 2012, n° 9 dossier 4.
[1239] M. Douchy-Oudot, « La dignité de la personne en tant qu'être humain », *Lamy droit civil*, 2010 n° 72.

227-33 du Code pénal. Le droit pénal protège la dignité de la personne humaine en vertu de l'idée selon laquelle « nuire à la dignité de la personne, c'est attenter à son humanité »[1240] L'apport de l'identification de la notion de personne humaine n'est pas simplement théorique puisqu'elle va nous permettre d'organiser la protection pénale de l'être avant la naissance (et donc de fonder celle de l'être humain après sa mort). Ainsi, le titre suivant sera en mesure de proposer une protection pénale de l'être avant la naissance à l'aide des notions juridiques de personne humaine et de dignité.

[1240] S. Tzistzis, « Politique internationale: la personne et le droit humanitaire », S. Tzitzis, J-H. Robert, ss dir, *La personne juridique dans la philosophie du droit pénal, op. cit. p. 65.*

Titre second: L’organisation de la protection pénale de l’être humain avant la naissance

576. Par le biais de l'article 1er de la loi du 7 juillet 2011 « est autorisée la ratification de la convention du Conseil de l'Europe pour la protection des droits de l'homme et de la dignité de l'être humain à l'égard des applications de la biologie et de la médecine : Convention sur les droits de l'homme et la biomédecine, signée à Oviedo le 4 avril 1997 »[1241]. La ratification de la Convention permet de donner aux principes qui sous-tendent le droit positif une valeur supranationale. Parmi ces valeurs, elle exige notamment la protection de « l'être humain dans sa dignité et son identité » et garantit « à toute personne, sans discrimination, le respect de son intégrité et de ses autres droits et libertés fondamentales à l'égard des applications de la biologie et de la médecine ». Aux termes de son préambule, est rappelée la nécessité de « respecter l'être humain à la fois comme individu et dans son appartenance à l'espèce humaine» et de garantir sa dignité face aux progrès de la biologie et de la médecine. Dès lors on peut faire le constat suivant : la Convention a jugé nécessaire de préciser que l'être humain a une dignité protégée, et que la personne est protégée dans son intégrité[1242]. Cela conforte l'idée qu'il existe bien une distinction entre la personne et l'être humain. Dans notre droit, cette distinction prend la forme d'une distinction entre la personne juridique et la personne humaine. La notion de personne humaine est la projection de l'être humain sur la scène juridique. La seconde idée contenue dans la Convention est que la dignité appartient à l'être humain bien plus qu'à la notion juridique de personne. C'est donc conformément à ces valeurs que le droit français a affirmé la dignité de l'être avant la naissance. Cette dignité permettant à l'enfant à naître de voir son droit à la vie protégé non pas comme la reconnaissance d'un droit de naître mais comme la garantie effective de sa dignité (chapitre premier). La reconnaissance de la dignité de l'être avant la naissance ne s'oppose pas à ce que le législateur organise des atteintes à sa vie. Pour expliquer comment le droit pénal peut articuler la protection de la dignité de la personne humaine et les atteintes à sa vie, le chapitre second proposera une grille d'analyse fondée sur le mécanisme des faits justificatifs.

[1241] La convention d'Oviedo était entrée en vigueur le 1er décembre 1999. La ratification de la Convention par la France a été faite par la loi n° 2011-814 du 7 juillet 2011 à la suite d'un amendement déposé à l'initiative du rapporteur de la commission des affaires sociales du Sénat. Ratifiée par le ministre chargé des affaires européennes le 13 décembre 2011, elle a été publiée au Journal officiel en vertu du décret n° 2012-855 du 5 juillet 2012.

[1242] J .-R. Binet, « Ratification de la Convention d'Oviedo, la fin d'une longue attente » *JCP 2012*, aperçu rapide n° 3; A. Mirkovic, « La ratification (enfin) de la Convention d'Oviedo sur les droits de l'homme et la biomédecine», *D.* 2012. 110.

Chapitre premier : La protection de la vie de l'être avant la naissance, conséquence de sa personnalité humaine

578. La vie de l'être humain préexiste à la naissance puisqu'elle débute à la fécondation. La biologie tient cela pour acquis depuis des siècles maintenant[1243]. Or, nous avons pu constater que la jurisprudence criminelle[1244] a opéré une sorte de scission entre la notion de vie humaine et la naissance de la personne juridique conduisant à ne faire produire au constat de la vie humaine aucune conséquence juridique sur le terrain de la protection pénale. La notion de personne humaine telle que nous l'avons analysée rend nécessaire de protéger l'humain avant la naissance. En effet, ce dernier doit être protégé tant en vertu de son individualité que dans son appartenance à la communauté humaine. A plusieurs reprises, la dignité de l'être avant la naissance a été affirmée. En effet, que ce soient l'embryon *in vitro* ou l'embryon *in utero*, ils semblent tous deux être titulaires d'une égale dignité. Au même titre que l'être humain après sa mort bénéficie d'une dignité qui est le fondement de sa protection pénale. Dès lors, l'affirmation par la jurisprudence et le législateur de la titularité de la dignité à ces êtres, confirme notre intuition : ce sont des personnes humaines. Ainsi, c'est par l'attribution de la dignité à l'être avant la naissance et après la mort que nous avons pu constater que ces êtres étaient nécessairement des personnes humaines. En effet, à partir du moment où l'on reconnait la personnalité humaine, la dignité est impliquée et *vice versa*. (Section première).

579. Ce constat de la dignité de l'être humain avant la naissance doit produire des conséquences sur le terrain pénal. La dignité protège la personne humaine et implique la protection de la vie. En effet, si la personnalité juridique permet à l'être juridique de se déployer sur la scène juridique, le droit à la vie permet à la notion de personne humaine de prendre tout son sens. Ainsi la dignité implique une protection de la vie de l'être humain dont il convient d'en expliquer les contours (Section seconde).

[1243] La formation progressive de l'être humain a commencé à être envisagée au cours la deuxième moitié du 18ème siècle. Voir sur ce point les développements d'A. Pichot, *Histoire de la notion de vie*, Gallimard, 1993, p. 424-442.
[1244] Cf. première partie titre premier chapitre second.

Section I : La présence de la dignité aux antipodes de la vie au nom de la personnalité humaine

581. Les problématiques de l'être humain avant la naissance comme après sa mort sont liées. En effet, le corps humain préexiste à la naissance et subsiste à la mort[1245]. Dans les deux cas, on est face à un corps humain qui n'abrite pas de personnalité juridique mais qui est la manifestation de la personne humaine. Nous avons pu identifier les raisons qui ont conduit le législateur à organiser la protection du corps humain sans vie plus facilement qu'il ne l'a fait pour le corps en vie avant la naissance[1246]. Néanmoins, il ressort de l'analyse des régimes juridiques de l'être avant la naissance et de l'être après la mort l'affirmation de leur dignité. L'attribution d'une dignité de l'humain non-vivant (§1) justifie une égale attribution à l'humain vivant avant la naissance (§2), puisqu'ils ont en commun la personnalité humaine.

§1) La reconnaissance de la dignité de l'humain vivant avant la naissance

582. La reconnaissance de la dignité de l'embryon *in utero* a largement précédé celle de l'embryon *in vitro*. En effet, dès 1975 lors de la loi IVG[1247], l'affirmation de la dignité de l'embryon *in utero* est contenue en germe dans la décision du 15 janvier 1975 du Conseil constitutionnel[1248]. Le principe de dignité humaine n'étant cependant pas parfaitement intégré à la sphère juridique, il est passé inaperçu. En revanche, à l'occasion de la décision IVG n° 2001-446 DC du 27 juin 2001, le Conseil constitutionnel n'a pas hésité à affirmer de manière explicite la protection de l'embryon *in utero* en raison de sa dignité (A). En revanche, concernant l'embryon *in vitro,* l'affirmation de sa dignité a été plus lente et plus timide puisque le Conseil constitutionnel avait dans un premier temps fait des embryons *in vitro* une sous catégorie d'humain[1249]. A l'instar de la jurisprudence européenne, il a fini par reconnaître la protection de l'embryon *in vitro* au titre de la dignité (B).

[1245] Avant de se transformer en cendres. Les cendres ont également fait l'objet d'une consécration juridique.
[1246] Cf s*upra* p. 217 à 227.
[1247] *Op. cit.*
[1248] Cons. constit. DC n° 75-54, 15 janvier 1975, *op. cit.*
[1249] Cf. *supra* p. 178.

A) L'embryon *in utero* titulaire de la dignité humaine

583. C'est à l'occasion de la loi du 4 juillet 2001[1250] allongeant le délai d'IVG de 10 à 12 semaines que le Conseil constitutionnel a affirmé la dignité de l'embryon *in utero*[1251]. Saisi pour contrôler la conformité de la loi allongeant le recours à l'IVG durant les 12 premières semaines de grossesse, le Conseil constitutionnel a déclaré que « la loi n'a pas, en l'état des connaissances et des techniques, rompu l'équilibre que le respect de la Constitution impose entre, d'une part, la sauvegarde de la dignité de la personne humaine contre toute forme de dégradation et, d'autre part, la liberté de la femme qui découle de l'article 2 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen ». S'il est vrai que cette position reste dans la droite ligne de la décision de 1975, Monsieur le Professeur Bertrand Mathieu a néanmoins constaté une certaine évolution dans « l'égale promotion des droits de l'embryon et de la mère »[1252]. En effet, le Conseil constitutionnel a affirmé clairement que l'embryon était titulaire d'une dignité qu'il détenait au nom de sa qualité de personne humaine. Cette affirmation était déjà contenue dans la décision de 1975 puisque le Conseil constitutionnel y avait caractérisé l'IVG comme une atteinte au principe du respect de l'être humain dès le commencement de sa vie. En revanche l'affirmation était plus implicite car cette décision reconnaissait l'embryon comme un être humain. Ce n'est que quelques années plus tard, qu'il a fait du respect de l'être humain dès le commencement de sa vie une des garanties du respect du principe de dignité de la personne humaine[1253]. Ainsi, l'affirmation de la dignité de l'embryon *in utero* n'est pas nouvelle et jusqu'à la décision du 27 juin 2001 pouvait se déduire à lecture combinée des décisions de 1975 et 1994. A partir de cette décision, l'affirmation est sans ambiguïté, la législation relative à l'IVG maintient un équilibre entre la liberté

[1250] Loi n° 2001-588 du 4 juillet 2001 relative à l'interruption volontaire de grossesse et à la contraception. L'objet de cette loi était notamment la prolongation du délai d'IVG en cas de détresse de la femme, la modification des règles relatives à l'entretien préalable à la pratique de l'IVG; la possibilité de déroger à l'autorisation parentale en ce qui concerne le recours à l'IVG par les mineurs; la suppression des dispositions pénales sanctionnant l'incitation à la pratique de l'interruption de grossesse; la suppression de la clause de conscience accordée au chef de service d'un hôpital public, la suppression dans l'intitulé du chapitre du code de la santé publique de la référence au motif de l'interruption de grossesse liée à l'état de détresse; abrogation dans le Code pénal de certains articles liés à l'avortement illicite et inscription dans le Code pénal des dispositions relatives au délit d'entrave à l'IVG.

[1251] Conseil constitutionnel, 27 juin 2001 DC n° 2001-446 *op. cit.*

[1252] B. Mathieu, « Une jurisprudence selon Ponce Pilate», *D.* 2001, p. 2533.

[1253] *Ibid.*

procréative de la femme et la dignité de la personne humaine qu'est l'embryon *in utero*.

584. Par cette décision, le Conseil constitutionnel a permis de révéler le lien existant entre la notion d'être humain et de personne humaine. En effet, comme le rappelle à juste titre Madame le Professeur Mélina Douchy-Oudot, la dignité de la personne n'a de sens que par le concept même qu'elle promeut, l'humain[1254]. Dès lors, la simple présence de l'être humain permet de produire des effets juridiques qui passent par le prisme de la qualification de personne humaine et donc de l'attribution d'une dignité humaine. L'embryon *in utero* est une personne humaine qui mérite la protection de sa dignité.

585. Lorsque Monsieur le Professeur Emmanuel Dreyer conteste la protection de l'embryon sur le fondement de la dignité c'est parce qu'il lui refuse la qualité de personne: « Il apparaît contestable que l'on puisse justifier cette protection par la dignité de quelque chose qui n'est pas encore une personne. Puisque ce qui fait l'homme, c'est l'intelligence et la volonté, on ne peut admettre que l'embryon puisse avoir lui aussi une dignité. Il est précisément dépourvu des deux caractères qui feront peut-être de lui, plus tard, un être digne (…) ce statut ne peut être fondé sur la dignité humaine, sauf à confondre chose et personne, en remettant en cause les bases mêmes de notre civilisation »[1255]. Ce raisonnement se fonde alors sur le fait que la personne digne de protection serait nécessairement un être intelligent et capable d'exprimer sa volonté. Or, la dignité, nous l'avons vu, se fonde sur l'humanité seul critère nécessaire à l'octroi de la qualité de personne humaine. L'embryon *in utero* est un être humain membre de la communauté humaine, et à ce titre, il doit être qualifié de personne humaine.

586. L'attribution de la dignité à l'embryon *in vitro* a été beaucoup moins évidente pour le Conseil constitutionnel dans la mesure où il avait affirmé dans sa décision du 27 juillet 1994[1256] que le principe du respect de la vie de l'être humain dès le commencement de sa vie ne s'appliquait pas à l'embryon *in vitro*[1257].

[1254] M. Douchy-Oudot, « La dignité de la personne en tant qu'être humain » , *op cit*.
[1255] E. Dreyer, La dignité opposée à la personne, *op. cit*.
[1256] Cons. Const., 27 juillet 1994, n°94-343 DC, *op. cit*.
[1257] Cf. s*upra*. p. 178.

B) L'embryon *in vitro* titulaire de la dignité humaine

587. Le Conseil constitutionnel, dans sa décision du 27 juillet 1994[1258], a considéré qu'il existait une distinction entre les embryons *in vitro* et les embryons *in utero*. Les derniers bénéficiant de la protection de l'article 16 du Code civil contrairement aux autres. Or, en raison de l'absence de distinction ontologique entre les deux modes de conception dont sont issus les embryons, cette décision n'était pas justifiée. A l'échelon européen, la dignité de l'embryon humain a été affirmée sans distinction de leur mode de conception[1259]. C'est ainsi qu'à l'occasion de la dernière modification de la loi du 7 juillet 2011, le Conseil constitutionnel a rectifié sa position affirmant à l'embryon *in vitro*, la protection de sa dignité humaine (1). Il s'est alors inscrit dans la même ligne jurisprudentielle que la CJUE (2).

1) La reconnaissance de la dignité de l'embryon *in vitro* selon la CJUE

588. La dignité humaine est un principe général de droit communautaire qui s'affirme à travers l'article premier de la charte des droits fondamentaux : « la dignité humaine est inviolable. Elle doit être respectée et protégée »[1260] et à travers la jurisprudence de la CJUE[1261]. Dans l'arrêt « Brüstle » rendu le 18 octobre 2011, la CJUE s'est prononcée sur le principe de dignité dans le cadre des inventions biotechnologiques[1262]. En effet, la Cour de justice a adopté une définition de l'embryon humain relative à la directive européenne 98/44 CE qui place le corps humain hors du commerce aux différents stades de sa constitution et de son développement. Il ressort de cette directive, que l'exploitation de la matière biologique d'origine humaine doit s'exercer dans le respect des droits fondamentaux

---

[1258] *Ibid.*

[1259] Recomm. Ass. Parl. n° 1406 5 1986, 24 sept. 1986 ; Recomm. Ass. Parl. n° 110, 2 fév. 1989. Le rapport explicatif établi lors de l'élaboration de la Convention européenne sur les droits de l'homme et la biomédecine a souligné les conditions de protection de l'embryon et notamment que la recherche devait être encadrée en raison du principe de dignité humaine attribué dès le commencement de la vie.

[1260] La Charte des droits fondamentaux fait partie du droit primaire : A expliquer. En effet, l'article 6.1 du Traité U.E. affirme que : « L'union reconnaît les droits, les libertés et les principes énoncés dans la charte des droits fondamentaux(…) laquelle a la même valeur juridique que les traités ».

[1261] La Cour s'est déjà prononcée sur la dignité humaine par exemple dans le cadre des relations professionnelles CJCE 30 avril 1996, aff. C. 13/94.

[1262] Cf. s*upra* p. 316 et s.

et de la dignité humaine[1263]. Dès lors, la CJUE a considéré que : « constituent un embryon humain tout ovule humain dès le stade de la fécondation, tout ovule humain non fécondé dans lequel le noyau d'une cellule humaine mature a été implanté et tout ovule humain non fécondé qui, par voie de parthénogenèse, a été induit à se diviser et à se développer ». On retrouve dans cette décision l'influence de la Recommandation 1046 adoptée le 14 septembre 1986 par l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe « dès la fécondation de l'ovule, la vie humaine se développe de manière continue, si bien que l'on ne peut faire de distinction au cours des premières phases de son développement ». Cette interprétation large de la notion d'embryon humain, en lien avec la directive et ses finalités, « révèlent que le législateur de l'Union a entendu exclure toute possibilité de brevetabilité car le respect dû à la dignité humaine pourrait en être affecté »[1264].

589. Cette décision témoigne de la reconnaissance de la dignité dont est titulaire l'embryon humain en général et l'embryon *in vitro* en particulier. En effet, comme ont pu le constater Messieurs les Professeurs Brice de Malherbe et Jean-Christophe de Galloux, cette décision a marqué « la préférence de la notion de dignité du corps embryonnaire sur des considérations utilitaristes telles que les intérêts industriels et commerciaux »[1265]. L'interdiction de breveter les inventions qui impliquent une utilisation industrielle ou commerciale des embryons est fondée sur l'exigence de respect de la dignité humaine[1266] qui doit primer sur le droit des brevets. Selon la Cour, il y a utilisation à des fins industrielles et commerciales à partir du moment où pour sa mise en œuvre, l'invention nécessite l'utilisation systématique d'embryons impliquant leur destruction[1267]. Or, par son interprétation de l'article 6 §2 c) de la directive 98/44/CE, la CJUE a donné une définition de l'embryon humain qui comprend l'être humain au stade de la fécondation, ou par le clonage de transfert de noyau ou parthénogenèse car ce sont des moments ou le processus de l'être humain est enclenché. Ce processus de développement est « continu, coordonné et graduel, depuis la fusion des gamètes jusqu'à la formation du blastocyste et au-delà. Les évènements particuliers de ce développement ne sont que l'expression, à un moment

[1263] Voir sur ce point: Directive 98/44, exposé des motifs et considérant n° 16.
[1264] B. De Malherbe et J.-.C. Galloux, « L'arrêt Brüstle : de la régulation du marché à l'expression des valeurs », *Prop. indust*. n° 9, sept. 2012, étude 15.
[1265] *Ibid.*
[1266] Cf. s*upra* p. 316 et s.
[1267] Seule l'utilisation à des fins thérapeutiques ou de diagnostics applicables et utiles à l'embryon humain peuvent faire l'objet d'un brevet.

donné, d'une succession ininterrompue d'évènements, où l'étape à venir est comme contenue dans l'étape qui la précède »[1268].

590. Dès lors, la dignité de l'embryon humain doit s'appliquer à chaque étape de ce processus sans distinction du mode de fécondation[1269]. La Cour a envisagé la protection de la dignité de l'embryon comme celle d'un corps en formation continue, excluant les distinctions qui pourraient être opérées entre les différentes phases de développement de la vie anténatale[1270]. A partir du moment où l'on admet que la même nature humaine habite et caractérise les embryons *in utero* et *in vitro,* ils doivent se voir appliquer de manière égale le principe de dignité humaine[1271]. Ce raisonnement est en totale opposition avec la position du Conseil Constitutionnel de 1994 qui avait considéré que les embryons *in vitro* ne bénéficiaient pas du principe du respect de l'être humain dès le commencement de sa vie établissant une sorte de *summa divisio* entre embryon *in utero sujets* et embryon *in vitro* exclus de la protection constitutionnelle et donc du champ d'application du principe de dignité[1272].

591. Cette définition de l'embryon est fondée sur des considérations scientifiques : « l'observation scientifique du développement embryonnaire rend illusoire toute tentative de définir un seuil d'entrée dans l'humanité au cours de ce développement » et sur des considérations éthiques: « éviter que le respect dû à la dignité humaine soit affecté par une extension trop permissive de la brevetabilité »[1273]. Ainsi, la protection de l'embryon humain est revendiquée au nom de la dignité humaine dont il bénéficie,

---

[1268] B. De Malherbe et J.-.C. Galloux, *op. cit.*

[1269] L'embryon *in vitro* est le résultat d'une assistance médicale à la procréation. Cette technique permet de recréer en laboratoire les différentes étapes de la fécondation naturelle. La fécondation *in vitro* consiste à mettre en contact dans un récipient appelé boite de pétri, *in vitro,* un ovocyte et des spermatozoïdes susceptibles de le féconder. Les gamètes : ovocytes et spermatozoïdes sont ensuite mis en *fécondation in vitro*. Une fois que s'est produite la fécondation, on laisse l'œuf se diviser *in vitro* pendant 2 à 5 jours avant de le transférer dans l'utérus de la femme où il devra s'implanter. C'est le « transfert de l'embryon ».

[1270] C'est le cas de la catégorie de préembryon visant les 14 premiers jours de la vie de l'embryon. Distinction pronée par la commission *Warnock Report of the Committee of inquiry into Human Fertilization and Embryology, London 1984* dont les conclusions sont à l'origine du rapport de la loi britannique du 1er novembre 1990. Selon ce rapport l'embryon humain ne deviendrait humain qu'à partir du 14ème jour de développement marquant la formation de la gouttière primitive. La notion de pré-embryon a été rejetée par le droit français qui a considéré que le développement de l'embryon et du fœtus formait un continuum depuis la conception. Rapp. Sénat n° 388, 30 mars 2011 p. 23.

[1271] M. Boulet, « L'embryon humain saisi par le droit de l'Union, quelle définition pour quel statut ? A propos de l'arrêt de la CJUE du 18 octobre 2011, aff. Brüstle » *RDGM* 2012, n° 42, p. 147.

[1272] DC. n° 94-343/244 du 27 juillet 1994, *op. cit.*

[1273] B. De Malherbe et J.-.C. Galloux, *op. cit.*

car ainsi qu'a pu le constater Monsieur le procureur général Yves Bot, l'embryon humain est un corps humain aux premiers stades de son développement[1274]. L'invention qui utilise des cellules souches embryonnaires implique nécessairement la destruction de l'embryon. En accordant une application industrielle à une telle invention, on admettrait une réification certaine de l'embryon humain utilisé comme un banal matériau de recherche. Le principe de dignité s'applique donc à l'ovule humain fécondé, tout ovule humain non fécondé mais, qui par l'effet de la technique utilisée pour l'obtenir est de nature à déclencher le processus de développement humain. La CJUE a été saisie de la question préjudicielle consistant à savoir si les parthénotes, qui sont des ovules humains non fécondés, entraient dans la définition de l'embryon humain. Dans ses conclusion rendues le 17 juillet 2014, l'avocat général a estimé qu'un ovule humain activé sans fécondation et qui n'est pas en mesure de se développer en être humain, ne peut donc pas être considéré comme un embryon humain[1275]. Ces conclusions sont conformes à celles de l'avocat général dans l'affaire Brustle qui relevait que: « Prises individuellement, les cellules souches embryonnaires pluripotentes, parce qu'elles n'ont pas, à elles seules, la capacité de se développer en un être humain, ne relèvent pas de cette notion ». Dès lors, le critère pour parler d'embryon humain et lui appliquer le principe de dignité humaine semble être la capacité de l'ovule humain à se développer. Tout ovule capable de se développer en être humain suite à une manipulation génétique est un embryon humain qui est titulaire de la dignité.

592. L'arrêt *Brüstle* a permis à la CJUE de poser le principe de protection de l'embryon car on est en présence d'un corps humain vivant qui manifeste la présence de l'être humain. En effet, « si la directive peut appliquer le principe de la dignité

[1274] Conclusion de l'avocat général Yves Bot, présentée le 10 mars 2011 : « la notion d'embryon humain s'applique dès le stade de la fécondation aux cellules totipotentes initiales et à l'ensemble du processus de développement et de constitution du corps humain qui en découle. Il en est ainsi, notamment, du blastocyste. Les ovules non fécondés, auxquels a été implanté le noyau d'une cellule humaine mature ou qui ont été induits à se diviser et à se développer par parthénogenèse, relèvent également de la notion d'embryon humain dans la mesure où l'utilisation de ces techniques aboutirait à l'obtention de cellules totipotentes. Prises individuellement, les cellules souches embryonnaires pluripotentes, parce qu'elles n'ont pas, à elles seules, la capacité de se développer en un être humain, ne relèvent pas de cette notion. Une invention doit être exclue de la brevetabilité lorsque la mise en œuvre du procédé technique soumis au brevet requiert, au préalable, soit la destruction d'embryons humains, soit leur utilisation comme matériau de départ, même si la description de ce procédé ne contient aucune référence à l'utilisation d'embryons humains. L'exception à l'interdiction de brevetabilité des utilisations d'embryons humains à des fins industrielles ou commerciales concerne les seules inventions ayant un objectif thérapeutique ou de diagnostic qui s'appliquent à l'embryon humain et lui sont utiles ».

[1275] Cf. *supra* p. 323.

humaine à la personne humaine existante, à l'enfant qui est né, mais également à l'embryon, depuis le stade de sa fécondation, c'est que l'on reconnait dans ce corps humain la manifestation de la présence d'un être humain »[1276]. Ce corps humain, vivant dès les premiers stades embryonnaires est la manifestation de la présence de l'être humain. L'apport de cet arrêt est considérable tant pour la notion de dignité, qui *de facto* ne peut être qualifiée de déclaration d'intention[1277], que sur la nature juridique de l'embryon humain. La question de la brevetabilité du vivant a permis au juge de faire une interprétation de la dignité en faveur de l'embryon humain[1278]. Les interdictions posées aux articles 5 et 6 de la directive manifestent donc la volonté de protéger la dignité des embryons humains.

593. Selon, le droit communautaire, l'embryon humain qu'il soit *in vitro* ou *in utero* est un être humain digne de protection car « qu'il soit conservé dans l'azote liquide et abandonné par le désir de ses géniteurs ne change rien au fait que l'embryon est un être humain. Cette humanité intrinsèque, qui implique nécessairement la reconnaissance de sa dignité, impose de respecter et protéger l'embryon *in vitro* auquel doit être reconnu une destinée humaine »[1279].

2) La reconnaissance implicite de la dignité de l'embryon *in vitro* par le Conseil constitutionnel

594. Dans sa décision n° 2013-674 DC du 1er août 2013[1280], le Conseil constitutionnel a rattaché, de manière implicite, la protection de l'embryon humain au principe de dignité humaine. En effet, le 18 juillet 2013, le Conseil constitutionnel a été saisi, dans les conditions prévues au deuxième alinéa de l'article 61 de la Constitution, de la loi tendant à modifier la loi n° 2011-814 du 7 juillet 2011 relative à la bioéthique autorisant sous certaines conditions la recherche sur l'embryon et les

[1276] B. De Malherbe et J.-.C. Galloux, *op. cit.*
[1277] Monsieur Le professeur Bertrand Mathieu avait déclaré que l'affirmation du respect de la dignité par la Directive était essentiellement déclarative. La directive européenne relative à la brevetabilité des inventions biotechnologiques, le droit français et les normes internationales » *D.* 2001, cahier n° 1 p. 15.
[1278] M. Boulet, *op. cit.* p. 146.
[1279] N. Martial-Braz et J.-R. Binet, « Exclusion de la brevetabilité des embryons à des fins de recherche scientifique », *JCP G*, février 2012, n° 6, 146.
[1280] Cons. Constit. 1er août 2013, n° 2013-674, *JCP* G, n° 36, septembre 2013, 904 note B. Matthieu, *RDSS,* 2013, p. 67, obs. S. Monnier.

cellules souches embryonnaires[1281]. Les requérants soutenaient que l'autorisation de recherches sur l'embryon humain et les cellules souches embryonnaires portaient atteinte au principe de sauvegarde de la dignité de la personne humaine en ce qu'elle méconnaissait à la fois le principe du respect de l'être humain dès le commencement de sa vie, le principe d'intégrité de l'espèce humaine, le principe d'inviolabilité et le principe de non-patrimonialité du corps humain. Pour les requérants, l'atteinte à ces principes résultait notamment de l'imprécision et de l'inintelligibilité des dispositions contestées. Les dispositions contestées ont modifié la loi n° 2011-814 du 7 juillet 2011 relative à la bioéthique, en autorisant sous certaines conditions la recherche sur l'embryon et les cellules souches embryonnaires et, en prévoyant qu'aucune recherche sur l'embryon humain ni sur les cellules souches embryonnaires ne peut être entreprise sans autorisation. Elles ont soumis à des conditions énumérées dans le paragraphe I de l'article L. 2151-5 du Code de la santé publique tout protocole de recherche conduit sur un embryon humain ou sur des cellules souches embryonnaires issues d'un embryon humain. Dès lors, la recherche ne peut être autorisée qu'à condition de s'inscrire dans une « finalité médicale » et, uniquement à partir d'embryons conçus *in vitro* dans le cadre d'une AMP, qui ne font plus l'objet d'un projet parental. La recherche doit être subordonnée à un consentement écrit préalable du couple dont les embryons sont issus ou du membre survivant de ce couple. Les embryons sur lesquels une recherche a été conduite ne pourront être transférés à des fins de gestation. Les conditions d'autorisation des protocoles de recherche sont délivrées par l'Agence de la biomédecine; les ministres chargés de la santé et de la recherche peuvent demander un nouvel examen du dossier.

595. Le Conseil constitutionnel a considéré: « si le législateur a modifié certaines des conditions permettant l'autorisation de recherche sur l'embryon humain et sur les cellules souches embryonnaires à des fins uniquement médicales, afin de favoriser cette recherche et de sécuriser les autorisations accordées, il a entouré la délivrance de ces autorisations de recherche de garanties effectives. Ces dispositions ne méconnaissent pas le principe de sauvegarde de la dignité de la personne humaine »[1282].

[1281] Article L. 25151-5 du Code de la santé publ.
[1282] 2013-674 DC, 1er aout 2013, considérant n° 17.

596. Cette décision nous permet de constater, à l'instar de Monsieur le Professeur Bertrand Mathieu, que « Le Conseil relève implicitement, mais nécessairement, que la protection de l'embryon, fut-il *in vitro*¸ se rattache au principe de dignité humaine »[1283]. Le passage d'un régime d'interdiction assorti de dérogation, à un régime d'autorisation encadrée était porteur d'une remise en cause de l'attribution d'une dignité à l'embryon *in vitro* puisqu'à partir du moment où le principe d'interdiction de la recherche sur l'embryon, même assortie de dérogations, pouvait être considéré comme la traduction législative du respect de la dignité de l'embryon, sa remise en cause s'analysait comme une rupture. Or, le Conseil constitutionnel a considéré que la logique restait la même puisque la formule selon laquelle « aucune recherche sur l'embryon humain ni sur les cellules souches embryonnaires ne peut être entreprise sans autorisation »[1284] était équivalente à celle selon laquelle : « la recherche sur l'embryon humain, les cellules souches embryonnaires et les lignées de cellules souches est interdite », les recherches étant autorisées lorsque certaines conditions sont réunies.

597. A aucun moment dans sa décision, le Conseil n'est venu reprendre la distinction qu'il avait opéré entre les embryons *in vitro* et *in utero*. Dans sa décision concernant les lois bioéthiques de 1994, il avait opéré une distinction entre les embryons *in utero* et les embryons *in vitro*[1285], semblant n'accorder la dignité qu'aux premiers, dans sa décision du 1er août 2013, il lève le doute et rattache clairement la protection de l'embryon au principe de dignité et cela peu importe leurs modes de conception. La dignité est donc attribuée à l'être avant la naissance sur le fondement de son appartenance à la communauté humaine. A l'autre extrémité, la dignité est également reconnue à l'humain non-vivant. Ce constat permet de donner une vision cohérente de la notion de personne humaine

§2) La dignité de l'humain non-vivant

[1283] B. Matthieu, « Recherche sur l'embryon: une jurisprudence en demi-teinte », *JCP* G, n° 36, septembre 2013, 904. Sur cette position voir aussi S. Monnier, « Les fondements constitutionnels du droit de la biomédecine », *RDSS,* 2013, p. 67.
[1284] Art. L. 1251-5 Code sant. publ. modifié.
[1285] Cf *supra* p. 178.

598. La dignité est le vecteur de protection de la personne humaine. La notion de personne humaine renvoie aux critères d'être humain et d'appartenance à l'humanité, qualités qui sont présentes chez l'être avant la naissance comme chez l'être après son décès. C'est donc en toute logique que l'on fait le constat de la dignité de l'humain non-vivant. Monsieur le Professeur Jean Hauser a pu relever que : « la souplesse et, diront certains, le flou du principe de dignité de l'être humain lui permettent de jouer un rôle non négligeable quand il s'agit de protéger un être humain *post mortem* alors que l'on ne peut plus, sauf abus de langage, faire appel à la protection de la personnalité »[1286]. La dignité étant un attribut de la personne humaine, elle est donc présente tant que celle-ci existe. Cela s'étend de la période anténatale à la période *post-mortem* car, la dignité est liée à la notion de personne humaine et non à celle de personne juridique. C'est sur le principe de continuité qui caractérise l'humain que le législateur (A) et la jurisprudence (B) ont pu asseoir la dignité de l'être humain non-vivant.

A) La dignité du cadavre fondée sur la continuité de la personne humaine

599. Doit-on parler d'une attribution de la dignité à la personne décédée ou serait-ce plus juste de dire que le législateur a admis la persistance *post-mortem* de la dignité au bénéfice de la personne décédée. Nous penchons pour la deuxième assertion. En effet, le Code civil et le Code pénal ont admis que l'être humain non-vivant devait être protégé au titre de sa dignité humaine. Ainsi, le Code pénal à travers les articles 225-17 à 225-18-1 a envisagé la protection du cadavre dans un chapitre intitulé « les atteintes à la dignité de la personne ». L'affirmation est donc explicite: le cadavre en tant qu'enveloppe charnelle de la personne humaine, voit sa dignité pénalement protégée, et cela au nom de sa personnalité humaine. Dès lors, il faut en déduire que la qualité de personne humaine ne disparaît pas avec la mort. C'est dans l'idée de continuité que se justifie la protection de sa dignité et non dans celle de l'attribution d'une qualité nouvelle. En effet, le cadavre, corps humain sans vie, continue d'incarner la personne humaine même s'il n'incarne plus la personne

[1286] J. Hauser, « De l'utilité du principe de dignité », *RTD. civ.* 2006 p. 736.

juridique. La mort illustre la fin de la personnalité juridique qui manifeste ici l'une de ses bornes[1287]. La personne humaine prend alors le relais.

600. La personne humaine renvoie à la double dimension d'appartenance à la communauté humaine et à la référence biologique de l'humain. Le cadavre est fondamentalement un être humain qui, malgré son absence de vie, demeure dans la communauté humaine. C'est pourquoi, il continue d'être pénalement protégé contre les atteintes à son intégrité. La doctrine qui qualifie le corps humain sans vie, de chose ou chose sacrée[1288] se fonde sur l'idée d'une rupture. En effet, cette théorie est caractérisée par l'idée que les dépouilles mortelles, déchues de la vie, sont des choses considérées comme sacrées car elles ont abrité une personne juridique. Il y a donc bien une rupture entre le passage de la personne juridique à la chose manifestée par le passage d'une catégorie à une autre. Or, nous considérons qu'il existe une désunion entre la personne humaine et la personne juridique qui justifie que les droits de la personnalité cessent. En revanche, la qualité de personne humaine demeure pour la dépouille mortelle. En cela, il y a une continuité de protection de la personne humaine qui est rend donc nécessaire la protection de l'être vivant avant la naissance.

601. Cette continuité est visible à travers loi du 19 décembre 2008 relative à la législation funéraire[1289] qui a inséré l'article 16-1-1 du Code civil aux termes duquel « Le respect dû au corps humain ne cesse pas avec la mort. Les restes des personnes décédées, y compris les cendres de celles dont le corps a donné lieu à crémation, doivent être traités avec respect, dignité et décence »[1290]. Cette continuité est relevée

[1287] L'autre étant la naissance.

[1288] Voir en ce sens notamment N. Hur-Vario*:* «Le statut juridique du corps humain entre libre disposition et protection de l'ordre public*», RPDP,* 2013, n° 1, p. 45; P-J. Delage envisage la qualification de chose humaine en ce sens «Respect des morts, dignité des vivants », *D.* 2010 p. 2044; G. Loiseau, « *Mortuorum corpus*, une loi pour le respect », *op. cit.*

[1289] Voir notamment : I. Corpart, « Pour un nouvel ordre public funéraire : variations autour de la loi n° 2008-1350 du 19 décembre 2008 », *Dr. fam.* 2009, étude 15; G. Loiseau, *ibid.*

[1290] Cette loi a modifié le Code général des collectivités territoriales afin d'intégrer pleinement la crémation et le statut des cendres rendant obligatoire pour les communes de plus de 2 000 habitants de disposer d'un cimetière comprenant un site cinéraire, statut des cendres, modalités de conservation et de dispersion des cendres. Dans le cadre de ce nouveau statut des cendres cinéraires des dispositions pénales répriment les atteintes portées à l'intégrité du cadavre et les profanations de sépulture d'une peine d'un an d'emprisonnement et de 15 000 € d'amende (C. pén., art. 225-17). L'incrimination de violation ou de profanation, prévue initialement pour les tombeaux, les sépultures et les monuments édifiés à la mémoire des morts, a été étendue aux urnes cinéraires. Par ailleurs, la loi insère dans le Code général des collectivités territoriales une nouvelle incrimination, prévue par l'article L. 2223-18-4. Selon ce texte, « le fait de créer, de posséder, d'utiliser ou de gérer, à titre onéreux ou gratuit, tout lieu collectif, en dehors d'un cimetière public ou d'un lieu de dépôt ou de sépulture autorisé, destiné au dépôt temporaire ou définitif des urnes ou à la dispersion des cendres,

par Monsieur le Professeur Grégoire Loiseau qui a estimé que la loi a ainsi complété « une réalisation législative qui se destinait jusqu'à présent à la protection du corps humain vivant. Son prolongement après la mort a pris prétexte du règlement particulier de la destination des cendres funéraires ; mais le législateur a su saisir l'occasion pour donner plus globalement à la dépouille mortelle et ce qu'il en advient une condition respectueuse de l'être décédé»[1291]. Dans le même sens, Madame Hélène Popu a considéré que ces dispositions favorisaient la traçabilité des cendres du défunt, permettant d'assurer à ce corps toute la dignité et le respect auxquels il a droit en tant que chose sacrée[1292]. Ces auteurs considèrent donc que la personne décédée bénéficie de la protection de sa dignité au nom de sa qualité de chose sacrée. Or, comme nous l'avons démontré, la dignité est liée à la qualification de personne humaine. C'est donc nécessairement au nom de la qualité humaine de la personne que le cadavre et les restes de la personne décédée peuvent bénéficier de la reconnaissance et la protection de la dignité. D'ailleurs, avant la reconnaissance par le législateur, la jurisprudence avait eu l'occasion de l'affirmer.

B) La reconnaissance jurisprudentielle de la dignité de l'humain non-vivant

602. On peut retrouver les prémices de la reconnaissance jurisprudentielle d'une dignité humaine à l'être humain non-vivant du côté de la jurisprudence administrative dans l'arrêt Milhaud rendu en 1993[1293]. Suite à un accident de la route, un jeune homme avait été admis au service de réanimation du centre hospitalier d'Amiens. Les médecins avaient conclu à sa mort cérébrale. Le corps du jeune homme

---

en violation du présent code est puni d'une amende de 15 000 € par infraction. Ces dispositions ne sont pas applicables aux sites cinéraires créés avant le 31 juillet 2005 ».

[1291] En revanche, si Monsieur le professeur Loiseau considère les termes utilisés (dans cette loi) - respect, dignité, décence - sont alors la reprise de ceux que l'on emploie à propos de l'être humain vivant, il considère néanmoins qu'il ne s'agit pas de partager, à l'identique, la même condition juridique ni de prolonger, après la mort, le statut de personne. La dépouille mortelle et ce qu'il en advient, ossements ou cendres funéraires, sont des choses dans l'ordre binaire du droit. Mais ce sont des choses à part des autres choses, empruntes d'un sacré au sens où l'on exprime ce qui est inviolable et digne d'un respect absolu. « *Mortuorum corpus*, une loi pour le respect », *op. cit.*

[1292] H. Popu, «Destination et protection des cendres funéraires », *Defrénois,* 28 février 2009 n° 4, p.410.

[1293] CE, 2 juill. 1993, *Milhaud*, *D.* 1994, Jur. p. 74, note J.-M. Peyrical, et Chron. p. 352, par G. Lebreton ; *RFDA* 1993, p. 1002, concl. D. Kessler ; *AJDA* 1993, p. 530, note C. Maugüé et L. Touvet ; Arrêt à l'origine de l'alinéa second de l'article 2 du code de déontologie médicale (Décr. n° 95-1000 du 6 sept. 1995) « Le médecin, au service de l'individu et de la santé publique, exerce sa mission dans le respect de la vie humaine, de la personne et de sa dignité. Le respect dû à la personne ne cesse pas de s'imposer après la mort ».

avait été maintenu en survie artificielle. Le chef du service, le Professeur Milhaud, décida de pratiquer sur lui une expérimentation consistant à lui faire inhaler du protoxyde d'azote et de l'oxygène. Ces expériences furent enregistrées sur un film destiné aux experts du procès de Poitiers, procès dans lequel on reprochait à des médecins la mort d'une patiente par inhalation de protoxyde d'azote. Un blâme fut infligé au Professeur Milhaud par le conseil régional de l'Ordre des médecins de Picardie, le 14 juin 1988, pour violation du secret professionnel et de l'article 33 du Code de déontologie médicale. Cette sanction fut confirmée en appel, le 23 janvier 1991, par le Conseil national de l'ordre des médecins, mais pour des motifs différents : la violation des articles 2, 7 et 19 Code de déontologie médicale imposent aux médecins le respect de la vie et de la personne humaine ; le devoir d'informer les proches du malade hors d'état d'exprimer sa volonté, l'obligation de n'employer sur un malade une thérapeutique nouvelle que si celle-ci peut présenter pour la personne un intérêt direct. Le Professeur Milhaud déposa devant le Conseil d'État un pourvoi en cassation contre cette décision. La Haute juridiction a rejeté le pourvoi dans un arrêt d'assemblée du 2 juillet 1993, et dans un considérant de principe a affirmé l'existence de principes déontologiques fondamentaux relatifs au respect de la personne humaine, qui s'imposent au médecin et ne cessent pas de s'appliquer avec la mort.

603. De son côté, la jurisprudence criminelle a utilisé l'article 226-1 du Code pénal réprimant les atteintes à la vie privée pour interdire la publication des photographies des personnes décédées. Ainsi, c'est cette logique que la chambre correctionnelle de la Cour d'appel de Paris en 1953 a adoptée lorsqu'elle a considéré que devait être sanctionnée la diffusion d'une photographie représentant le corps mutilé et dévêtu d'un l'enfant à l'appui d'un article intitulé « l'assassinat du petit Alain »[1294]. Dans le même sens, la publication de la photographie de l'acteur Jean Gabin, étendu sur son lit de mort, avait conduit la chambre criminelle à condamner le directeur de publication de l'hebdomadaire pour atteinte à la vie privée en affirmant que «la fixation de l'image d'une personne, vivante ou morte, est prohibée sans autorisation

[1294] CA Paris, 22 juill. 1953, *D*. 1953, Jur. p. 725 ; *JCP* 1954, II, n° 7926, note R. Combaldieu.

préalable des personnes ayant pouvoir de l'accorder, la protection de la vie privée persistant au-delà de la mort »[1295].

604. Dans une autre affaire, relative à la publication de la photographie de la dépouille mortelle du président François Mitterrand, la Cour de cassation a affirmé que « la fixation de l'image d'une personne, vivante ou morte, sans autorisation préalable des personnes ayant pouvoir de l'accorder entre dans le champ d'application des articles 226-1, 226-2 et 226-6 du code pénal[1296]. Dans ces affaires, l'absence d'autorisation des ayants droits à laquelle il est fait expressément référence, semble être le fondement des condamnations. En effet, la condamnation sur les fondements des articles 226-1 et suivants du Code pénal laisse penser que le droit au respect de la vie privée serait transmissible aux héritiers du défunt et que la protection de la vie privée persisterait au-delà de la mort. L'impossibilité d'obtenir le consentement de la victime impliquerait que l'on transmette ce pouvoir à ses héritiers, agissant au nom de leur auteur.

605. Cette position de la chambre criminelle a suscité des interrogations dans la mesure où elle conduit à parler d'atteinte à la vie privée d'une personne juridique qui n'existe plus. Pour éviter cette impasse on pourrait considérer que les ayants droit ne sont pas visés en tant que continuateurs de la personne du défunt mais à titre personnel car la vie privée à laquelle il est porté atteinte n'est pas celle du défunt, mais bien celle de ses héritiers qui sont touchés dans leur intimité par l'image volée du cadavre. Ainsi, il n'y aurait plus besoin de faire référence à la vie privée de la personne décédée. L'atteinte en cause serait celle des héritiers, agissant en leur nom propre. Cette interprétation se heurte à l'absence de consentement exigé pour caractériser l'infraction de l'article 226-1 du Code pénal qui ne concerne que la personne dont l'image a été fixée ou les paroles enregistrées. L'interprétation stricte de la loi pénale commande de réprimer l'atteinte à la vie privée de la personne qui n'a pas consenti à la captation de son image ou de ses paroles. Dans la mesure où l'image captée n'est pas celle des ayants droit, ces derniers ne sauraient agir à titre personnel. Par conséquent, la condamnation sur le fondement de la vie privée n'est pas juridiquement exacte. En revanche, si la chambre criminelle se référait à la dignité

[1295] Cass. crim. 21 oct. 1980, Bull. crim. n° 262, *D*. 1981. 72, note Lindon, *RSC*. 1981. 878, obs. G. Levasseur.
[1296] Cass. crim. 20 oct. 1998.

persistante de la personne humaine, sa motivation serait plus cohérente et aurait un véritable fondement.

606. C'est d'ailleurs le choix opéré par la jurisprudence civile dans la célèbre « affaire du préfet Erignac» où un hebdomadaire avait publié une photographie du préfet assassiné sur un trottoir d'Ajaccio. A la demande de sa famille, la première chambre civile de la Cour de cassation avait estimé que cette image choquante, était attentatoire à la dignité de la personne humaine au sens de l'article 16 du code civil[1297]. C'est le fondement de l'atteinte à la dignité de la personne humaine, par la publication de l'image du corps et du visage du préfet Erignac assassiné, que la première chambre civile a donc justifié la condamnation de la société Hachette Filipacchi Associés, éditrice de l'hebdomadaire.

607. Dès lors, l'enjeu de l'arrêt était moins dans l'atteinte à la vie privée des proches que dans l'outrage ainsi infligé à la dignité de la personne morte[1298]. La Cour de cassation a affirmé que la dignité de la personne humaine survit à sa personnalité juridique et peut justifier des restrictions à la liberté d'information.

608. La société, arguant d'une atteinte au droit à la liberté d'expression, avait ensuite saisi la Cour européenne des droits de l'homme en vue de faire constater une violation de l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'homme. Le 14 juin 2007, à la majorité de 5 voix contre 2, la chambre de la première section a jugé que la société requérante n'avait pas démontré en quoi l'ordre de publier le communiqué avait un effet dissuasif sur la manière dont le magazine exerçait son droit à la liberté d'expression et que cette mesure était proportionnée au but légitime de protection de la vie privée et familiale qu'elle poursuivait[1299]. Pour justifier l'atteinte au droit à la liberté d'expression, la Cour européenne des droits de l'homme a attaché une importance particulière au fait que la famille du préfet Erignac s'était expressément opposée à la publication de la photographie. En revanche, la Cour n'a fait aucune référence à la dignité de la personne humaine car c'est selon elle, non sur le terrain de la dignité humaine que la décision doit s'asseoir, mais sur « la

[1297] Cass. 1ère civ., 20 décembre 2001, J.-P. Gridel, *D.* 2001. 872 ; A. Lepage, *D.* 2001. 1990; J. Ravanas, *JCP G* 2001. II. 10488, concl. J. Sainte-Rose.
[1298] *Ibid.*
[1299] CEDH 1ère sect., 14 juin 2007, *Hachette Filipacchi associés c/ France, Gaz. Pal.* 2007, n° 248-249, p. 2-5, note L. François ; *JCP G* 2007. II. 10164 note E. Derieux.

personnalité juridique du défunt qui lui permettrait de conserver, pour un temps strictement limité, un droit à l'image[1300] et un droit à l'honneur[1301].

609. Cette approche n'a pas été celle retenue par la Cour de cassation dans les arrêts postérieurs. Dans deux affaires datées de 2010, la 1ère chambre civile de la Cour de cassation maintient le fondement de la protection du cadavre sur la dignité qui lui est due en tant que personne humaine. En effet, dans une première affaire portant sur le thème de la conciliation entre la liberté d'information et le respect de la vie privée[1302], la Cour de cassation a été amenée à préciser la question du droit pour les proches d'une personne décédée, d'invoquer le préjudice résultant de la publication de l'image du mort, sans leur autorisation, pour les besoins de l'information[1303]. Elle y a affirmé que « les proches d'une personne peuvent s'opposer à la reproduction de son image après son décès, dès lors qu'ils en éprouvent un préjudice personnel en raison d'une atteinte à la mémoire ou au respect dû au mort »[1304]. Une certaine évolution a pu être constatée par rapport à un précédent arrêt, daté du 22 octobre 2009[1305], où elle avait déclaré que : « si les proches d'une personne peuvent s'opposer à la reproduction de son image après son décès, c'est à la condition d'en éprouver un préjudice personnel établi, déduit le cas échéant d'une atteinte à la mémoire ou au respect dû au mort ». Monsieur le Professeur Jean Hauser[1306] a remarqué la disparition de l'expression « déduit le cas échéant d'une atteinte… », il ne s'agirait plus « d'un préjudice déduit et d'une source parmi d'autres, pas plus que d'un préjudice par ricochet qui impliquait que le mort eût, lui-même, subi un préjudice dans sa personnalité, mais, très clairement, d'un préjudice personnel des proches qui consiste en une atteinte à la mémoire ou au respect dû à leur auteur »[1307]. Pour rejeter le pourvoi, la Cour de cassation s'est appuyée sur la motivation de la Cour d'appel qui avait constaté que « la publication de la photographie litigieuse qui dénotait une recherche de sensationnel, n'était nullement justifiée par les nécessités de

[1300] CEDH, *Von Hannover c/ Allemagne*, 24 juin 2004, *GACEDH*, p. 427.
[1301] CEDH, *Radio-France c/ France*, 30 mars 2004.
[1302] Voir les développements de J.-P. Gridel, « La jurisprudence de la 1ère chambre civile en matière de droit de la presse et de protection de la vie privée », *BICC* 15 juin 2010, spéc. p. 9.
[1303] Cass. civ. 1ère, 1er juill. 2010, n° 09-15.479, *D*. 2010, 2044, note P.-J. Delage ; *RTD civ*. 2010, p. 526, note J. Hauser.
[1304] En l'espèce il s'agissait d'une photographie d'une personne retenue en otage qui avait été adressée à sa famille pour appuyer une demande de rançon, et par la suite publiée sans autorisation.
[1305] Cass. civ., 1ère, 22 oct. 2009, n° 08-10.557, *D*. 2009. 2612 ; *RTD civ*. 2010. 79, obs. J. Hauser.
[1306] J. Hauser, « Les proches de la personne décédée et les nécessités de l'information » *RTD civ*. 2010, p. 526.
[1307] *Ibid.*

l'information » et en avait déduit qu'elle était « contraire à la dignité humaine ». On peut tirer deux enseignements de cette solution : l'être humain sans vie n'a pas de droit à la vie privée, droit subjectif par excellence et donc attaché à la personne juridique. En revanche, sa dignité est conservée car elle est liée à sa qualité de personne humaine, subsiste après sa mort. Cela permet donc de conclure que d'affirmer les morts n'ont plus de vie privée mais peuvent continuer à bénéficier d'une dignité humaine dont leurs proches sont gardiens[1308].

610. Cette interprétation est d'ailleurs confirmée par l'affaire « Our body », mettant en jeu la conciliation entre la visée pédagogique d'une exposition de corps humain et l'article 16-1-1 du Code civil[1309]. La Cour de cassation a confirmé la solution des juges du fond et l'interdiction de l'exposition qui présentait des corps humains plastinés[1310] en énonçant « qu'aux termes de l'article 16-1-1, alinéa 2, du Code civil, les restes des personnes décédées doivent être traités avec respect, dignité et décence (…), l'exposition de cadavres à des fins commerciales méconnaît cette exigence ».

611. Cette solution est en adéquation avec notre analyse de la dignité qui interdit de traiter l'humain comme un objet ou de le déshumaniser[1311]. En l'espèce, l'exposition du corps humain à des fins commerciales a pour conséquences de réifier l'humain qu'il représente. C'est sur ce fondement que la Cour de cassation a rejeté le pourvoi formé par la société organisatrice. Le Tribunal de grande instance avait fondé sa décision sur le nouvel article 16-1-1 du Code civil et s'était placé sur le terrain du respect et de la dignité du corps humain énonçant que « l'espace assigné par la loi au cadavre est celui du cimetière, la commercialisation des corps par leur exposition porte une atteinte manifeste au respect qui leur est dû»[1312]. En revanche, la Cour d'appel de Paris avait fondé l'interdiction de l'exposition sur l'origine litigieuse des corps: « la protection du cadavre et le respect dû à celui-ci commandent d'abord de rechercher si les corps ainsi exposés ont une origine licite et s'il existe un consentement donné par les personnes de leur vivant pour l'utilisation de leur

[1308] J. Hauser, «Les proches de la personne décédée et les nécessités de l'information », *op. cit.*
[1309] Cass. civ. 1ère 16 sept. 2010, n° 09-67.456, *AJDA* 2010, 1736; *D.* 2010. 2750, obs. C. Le Douaron et note G. Loiseau ; *ibid.* 2145, édito. F. Rome; *ibid.* 2754, note B. Edelman, rejetant le pourvoi contre Paris 30 avr. 2009, *RTD. civ.* 2009. 50. Cf. s*upra* p. 218 et s.
[1310] Procédé de conservation inventé par Gunther Von Hagens, voir B. Edelman, « Mort à crédit», *D.* 2009. chron. 2019
[1311] Cf. *supr*a p. 315- 328.
[1312] TGI Paris, réf., 21 avr. 2009, *AJDA* 2009.797.

cadavre ». Elle a considéré que le respect dû au corps humain, même après la mort, n'interdisait pas « le regard de la société sur la mort »[1313]. Or, c'est notamment sur ce point que la motivation de la Cour d'appel a été critiquée. En effet, une telle utilisation du corps humain découpé et mis en scène n'est pas conforme à la dignité dont il doit bénéficier après la mort[1314]. La Cour de cassation a fondé sa motivation en précisant qu'en poursuivant des fins commerciales, l'exposition des corps humains allait à l'encontre du principe énoncé à l'article 16-1-1 du code civil[1315]. Elle a ainsi repris l'avis du CCNE rendu le 16 septembre 2010[1316] qui avait conclu que l'exposition de corps humains dans ces conditions constituait à la fois, une atteinte à la dignité des individus et à la personne humaine[1317].

612. Faire le constat de la dignité de l'humain non-vivant permet à la fois de comprendre les fondements de la dignité de l'humain vivant non-né, et de constater les effets juridiques de la notion de personne humaine. En effet, si la protection de la dignité implique des absentions, elle suppose aussi des obligations comme la protection effective du droit à la vie.

[1313] CA Paris, 30 avr. 2009, *D.* 2009. *AJ.* 2010 ; *ibid.* 2010. pan. 604, obs. J-.C. Galloux et H. Gaumont-Prat ; Constit. 2010. 135, obs. X. Bioy ; *RTD civ.* 2009. 501, obs. J. Hauser

[1314] En ce sens G. Cornu, « Le corps humain au musée, de la personne à la chose », *D.* 2009. chron. 1907.

[1315] Pour Monsieur le professeur Jean Hauser, l'atteinte à la dignité humaine serait constituée par l'aspect ludique des corps exposés, « Les bornes de la personnalité juridique en droit civil », *Dr. fam.* n° 9, Septembre 2012, dossier 4.

[1316] Avis n° 111, Avis sur les problèmes éthiques posés par l'utilisation de cadavres à des fins de conservationoud'expositiomuséale,http:www.ccnethique.fr/sites/default/files/publications/avis_111pdf.

[1317] L'avis prend également clairement position en faveur de la restitution des restes humains lorsqu'ils sont demandés par leur pays d'origine. Le 18 mai 2010, une loi a été votée visant à autoriser la restitution par la France des têtes maories à la Nouvelle-Zélande. Loi n 2010-242, 18 mai 2010, JO 19 mai, Dalloz actualité, 21 mai 2010, obs. S. Lavric; T. de Ravel d'Esclapon, Blog Dalloz, 9 juill. 2009.

Section II : La dignité de l'être avant la naissance, fondement d'un droit à la vie

613. La dignité est le vecteur de protection de la personne humaine avant la naissance et après la mort. Elle permet de lutter contre sa réification et son exclusion de l'humanité, c'est l'approche négative de la dignité humaine. Une approche positive de la dignité de la personne humaine invite à déterminer les obligations positives qui doivent découler de la dignité. En effet, à côté des interdits posés par la dignité de la personne humaine, existe obligatoirement une charge. En effet, si la dignité n'imposait pas de devoirs, elle serait alors une notion qui n'engage à rien. L'efficacité juridique de la dignité de la personne humaine se mesure donc à l'aune des obligations qui vont en découler. La personne humaine voit sa dignité protégée contre les atteintes à celle-ci (versant négatif) et se voit offrir une protection de sa vie à travers la consécration d'un droit à la vie (aspect positif). Le constat de la dignité de la personne humaine implique alors la reconnaissance d'un droit à la vie qui ne doit pas s'analyser au prisme du droit subjectif dont bénéficierait uniquement la personne juridique. Il doit se distinguer du droit à la vie dont le corollaire serait un droit à la mort (§1). Le droit à la vie, conséquence de la dignité dont est titulaire l'être humain avant la vie, est un droit protégé par le droit objectif, qui n'est pas absolu (§2).

§1) La dignité de la personne humaine fondement d'un droit à la vie protégé

614. Monsieur Le Professeur Bertrand Mathieu a relevé que l'interdiction de la torture, l'interdiction des peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, le droit à l'intégrité physique, l'interdiction des expérimentations médicales sans le consentement de la personne se rattachent à la protection de la dignité de la personne humaine[1318]. Ces interdictions reflètent l'aspect négatif de la protection de la dignité de la personne humaine. Le droit à la vie serait donc l'obligation positive liée à la dignité de la personne humaine. La consécration de ce droit à la vie en droit interne et international nécessite au préalable d'en définir les contours (A) et de le distinguer du droit subjectif (B).

[1318] B. Mathieu, *Le droit à la vie,* Conseil de l'Europe, 2005, p. 13.

A) Les contours du droit à la vie

615. La dignité de la personne humaine est source d'interdits qui permettent de la définir. Elle est aussi la source du droit à la vie ce qui permet de lui conférer son effectivité (1). Or, s'il existe un droit à la vie, la question s'est naturellement posée de savoir s'il existait un droit à la mort (2).

1) La dignité de la personne humaine source d'un droit à la vie

616. Lorsque la dignité de la personne humaine a fait son entrée en droit suite à la seconde guerre mondiale, les États ont souhaité parallèlement réaffirmer le droit à la vie de l'être humain, liant ainsi les deux notions. Dès lors, le droit à la vie a connu un essor considérable tant au point de vue universel qu'interne. Ainsi, l'article 3 de la Déclaration universelle des droits de l'homme[1319] énonce que: « Tout individu a droit à la vie, à la liberté et à la sûreté de sa personne ». L'article 6 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques[1320] prévoit quant à lui que « Le droit à la vie est inhérent à la personne humaine. Ce droit est protégé par la loi. Nul ne peut être arbitrairement privé de sa vie ». La Convention internationale des droits de l'enfant (CIDE) évoque le droit à la vie et, dans son Préambule, le besoin pour l'enfant[1321] « d'une protection juridique appropriée avant comme après la naissance »

617. A l'échelle européenne, la Convention européenne des droits de l'homme[1322] consacre le droit à la vie dans son article 2 ainsi rédigé : « Le droit à la vie de toute personne est protégé par la loi. La mort ne peut être infligée à quiconque intentionnellement ». La Convention de New-York sur les droits de l'enfant prévoit quant à elle, dans son article 6 que : « tout enfant a un droit inhérent à la vie »[1323] . La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne reconnait en son article 2 « le

[1319] Adoptée dans le cadre des Nations unies le 10 décembre 1948.
[1320] Adoptée par l'Assemblée générale des Nations unies le 16 décembre 1966.
[1321] L'article 1er de la CIDE précise que *« l'enfant s'entend comme 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 »*.
[1322] Adoptée le 4 novembre 1950 dans le Cadre du Conseil de l'Europe, entrée en vigueur le 3 septembre 1953.
[1323] La Convention internationale des Droits de l'Enfant (CIDE), ou Convention relative aux Droits de l'Enfant, a été adoptée par l'Assemblée Générale des Nations Unies, le 20 novembre 1989.

droit à la vie de chaque personne ». Ces dispositions obligent la France conformément à l'article 55 de la Constitution.

618. En droit français le droit à la vie n'est pas consacré expressément dans la Constitution[1324]. En revanche le Conseil constitutionnel[1325] a considéré que le respect de tout être humain dès le commencement de la vie était une modalité de mise en œuvre du principe de sauvegarde de la dignité humaine. Dès lors, c'est à travers l'affirmation de la dignité de la personne humaine que se dessine le droit à la vie en droit français. En effet, les dispositions qui protègent le droit à la vie et le corps humain qui l'abrite, « n'ont d'autre objet que d'empêcher que la personne soit rabaissée au-dessous de sa condition, et plus généralement, qu'elle ne fasse l'objet d'un traitement inhumain, en la rapprochant des choses et des animaux »[1326]. La protection de la vie est nécessairement rattachée à la dignité de la personne humaine dont elle assure l'effectivité.

619. Cette assertion se vérifie au niveau européen puisque le protocole n° 13 de la Convention européenne des droits de l'homme affirme clairement dans son préambule que : « le droit de toute personne à la vie est un droit fondamental dans une société démocratique, et que l'abolition de la peine de mort est essentielle à la protection de ce droit et à la pleine reconnaissance de la dignité inhérente à tous les êtres humains ».

620. Puisqu'il assure l'effectivité de la dignité de la personne humaine, le droit à la vie est protégé par la loi. Ainsi, les États ont une obligation de protection de la vie humaine qui les contraint à mettre en place une législation pénale ayant pour objet la dissuasion des atteintes à la vie à la fois en prévenant les atteintes à ce droit et en réprimant les violations. Le droit pénal assure cette mission par le biais de la répression des atteintes effectives à la vie qu'elles soient intentionnelles ou non[1327], l'empoisonnement[1328], la mise en danger[1329] ou encore les coups mortels[1330]. La vie

[1324] En revanche l'article 2 de la loi fondamentale allemande du 23 mai 1946, l'article 24 Constitution du Portugal du 2 avril 1976, l'article 15 de la Constitution espagnole du 27 décembre 1978, affirment expressément le droit à la vie.
[1325] DC., 27 juillet 1994, *op. cit.*
[1326] J -C. Saint Pau, *Traité des droits de la personnalité*, *op. cit.* p. 139.
[1327] Art. 221-1 à 221-5-4 C. pén.
[1328] Art. 221-5 C. pén
[1329] Art. 223-1 C. pén.

est également protégée à travers la répression des absentions fautives qui ont pour conséquence de porter atteinte à la vie. Il en est ainsi de l'infraction de délaissement d'une personne hors d'état de se protéger elle-même[1331] ou bien encore de celle de l'omission de porter secours[1332]. A partir de cette protection législative du droit à la vie, s'est posée la question de savoir s'il était possible d'en déduire la consécration d'un droit à la mort.

2) La non-existence d'un droit à la mort

621. Le droit à la vie tel qu'il est prévu par l'article 2 de la CEDH implique-t-il un droit à la mort? Derrière cette question se trouve celle de l'euthanasie[1333]. En droit français, les actes constitutifs d'euthanasie tombent sous le coup de qualifications pénales comme l'assassinat, le meurtre ou encore l'empoisonnement[1334].

622. La prohibition du droit à la mort serait pour certains justifié par le principe du respect de la dignité humaine et donc par celui du droit à la vie que l'euthanasie remettrait profondément en cause. La vie humaine est donc protégée sur le fondement de la dignité humaine, parce qu'elle « (…) est le fondement de la communauté humaine, elle devient du point de vue de l'ordre public et, comme telle, indisponible. Elle échappe ainsi à la sphère de la volonté individuelle et de la liberté personnelle. L'homicide sur demande est alors logiquement interdit. A charge pour l'État d'organiser et d'assurer à tout prix la survie de tout un chacun, même contre leur volonté »[1335]. Or cette analyse semble être contredite par le législateur.

623. Par la loi du 22 avril 2005[1336], le législateur a accepté de consacrer l'euthanasie passive par le refus du traitement sur le fondement de la dignité humaine et la prise

---

[1330] Art. 221-6 à 221-7 C. pén.
[1331] Art. 223-3 et 227-1 du C. pén.
[1332] Art. 223-6 C. pén.
[1333] Autrement dénommé le suicide avec l'assistance matérielle d'un tiers.
[1334] Voir en ce sens l'affaire Bonnemaison où ce médecin avait été mis en examen le 12 août 2011, après avoir abrégé la vie de sept patients âgés par injections létale. La qualification pénale retenue était celle d'*empoisonnement* sur *personnes particulièrement vulnérables*. Le Conseil national de l'ordre des médecins a prononcé sa radiation définitive le 15 avril 2014, une requête aux fins de sursis à exécution a été déposé devant le Conseil d'Etat. Le 25 juin 2014 la Cour d'assise de Pau a prononcé son acquittement. Le parquet général a relevé appel de la décision.
[1335] Marc Gheza, « Essai de déconstruction juridique du droit à la mort », *RDSS*, 2008, 1071.
[1336] Loi n° 2002-370 du 22 avril 2005 relative aux droits des malades et à la fin de vie.

en considération de la souffrance du malade. En effet, le législateur a considéré que le refus de soins[1337] exprimé par le patient au risque de la mort devait être respecté au nom de la dignité humaine, de même que les traitements palliatifs susceptibles de précipiter la mort. Le refus du médecin d'entreprendre ou la volonté d'arrêter les soins[1338] n'est pas une atteinte directe à la vie de la personne humaine. Ces dispositions ont été élaborées à partir du constat objectif selon lequel dans une situation où les soins sont disproportionnés ou inutiles, la protection de la vie ne permet pas d'assurer la dignité humaine[1339]. Ici la dignité serait atteinte par les souffrances inutiles occasionnées au malade[1340]. Cela signifierait donc qu'une protection absolue de la vie, en toutes situations, sans tenir compte des circonstances peut devenir contraire au principe même du respect de la dignité humaine.

624. C'est d'ailleurs dans ce cadre que le Conseil d' État s'est prononcé le 24 juin 2014 sur la question de la compatibilité de la loi Léonetti avec l'article 2 de la CEDH sur le droit à la vie[1341]. Par un arrêt d'assemblée du 24 juin 2014, le Conseil d'État a

[1337] Article L. 1111-4 du Code santé publ. L'alinéa 2 de cet article précise que le médecin doit respecter la volonté de la personne après l'avoir informée des conséquences de ses choix ». La Cour de cassation est venue préciser dans deux arrêts du 3 juin 2010 que cette obligation découlait directement de l'article 16 du Code civil, autrement dit du respect de l'être humain. Voir en ce sens Cass. civ. 1ère, 3 juin 2010, *D*. 2010. p. 1522, note P. Sargos.

[1338] Art. L. 1111-10; L. 1111-5 Code santé publ. : cette autorisation ne bénéficie qu'au médecin dans un cadre strictement défini par le législateur. Le malade doit être atteint d'une affection grave et incurable, ou dans une situation irréversible, c'est-à-dire que les soins sont devenus inutiles, disproportionnés ou n'ont pas d'autre but que le maintien artificiel de la vie. Dans ce cadre le médecin peut s'abstenir d'entreprendre des soins ou décider de ne pas les continuer.

[1339] J-C. Saint Pau, *op. cit*. p. 141.

[1340] Les articles L 1110-5 et L. 1110-10 évoque ce refus de soins en corrélation avec la préservation de la dignité humaine.

[1341] Le 29 septembre 2008, Monsieur Vincent Lambert, a été victime d'un accident de la circulation qui lui a causé un grave traumatisme crânien. En juillet 2011, le Coma Science Group, centre hospitalier universitaire de Liège a conclu qu'il était dans un « état de conscience minimale plus » avec une perception de la douleur et des émotions préservées. Quatre-vingt-sept séances d'orthophonie ont été pratiquées pendant plusieurs mois en 2012, pour tenter d'établir un code de communication, en vain. Courant 2012, les membres du personnel soignant ont constaté des manifestations comportementales chez Monsieur Lambert, interprétées comme une opposition aux soins faisant suspecter un refus de vivre. Le médecin chef du service dans lequel il séjourne a donc, conformément à la procédure collégiale de réflexions prévue par l'article R. 4127-37 du Code de la santé publique, décidé d'arrêter la nutrition du patient, son seul traitement. L'épouse du patient et certains membres de la fratrie ont exprimé leur accord. L'alimentation a été arrêtée et l'hydratation artificielle a été diminuée le 10 avril 2013. Les parents du patient ainsi que certains membres de la fratrie ont saisi le juge administratif d'un référé liberté afin que ce dernier prononce la reprise des traitements, estimant ne pas avoir été informés de la décision médicale. Ils ont considéré que ce manque d'informations portait atteinte au droit à la vie de leur fils et frère garanti par l'article 2 de la Convention européenne des droits de l'homme. Par ordonnance du 11 mai 2013, le juge des référés du tribunal administratif de Châlons en Champagne a fait droit à leur demande et a enjoint de rétablir l'alimentation et l'hydratation artificielle du patient. Cinq mois plus tard, le médecin a engagé une nouvelle procédure et consulté l'épouse du patient, ses parents et ses huit frères et sœurs lors de réunions à laquelle ont participé deux des médecins du centre hospitalier universitaire de Reims, l'équipe soignante en charge du patient, quatre

jugé légale la décision prise par le médecin en charge de Monsieur Vincent Lambert de mettre fin à son alimentation et à son hydratation[1342]. Statuant au vu d'une expertise médicale ordonnée le 14 février 2014, le Conseil d'État a conclu à une dégradation de l'état de conscience de monsieur Lambert, correspondant à un état végétatif, au caractère irréversible des lésions cérébrales et à un mauvais pronostic clinique. Il a également tenu compte de la volonté exprimée par Monsieur Lambert avant son accident de ne pas être maintenu artificiellement en vie s'il se trouvait dans un état de grande dépendance.

625. Le Conseil d'État a considéré que la loi Léonetti était compatible avec la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales dont l'article 2 protège le droit à la vie[1343]. En effet, le Docteur Kariger avait recueilli au préalable l'avis d'un collège de six experts médicaux, dont cinq avaient suivi ses conclusions, en jugeant que le maintien de l'alimentation et de

médecins consultants extérieurs au service ont été associés à cette réunion, dont l'un a été désigné par les parents du patient. Tous se sont déclarés favorables à l'arrêt des traitements envisagés sauf le médecin extérieur désigné par les parents du patient. Le médecin, a estimé que la poursuite des traitements administrés au patient traduisait une obstination déraisonnable au sens de l'article L.1110-5 du Code de la santé publique. Par conséquent, le médecin, a décidé de mettre fin à l'alimentation et l'hydratation artificielles du patient à compter du lundi 13 janvier 2014. Les parents du patient et certains membres de la fratrie ont à nouveau saisi le juge des référés pour voir interdire l'arrêt de l'alimentation et de l'hydratation et prononcer leur rétablissement aux motifs, que les dispositions de la loi Léonetti violent la Convention européenne des droits de l'homme, que l'alimentation et l'hydratation ne sont pas des traitements pouvant être suspendus, et que la situation de leurs fils ne peut être qualifiée de fin de vie mais de handicap. Le 16 janvier 2014, le juge du tribunal administratif de Châlons en Champagne, a fait droit à leur demande et a suspendu l'exécution de la décision du médecin du 11 janvier 2014 aux motifs d'une part, « que la poursuite du traitement n'était ni inutile ni disproportionnée et n'avait pas pour objectif le seul maintien artificiel de la vie » que le médecin « a apprécié de manière erronée la volonté du patient en estimant qu'il souhaiterait opposer un refus à tout traitement le maintenant en vie » ; et que « la décision de l'arrêt de l'alimentation et de l'hydratation du patient constitue une atteinte grave et manifestement illégale à son droit à la vie ». Le 28 janvier 2014, l'épouse du patient, certains membres de la fratrie ainsi que l'hôpital ont fait appel de ce jugement devant le Conseil d'Etat pour demander l'arrêt du maintien en vie artificielle du patient. Le 14 février 2014, le Conseil d'Etat, statuant au contentieux, a ordonné qu'il soit procédé à une expertise en vue de déterminer la situation médicale du patient par un collège de trois médecins disposant de compétences reconnues en neurosciences et a invité le Comité consultatif national d'éthique et le Conseil national de l'Ordre des médecins à lui présenter des observations écrites de caractère général de nature à l'éclairer utilement sur l'application des notions d'obstination déraisonnable et de maintien artificiel de la vie au sens de l'article L.1110-5 du Code de santé publique, en particulier à l'égard des personnes qui sont dans un état pauci-relationnel**.**

[1342] CE, ass., 24 juin 2014, n° 375081, n° 375090, n° 375091 JurisData n° 2014-01426, *JCP G* n° 28, 14 juillet 2014, 825 Note F. Vialla; *D*. 2014, 1385, *AJDA*, 2014, p. 129.

[1343] L'Académie nationale de médecine avait été sollicitée par le Conseil d'État dans le cadre de l'affaire Vincent Lambert et a rendu son rapport le 22 avril 2014 sur « l'approche déontologique et médicale à observer chez les patients en état végétatif chronique (EVC), en état de conscience minimal (ECM) et pauci-relationnel ». Elle a estimé que le dispositif entourant la loi Léonetti était suffisant et a affirmé implicitement l'inutilité d'une réforme législative sur la question. Elle s'est d'ailleurs prononcée contre l'euthanasie active d'un patient, même réduite à une aide au suicide, en énonçant que « cela conduirait à l'obligation pour les médecins de transgresser l'interdit fondamental de donner délibérément la mort à autrui, qui est à la base de la relation de confiance entre la personne malade et le médecin ».

l'hydratation traduisait une obstination « déraisonnable ». Les parents de Vincent Lambert, ont saisi la CEDH qui a dès le 24 juin 2014, demandé au gouvernement français de faire suspendre l'exécution de l'arrêt du Conseil d'État pour la durée de la procédure devant elle[1344].

626. Pour les défenseurs d'un droit à la mort[1345] , celui-ci devrait être consacré sur le fondement de la liberté individuelle. En effet, l'article 4 de la Déclaration des droits du 26 août 1789 autorise à pouvoir faire tout ce qui ne nuit pas à autrui. Dès lors, « (…) seule la mise en cause d'un tiers, expression d'une forme de nuisance sociale clairement et strictement identifiée, constitue une limite constitutionnelle valable de la liberté. De la sorte, si l'individu dispose de toutes ses facultés et, en connaissance de cause, veut, assume et requiert sa propre mort avec l'assistance matérielle d'un tiers, il paraît inacceptable de le lui interdire, et ce, dans la perspective de la recherche d'un équilibre entre, d'un côté, les impératifs traditionnels et réguliers de l'ordre public et, de l'autre, les exigences liées au respect de la liberté et des droits fondamentaux. C'est dans ce cadre, d'ailleurs, que doit se comprendre la décriminalisation en droit français de l'homicide de soi-même, par soi-même. Or, sacraliser la vie et, juridiquement, le droit à la vie, en interdisant l'euthanasie, contredit à l'évidence la non répression du suicide et le principe du « pouvoir de fait » de se donner la mort (…). Le refus du droit à la mort dans la législation française, est potentiellement liberticide. En tout cas, cette vision ne semble pas compatible avec un État de droit, réputé démocratique, qui, de surcroît, s'apparente à une démocratie moderne libérale »[1346].

627. Pour notre part, nous estimons que l'exigence du respect de la dignité humaine implique de concevoir une protection de la vie qui n'est pas absolue. Cela signifie que la protection de la vie telle qu'elle est organisée par le droit pénal doit pouvoir s'incliner face à la souffrance de l'être humain en fin de vie. En revanche, nous ne pensons pas que la vie soit un intérêt à la libre disposition de la personne permettant

[1344] Elle s'est appuyée sur l'article 39 de son règlement qui prévoit qu'elle peut imposer aux Etats des mesures urgentes et provisoires à titre exceptionnel, « lorsque les requérants seraient exposés en l'absence de telles mesures à un risque réel de dommages graves et irréversibles ».
[1345] Voir notamment, Marc Gheza, *op. cit*, A. Guillotin, « la dignité du mourant », Mélanges C. Bolze, *op. cit*. p. 315.
[1346] *Ibid.*

d'exiger des moyens matériel pour permettre de mettre fin à ses jours[1347]. En ce sens que si le droit pénal se retire dans une sphère limitée, cela ne signifie pas pour autant la création d'un droit. L'absence de sanction pénale ne doit pas s'analyser comme la création d'un droit. La dépénalisation de l'euthanasie n'implique pas la création d'un droit à la mort, mais elle manifeste le conflit entre des valeurs pénalement protégées, que le droit pénal choisit de trancher[1348]. L'évolution possible vers l'admission du suicide assisté ne pourrait se lire comme la consécration d'un droit à la mort[1349].

[1347] Voir également en ce sens, J.-C. Saint Pau, *op. cit*. p.142.

[1348] En ce sens, B. Beignier, Y. Puyo, *JCL civil code* fasc. 72

[1349] L'Assemblée nationale avait rejeté le 24 novembre 2009, une proposition de loi relative au droit de finir sa vie dans la dignité, déposée par Jean-Marc Ayrault le 7 octobre 2009. Le texte proposait, sur le modèle des Pays-Bas de la Belgique et du Luxembourg, un dispositif d'aide active à mourir destiné à répondre aux demandes de certains malades, à faciliter la situation des médecins et à empêcher la jurisprudence de dire le droit au cas par cas. Le 18 décembre 2012 la commission Sicard a remis un rapport au Président de la République intitulé « Penser solidairement la fin de vie », La commission avait envisagé la question du suicide assisté en la distinguant de l'euthanasie. Elle a considéré que le recours. à l'assistance au suicide ne serait envisageable que dans l'hypothèse où la personne est suffisamment autonome pour accomplir elle-même l'acte ultime : « En aucun cas, l'administration par un tiers d'une substance létale à une personne ne peut être considérée comme une assistance au suicide (…). Elle serait alors une euthanasie active » Lorsque la personne est incapable d'accomplir elle-même de quelque manière que ce soit le geste de suicide assisté , la commission considère alors que la médecine ne peut se considérer comme quitte et doit envisager à la demande de la personne un arrêt des soins de supports vitaux accompagné d'une sédation. Ainsi, demeurerait prohibé l'acte d'euthanasie entendu comme « un acte médical qui, par sa radicalité dans son accomplissement, et par sa programmation précise dans le temps, interrompt soudainement et prématurément la vie ». Le 21 octobre 2014, le CCNE a rendu un rapport sur le débat public concernant la fin de vie. Ce rapport a souligné l'émergence d'un consensus sur un certain nombre de points comme le non accès aux droits reconnus par la loi, la situation d'abandon d'une immense majorité des personnes en fin de vie, et la fin de vie insupportable d'une très grande majorité de personnes. Une organisation inappropriée du système de santé ne permettant pas de répondre efficacement aux problèmes de la fin de vie, des textes jugés comme étant plus préoccupés par les devoirs des médecins que par les droits des patients. Ces points de consensus ont permis l'expression d'une demande d'une évolution sur dans les domaines suivants :-La nécessité connaître et appliquer les dispositions légales actuelles garantissant les droits des personnes en fin de vie d'accéder à des soins palliatifs, à un véritable accompagnement humain et à un soulagement de la douleur et de la souffrance.-Mettre en place un accompagnement au domicile, qui corresponde à la demande de l'immense majorité de nos concitoyens. -Abolir les frontières entre soins *curatifs* et soins *palliatifs*, et les intégrer dans une véritable culture du *« soin et prendre soin conçus comme un seul soin »*, non seulement en fin de vie, mais en amont de la fin de vie. Réaliser un effort massif de formation des médecins et soignants, donnant toute sa place à la réflexion éthique, garantissant la réalité d'un « service public » en la matière»-Le droit lorsque la personne le demande, en phase terminale de fin de vie, ou lors d'une décision de la personne d'arrêter les traitements qui la maintiennent en vie de pouvoir accéder à une sédation profonde, aboutissant à une perte de conscience, jusqu'au décès -Une modification de la procédure collégiale, en particulier dans les cas où se pose la question de l'interruption des traitements d'une personne qui n'est pas en fin de vie et qui est hors d'état d'exprimer sa volonté, pour en faire un véritable processus de délibération et de décision collectives, incluant à part entière le point de vue des proches sur ce qu'ils savent de la volonté de la personne, et pouvant s'accompagner, si une décision s'avérait impossible à prendre, d'une médiation.Le CCNE a observé la persistance de profondes divergences sur les questions de l'assistance au suicide et de l'euthanas. Des interrogations demeurent notamment sur la notion de sédation profonde et sur la question de la dépénalisation de l'euthanasie. Le CCNE a fait état de trois types de recommandations existantes:-De n'autoriser ni l'euthanasie ni l'assistance au suicide, « en raison des risques qui en découlent au regard de l'exigence de solidarité et de fraternité qui est garante du vivre ensemble »[1349] C'est l'Avis 121 du CCNE. C'est aussi la position, notamment, du Conseil national de l'ordre des médecins, de l'Académie nationale de médecine, de la Société française d'accompagnement

628. Selon la Cour Européenne des Droits de l'Homme, l'article 2 de la Convention aux termes duquel le droit de toute personne à la vie est protégé par la loi, consacre l'une des valeurs fondamentales des sociétés démocratiques qui forment le Conseil de l'Europe »[1350]. La Cour de Strasbourg impose ainsi aux États de garantir le droit à la vie, par la mise en place d'une législation et d'une pratique pénale qui sanctionnent les atteintes contre les personnes[1351], mais aussi par la mise en œuvre de mesures préventives nécessaires à la protection de la vie[1352]. On ne peut donc déduire de cette obligation de protéger la vie, un quelconque un droit à la mort. En effet, dans son arrêt « Pretty » du 29 avril 2002, la Cour a considéré que le droit à la vie ne conférait pas un droit diamétralement opposé, à savoir un droit à la mort[1353]. Quant à la question du suicide assisté, la Cour a estimé qu'à supposer que les États aient une obligation positive d'adopter des mesures permettant de faciliter le suicide dans la dignité, la mise en œuvre de cette obligation resterait soumise à leur appréciation[1354].

---

et de soins palliatifs (SFAP), et d'autres… -De ne pas autoriser l'euthanasie, parce qu'elle pose des problèmes éthiques très différents de l'assistance au suicide : « Le geste euthanasique à la demande des personnes malades, tel qu'il est à ce jour autorisé dans le seul Benelux, est un acte médical qui, par sa radicalité dans son accomplissement, et par sa programmation précise dans le temps, interrompt soudainement et prématurément la vie. Il diffère totalement de la décision évoquée plus haut d'un geste létal dans les phases ultimes de l'accompagnement en fin de vie. Il diffère également totalement d'une assistance au suicide où l'acte létal est accompli par la personne malade elle-même ».Une recommandation, d'autoriser l'euthanasie, au même titre que l'assistance au suicide en considérant qu'il n'y a pas, non plus, de raison éthique convaincante à ce que l'exception d'euthanasie dite « active », qui a été formellement admise par le CCNE dans son avis n° 63, continue d'être renvoyée à la clandestinité ; c'est à la loi de dire quand et comment la mort pourrait à cet égard être provoquée ; l'obscurité est à tous égards dangereuse et l'on ne peut pas se contenter de la tolérer comme il est parfois proposé de le faire ; elle est dangereuse pour le médecin lui-même qui est dans l'impossibilité de savoir à l'avance si son acte est admissible et pourra être reconnu, faute de toute définition légale ; elle ne l'est pas moins pour le patient à qui se trouve refusée la garantie d'une intervention précisément définie, organisée et contrôlée». Le 12 décembre 2014 le rapport Léonetti-Claeys sur la fin de vie a été remis au président de la République François Hollande. Le rapport propose la possibilité d'une « sédation profonde et continue » et veut rendre plus contraignant les « directives anticipées » permettant à chacun d'exprimer par avance son opposition à tout acharnement thérapeutique (les souhaits des malades seraient signalés sur les cartes vitales). François Hollande a salué ces deux avancées qui comblent les principales lacunes de notre droit et à partir de ce travail a annoncé qu'une discussion qu'une discussion devrait s'engager dès le mois de janvier 2015 avant la présentation et le vote d'une proposition de loi.

[1350] CEDH, 27 sept. 1995, *Mc Cann et autres c. Royaume-Uni*, n° 18984/91, *RFDA* 1994, pp. 1182 et s., obs. Ch. Giakoumopoulos, M. Keller, H. Labayle et F. Sudre ; CEDH 1er juin 2006, *Taïs c. France*, n° 39922/03, *AJ Pénal* 2006, p. 403, obs. C. Saas ; *JDI* 2007, p. 716, obs. E. Decaux.

[1351] Voir en ce sens CEDH, 9 juin 2009, *Opuz c. Turquie*, n° 33401/02 et 15 déc. 2009, *Maiorano et autres c. Italie*, n° 28634/06 : *RSC* 2010, p. 219 et s., obs. J.-P. Marguénaud.

[1352] CEDH, gde ch., 28 oct. 1998, *Osman c/ Royaume-Uni*, n° 23452/94,§ 115: *JDI* 1999,p. 269, obs. P. Tavernier.

[1353] CEDH, 29 avr. 2002 Pretty c/ *Royaume-Uni,* n°2346/02: JurisData n° 2002-400028 ; *JCP G* 2003, II, 10062, note C.Girault*; Dr. fam* 2003, chron. 9 ; *RTD civ*. 2002, p. 482, obs. J. Hauser, E. Chavika et A. Garay, *Gaz. Pal.* 2002, 2, p.1244. H. Narayan-fourment, L'euthanasie active, la position prudente de la CEDH *; Médecine et droit,* 2003, p. 98.

[1354] CEDH, 20 janvier. 2011, *Haas c/ Suisse*, n° 31322/07*, JCP G* 2011, 914, obs. F Sudre.

Ainsi, la Cour laisse une marge d'appréciation à chaque État en la matière[1355] car il n'existerait aucun droit à mourir imposant à un État d'organiser une aide active au suicide[1356] .

629. L'existence d'un droit à la vie protégé ne peut donc être à l'origine d'un droit à la mort. En revanche le droit peut organiser la protection de la dignité de la personne dans la mort. C'est en ce sens que le droit pénal a intégré un « droit de la mort» selon l'expression du Doyen Carbonnier[1357]. Ce droit de la mort serait distinct d'un droit à la mort car les critères « du droit à… » lui font défaut. Le même constat peut se faire du droit à la vie.

B) L'absence de subjectivisation du droit à la vie

630. Le droit à la vie découle de la dignité de la personne humaine. Dès lors, à partir du moment où l'on considère que la dignité ne peut faire l'objet d'une subjectivisation (1), il en est de même pour le droit à la vie (2).

1) L'absence de subjectivisation de la dignité humaine

631. Le droit subjectif peut se définir comme « un pouvoir déterminé ayant pour objet un intérêt social (matériel ou moral) exercé par une volonté autonome et protégé par une action en justice »[1358] . Selon cette approche, le droit subjectif serait une relation juridique entre le sujet et l'objet du droit, relation que le sujet peut opposer aux tiers par le biais d'une action en justice. Ainsi, « le pouvoir interne (sur l'objet de droit) se double d'un pouvoir externe (par rapport au tiers) »[1359].

632. Cette approche du droit subjectif nous invite à nous interroger sur sa compatibilité du droit à la vie. Le droit à la vie est-t-il un droit subjectif? Avant même la question de la subjectivisation du droit à la vie, s'est posée la question de l'aptitude

[1355] Dans un communiqué de presse n° 040 elle affirmé qu'il ne pouvait être reproché à la Suisse de ne pas avoir aidé une personne à se suicider.
[1356] M. Bruggeman, « Droit au respect de la vie privée : l'aide au suicide ne s'impose pas aux États », *Dr. fam* 2011, alerte 18.
[1357] J. Carbonnier, *Droit civil, Les personnes,* PUF, Coll. Thémis, § 14.
[1358] J.-C. Saint Pau, *Traité des droits de la personnalité*, *op. cit*. p. 249 ; cf. *infra* p. 63-64; p. 92.
[1359] Ibid, p. 251.

de la dignité à la subjectivisation. Or, nous avons pu constater que la dignité est l'instrument de protection de la personne humaine et n'est pas liée à la personnalité juridique[1360]. Dès lors, elle ne s'accommode pas de la subjectivisation. C'est en ce sens qu'il faut lire l'arrêt « commune de Morsang sur Orge »[1361]. La protection juridique de la dignité ne repose pas sur une logique subjective[1362] en ce sens qu'elle est liée à la notion de personne humaine et non à celle de personne juridique: « notre système juridique semble faire de la dignité de la personne humaine un intérêt indisponible dont la sauvegarde constitue un impératif en soi, indépendamment de la volonté individuelle (…) le droit refuse d'en faire un droit subjectif »[1363].

633. Lorsque le droit pénal protège la dignité de la personne humaine notamment à travers les infractions de discrimination, de soumission de personnes à des conditions d'hébergement et de travail contraires à la dignité, de proxénétisme, de bizutage, la question du consentement de la victime est sans incidence sur la constitution de l'infraction. Par conséquent, cela signifie que par ces infractions, le droit pénal protège la personne humaine qui se déploie à travers sa dignité. La personne ne peut choisir d'en faire un usage particulier, puisque par définition la dignité n'est pas à disposition de l'individu. La dignité échappe au pouvoir de volonté et donc à la qualification de droit subjectif[1364]. Lorsque l'article 16 du Code civil assure à la personne sa protection et interdit toute atteinte à sa dignité, c'est une protection objective qui lui est assurée. La dignité ne s'accommode pas de la nature de droit subjectif au même titre que le droit à la vie qui en découle.

2) L'absence de subjectivisation du droit à la vie

634. La dignité de la personne humaine protège l'essence de cette derrière. Pour permettre à la notion de n'être pas une simple pétition de principe, le droit à la vie vient en assurer l'effectivité. En effet, assurer la protection de la vie humaine ne signifie pas pour autant que le législateur a consacré un droit subjectif à la vie. Le

[1360] *Contra* : E. Dreyer, « Les mutations du principe de dignité », *op. cit*. L'auteur considère que la dignité serait une garantie d'épanouissement personnel et devrait se concevoir comme le droit de donner de soi le reflet que l'on souhaite et le droit d'agir conformément à sa personnalité. Elle serait donc en ce sens une prérogative individuelle.
[1361] CE, 27 octobre 1995, *op. cit*
[1362] En ce sens, J.-C. Saint Pau*, op. cit*. p. 115.
[1363] *Ibid.*
[1364] *Ibid* p. 116.

droit subjectif est nécessairement exercé par le sujet de droit représenté par la personne ayant une volonté autonome. Le droit subjectif est donc la prérogative par excellence du sujet de droit. Dès lors, si le droit à la vie est un droit subjectif cela signifierait que seul le sujet de droit peut y prétendre. Or, nous avons pu le démontrer, la dignité étant liée à la notion de personne humaine, le droit à la vie qui en découle s'adresse nécessairement à la personne humaine et pas uniquement à la personne juridique. A l'extrémité de la vie et la mort, la personne humaine existe indépendamment de la personne juridique. Dès lors, c'est à la personne humaine que s'adresse le droit à la vie.

635. Par ailleurs, même en faisant abstraction de la fonction du droit à la vie et de son lien avec la personne humaine, a été mis en évidence l'impossibilité de qualifier le droit à la vie comme droit subjectif. En effet, les droits subjectifs permettent notamment au sujet de droit d'obtenir un bien, un service, un avantage d'un débiteur ou encore d'exercer les prérogatives du propriétaire sur des biens corporels ou incorporels. Dans tous les cas on ne comprend pas comment la vie pourrait s'insérer dans ces relations. Comment pourrait-on exiger d'une personne un droit à la vie ? Qui serait le débiteur d'un tel droit ? Qui serait le créancier ? De même, si on ne la considère pas du côté de la créance mais de la prérogative du propriétaire : il faudrait envisager que la personne puisse user, transférer, l'opposer aux tiers. Comment appliquer le transfert de ce droit ? La personne humaine peut s'opposer à ce que des tiers, l'État, portent atteinte sa vie mais cette prérogative ne fait pas de ce droit un droit subjectif.

636. Mesdames les professeurs Florence Bellivier et Catherine Labrusse Riou ont relevé que « si la personnalité juridique se définit par sa fonction, c'est-à-dire l'aptitude à la titularité de droits individuels dont la personne pourra revendiquer en justice le respect, encore faut-il savoir si la qualité de personne elle-même peut être l'objet d'un droit subjectif, la question met en cause l'idée d'un droit à la vie. Or, que la qualification de personne en droit soit liée à la seule existence d'un être humain vivant et non encore né, ou qu'elle soit subordonnée à la naissance de ce dernier, il peut sembler illogique d'admettre l'existence d'un droit subjectif à la vie ou à la naissance puisque celles-ci sont la condition préalable à la reconnaissance de la personnalité juridique. La question n'est plus alors celle des « droits » entendus

comme droits subjectifs, mais celle de la protection juridique accordée à la vie prénatale par des normes objectives créatrices d'obligations légales. La protection juridique des êtres humains conçus et non encore nés peut être établie sans y reconnaître pour autant des droits subjectifs »[1365].

637. Le droit à la vie n'est pas un droit subjectif parce qu'il est lié à la notion de personne humaine et non à celle de personne juridique.

§2) La vie de l'être avant la naissance, un droit objectivement protégé

638. Les droits subjectifs ont pour titulaires les sujets de droit. En revanche, les droits objectifs sont ceux dont la réalisation pèse sur les autorités publiques[1366]. Lorsque l'on admet que l'embryon et le fœtus ont un droit à la vie protégé, il l'est nécessairement par le droit objectif. En reconnaissant une dignité à l'être humain avant la naissance, on lui reconnait ainsi un droit à la vie protégé. Or, comme nous venons de l'expliquer, ce droit à la vie ne s'entend pas comme un droit subjectif dont serait titulaire l'être avant la naissance. Le droit à la vie dont serait titulaire l'être avant la naissance a fait l'objet d'une reconnaissance par le Conseil d'État, ce qui permet d'expliquer pourquoi le droit objectif organise la protection de la santé de l'être avant la naissance (A). Cette protection de la vie de l'être avant la naissance tout comme l'est celle de l'être avant la naissance n'est pas absolue (B).

A) La reconnaissance d'un droit à la vie objectif avant la naissance

639. C'est le juge administratif qui a reconnu l'applicabilité du droit à la vie à l'être avant la naissance car c'est à lui qu'a été posée la question de la légalité des actes administratifs autorisant les atteintes à la vie humaine prénatale (1). Cette affirmation posée permet ensuite de mieux comprendre sur quel fondement le droit objectif peut organiser la protection de la santé de l'enfant à naître (2).

[1365] F. Bellivier, C. Labrusse Riou, «Les droits de l'embryon et du fœtus en droit privé », *RIDC*, 2002-2, p. 580
[1366] B. Mathieu, *Le droit à la vie*, *op. cit*. p. 16.

1) La reconnaissance du droit à la vie par le juge administratif

640. C'est le juge administratif qui a reconnu explicitement l'applicabilité du droit à la vie avant la naissance à l'occasion des arrêtés ministériels autorisant la mise sur le marché de la pilule abortive RU 486[1367], également appelée Myfégine[1368]. Le Conseil d'État a examiné dans ces arrêts la conformité des lois sur l'IVG à l'article 2 CEDH sur le droit à la vie. En l'espèce, les pouvoirs publics avaient autorisé l'utilisation de ce médicament dans le cadre des dispositions relatives à l'IVG. Les requérants n'avaient pas remis en cause la légalité des arrêtés mais, l'absence de compatibilité des lois du 17 janvier 1975 et 31 décembre 1979 et de l'article 2 CEDH protégeant le droit à la vie[1369]. Le Conseil d'État a considéré qu'aux « termes de l'article 1er de la loi du 17 janvier 1975, la loi garantit le respect de tout être humain dès le commencement de la vie. Il ne saurait être porté atteinte à ce principe qu'en cas de nécessité et selon les conditions et limites définies par la présente loi (…), qu'eut égard aux conditions ainsi posées par le législateur, les dispositions issues des lois des 17 janvier 1975 et 31 décembre 1979 relatives à l'interruption volontaire de grossesse, prises dans leur ensemble, ne sont pas incompatibles avec les stipulations précitées de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et du pacte international sur les droits civils et politiques »[1370]. Le Conseil d'État a donc admis, en vérifiant la compatibilité de ces textes que les 2 de la Convention européenne des droits de l'homme et 6 du PIDCP organisent la protection de la vie avant la naissance[1371]. C'est également en ce sens que Monsieur Briard a analysé les décisions du Conseil d'État : « Si le Conseil d'État avait considéré que l'embryon n'est pas une personne humaine, il aurait refusé d'apprécier la compatibilité de la législation française sur l'avortement avec la protection du droit à la vie. Il aurait tout simplement rejeté le moyen en le déclarant inopérant. Bien plus, s'il avait voulu écarter l'existence d'une personne humaine dans les dix premières semaines suivant la conception, le Conseil d'État se

[1367] CE Ass., 21 décembre 1990, *Confédération nationale des associations familiales catholiques et autres, Associations pour l'objection de conscience à toute participation à l'avortement, Association des médecins pour le respect de la vie, AJDA,* 1991, p. 158 ; B. Stirn, « La compatibilité de la législation française sur l'IVG avec la Convention européenne des droits de l'homme », *RFDA*, 1990, p. 1069.
[1368] C'est un médicament doté de propriétés antihormonales dont l'absorption provoque la cessation de la grossesse sans intervention chirurgicale.
[1369] Ces trois conventions proclament le droit à la vie de la personne humaine. Le Conseil d'Etat a été la première juridiction française à devoir trancher la question de la compatibilité avec les conventions précitées.
[1370] CE*, op. cit*. considérant n° 11
[1371] A. Trimarco Marciali, « Droits fondamentaux et protection de la vie humaine prénatale dans la jurisprudence administrative », *RDP,* 2009, n° 3 p. 743.

serait référé à la condition de délai imposé par la loi de 1975. Or, les arrêts se prononcent nettement sur la question de la compatibilité »[1372].

641. Nous constatons de manière certaine que, même sans se prononcer sur le point de départ de la vie ou sur la notion de personne, le Conseil d'État a admis l'existence d'un droit à la vie avant la naissance. Cette analyse est confirmée par une décision rendue le 12 novembre 2002 dans laquelle le Conseil d'État a reconnu le principe de dignité avant la naissance à l'occasion de la légalité de la décision du ministre de la Recherche autorisant l'importation de cellules souches embryonnaires[1373]. Dans cette décision, le Conseil d'État a admis qu'une association dont l'objet est la défense de la vie et des droits attachés à la vie humaine avait un intérêt à agir. Dès lors, il a reconnu de manière implicite, qu'il existait un lien entre les cellules embryonnaires et la défense de la vie à son commencement[1374]. Or, si l'on arrive à établir un lien entre la protection de la vie et l'être avant la naissance c'est à travers l'affirmation de la nécessité de protéger la dignité de la personne humaine[1375]

642. La jurisprudence administrative a donc admis qu'il existait un droit à la vie prénatale, objectivement protégé. Celui-ci ne doit pas être considéré comme un droit subjectif. En effet, que signifierait un droit subjectif à la vie pour l'être avant la naissance ? Ce serait une sorte de droit de naître attribué à l'embryon ou au fœtus[1376]? Cette reconnaissance d'un droit subjectif dont il serait titulaire se heurterait directement à l'existence des législations sur l'interruption volontaire et thérapeutique de grossesse. Le droit à la vie est un droit objectif dont le domaine d'application impose des normes protectrices. L'existence humaine prénatale entre dans ce champ d'application. C'est en ce sens qu'il faut analyser les dispositions permettant à l'embryon et au fœtus de bénéficier d'un droit à la protection de sa santé.

[1372] F.-H. BRIARD, « Le respect de la vie dans la jurisprudence administrative», in J.-B. d'Onorio (dir.), *Le respect de la vie en droit français,* Paris, Tequi, 1997, p. 76

[1373] CE, 13 novembre 2002, *Association Alliance pour les droits de la vie*, n° 248310, H. Moutouh, « Le Conseil d'État ordonne la suspension de recherches scientifiques sur des cellules souches d'origine embryonnaire », *D.*, 2003, n° 2, p. 92.

[1374] Le CE considère que les cellules souches sont à l'origine de la constitution de l'embryon et doivent à se titre justifier l'application du principe de dignité.

[1375] A. Trimarco Marciali, *op. cit.*

[1376] Le droit à naître reconnu à l'être avant la naissance pourrait simplement se concevoir en droit international dans le cadre très marginal de la femme enceinte qui doit être exécutée à mort.

2) Les manifestations de la protection du droit à la vie prénatale par le droit objectif

643. La protection du droit à la vie ne passe pas uniquement par la répression pénale des atteintes à la vie et par la prohibition de la mort[1377]. Le droit objectif organise la protection de la vie anténatale notamment en protégeant la santé de l'enfant *in utero*. Madame le Professeur Geneviève Giudicelli-Delage a mis en évidence le lien existant entre la protection de la santé[1378] et le droit à la vie considérant que les deux sont liés, la santé étant l'une des composantes de la vie. L'auteur a relevé qu'ils constituaient tous les deux des faits et non des droits. En effet, il n'est pas possible d'exiger le droit à santé[1379].

644. La santé donne lieu à l'établissement de normes protectrices qui garantissent l'effectivité du droit à la vie. C'est en ce sens qu'il faut comprendre la santé de l'enfant à naître[1380]. Les règles du droit du travail protègent la femme enceinte elle-même[1381] puisqu'elle est la personne directement visée par ce droit mais protègent également la santé de l'enfant qu'elle porte[1382].

645. En effet, lorsqu'une femme enceinte est exposée à certains risques professionnels, elle doit pouvoir changer de poste. Les articles D. 4152-3 à D. 4125-4152-12 du Code de travail prévoient l'obligation de reclasser la salariée en état de grossesse exposée à des risques sont déterminés par décret en Conseil d'État. Les risques déterminés par décret en Conseil d'État sont: les agents avérés toxiques pour la reproduction de catégorie 1 ou 2, benzène, exposition au virus de la rubéole ou

---

[1377] La protection de la vie anténatale par le droit pénal est perceptible pour l'embryon *in vitro* cf. s*upra* première partie, titre 2 chapitre premier section première , paragraphe deux. La protection pénale de l'enfant à naître (*embryon in utero et in vitro*) doit passer par la répression pénale de sa vie. Cf. *infr*a chapitre second.

[1378] Le préambule de la Constitution de 1946 a fait de la santé un devoir de l'État.

[1379] G. GUIDICELLI DELAGE, « DROIT À LA PROTECTION DE LA SANTÉ ET DROIT PÉNAL EN FRANCE », *RSC* 1996, 13.

[1380] A. Bertrand Mirkovic, L*a notion de personne, étude visant à clarifier le statut juridique de l'enfant à naître*, *op. cit*. p. 355 et s.

[1381] Le droit du travail protège la femme enceinte directement à travers l'interdiction de la prise en compte de son état de grossesse et les licenciements abusifs.

[1382] L'employeur est tenu d'informer de manière générale les femmes sur les effets potentiellement dangereux de l'exposition à certaines substances nocives sur la fertilité, l'embryon, le fœtus ou l'enfant.

toxoplasmose[1383], l'exposition à des produits antiparasitaires dont l'étiquetage indique qu'ils peuvent provoquer des altérations génétiques héréditaires ou des malformations congénitales, ou qui sont classées cancérogènes ou mutagènes, l'exposition au plomb métallique et ses composés ainsi que les travaux en milieu hyperbare[1384]. L'article D. 4152-4 du Code du travail, quant à lui, prévoit que : « Les travailleurs exposés à des rayonnements ionisants sont informés des effets potentiellement néfastes de l'exposition aux rayonnements sur l'embryon, en particulier lors du début de la grossesse, et sur le fœtus». De son côté, l'article L. 122-25-1-1 du Code du travail prévoit que pour le travail de nuit, la salariée peut demander à être affectée à un travail de jour pendant la durée de sa grossesse[1385]. Pour tous les autres risques professionnels un aménagement du poste de travail peut être envisagé[1386]. De même la salariée peut bénéficier d'autorisations d'absence sans diminution de rémunération pour se rendre aux examens médicaux obligatoires de surveillance médicale de la grossesse et également pour les suites de l'accouchement. Des autorisations d'absences rémunérées pour suivre des séances de préparation à l'accouchement ainsi que des aménagements d'horaires sont prévues à partir du troisième mois de grossesse. Ces règles protectrices de la santé de l'enfant à naître s'inscrivent dans une logique de protection effective de sa vie.

646. Si le droit organise la protection de la santé de l'enfant à naître[1387], c'est en adéquation avec l'idée selon laquelle pour le corps médical, il est un patient. Messieurs les Professeurs André Chancholle et Claude Sureau[1388], ont constaté que les progrès de la médecine ont permis d'appréhender l'embryon et le fœtus avant sa

[1383] Sauf si son état immunitaire lui permet d'y être exposé.
[1384] Art. D. 4152-3 et s. du Code du travail.
[1385] Si l'employeur est dans l'impossibilité de proposer un autre emploi, il fait connaître par écrit à la salariée ou au médecin du travail les motifs qui s'opposent au reclassement. Le contrat de travail est alors suspendu jusqu'à la date du début du congé légal. La salariée bénéficie d'une garantie de rémunération composée d'une allocation journalière reversée par la sécurité sociale et d'un complément de rémunération à la charge de l'employeur. Lorsqu'une femme enceinte présente des difficultés à son poste de travail, s'il n'est pas possible d'aménager son poste de travail, un arrêt maladie est envisagé en accord avec le médecin traitant et le médecin obstétricien.
[1386] Selon l'article L 1225-7 al. 1er : la salariée qui rencontre des difficultés à son poste, ou ayant des conditions de travail jugées difficiles, bénéficie du droit de rencontrer le médecin de santé au travail, pour envisager un aménagement de son poste durant sa grossesse. Cette affectation temporaire à un autre emploi peut être à l'initiative de la salariée ou de l'employeur.
[1387] Au contraire Monsieur le professeur Pierre Egéa estime qu'il n'existerait pas de protection du fœtus car la notion de santé serait uniquement applicable à la personne qui serait uniquement un autrui distinct de la personne de sa mère, c'est-à-dire vivant et viable. L'analyse procédant ici encore d'une confusion entre les normes visant la personne juridique et les normes visant la protection de la personne humaine ; « Les formes constitutionnelles de la santé » *RDSS,* 2013, 31.
[1388] La vie à son début, coll. Rapports de l'Académie de médecine, 2011, p. 29.

naissance à travers notamment, l'échographie qui permet de voir la morphologie du fœtus, ses organes, de percevoir son sexe, mais encore ses malformations. Des diagnostics anténataux peuvent être posés, des prélèvements peuvent être faits[1389], des interventions dans le but de le soigner[1390]. Ces différentes attentions portées au fœtus démontrent qu'il est considéré par le corps médical comme un patient.

647. Ainsi, on constate que la protection du droit à la vie est assuré notamment à travers la protection de la santé et, de manière incomplète par le droit pénal, en ce qui concerne l'embryon *in vitro*[1391].Cette protection de la vie avant la naissance n'a pas pour objet d'attribuer à l'enfant à naître de droits subjectifs à la vie ou à la santé. Il ne retire aucunement de cette protection objective, de droits subjectifs. En effet, les droits subjectifs sont liés à la personnalité juridique. Or l'être avant la naissance n'en bénéficie pas. Il ne pourrait donc pas faire valoir ces prétendus « droits à » devant une juridiction[1392]. Il bénéficie simplement d'un droit objectif à la protection de sa vie sous réserves des exceptions légales[1393]. Ce droit à la vie anténatale, protégé par le droit objectif, n'est pas, à l'instar de la dignité dont il est issu, un droit absolu.

B) L'absence de caractère absolu du droit à la vie prénatale

648. Un certain nombre d'auteurs ont constaté que la vie de l'être avant la naissance n'était pas protégée de manière absolue et en ont tiré la conclusion selon laquelle il n'existait pas de droit à la vie avant la naissance. Monsieur le professeur Xavier Labbée, considère qu'il ne peut exister un droit à la vie de l'embryon dans la mesure où l'on peut mettre fin à la vie de l'embryon *in utero* par la législation IVG et à celle de l'embryon *in vitro* par la volonté de ses géniteurs ou de manière automatique dans un délai de 5 ans[1394].

649. En d'autres termes, du constat selon lequel la vie de l'embryon et du fœtus n'est pas protégée de manière absolue, découlerait l'absence totale de droit à la vie

[1389] Prélèvement de sang, d'urine, de liquides amniotiques, de peau, biopsie.
[1390] Par exemple: la transfusion, une dérivation urinaire, le traitement d'une hernie diaphragmatique ou d'un spina ou encore la coagulation de vaisseaux dans le cadre d'une grossesse gémellaire.
[1391] Cf. supra p. 424 pour une évolution de ces normes.
[1392] En ce sens A. Bertrand Mirkovic, *op. cit.* p. 359.
[1393] Cf. *infra* dernier chapitre.
[1394] X. Labbée, « L'enfant incestueux, enfant handicapé » *D.* 1997, 544.

pour l'être prénatal. Or, ce raisonnement est la conséquence directe d'une vision absolutiste de la dignité[1395]. En effet, si l'on affirme que la dignité humaine est un principe absolu, cela suppose de l'appliquer en toutes circonstances et que tous les autres principes doivent céder devant lui. Par conséquent, aucune atteinte à la dignité ne peut se justifier, aucune exception à la protection de la vie ne peut se justifier.

650. Or, nous avons constaté que la judiciarisation du principe philosophique de la dignité humaine a conduit à le confronter avec d'autres principes fondamentaux et donc à exclure l'idée d'une dignité par principe absolue. Il faut donc admettre que la dignité de la personne humaine qui implique une protection objective du droit à la vie, peut céder devant un intérêt considéré circonstanciellement comme supérieur. En effet, la vie de l'embryon *in vitro*, *in utero* et du fœtus est protégé au nom de leur dignité qu'ils détiennent en vertu de leur personnalité humaine. Le droit objectif organise la protection de la vie prénatale à travers notamment, la protection de sa santé. Cela n'exclut pas la possibilité de concilier la dignité de cet être et la protection de sa vie en découlant, avec la liberté personnelle de la mère ou encore avec la liberté de la recherche[1396].

651. Monsieur le professeur Bertrand Mathieu considère que le droit à la vie est un droit prééminent susceptible de dérogations en ce sens que « la structuration des droits fondamentaux implique nécessairement leur absence de caractère absolu. Il est dans la nature des droits et libertés fondamentaux d'être conciliables entre eux. En effet, un système juridique imposant des principes indérogeables, mais susceptibles par ailleurs d'entrer en conflit dans l'hypothèse de leur concrétisation, aboutirait nécessairement à un blocage. A cet élément de pur pragmatisme s'ajoutent des arguments plus théoriques. Les droits et libertés fondamentaux se rattachent à des idéologies et à des philosophies différentes relatives à l'homme et à la société »[1397]. Lorsque l'on applique cette analyse à la particularité du droit à la vie prénatal, nous en arrivons à la conclusion qu'il est un droit susceptible de dérogations lorsqu'il entre en conflit avec d'autres droits ou libertés fondamentales.

[1395] En ce sens, voir notamment M. Fabre-Magnan, *op. cit.;* J.-C. Saint Pau, *op. cit.,* p. 122 et s. ; B. Mathieu, *op. cit.*

[1396] En ce sens, B. Mathieu, *Le droit à la vie, op. cit.* p. 109.

[1397] Ibid p. 18. En revanche, l'auteur considère que la dignité humaine serait l'exception qui confirme la règle. Il considère que la dignité est indérogeable mais sans que le droit à la vie bénéficie de cette indérogeabilité.

652. C'est d'ailleurs, en ce sens qu'a été construit l'article 2 de la Convention européenne des droits de l'homme. La plupart des systèmes juridiques européens admettent des dérogations au droit à la vie pour des raisons tenant à la protection de la vie d'autrui, à la préservation de l'ordre public, ou lorsqu'ils sont en conflits avec d'autres droits fondamentaux. Les exceptions à la règle énoncée par l'article 2§1 de la CEDH[1398] ont permis de déterminer une sphère dans laquelle la mort peut être justifiée et varie selon que les États appliquent la peine de mort ou non[1399]. Cela signifie que droit à la vie n'est donc pas absolu pour les personnes juridiques, c'est-à-dire pour l'être humain né vivant et viable. Par conséquent, pourquoi voudrait-on qu'il le soit pour l'être humain avant la naissance?

653. Conclusion du chapitre : Le droit positif protège le droit à la vie de l'être avant sa naissance en posant des normes diverses. Ainsi, lorsqu'il organise la protection de la salariée enceinte, le législateur protège à la fois la salariée et la santé de l'enfant à naître. De même, c'est également dans cet objectif de protection de la santé de l'enfant à naître que le législateur a organisé les examens prénataux. En effet, selon l'article L. 2122-1 du Code de la santé publique, la femme enceinte « bénéficie d'une surveillance médicale de la grossesse et des suites de l'accouchement qui comporte, en particulier, des examens prénataux et postnataux obligatoires, pratiqués ou prescrits par un médecin ou une sage-femme. La déclaration de grossesse peut être effectuée par une sage-femme. Lorsque, à l'issue du premier examen prénatal, la sage-femme constate une situation ou des antécédents pathologiques, elle adresse la femme enceinte à un médecin ». Les examens médicaux obligatoires des femmes enceintes, prévus à l'article L. 2122-1 du Code de la santé publique, sont au nombre de sept pour une grossesse évoluant jusqu'à son terme[1400]. Le premier examen médical prénatal doit avoir lieu avant la fin du troisième mois de

[1398] « Le droit de toute personne à la vie est protégé par la loi. La mort ne peut être infligée à quiconque intentionnellement, sauf en exécution d'une sentence capitale prononcée par un tribunal au cas où le délit est puni de cette peine par la loi ».
2. La mort n'est pas considérée comme infligée en violation de cet article dans les cas où elle résulterait d'un recours à la force rendu absolument nécessaire :
a)pour assurer la défense de toute personne contre la violence illégale ;
b) pour effectuer une arrestation régulière ou pour empêcher l'évasion d'une personne régulièrement détenue ;
c) pour réprimer, conformément à la loi, une émeute ou une insurrection».

[1399] Le protocole n° 6 a considérablement réduit le champ d'application de la peine de mort.

[1400] Les examens proposés aux femmes enceintes consistent en des échographies qui peuvent être pratiquées à l'hôpital ou en cabinet particulier, et des prises de sang.

grossesse. Les autres examens doivent avoir une périodicité mensuelle à partir du premier jour du quatrième mois et jusqu'à l'accouchement[1401]. La femme enceinte se voit remettre un carnet de grossesse où sont mentionnées toutes les constatations importantes concernant le déroulement de la grossesse et la santé de la future mère[1402].

654. A travers ce contrôle de la grossesse et de la santé de la mère, c'est la santé de l'enfant *in utero* qui est également visée. D'ailleurs, ce contrôle est assorti d'une contrainte, puisqu'aux termes de l'article L. 533-1 du Code de la sécurité sociale « le versement de la prime à la naissance est subordonné à la justification de la passation du premier examen prénatal médical obligatoire de la mère prévu en application de l'article L. 2122-1 du Code de la santé publique ». Cette menace d'un défaut de versement est instiguée dans le but d'inciter la mère au suivi médical de sa grossesse. Ce sont donc des normes protectrices qui sont organisées par le droit et qui ont pour objet de protéger la santé de l'enfant *in utero*, considéré comme un patient à part entière par le corps médical. La protection de la santé de l'enfant à naître est issue de la reconnaissance du droit à la vie dont il bénéficie au titre de sa qualité de personne humaine. L'enfant avant sa naissance est donc titulaire d'une dignité humaine lui ouvrant le droit à une protection de sa vie. L'existence de dérogations législativement organisées signifie que ce droit à la vie n'est pas absolu. La protection de la vie anténatale telle qu'elle existe actuellement est insuffisante au regard de la dignité et de la personne humaine qu'elle est censée promouvoir. En effet, en refusant d'incriminer l'homicide de l'enfant à naître, la jurisprudence criminelle organise son exclusion de l'humanité.

[1401] Art. R. 2122-1 du Code santé publ.
[1402] Art. L. 2122-2 Code santé publ.

Chapitre second : L'articulation de la protection pénale de l'être prénatal et des atteintes justifiées à sa vie

655. La condition pénale de l'enfant à naître a été caractérisée par une indétermination législative. De plus les progrès scientifiques ont conduit l'embryon *in vitro* à être disponible, manipulable en dehors du corps maternel et, parallèlement, le législateur a organisé la protection pénale de la liberté procréative[1403]. Celle-ci s'est manifestée notamment par la possibilité de recourir à l'IVG. Les deux évènements ont été liés abusivement: « Le pouvoir des scientifiques sur les embryons *in vitro* résultant ontologiquement du pouvoir des femmes sur des embryons non désirés *in utéro* »[1404]. L'objet de ce chapitre est de tenter de dissiper les dernières incertitudes qui règnent autour de la condition pénale de l'enfant à naître. Pour cela, il nous faudra comprendre comment peut se faire, de manière cohérente, la jonction entre la protection pénale de la vie de l'être avant la naissance et l'existence d'atteintes justifiées à sa vie. Nous avons exposé que l'être avant la naissance était une personne humaine titulaire d'une dignité[1405]. Or, le droit pénal est « l'outil privilégié» de la protection de la personne humaine et des atteintes à sa dignité. Par conséquent, il serait incohérent d'affirmer d'un côté que l'être avant la naissance est titulaire d'une dignité au nom de sa personnalité humaine, et de l'autre, lui refuser de pouvoir déployer effectivement cette personnalité. Il est de l'essence même du droit pénal d'assurer la protection de la vie de l'être avant la naissance au nom de sa personnalité humaine (Section première). Cette protection ne doit ni se lire, ni conduire, à une négation de la législation sur l'IVG ou encore sur la recherche embryonnaire. L'objet de la section seconde sera donc de démontrer comment peut s'établir un équilibre entre la sanction pénale des atteintes injustifiées à la vie de l'être humain et l'existence d'atteintes justifiées par le législateur (Section seconde).

Section I : La nécessaire protection pénale de la dimension humaine de l'être avant la naissance

[1403] La notion de liberté procréative sera définie à la section seconde.
[1404] M.-A. Hermitte*, Le droit saisi au vif,* coll. Pragmatismes, éd. Petra, 2013, p. 140.
[1405] Cf supra. p. 337-347.

656. Le législateur a distingué deux notions au sein de son article 16, celle d'être humain et celle de personne. En effet, cet article a affirmé la primauté de la personne en interdisant toute atteinte à la dignité de celle-ci et le respect de l'être humain dès le commencement de sa vie. Dès lors, on constate la coexistence de deux notions distinctes : celle de personne et celle d'être humain. Dans le même sens, la Convention d'Oviedo a opéré une distinction similaire en inversant l'ordre de la protection. En effet, elle a garanti à toute personne le respect de son intégrité et, à l'être humain la protection de sa dignité. De son côté, le Conseil constitutionnel a estimé que le respect de l'être humain s'imposait en tant que garantie légale du principe de dignité[1406]. Dès lors, les instruments juridiques nationaux et internationaux consacrent la coexistence de l'humain et de la personne. Nous avons, de notre côté, fait le lien entre la dignité l'être humain et de la personne grâce à la notion de personne humaine[1407]. En effet, la notion d'être humain est une notion biologique, dont la projection est, en droit, la notion de personne humaine. Le droit pénal, a permis de révéler les contours de la personne humaine en organisant sa protection aux côtés de la personne juridique (§1). Dès lors, puisque le droit pénal protège la personne humaine, il se doit d'organiser la protection de la vie de l'enfant à naître (§2).

§1) La coexistence de la personne humaine et de la personne juridique en droit pénal

657. Le droit a intégré cette dichotomie en protégeant la personne humaine autour de laquelle tout semble tourner[1408]. En effet, de nombreuses catégories juridiques sont fondées sur la notion biologique d'être humain. Le droit pénal a intégré les notions de vie, d'espèce, d'humanité, d'intégrité physique. Ce sont autant de notions qui renvoient à la dimension biologique de la personne et à la protection de la personne humaine (B). En revanche, il serait faux de dire que tout tourne autour de la personne humaine. Le droit pénal protège la personne juridique notamment à travers la sanction des atteintes à la personnalité juridique (A).

[1406] DC. 29 juillet 1994, *op. cit.*
[1407] Cf. supra deuxième partie titre premier chapitre premier.
[1408] Sur cette idée voir G. Beaussonie, « Les bornes de la personnalité juridique en droit pénal », *Dr. fam,* n° 9, dossier 5.

A) La protection pénale de la dimension juridique de la personne

658. Lorsque le droit pénal a intégré la responsabilité pénale des personnes morales[1409], il a consacré la personne juridique comme une construction intellectuelle permettant l'établissement de rapports juridiques entre des sujets de droits[1410]. La personne juridique est un artefact, une construction juridique nécessaire à l'organisation de la vie juridique[1411]. L'attribution de la personnalité juridique à des entités non humaines s'explique donc par la nature fonctionnelle de la personnalité juridique. A partir du moment où le droit pénal a intégré la responsabilité pénale des personnes morales[1412], il en a fait un sujet de droit pénal à part entière. En effet, la personne juridique n'est pas seulement le sujet responsable pénalement mais elle est également une victime potentielle.

659. La protection de la dimension juridique de la personne qu'elle soit physique ou morale est particulièrement perceptible à travers les infractions comme le vol[1413], l'escroquerie[1414], l'abus de confiance[1415], ou les dégradations du bien d'autrui[1416]. Ce sont des infractions qui ont pour objet la protection du patrimoine de la personne juridique en tant qu'émanation de la personnalité juridique[1417]. Ces infractions peuvent donc avoir pour victime la personne morale ou la personne physique car ce qui est protégé c'est la dimension juridique de la victime-sujet-de-droit. Ainsi, en faisant de la personne morale une victime potentielle, le droit pénal a ainsi admis la protection de la dimension juridique de la personne.

660. Monsieur le Professeur Guillaume Beaussonie considère que, le droit pénal, lorsqu'il protège les droits de la personnalité, les envisage sous l'angle des droits de propriété de la personne sur une partie d'elle-même « (…) les infractions contre la personnalité empruntent une forme similaire, se constituant par la mainmise non autorisée d'un tiers sur un attribut de la personnalité d'autrui. Précisément, chacune

[1409] Cf *supra*, première partie titre premier, chapitre premier, section deux, paragraphe deux.
[1410] F. Rousseau, « La victime des infractions contre les personnes: personne humaine ou personne juridique? », *op. cit.* p. 805.
[1411] Cf. *supra*, premier partie, titre premier
[1412] Art. 121-2 C. pén.
[1413] Art. 311-1 C pén.
[1414] Art. 313-1 C. pén.
[1415] Art. 314-1 C. pén.
[1416] Art. 322-1 et s. C. pén.
[1417] Sur cette idée voir notamment F. Rousseau, *op. cit.*

des atteintes alors sanctionnées parait susceptible de se rattacher à l'un des comportements interdits en tant qu'appropriations frauduleuses »[1418]. Or, cette analyse traduit l'idée que les droits de propriété sont, par nature, des droits qui appartiennent au sujet de droit. Dès lors, lorsqu'il protège la voix, l'image, les correspondances, les informations génétiques, le droit pénal protège plus particulièrement la personne juridique car ce sont des atteintes à la personnalité du sujet de droit. L'image, la voix, l'intimité sont des attributs de la personne juridique. La personnalité juridique est comprise comme un ensemble d'éléments constituant l'individualité d'une personne en tant que sujet de droit, c'est-à-dire titulaire d'une personnalité juridique.

661. C'est en ce sens qu'il faut donc comprendre l'extension des droits de la personnalité aux personnes morales. Ils sont liés à la juridicité de la personne et non à son humanité. En revanche, certains droits de la personnalité ont été conçus en référence au fondement humain de la personne juridique (c'est pourquoi l'on parle alors de personne physique) et s'appliquent difficilement à la personne morale[1419]. Ainsi en est-il des infractions relatives au traitement des données personnelles qui renvoient expressément à la personne physique[1420], ou encore des atteintes résultant de l'examen des caractéristiques génétiques[1421].

662. Au sein de son chapitre VI, le Code pénal envisage les atteintes à la personnalité à travers les infractions relatives aux atteintes à la vie privée[1422], aux atteintes à la représentation de la personne[1423], à la dénonciation calomnieuse[1424], au secret professionnel[1425], au secret des correspondances[1426]. Ces infractions ont pour victime la personne juridique, et ne sont donc pas des atteintes à l'humanité de la personne mais à sa personnalité juridique. En effet, ces infractions gravitent autour de la notion de personnalité et permettent d'affirmer que la valeur pénalement protégée est la singularité de la personne, son individualité. Or, lorsque l'on envisage la singularité et l'individualité, c'est bien la personne juridique qui est en cause. Ces

[1418] *Ibid.*
[1419] F. Rousseau, *op. cit.* p. 816.
[1420] Art. 226-16-1 et 226-18-1 C. pén.
[1421] Art. 226-25 et s C. pén.
[1422] Art. 226-1 à 226-7 C. pén.
[1423] Art. 226-8 à 226-9 C. pén.
[1424] Art. 226-10 à 226-12 C. pén.
[1425] Art. 226-13, 226-14, 226-15 C. pén.
[1426] Art. 226-15 C. pén.

infractions peuvent donc se concevoir aisément à l'égard de la personne morale puisque c'est une personne juridique. A partir du moment où le support de l'infraction est la personnalité juridique, l'infraction peut donc s'appliquer indistinctement à la personne morale ou à la personne physique. C'est d'ailleurs le fondement de la protection pénale du domicile[1427] et des correspondances de la personne morale[1428].

663. Monsieur le professeur Jean-Christophe Saint-Pau a conclu que « dotées de la personnalité juridique, les personnes morales bénéficient de tous les attributs extrapatrimoniaux qui ne sont pas exclusivement attachés à la personne humaine »[1429]. A côté de la protection pénale de la dimension juridique de la personne, le droit pénal protège également la personne humaine.

B) L'existence d'infractions fondées exclusivement sur l'humain

664. A côté de la protection de la personnalité juridique, le droit pénal a organisé la protection de la personnalité humaine. Dès lors, il existe des infractions (notamment celles issues du droit pénal de la bioéthique) qui renvoient exclusivement à l'humain (2). Cette référence à l'humain est la cause du refus de l'extension de certaines infractions aux personnes morales (1).

1) Le refus de la qualité de victime à la personne morale

665. Cette négation peut être illustrée par l'arrêt de la chambre criminelle du 5 avril 2011[1430] qui est venu préciser que « l'infraction de risques causés à autrui relève de la

[1427] Cass. crim., 23 mai 1995, Bull. crim. 1995, n° 193*; Dr. pén*. 1995, comm. 220, M. Véron ; *RTD civ*. 1996, p.130, obs. J. Hauser ; CEDH, 16 avr. 2002, n° 37971/97, Sté Colas Est c/ France: *JCP G* 2002, I, 153, n° 11, obs. Besrour; *JCP E* 2003, I, 492, n° 5, obs. Raynaud ; Europe 2002, comm. 307, Deffains AJDA 2002, 502, obs. Flauss ; D. 2003, p. 527, obs. Birsan ; *D*. 2003, p. 1541, obs. A. Lepage.

[1428] CA Paris, 9 juin 1995 : Dr. pén. 1995, 221, M. Véron; CA Aix-en-Provence, 5e ch. corr., 20 octobre 1999 : JurisData n° 1999-115678 ; CEDH, 28 juin 2007, *Association pour l'intégration européenne et les droits de l'homme et Ekimdjiev c/ Bulgarie*, req. n°62540/00.

[1429] J.-C. Saint Pau, « Droit au respect de la vie privée et droit pénal », *Dr. pénal,* 2011, étude 20.

[1430] Cass. crim., 5 avr. 2011, n° 09-83. 277, *Dr. pénal*, 2011, comm. 88, note M. Veron. Un incendie s'était déclaré sur un site où une société entreposait des déchets dangereux. La combustion de ces déchets avait alors exposé les salariés de l'entreprise ainsi que ceux de l'entreprise étant intervenue pour combattre l'incendie à des risques très sérieux d'infirmité permanente voire de décès. Des

catégorie des atteintes à la personne humaine dont la sanction est exclusivement destinée à protéger la personne physique. La cour d'appel, en indemnisant un préjudice d'image subi par une personne morale, étranger à la valeur protégée par l'article 223-1 du Code pénal, a méconnu le texte susvisé et le principe ci-dessus rappelé ».

666. Cet arrêt est intéressant à double titre puisqu'il témoigne de la confusion persistante entre la notion de personne humaine et de personne juridique. En effet, la Cour de cassation affirme que l'infraction de risques causés à autrui protège la personne physique et relève des atteintes à la personne humaine. Or, ici la Cour de cassation semble confondre la personne physique et la personne humaine qui ne renvoient pourtant pas à la même réalité. Alors que toutes les personnes physiques ont pour fondement des êtres humains, la personne humaine n'est pas nécessairement une personne physique, c'est le cas des êtres avant la naissance et après la mort. Au second plan, l'arrêt est venu rappeler la dimension humaine de la victime du délit d'exposition d'autrui à risque ,« (…) le fait d'indemniser un préjudice d'image subi par une personne morale est étranger à la valeur protégée par l'article 223-1 du Code pénal. Il est en effet indiscutable que ce texte figure dans le Livre II qui regroupe les « Crimes et délits contre les personnes » et, plus précisément, au chapitre III qui incrimine « la mise en danger de la personne ». Quant à l'élément matériel de l'infraction, il doit se traduire par le fait d'exposer autrui à un risque immédiat de mort ou de blessures de nature à entraîner une mutilation ou une infirmité permanente. De toute évidence, ces termes ne sauraient concerner les personnes morales et l'interprétation stricte s'oppose à toute extension de l'incrimination ». Ainsi, la chambre criminelle a admis qu'il existait des infractions dont la référence était la personne humaine qui ne pouvaient être applicables aux personnes morales[1431] « Autrui visée par cette infraction n'est pas la personne juridique substrat de la personne morale. L'infraction renvoie plutôt à la dimension humaine de la personne.

---

poursuites ont alors été engagées contre un dirigeant de la société pour mise en danger d'autrui sur le fondement de l'article 223-1 du Code pénal. La commune sur le territoire de laquelle se trouvait le site s'était ainsi constitué partie civile car elle s'estimait victime d'un préjudice d'image en raison de la publicité négative donnée par la presse. La cour d'appel a condamné les prévenus et a fait droit à la demande de la partie civile à laquelle elle a alloué des dommages-intérêts. Les condamnés ont donc formé un pourvoi.

[1431] Voir en ce sens, F. Rousseau, « La victime des infractions contre les personnes: personne humaine ou personne juridiquue" , *RPDP* 2012 p. 805.

2) Les infractions ayant pour objet unique la protection de l'humain

667. C'est la personne humaine qui est le fondement des crimes contre l'humanité[1432], des crimes contre l'espèce humaine[1433], des atteintes à la vie[1434], et de manière générale des atteintes à l'intégrité physique de la personne[1435]. C'est notamment à travers l'étude des crimes contre l'humanité et de l'espèce humaine que l'on peut faire cette lecture[1436]. Madame le Professeur Mireille Delmas-Marty constate que ces crimes se distinguent des crimes ordinaires en ce qu'ils ont pour objet de nier la singularité de chaque être humain et son égale appartenance à la communauté humaine[1437]. Le droit pénal protège l'humain en interdisant notamment la destruction de sa vie, la fabrication de la vie contraire à la dignité. A travers ces incriminations c'est l'humain qui est au cœur de ce que Madame le professeur Mireille Delmas-Marty dénomme « le droit pénal de l'inhumain »[1438].

668. Les infractions relatives à l'éthique biomédicale[1439] ont pour finalité la défense de l'humain en tant qu'individu biologique et dans son appartenance à la communauté humaine, à l'espèce humaine[1440]. C'est la dimension humaine qui est ici protégée par ces infractions dont la victime est nécessairement la personne humaine. Monsieur le Professeur Patrick Mistretta relève que la biomédecine a permis de développer des techniques comme le clonage ou encore le diagnostic préimplantatoire qui sont des techniques attentatoires à la dignité du genre humain[1441] justifiant la création d'infractions relatives à l'éthique biomédicale. La *ratio legis* de ces infractions est nécessairement la personne humaine appréhendée dans son individualité comme dans son appartenance à la collectivité qu'est l'espèce

[1432] Art. 211-1 à 213-5 C. pén.
[1433] Art. 214-1 à 215-4 C. pén.
[1434] Art. 221-1 à 221-7 C. pén.
[1435] Art. 222-1 à 222-33 C. pén.; 223-1 à 223-15-4 C. pén.; 224-1 à 224-5-2 C. pén.; 225-1 à 225-18-1 C. pén.
[1436] Cf. *supra* p. 277 à 286.
[1437] M. Delmas-Marty, « Humanité, espèce humaine et droit pénal » *RSC*, 2012, 495.
[1438] *Ibid.*
[1439] Art. 511-1 à 511-25-1 C. pén.
[1440] Sur cette idée voir P. Mistretta, *Droit pénal médical,* Cujas, 2013, p. 374 et s.
[1441] P. Mistretta, «La protection de la dignité de la personne et les vicissitudes du droit pénal », *JCP G* 2005, I, 100.

humaine. C'est bien l'humain dans son appartenance à l'espèce humaine qui est protégé à travers les articles 214-1 à 214-4[1442] et 511-1[1443] du Code pénal.

669. Ainsi, Le crime d'eugénisme contenu à l'article 214-2[1444] du Code pénal vise sans les définir[1445] les pratiques qui organisent la sélection des personnes[1446]. Ces pratiques consistent soit, à limiter la reproduction des individus porteurs de caractères jugés défavorables, ou à promouvoir celle des individus porteurs de caractères jugés favorables[1447]. Le Code pénal vise la prohibition de la sélection automatique, obligatoire et généralisée de l'humain[1448]. L'élément matériel de l'infraction de l'eugénisme vise les techniques d'interventions génétiques positives qui permettent de mettre en œuvre une pratique d'amélioration du génome humain, les interventions négatives comme la stérilisation forcée ou les actes d'euthanasie[1449]. L'élément moral de l'infraction se détermine dans la mise en œuvre d'une pratique eugénique tout en sachant qu'elle tend à l'organisation de la sélection des personnes. La victime de l'eugénisme est la personne humaine tant dans son acception d'individu de chair et d'os que dans son appartenance à l'espèce humaine[1450]. En effet, les caractéristiques génétiques d'un individu contribuent à la constitution d'un patrimoine commun à l'espèce humaine appelé le génome humain[1451] qui « sous-tend l'unité fondamentale de tous les membres de la famille humaine, ainsi que la reconnaissance de leur dignité et de leur diversité »[1452] .

670. Le clonage reproductif actif[1453] est sanctionné pénalement comme un crime en ce qu'il transgresse les règles de la procréation humaine en faisant naître un enfant génétiquement identique à une autre personne vivante ou décédée. La technique du clonage reproductif actif consiste à procéder à une intervention dont l'objectif est la

[1442] Ce sont les crimes d'eugénisme et de clonage reproductif.
[1443] Délits contre l'espèce humaine.
[1444] Principe de l'interdiction de l'eugénisme contenu dans l'article 16-4 alinéa 2 du Code civil. C'est une infraction pénale depuis la loi du 6 aout 2004.
[1445] Absence de précision volontaire qui permet de réprimer toutes les formes d'eugénisme.
[1446] De même que l'interdiction de la propagande ou la publicité en faveur de l'eugénisme à l'article 511-1-2 du Code pénal.
[1447] En ce sens voir *Le petit Larousse illustré* V. Eugénisme.
[1448] En revanche, l'eugénisme au cas par cas est admis dans des conditions prévues par les textes qui relèvent d'une décision individuelle et s'analyse comme une dérogation cf. infra section 2.
[1449] En ce sens C. Byk, « Crimes contre l'espèce humaine », *JCL pén.*, art. 214-1 à 215-4 fasc. 20, n° 11.
[1450] Voir notre approche de la personne humaine deuxième partie, titre premier, chapitre premier, section deux
[1451] *Ibid.*
[1452] Article premier Déclaration universelle sur le génome humain et les droits de l'homme, pt. n° 11.
[1453] Art. 214-2 C. pén; art. 16-4 C. civ.

création d'une personne possédant les mêmes caractéristiques génétiques qu'un autre individu[1454]. C'est une infraction formelle qui est constituée à partir du moment où le but est la naissance d'un enfant cloné[1455]. L'infraction est à la fois, une atteinte à la personne en tant qu'individu puisque c'est justement son individualité, sa particularité génétique qui lui est déniée[1456], et une atteinte à l'espèce humaine de manière plus générale[1457]. Le clonage reproductif passif[1458] consiste quant à lui dans le fait de se prêter à un prélèvement de cellules ou de gamètes dans le but de faire naître un enfant cloné. Ici, l'infraction vise principalement le corps médical alors que l'infraction de clonage reproductif passif vise la personne qui donne ses gènes. L'acte matériel est réalisé par la fourniture d'un patrimoine génétique.

671. Les infractions d'eugénisme ou de clonage sont des infractions qui ont pour victime la personne humaine. Parfois, c'est l'être humain au sens biologique qui est visé, parfois c'est l'appartenance à l'espèce humaine qui est protégée, et parfois, l'infraction concerne les deux. Cela nous permet de constater que le droit pénal sait organiser la protection de la personne juridique parallèlement à la protection de la personne humaine. C'est pourquoi l'absence de protection pénale rendant difficilement compréhensible la situation pénale actuelle de l'enfant à naître.

§2) Les nécessités de la protection pénale de l'être avant la naissance

672. L'enfant à naître est titulaire d'une dignité humaine qu'il détient au nom de sa qualité de personne humaine. De cette dignité, découle un droit à la vie protégé par le droit objectif. Or, c'est justement par le biais du droit pénal et plus particulièrement de l'incrimination des atteintes à la vie que ce droit devient effectif. Dès lors, pour assurer l'effectivité du droit à la vie de l'être avant la naissance, le droit pénal doit en prévoir l'incrimination (A). En refusant d'incriminer les atteintes à la vie de l'être

[1454] La technique consiste à implanter le noyau cellulaire dans un cytoplasme d'ovocyte évidé de son propre noyau. Le clonage thérapeutique est sanctionné dans le Code pénal à l'article 511-18-1.
[1455] En ce sens P. Mistretta, *op. cit.* p. 379.
[1456] C'est pourquoi lorsque le clonage a conduit à la naissance d'un enfant, le législateur a prévu de faire courir le délai de prescription à compter de la majorité de cet enfant, article 215-4 du Code pénal.
[1457] L'infraction reflète le double visage de la personne humaine : individualité de l'être humain et appartenance à la communauté humaine.
[1458] Art.511-1 C. pén. La provocation au clonage reproductif passif est également sanctionnée à l'article 511-1-2 C. pén.

avant la naissance, la jurisprudence porte alors atteinte à la dignité de personne humaine qu'est l'être humain avant la naissance (B).

A) L'indispensable incrimination des atteintes à la vie de l'être humain avant la naissance

673. Le droit à la vie est un droit objectivement protégé, parce qu'il est un droit essentiel, la substance de tous les autres. Il est qualifié de droit fondamental (1) ce qui justifie le recours à l'incrimination pénale pour assurer l'effectivité de sa protection (2).

1) Le caractère fondamental du droit à la vie

674. Affirmer que le droit à la vie est un droit fondamental impose quelques clarifications préalables. En effet, il existe une imprécision dans la notion même de droit fondamental. Pour une partie de la doctrine, l'expression « droits fondamentaux » engloberait d'autres notions comme les droits de l'homme et du citoyen, les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République, ou encore la notion de libertés publiques[1459]. Si nous nous accordons sur le fait que les expressions droits et libertés fondamentaux désignent le même ensemble[1460], en revanche, une distinction s'impose entre droits de l'homme et droits fondamentaux.

675. L'expression même des droits de l'homme est antérieure à celle de droits fondamentaux[1461]. Elle trouve son origine dans la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 et elle figure ensuite dans la Déclaration universelle des droits de l'homme de 1948, puis dans la Convention européenne des droits de l'homme de 1950[1462]. Ces textes garantissent à l'individu des droits universels inhérents à sa qualité de personne juridique les droits consacrés étant essentiellement civils et politiques. Les droits de l'homme viseraient l'homme revêtu de sa qualité de personne juridique.

[1459] Voir en ce sens M. Delmas-Marty, *Libertés et droits fondamentaux*, essais, 2002, p. 12.
[1460] En ce sens L. Favoreu, *Droit des libertés fondamentales*, Dalloz, 5ème éd. 2009, p. 70.
[1461] Expression utilisée pour la première fois dans la décision du Conseil constitutionnel n° 89-269 du 22 janvier 1990 considérant n° 33.
[1462] En ce sens, C. Denizeau, *Droit des libertés fondamentales*, Vuibert, 3ème éd., 2014, p. 4.

676. L'intérêt du recours à la notion de droit fondamentaux est de couvrir un champ plus vaste que celle des droits de l'homme tant au regard de son contenu que de ses destinataires. De ce fait, la liste des bénéficiaires des droits fondamentaux est plus large et non fermée[1463].

677. La seconde difficulté de l'appréhension de la notion de droits fondamentaux réside dans l'adjectif même de « fondamental ». En effet, une partie de la doctrine[1464], considère le droit fondamental en raison du sujet même de ce droit qui est l'homme. Ainsi, selon cette conception les droits seraient fondamentaux parce qu'ils seraient inhérents à l'homme en tant qu'il est homme et fondement de tout droit. Par conséquent, « la fondamentalité d'un droit s'expliquerait par son fondement justnaturaliste qui conduit à le reconnaître comme une valeur consubstantielle à l'homme qui structure l'ordre juridique (…) le droit à la vie et le droit au respect de la dignité sont des droits qui s'imposent au législateur non pas parce que ce dernier l'aurait bien voulu, mais parce que ces droits sont consubstantiels à l'homme »[1465]. Pour une autre partie de la doctrine[1466], la fondamentalité d'un droit s'expliquerait en raison de sa position dans la hiérarchie des normes, ce serait une fondamentalité hiérarchique. Ainsi, un droit serait dit fondamental à partir du moment où il serait reconnu comme tel par le juge constitutionnel[1467].

678. Pour notre part, nous considérons que le droit fondamental se définit à la fois par son caractère consubstantiel à l'homme et par la reconnaissance de sa valeur constitutionnelle. Monsieur le Professeur Bertrand Mathieu considère que « les droits fondamentaux sont nommés ainsi non seulement parce qu'ils revêtent une grande importance, mais aussi parce qu'ils fondent l'exercice du pouvoir politique et que leur respect représente une condition de sa légitimité (…) Ces droits

---

[1463] *Ibid.*
[1464] Voir notamment sur cette position A. Trimarco Marciali, « Droits fondamentaux et protection de la vie humaine prénatale dans la jurisprudence administrative », *op. cit.*
[1465] *Ibid.*
[1466] Ribes, *L'État protecteur des droits fondamentaux : recherche en droit comparé sur les effets des droits fondamentaux entre personnes privées*, thèse, Université Paul Cézanne, Aix-Marseille III, 2005, p. 55.
[1467] En ce sens T. Renoux, *Protection des libertés et des droits fondamentaux*, Les notices, 2007, avant-propos.

fondamentaux (…) ne s'appliquent que parce qu'ils sont portés par le vecteur des normes juridiques qui constituent le droit positif »[1468] .

679. Le droit à la vie est un droit fondamental conçu pour protéger le processus biologique conditionnant l'existence de l'être humain. Le droit à la vie protégé par le droit objectif est consubstantiel à l'humain tout comme l'est la dignité, il conditionne l'existence de tous les autres droits[1469]. Son efficacité est liée à sa reconnaissance directe ou indirecte par les textes fondamentaux[1470].

680. Lorsque le Conseil constitutionnel s'est prononcé relativement à l'examen de la loi de 1975 sur l'interruption volontaire de grossesse, il a admis implicitement que l'embryon bénéficiait d'un droit à la vie[1471]. En effet, en admettant la validité des dispositions qui lui sont soumises, le Conseil n'a admis la validité des dispositions IVG qu'en cas de nécessité et sous certaines conditions[1472]. De même, lorsqu'il s'est prononcé à l'occasion des lois bioéthiques, il a lié le principe de dignité au droit à la vie en faisant du second la garantie légale du premier. Dès lors, pour Monsieur le Professeur Xavier Bioy, le droit à la vie serait donc un droit fondamental dans la mesure où il s'impose à l'ordre public et peut s'appliquer objectivement au fœtus. « sa valeur constitutionnelle ou quasi-constitutionnelle, en tout cas conventionnelle, en fait formellement un droit fondamental devant se concilier avec d'autres »[1473].

681. Néanmoins, il faut d'ores et déjà préciser que la valeur hiérarchique du droit fondamental n'implique pas son indérogeabilité. La structuration même des droits fondamentaux induit leur absence de caractère absolu. Il est en effet dans la nature des droits et libertés fondamentaux d'être conciliables entre eux. Un système

---

[1468] B. Mathieu*, Droit à la vie, op. cit*. p. 11.
[1469] Ibid.p. 16 .
[1470] *Ibid*. p. 11.
[1471] L. Favoreu, et L. Philip, *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, Dalloz, 2003. J.-B D'Onorio a considéré que suite à sa décision de 1994, le seul principe constitutionnel serait celui de la sauvegarde de la dignité de la personne humaine, les autres assureraient le respect du principe constitutionnel. Ainsi, le principe du respect de l'être humain dès le commencement de sa vie, corrélatif de la dignité de la personne humaine, serait de nature i*nfra* constitutionnelle mais *supra*-législatif car son contenu est aménageable mais sa substance inchangeable. *Le respect de la vie en droit français*, *op. cit.,* p. 44-45. En revanche, une autre partie de la doctrine considère que le Conseil ne lui a accordé qu'une valeur législative. En ce sens F. Luchaire, « Le Conseil constitutionnel et l'assistance médicale à la procréation» *RDP*, 1995, p. 1653.
[1472] B. Mathieu*, Droit à la vie, op. cit*. p. 25.
[1473] X. Bioy, *Le concept de personne humaine en droit public*, *op. cit*. p. 791.

juridique imposant le contraire conduirait nécessairement à des blocages[1474]. Dès lors, le droit à la vie est un droit fondamental qui peut se concilier avec d'autres droits ou libertés fondamentales.

2) L'incrimination pénale comme garantie de la protection effective[1475] du droit à la vie

682. L'incrimination est la réprobation d'un comportement par le législateur en le rendant punissable par le biais de l'infraction[1476]. L'incrimination est le fruit d'une préoccupation préventive car, en s'engageant dans la répression, le législateur souhaite prévenir la réalisation d'un comportement jugé menaçant[1477]. L'incrimination est donc le fait d'une intervention dictée par le danger social justifiant que le législateur remonte « la chaîne des comportements susceptibles d'en permettre la réalisation pour les interdire en les érigeant en infraction »[1478]. Monsieur le Professeur Yves Mayaud constate que « la mort d'une personne, qui, considérée dans ce qu'elle peut générer de désordre, est une réalité que le législateur redoute. C'est le cas si elle atteint injustement autrui, mais ce n'est plus l'hypothèse lorsqu'elle relève d'un comportement suicidaire. La mort peut donc être perçue comme une menace sur un plan social, pour les retombées négatives qui lui sont associées, et il est aisé de comprendre qu'une prévention bien comprise s'impose à ce titre. Elle sert de référence au législateur, pour correspondre à un résultat sociologiquement dérangeant, et l'amener à une réaction destinée à en prévenir les manifestations ». L'incrimination semble être le moyen privilégié d'assurer la protection de certaines valeurs sociales. Selon Messieurs les Professeurs Roger Merle et André Vitu l'incrimination est « la description d'une certaine conduite humaine, que le législateur interdit ou impose aux individus, parce qu'il estime que la prohibition ou

[1474] B. MAtthieu, *op. cit*. p. 18-19.
[1475] Une protection effective s'entend d'une protection non conditionnée par des présupposés éthiques ou philosophiques, mais fondée sur la recherche des conditions normatives fournie par le droit. En ce sens voir, C. M. Mazzoni, *La protection réelle de l'embryon*, *Droit et Société*, 2005, p. 500.
[1476] Yves MAyaud, *Droit pénal général, PUF, coll. Droit fondamental, 4ème éd. 2013, p. 42*.
[1477] En ce sens voir notamment, A. Decoq, *Droit pénal général*, p. 171 ; Ph. Conte et P. Maistre du Chambon, *Droit pénal général,* p. 167.
[1478] Yves Mayaud, *op. cit.*

l'obligation d'agir établie par lui est le seul moyen d'assurer la protection de certaines valeurs sociales ou de certains biens juridiques »[1479].

683. Ainsi, s'expliquent les obligations positives[1480] imposées par la Cour EDH qui sont des obligations de pénalisation des atteintes aux droits fondamentaux lorsqu'elles sont l'œuvre des autorités étatiques. Le droit à la vie, consacré par l'article 2 de la Convention européenne des droits de l'homme, est placé au sommet de la hiérarchie des droits fondamentaux. Par conséquent, la Cour européenne des droits de l'homme considère qu'il incombe aux autorités nationales le devoir primordial d'assurer le droit à la vie en mettant en place une législation pénale concrète dissuadant de commettre des atteintes contre la personne et de prendre des mesures préventives d'ordre pratique pour protéger l'individu dont la vie est menacée par les agissements criminels d'autrui[1481]. Ces mesures consistent pour l'État en un devoir d'assurer la protection du droit à la vie par le biais d'une législation pénale concrète dissuadant la commission des atteintes contre les personnes et s'appuyant sur un mécanisme d'application conçu pour prévenir, réprimer et sanctionner les violations[1482].

684. En revanche, en matière d'atteintes involontaires à la vie, la Cour a considéré que : « si l'atteinte au droit à la vie ou à l'intégrité physique n'est pas volontaire, l'obligation positive de mettre en place un système judiciaire efficace n'exige pas nécessairement dans tous les cas un recours de nature pénale et il peut y être satisfait par l'office d'un recours de nature civile, administrative ou même disciplinaire »[1483]. Plus particulièrement, concernant la protection du droit à la vie de l'être humain avant la naissance, la jurisprudence de la Cour européenne est inspirée par « (…) un *self restraint* dès lors que les questions sensibles sur le plan éthique ou religieux sont portées à l'attention des juges. Dès lors, « (…) les atteintes potentielles à la vie aux termes du constat mené par la Cour européenne ne font pas l'objet d'un consensus à

[1479] R. Merle et A. Vitu, *Traité de droit criminel, problèmes généraux de la science criminelle*, *Droit pénal général,* tome 1, 7ème éd, éd. cujas, 1997, p. 263.
[1480] Sur ce thème voir, M. Delmas-Marty, *Les forces imaginantes du droit (IV). Vers une communauté de valeurs*?, Coll. « La couleur des idées », Paris, Seuil, 2011.
[1481] En ce sens J.-F. Akandji-Kombe, « Les obligations positives en vertu de la Convention européenne des droits de l'homme », Un guide pour la mise en œuvre de la Convention européenne des droits de l'homme, précis sur les droits de l'homme, n° 7, Conseil de l'Europe, 2006.
[1482] En ce sens CEDH, 18 nov. 2010, *Seidova et autre contre Bulgarie;* CEDH, 6 mai 2003, *Menson c. Royaume-Uni,* n° 47916/99 § 49.
[1483] CEDH, 24 avril 2012, *Iliya Petrov C. Bulgarie*, §71.

l'échelle comparée, ce qui réduit remarquablement le pouvoir d'encadrement de la Convention et élargit parallèlement la marge nationale d'appréciation »[1484]. La Cour européenne accorde un pouvoir discrétionnaire à l'État, tant en ce qui concerne la protection de l'être avant la naissance au nom du droit à la vie[1485], qu'en ce qui concerne l'interdiction pénalement sanctionnée de l'avortement[1486]. Monsieur Professeur Stéfano Manacorda considère « qu'une obligation d'incrimination pénale sur un terrain aussi controversé que celui du commencement de la vie est à exclure, car cela reviendrait à imposer une vision particulière de la vie humaine qui heurterait le pluralisme qui inspire la Convention elle-même et la protection de l'autodétermination individuelle qui est au fondement de la reconnaissance des droits de l'homme »[1487]. Nous ne partageons cette analyse qu'en ce qui concerne le droit européen puisqu'il semble difficile de parvenir à un consensus européen sur l'incrimination des atteintes à la vie de l'être humain avant la naissance[1488]. D'ailleurs, l'impulsion de l'incrimination des atteintes à la vie anténatale ne peut et ne doit provenir de l'extérieur.

685. L'incrimination doit être recherchée du côté du droit interne. Le Conseil constitutionnel a présenté la sanction pénale comme une garantie de nature à assurer la sauvegarde des droits fondamentaux[1489]. Autrement dit, la place qu'occupent les droits fondamentaux, dont le droit à la vie fait partie, au sein de l'ordre juridique interne conduit à considérer qu'il faut, pour pouvoir leur assurer une protection particulièrement effective, justifier le recours à l'arme pénale. C'est l'essence même du droit pénal qui est ici en question, puisqu'il a pour mission principal d'assurer la protection des valeurs les plus fondamentales d'une société[1490]. C'est ce qu'exprimait Portalis lorsqu'il définissait les droits fondamentaux qui constituaient selon lui « moins une espèce particulière de droits que des bornes indiquant à tous et en tous

[1484] S. Manacorda, «Devoir de punir», *in «* Devoir de punir*, le système pénal face à la protection internationale du droit à la vie, op. cit.* p. 44, *supra* p. 212 et s.
[1485] CEDH, 5 sept. 2002 *Boso c. Italie*, *op. cit.*; CEDH, 8 juill. 2004 *VO c. France. op. cit.*
[1486] CEDH, gde ch., 16 déc. 2010, *A.B.C. c. Italie, D.* 2011 n° 20 p. 1360 note S. Hennette-Vauchez. La Cour a considéré que l'Etat irlandais avait ménagé un juste équilibre entre le droit à la vie privée de la mère et la nécessité de protéger la vie de l'enfant à naître.
[1487] S. Manacorda, *op. cit.*
[1488] Sur ce point voir M. Delmas-Marty, *Les forces imaginantes du droit. Vers une communauté de valeurs* ? *op. cit.* p. 227.
[1489] P. Hennion-Jacquet, « Le droit pénal n'est pas l'armurier des innocents : à propos de la protection pénale de l'enfant conçu, note sous Crim., 2 octobre 2007, n° 07-81.25», *RDSS,* 2008, p. 67.
[1490] A. Bailleux, « Mobiliser le registre des droits de l'homme» in « *Devoir de punir? . Le système pénal face à la protection internationale du droit à la vie*, ss dir. G. Giudicelli-Delage, S. Manacorda, J. Tricot, Société de législation comparée, coll. UMR droit comparé de Paris volume 32, 2013, p. 218.

domaines les limites à ne pas franchir, et parfois la direction où s'engager ». L'incrimination des atteintes à la vie avant, comme après la naissance, constitue donc un indicateur de la valeur que la société accorde à la personne humaine. Dès lors, la nécessité de l'incrimination des atteintes à la vie prénatale «(…) relève avant tout du registre du symbolique, dont le discours pénal représente en droit la meilleure incarnation »[1491].

686. Une grande partie de la doctrine a contesté la position de la chambre criminelle puis de l'Assemblée Plénière concernant l'absence de protection pénale de l'enfant à naître. En effet, la condition de vie humaine est l'unique moteur de l'incrimination pénale de l'homicide[1492]. C'est également ce qu'il faut comprendre de la note communiquée par le Doyen Carbonnier à l'occasion de l'arrêt d'Assemblée plénière du 29 juin 2001 pour lequel il avait été consulté[1493]. Dans cette note, le célèbre auteur de « Flexible droit »[1494] avait estimé que la solution devait être trouvée dans la loi pénale elle-même, notamment à travers l'article 221-6 du Code pénal contenant la notion clef de vie. Selon lui, l'article 221-6 du Code pénal exprime la protection de la vie « à travers son antithèse la mort, plus expressive que n'en serait l'affirmation positive ».

687. La vie, en elle-même, est une valeur protégée par le droit pénal et sa consécration juridique en tant que droit objectif fait d'elle un droit protégé par le droit pénal qui en assure la garantie la plus efficace. Cette affirmation s'applique tant à la vie prénatale que postnatale[1495].

[1491] *Ibid.*

[1492] Voir en ce sens notamment, J. Pradel, « Il ne peut y avoir homicide involontaire sur un fœtus », P. Hennion-Jacquet, *op. cit.* p. 67.

[1493] Cass. Ass. Plén. 29 juin 2001, *op. cit., JCP G* 2001, II , 10569.

[1494] J. Carbonnier, *Flexible droit. Pour une sociologie du droit sans rigueur ,* 10 ème éd., LGDJ, 2001.

[1495] Yves Mayaud, «Entre vie et mort du fœtus, la protection pénale du fœtus» *RSC*, 1999, 813. « (…) c'est l'être humain indépendamment des droits reconnus à la personne, que visent les textes, pour en garantir le respect dès le commencement de la vie. Le bénéfice de cette garantie n'est pas autrement conditionné que par la vie elle-même, qui est la seule référence à la promesse d'en assurer protection et respect. Il n'est pas question d'intervenir sur d'autres critères, notamment empruntés aux notions de personne ou de personnalité. Ce qui est en cause, c'est la vie indissociable de l'homme, de cette vie qui sert de support aux artifices juridiques inhérents aux droits de la personnalité ou aux droits attachés à la personne, pour la prendre en compte lorsqu'il y va de l'intérêt de l'enfant conçu (…). C'est la vie, en tant que phénomène naturel, qui l'emporte dans les textes précités, réalité indissociable de la personne que sera plus tard, une fois la naissance opérée, l'être humain qui en est gratifié. Il est donc faux de prétendre que les principes qu'ils contiennent ne sauraient avoir cette portée normative immédiate sur la vie elle-même, vie inhérente au processus d'évolution dans le sein et hors du sein maternel, par hypothèse indivisible de l'humanité qu'elle révèle. Respect est dû à tout être humain dès le

688. En incriminant les atteintes à la vie humaine à travers les différentes formes d'homicide, le droit pénal permet de rendre effectif le droit à la vie. Dès lors, en refusant à l'être humain avant la naissance, la protection pénale de sa vie, on accepte qu'un être biologiquement humain, membre de l'espèce humaine, soit exclu de la communauté humaine pénalement protégée. Ce refus de l'incrimination de l'homicide de l'enfant à naître constitue de fait, une atteinte à sa dignité.

B) L'absence d'incrimination des atteintes à la vie anténatale : une atteinte à la dignité de l'être avant la naissance

689. Nous avons eu l'occasion de démontrer que la dignité de la personne humaine était le fondement d'un droit à la vie protégé[1496]. Ce lien, également perceptible en droit pénal, ne signifie pas, pour autant que les atteintes à la dignité sont nécessairement des atteintes à la vie et *vice versa*. En effet, les crimes contre l'humanité visent les atteintes à la dignité humaine car ils sont liés au processus d'humanisation. Or, ces crimes ne nécessitent pas nécessairement des atteintes à la vie pour être constituées. Madame le professeur Mireille Delmas-Marty remarque néanmoins que: « (…) la protection de la vie n'est jamais loin, mais elle est plus ou moins perceptible selon les cas»[1497]. Ainsi, les crimes contre l'humanité peuvent être constitués d'atteintes à la vie[1498] ou d'atteintes à la dignité comme c'est le cas de l'esclavage, de l'esclavage sexuel, de la déportation, de la torture, du viol, de la grossesse forcée ou encore de la stérilisation forcée. Le génocide comprend une atteinte à la dignité et à la vie. En effet, il s'agit d'une atteinte à la dignité humaine car il implique la dépersonnalisation ou une déshumanisation de la victime, l'être humain étant alors réduit à son appartenance à un groupe[1499]. L'atteinte à la vie y est également présente puisqu'est nommée la destruction massive.

690. Toutes les atteintes à la vie ne sont pas constitutives d'atteintes à la dignité et toutes les atteintes à la dignité n'impliquent pas nécessairement des atteintes à la vie.

---

commencement de la vie, parce que la vie est par essence le support de son humanité, peu importe ce qui s'y greffe ensuite, en termes de personne ou de personnalité »

[1496] Cf. *supra*, p. 357 et s.

[1497] M. Delmas-Marty, *op. cit*.

[1498] L'article 6 du Statut du tribunal de Nuremberg vise l'assassinat ou l'extermination.

[1499] *Ibid.*

En revanche, l'absence de protection de la vie de l'être humain avant la naissance est, selon nous, constitutive d'une atteinte à la dignité humaine. En effet, à travers les crimes contre l'humanité et contre l'espèce humaine[1500], le droit pénal a interdit et sanctionne le processus de déshumanisation[1501]. Par déshumanisation il faut entendre le processus qui tend à exclure l'être humain de la famille humaine. Or, le refus de l'incrimination de l'homicide volontaire ou involontaire de l'enfant à naître constitue une forme d'exclusion de la communauté humaine. Il est le seul être humain dont la vie ne fait pas l'objet d'une protection pénale. L'absence de cette protection pénale est une exclusion de l'être avant la naissance, des membres de la communauté humaine protégés par le droit pénal, constitutive d'une atteinte à sa dignité. L'absence généralisée de protection pénale du droit à la vie de l'être humain avant la naissance n'est pas justifiée et pour cette raison, la position de la jurisprudence doit évoluer.

691. Si le droit pénal peut admettre, dans des conditions déterminées et justifiées des atteintes à la vie prénatale, il ne peut en tirer des conclusions pour justifier, de manière généralisée le refus de la protection pénale. En effet, la contraception, l'interruption de grossesse, l'euthanasie caractérisent le refus de la vie. Pour autant, nous ne considérons pas que ces actes soient constitutifs d'atteintes à la dignité alors qu'ils portent atteintes à la vie de la personne humaine. Le refus de la vie n'est pas constitutif d'une atteinte à la dignité. Il le devient lorsqu'il revêt les caractéristiques de l'atteinte à la dignité à savoir la négation de l'appartenance à la communauté humaine ou le phénomène de réification sans aucune justification admise par le législateur. C'est pourquoi il convient de comprendre comment doivent être analysées les normes justifiant les atteintes à la vie de l'être avant la naissance.

Section II: À la recherche d'un équilibre entre l'existence d'atteintes justifiées à la vie prénatale et la sanction pénale des atteintes injustifiées à la vie de l'être humain avant la naissance

[1500] On vise ici les infractions des articles 214-1 à 214-4 du Code pénal ainsi que les celles contenues dans le livre V aux articles 511-1 à 511-25-1.

[1501] Une partie de la doctrine conteste la séparation existant entre les crimes contre l'humanité et contre l'espèce humaine. En effet, cela revient à séparer la question du biologique à travers l'espèce humaine, et du culturel à travers l'humanité. Or, en suggérant que l'espèce humaine est distincte de l'humanité, on admet qu'un être humain peut appartenir à l'espèce humaine sans faire partie de la communauté et on légitime alors la déshumanisation de l'humain. Voir notamment sur cette position, M. Delmas-Marty, *op. cit*, P. Mistretta, *op cit*.

692. La question qu'il convient de se poser et à laquelle l'objet de la présente section va tenter de répondre est de savoir jusqu'où peut-être remis en cause le statut juridique de l'être avant la naissance sans pour autant nier son humanité[1502]? Si le droit admet des atteintes à la vie anténatale, c'est par le mécanisme des faits justificatifs qui ont pour objet de neutraliser l'élément légal d'une infraction. Pour autant, il ne nie pas la qualité humaine de l'être qui abrite cette vie. La mort infligée conformément au droit est connue du droit européen à travers l'alinéa de l'article 2 de la Convention Européenne des Droits de l'Homme qui a déterminé une sphère dans laquelle le droit de donner la mort peut être légitimé par le législateur[1503]. Dès lors, il faut envisager les atteintes à la vie prénatale autorisées par le législateur comme autant de dérogations au principe général de respect de la vie humaine (§1). Une fois ces règles intégrées en droit pénal sous l'angle de la norme justificative, on ne peut plus tisser de liens abusifs entre ces règles et une prétendue nature juridique de l'être prénatal. L'incrimination pénale des atteintes injustifiées à la vie de l'être avant la naissance est alors possible (§2).

§1) La nature dérogatoire des atteintes justifiées par le législateur à la vie prénatale

693. La dérogation en droit s'analyse comme une exception qui a pour objet de mettre à l'écart la règle de droit pour un temps donné, dans des conditions déterminées préalablement. Néanmoins, elle est porteuse d'un risque de déséquilibre car elle peut discréditer la règle générale à laquelle elle déroge. C'est pourquoi elle doit être circonscrite et justifiée. Les faits justificatifs sont ainsi présentés comme des obstacles à la qualification pénale car la loi a prévu de manière expresse de supprimer, sous certaines conditions, le caractère normalement infractionnel d'un comportement empêchant ainsi de parler d'infraction, puisque le préalable légal se trouve effacé[1504](A). Cette dérogation qui permet de justifier l'atteinte à la vie prénatale a pour fondement la liberté procréative (B).

[1502] Voir en ce sens : M. Herzog-Evans « Homme, homme juridique et humanité de l'embryon » *op. cit.*
[1503] Sur ce point, C. Apostolidis, note que cette sphère varie selon que l'Etat applique ou non la peine de mort et illustre ainsi la contradiction existant entre le pouvoir-comme instant ce qui gère la vie et la mort- et le droit, entendu comme ordre de valeurs. « Quelques réfléxions sur les fondements politiques du droit à la vie», *Mélanges en l'honneur du Professeur Jean-Claude Helin,* Paris, Litec, 2004, p. 20. Ainsi lorsque notre droit comprenait au titre de ses sanctions, la peine de mort, l'acte du bourreau était un acte normalement incriminé devant licite sous l'effet de la loi.
[1504] Sur cette présentation, J. Pradel, *Droit pénal général*, *op. cit.* p. 273.

A) Le caractère exorbitant de la norme justificative en droit pénal

694. La justification en droit pénal est une cause objective d'irresponsabilité qui fait perdre à un comportement son caractère infractionnel[1505]. Parmi ces faits justificatifs figurent la légitime défense[1506], l'état de nécessité[1507] et les faits justificatifs tirés de l'article 122-4 du Code pénal qui nous intéressent plus particulièrement ici. En effet, la légitime défense et l'état de nécessité sont des faits justificatifs procédant de circonstance de faits qui rendent la commission de l'infraction nécessaire en raison de son utilité pour le corps social[1508]. L'article 122-4, alinéa premier prévoit que « n'est pas pénalement responsable la personne qui accomplit un acte prescrit ou autorisé par des dispositions législatives ou réglementaires»[1509]. Ces faits justificatifs se présentent comme la conséquence logique de l'application « d'une norme ou d'un acte juridique particulier et exprès »[1510] . La personne agit sous « le couvert » de l'ordre de la loi ou de l'autorité légitime[1511]. C'est une cause objective d'irresponsabilité qui s'étend à ceux qui ont pu participer à l'acte en qualité de coauteur ou de complice.

695. Dans le cadre de l'acte autorisé par la loi, la norme justificative[1512] s'analyse comme une hypothèse où une règle permete ce qu'une autre interdit à titre général sous la menace d'une sanction pénale. Elle exonère de sa responsabilité la personne qui accomplit l'acte autorisé[1513]. L'exonération de responsabilité tirée de la permission de la loi suppose, au préalable, l'existence d'une norme justificative qui justifie le

---

[1505] Il existe en doctrine un débat concernant l'incidence des faits justificatifs sur les éléments constitutifs de l'infraction. Pour une partie de la doctrine les faits justificatifs supprimeraient l'élément moral de l'infraction. Pour une seconde partie de la doctrine à laquelle nous nous rallions, les faits justificatifs neutralisent l'élément légal de l'infraction. Voir notamment sur cette position R. Merle et A. Vitu, *Traité de droit criminel*, op. cit., n° 431. C. Marie, Droit pénal général, *op. cit.*

[1506] Art. 122-5 C. pén.

[1507] Art. 122-6 C. pén.

[1508] Messieurs les professeurs Merle et Vitu distinguaient les faits justificatifs se rattachant à l'accomplissement d'un devoir de ceux résultant de l'exercice d'un droit où l'état de nécessité. Merle et Vitu, *Traité de droit criminel,* p. 145.

[1509] Par disposition législative il faut entendre la loi au sens formel et matériel du terme, « l'acte du pouvoir législatif ayant une portée générale et obligatoire et comportant en l'occurrence des dispositions pénales ». J. Pradel, *op. cit*. L'article 122-4 du Code pénal ne distingue pas entre l'ordre proprement dit et la simple permission de la loi.

[1510] J.-H. Robert, *Droit pénal général*, 6ème éd., 2005, Thémis, PUF, p. 251.

[1511] J.-C. Soyer, *Droit pénal et procédure pénale*, 20ème éd., 2008, LGDJ, n° 23.

[1512] Sur l'expression voir M. Danti-Juan, « Ordre de la loi », *Rép. dr. pén.*, octobre 2010, spéc. n° 8.

[1513] La norme justificative peut donc avoir indifféremment pour objet une injonction ou une permission. C'est plus particulièrement la permission de la loi qui nous intéresse.

comportement normalement infractionnel. Le comportement est couvert par la justification légale car il répond à ce que le législateur permet[1514].

696. Les faits justificatifs tirés de la permission de la loi s'analysent comme des dérogations à un principe. En effet, « la notion de fait justificatif permet de résoudre le conflit de lois qui naît de la confrontation entre deux lois antagonistes, lorsque le législateur a expressément mentionné dans la loi qu'il autorise un acte préalablement interdit ; il crée une exception à la répression. Il s'agit alors d'une justification par la permission expresse ou explicite de la loi (…). L'acte illégal, par rapport aux incriminations de la loi pénale, est licite en raison de la loi qui crée un fait justificatif »[1515]. Monsieur Sylvain Jacopin affirme que « le propre d'un fait justificatif est de sacrifier à titre exceptionnel un intérêt protégé par une loi d'incrimination au profit d'un intérêt tenu pour supérieur »[1516].

697. Ainsi, les faits justificatifs tirés de l'autorisation ou la permission de la loi sont présentés comme des exceptions, des dérogations à une règle pénale qui fait normalement l'objet d'une répression. Il n'y a pas de responsabilité pénale parce que l'objectif du droit pénal, qui est de sanctionner ce qui va à l'encontre des intérêts supérieurs de la société, fait défaut dans le cas précis de l'acte permis ou autorisé par la loi. La justification a un impact négatif en ce sens qu'elle neutralise l'infraction[1517].

698. Outre les faits justificatifs généraux[1518], existent des faits justificatifs spéciaux qui sont prévus par la loi et sont spécifiques à certaines infractions[1519]. Le critère de distinction réside dans le fait que les faits justificatifs généraux sont ouverts à toutes les infractions alors que les faits justificatifs spéciaux[1520] se caractérisent par une destination ou une affectation spéciale signifiant qu'ils ne concernent qu'une

---

[1514] Monsieur le professeur Jacques Henri-Robert a relevé que tout acte prescrit ou autorisé par la loi n'ayant pas *a priori* de caractère infractionnel. Il aurait été préférable de préciser dans l'article 122-4 : « un acte ordinairement incriminé », *op. cit.* p. 252.
[1515] B. Py, « Secret professionnel », *Rép. dr. pén.* n° 138.
[1516] S. Jacopin, *Droit pénal général*, Bréal, coll. Grand amphi, 2011, p. 319.
[1517] Y. Mayaud, *Droit pénal général*, *op. cit.* p. 451.
[1518] Parmi lesquels sont classés l'ordre de la loi, le commandement de l'autorité légitime, la légitime défense et l'état de nécessité.
[1519]Sur la distinction voir notamment : Y. Mayaud, *op. cit.*, C. Marie, *Droit pénal général*, Hachette supérieur, 2005, p. 72 ; S. Jacopin, *op. cit.*, C. Mascala, « Faits justificatifs », *JCL pén.*, fasc. 20.
[1520] Parmi lesquelles on peut ranger *l'exceptio veritatis* propre au délit de diffamation article 35 de la loi du 29 juillet 1881, ou encore la tradition locale ininterrompue en rapport avec les sévices ou actes de cruauté envers les animaux.

incrimination particulière, sans possibilité d'être retenue à l'usage d'autres infractions.

699. En tous les cas, qu'ils soient généraux ou spéciaux ces faits justificatifs s'appréhendent comme des obstacles à la caractérisation de l'infraction. Ils s'opposent à l'établissement d'une une qualification[1521]. Ils sont des dérogations, des exceptions à une norme. La recherche sur l'embryon, et les interruptions de grossesse (médicale et volontaire) revêtent le caractère de ces normes justificatives tirées de lois spéciales. Ces atteintes sont justifiées par le législateur car elles sont la manifestation d'un intérêt jugé supérieur, au moins momentanément. Plus précisément en ce qui concerne l'interruption de grossesse, c'est une atteinte justifiée à la vie prénatale dont le fondement est l'exercice de la liberté procréative par le droit à l'interruption de grossesse.

B) Le fondement des atteintes justifiées à la vie prénatale

700. Il convient d'analyser les atteintes à la vie prénatale autorisées par le législateur sous l'angle de la norme justificative qu'est la permission de la loi. Ainsi, des atteintes à la vie de l'embryon *in utero* sont justifiées par la liberté procréative qui, de manière positive se traduisent par le recours à l'assistance médicale à la procréation et de manière négative par le refus de procréer (1). Les atteintes à la vie de l'embryon *in vitro* trouvent leur fondement dans la liberté de la recherche (2). Dans les deux cas, ces atteintes sont conçues comme des exceptions au principe général de la protection de la vie de la personne humaine.

1) La liberté procréative, fondement des atteintes justifiées à la vie de l'embryon *in utero*

701. La femme est titulaire de la liberté de procréer[1522] qui peut se traduire par le refus de procréer. Le refus de la procréation se manifeste soit par le recours à

[1521] En ce sens C. Marie, *op. cit*. p 71
[1522] Sur cette idée voir notamment, J. Lupinska, *op. c*it. p. 128 ; F. Bouvier, *Maternité et liberté*, *op. cit*. p. 9. D. Fenouillet, « Pour une humanité autrement fondée » *Dr. fam*., 2001, n° 4, chron. n° 7; C. Labrusse Riou et F. Bellivier, *op. cit*. p. 591.

l'interruption volontaire de grossesse soit par la contraception[1523]. Nous avons pu constater que l'IVG était donc le droit qui permettait à la liberté procréative de ne pas être simplement virtuelle[1524]. Cette liberté a été consacrée par le Conseil constitutionnel en 2001[1525]. En effet, le Conseil constitutionnel a promu la liberté de la femme d'avorter au rang des exigences à valeur constitutionnelle en se fondant sur l'article 2 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen. Par la suite, la Cour européenne des droits de l'homme a également considéré que la liberté d'avorter était une liberté fondamentale se dégageant de la Convention[1526].

702. Cette liberté procréative quand elle s'exerce négativement est une prérogative dont est seule titulaire est la femme enceinte. La Cour européenne des droits de l'homme a considéré que la décision de recourir à l'IVG est une décision qui appartient seule à la femme et qui prévaut sur le droit au respect de la vie privée et familiale du mari qui veut être père car (…) juridiquement, l'interruption de grossesse est une liberté qui n'est accordée qu'à la femme et que celle-ci n'a pas à rendre compte des raisons, personnelles ou familiales, de son choix »[1527].

703. C'est d'ailleurs en ce sens que la législation sur l'interruption volontaire de grossesse a évolué. Le législateur a, dans un premier temps, étendu l'individualité de la prise de décision à la femme mineure qui désire mettre fin à sa grossesse puisque jusqu'à la loi du 4 juillet 2001[1528] les jeunes femmes mineures et non mariées ne disposaient pas du pouvoir de décider librement de mettre fin à leur grossesse. Une des personnes exerçant l'autorité parentale devait y consentir. La loi du 4 juillet 2001

[1523] L'exercice de la liberté de procréer peut donc se traduire par un refus de maternité *a priori*: c'est la contraception, *a postériori* c'est l'interruption volontaire de grossesse de pure convenance ou pour motifs thérapeutique.
[1524] Cf. *supra*. p 205.
[1525] Cons. Constit. n° 2001-446 DC. du 27 juin 2001, *op. cit*.
[1526] CEDH 5 sept. 2002, *Boso c/ Italie*, *RTD civ*. 2003. 371, obs. J.-P. Marguénaud. Cet arrêt confirme l'arrêt d'Assemblée du Conseil d'Etat *Lahache* du 31 octobre 1980 qui avait dû répondre à la question de savoir si la situation de détresse de la femme désirant interrompre sa grossesse devait être vérifiée par l'établissement hospitalier. Le Conseil d'Etat avait alors considéré qu'il revenait à la femme majeure le droit d'apprécier elle-même si sa situation justifie l'interruption de la grossesse. *D*. 1981, 38 concl. B. Genevois, *JCP G*., 1982, II, 19732, note F. Dekewer-Defossez.
[1527] D. Fenouillet, *op. cit*.
[1528] *Op. cit*.

a doté la femme mineure du droit de décider seule de recourir à l'interruption volontaire de grossesse[1529].

704. Cette liberté individuelle été également confirmée par le législateur dans la loi n° 2014-873 du 4 août 2014 pour l'égalité réelle entre les hommes et les femmes qui a supprimé la référence à la situation de détresse dans la loi IVG[1530]. La modification de cette disposition a fait l'objet d'un recours par soixante sénateurs qui ont saisi le Conseil constitutionnel aux motifs que la modification législative porterait atteinte au respect de l'être humain dès le commencement de sa vie et modifierait le compromis trouvé par le législateur en 1975. Dans ses observations en réponse, le gouvernement avait fait remarquer que la condition de détresse de la mère contenue dans la loi de 1975 n'était pas une condition objective soumise à l'appréciation d'un tiers. Par sa décision en date du 31 juillet 2014, le Conseil constitutionnel a affirmé que la disposition déférée ne méconnaissait aucune exigence constitutionnelle. La nouvelle formulation de l'article L. 2212-2 permet à la femme « qui ne veut pas poursuivre une grossesse » de demander l'interruption volontaire de grossesse. Le Conseil constitutionnel a considéré cette nouvelle rédaction conforme à la Constitution car la situation de détresse contenue dans la rédaction de l'ancien article L. 2212-1 du Code de la santé publique « n'a eu ni pour objet, ni pour effet, de priver la femme de son droit d'apprécier, seule, si elle souhaitait mettre fin à sa grossesse. Lors des débats parlementaires sur cette loi, le Parlement a expressément refusé de soumettre la reconnaissance de l'état de détresse à un accord du médecin consulté ou du conseiller social qui peut être appelé à intervenir avant l'interruption volontaire de grossesse. Il a ainsi estimé que nul ne pouvait se substituer à la femme enceinte pour apprécier la nécessité d'une interruption de la grossesse dans le délai légal »[1531].

705. La suppression de la condition de détresse n'a donc en rien modifié l'équilibre que « le respect de la Constitution impose entre, d'une part, la sauvegarde de la

[1529] Art. L. 2212-7 Code sant. publ. En cas d'opposition des titulaires de l'autorité parentale ou d'absence de consultation de ces titulaires, la mineure doit se faire « accompagner dans sa démarche par la personne majeure de son choix ».

[1530] Initialement prévue par l'article L. 162-1 du Code de la santé publique devenu L. 2212-1 , cet article prévoyait que : « La femme enceinte que son état place dans une situation de détresse peut demander à un médecin l'interruption de sa grossesse». L'article 24 de la loi n° 2014-873 du 4 aout 2014 pour l'égalité réelle entre les femmes et les hommes a opéré une réécriture de l'article L. 2212- 1 du Code de la santé publique qui ne fait plus mention de la condition de détresse mais fonde le recours à l'IVG sur une convenance personnelle.

[1531] *Ibid.*

dignité de la personne humaine contre toute forme de dégradation et, d'autre part, la liberté de la femme qui découle de l'article 2 de la Déclaration de 1789 ». Par cette décision, le Conseil constitutionnel a rappelé que le cadre du contrôle de constitutionnalité applicable à l'IVG consiste en une conciliation de la dignité humaine dont est titulaire l'embryon en sa qualité de personne humaine avec la liberté de la femme. Cette liberté ici en question est bien la liberté procréative.

706. En choisissant de supprimer la référence à la condition de détresse dans le cadre de l'IVG, le législateur a souhaité parfaire la liberté individuelle dont la femme est titulaire en matière de procréation. Le Conseil constitutionnel a souhaité rappeler « La portée symbolique de la mention (…) de l'exigence d'une situation de détresse de la femme était forte en ce qu'elle présentait l'IVG moins comme une liberté de la femme que comme une mesure visant à sa protection. En outre, du point de vue de la femme qui désire mettre fin à sa grossesse, il n'est pas identique de considérer qu'elle « ne souhaite pas la poursuivre » ou de se considérer « dans une situation de détresse ». Toutefois, la modification opérée par l'article 24 ne libéralise pas les conditions objectives d'accès à l'IVG. Sa portée est principalement symbolique et psychologique[1532]. En supprimant la référence à un état de détresse qui de toutes les façons n'était pas contrôlable, c'est l'occasion de rappeler que la femme exerce ici une liberté individuelle dont elle reste le seul juge.

707. Une partie de la doctrine a considéré cette suppression de la référence à l'état de détresse et son remplacement par la référence à la volonté de la femme, comme la reconnaissance d'un droit subjectif rompant l'équilibre profond obtenu par la loi de 1975[1533]. Nous considérons, pour notre part, que la référence à la situation de détresse ne s'analyse pas comme une condition objectivement contrôlable s'agissant d'un état que la femme enceinte apprécie elle-même. C'est un faux-standard que le juge n'apprécie pas. Sa suppression de la législation est donc justifiée. Que l'état de détresse soit inscrit ou non dans la législation, ne change rien en pratique dans la mesure où la femme reste la seule personne qui connaît et apprécie les motivations à l'origine de sa décision. Elle n'a pas à en faire connaître les raisons et aucun tiers ne peut les contrôler[1534]. Jean Foyer considérait que cette référence « ne subsistait que

[1532] Commentaire publiée sur le site du Conseil constitutionnel.
[1533] B. Mathieu, « Le contrôle de constitutionnalité virtuel de la législation relative à l'IVG », *JCP G,* n° 37 septembre 2014, 917.
[1534] C'est la femme elle-même qui s'auto considère en état de détresse. Voir en ce sens J. P. Gridel,

pour la beauté du texte, pour sa moindre laideur »[1535]. La consécration juridique de la liberté procréative et la protection pénale de celle-ci justifie d'autant plus le retrait de cette référence qui n'a pas de contours juridiques. La suppression de la notion d détresse dans la législation ne peut, à elle seule, conduire à modifier le point d'équilibre entre la protection de la vie dûe à l'embryon et la liberté procréative de la femme. Si l'équilibre est rompu, c'est plus, selon nous, par la jurisprudence de la chambre criminelle qui refuse la protection pénale de la vie de l'enfant à naître en dehors des atteintes justifiées par le législateur.

708. La liberté procréative de la femme est protégée pénalement, reflétant l'idée que la valeur pénale de cette liberté se mesure ainsi à l'aune de la sanction des comportements qui y portent atteinte[1536]. Initialement le législateur n'avait prévu que l'article 223-10 du Code pénal visant l'avortement sans le consentement de la femme. Il a ensuite créé le délit d'entrave à l'IVG par la loi du 27 janvier 1993[1537] à l'article L. 162-15 du Code de la santé publique, modifié par la loi du 4 juillet 2001 et incriminé à l'article L. 2223-2 du Code de la santé publique[1538].

709. C'est d'ailleurs à l'occasion de la répression du délit d'entrave à l'IVG que la chambre criminelle a affirmé que la législation sur l'IVG constituait le fait justificatif de l'autorisation de la loi[1539]. En effet, des commandos « anti IVG » invoquaient, pour justifier leur action, le fait justificatif de l'état de nécessité caractérisé par la situation dans laquelle ils se trouvaient consistant à empêcher que la mort ne soit donnée à un enfant à naître. Or, la chambre criminelle rejeta l'argumentation de l'atteinte portée à la vie de l'enfant en gestation comme fondement de l'action des commandos car l'atteinte portée à la vie de l'enfant à naître n'est plus, sous certaines conditions, une infraction pénale depuis la loi IVG. L'autorisation de la loi prive d'efficacité l'appel fait par les anti-IVG à la notion d'état de nécessité pour justifier leur agissement.

[1535] Jean Foyer, « Le droit de l'enfant à la vie », in *Les droits naturels de l'enfant*, in Actes du 1er Colloque des juristes catholiques à Versailles en 1979, éd. Téqui, Paris, 1980, p. 32.
[1536] En ce sens voir notamment : P. Mistretta, « Interruption volontaire de grossesse », *Rep. dr. pén. proc. Pén.*, Dalloz, n° 25.
[1537] Loi n° 93-121, art.37, JO 30 janvier 1993.
[1538] Ainsi est puni de deux ans d'emprisonnement et de 30 000€ d'amende le fait d'empêcher ou de tenter d'empêcher une interruption de grossesse ou les actes préalables prévus par les articles L. 2212-3 à L. 2212-8 du Code de la santé publique.
[1539] Cass. Crim. 31 janvier 1996, Bull crim n° 57, *Dr. pén.*, 1996, chron. 87, obs. J.-H. Robert ; *RSC* 1996 p. 670 note J.P. Delmas Saint Hilaire ; confirmé par Cass. crim. 27 nov. 1996, Bull. crim. n° 431; Cass crim. 5 mai 1997, Bull. crim. n° 118.

Ainsi, la chambre criminelle a résolu le conflit prétendu de faits justificatifs, en considérant que « l'état de nécessité au sens de l'article 122-7 du code pénal ne saurait être invoqué pour justifier le délit d'entrave à l'IVG dès lors que celle-ci est autorisée sous certaines conditions par la loi du 17 janvier 1975 »[1540]. Ainsi, le rejet de l'état de nécessité invoqué par les commandos a été l'occasion pour la chambre criminelle de rappeler que l'IVG fait l'objet d'une autorisation législative devant s'analyser en droit pénal sous l'angle du fait justificatif tiré de l'autorisation de la loi. La dépénalisation de l'avortement et le retrait du droit pénal en la matière reposent sur la reconnaissance de cette liberté procréative et explique l'impunité[1541].Une dynamique similaire expliquent également la justification des atteintes à la vie de l'embryon *in vitro*.

2) La liberté de la recherche, fondement des atteintes justifiées à la vie de l'embryon *in vitro*

710. Tout comme les atteintes à la vie de l'embryon *in utero* s'expliquent par le mécanisme des faits justificatifs, les atteintes à la vie de l'embryon *in vitro* sont également admises comme des faits justificatifs (b) dont le fondement est la liberté de la recherche (a)

a)Les contours de la liberté de la recherche

711. Selon les articles 19 de la DUDH, 10 de la CESDH, la liberté de la recherche serait protégée par le biais de la liberté d'expression à laquelle elle est intrinsèquement liée[1542]. Dès lors, elle impliquerait la liberté d'expérimenter et de développer le champ des connaissances et la liberté de diffuser cette recherche grâce à la liberté de publication. Le Conseil constitutionnel a fait référence à la liberté de la recherche des Professeurs d'université en reconnaissant cette liberté individuelle et

[1540] Cela permet à Monsieur le Professeur Jean Pierre Delmas Saint Hilaire, de relever que « la chambre criminelle oppose au fait justificatif invoqué par les prévenus et tiré de *l'état de nécessité* un autre fait justificatif, celui qui se fonde sur l'autorisation de la loi (art. 122-4, al. 1er, c. pén.) et donne la primauté à ce dernier », *RSC,* 1996, p. 670.
[1541] Cf. *infra*. p. 106 à 117.
[1542] CEDH, *Hadjianastassiou /Grèce*, 16 décembre 1992, A 252, § 39.

institutionnelle comme un principe fondamental reconnu par les lois de la République[1543].

712. En matière de recherche biomédicale qui s'entend des « recherches organisées et pratiquées sur l'être humain en vue du développement des connaissances biologiques ou médicales »[1544], le principe de liberté de la recherche est affirmé de manière plus explicite. En effet, la Convention sur les droits de l'homme et la biomédecine[1545] consacre en son article 15 le principe de la liberté de la recherche. En revanche, elle rappelle que celui-ci n'est pas absolu dans la mesure où « la recherche dans le domaine de la biologie et de la médecine s'exerce librement sous réserve des dispositions de la présente Convention et des autres dispositions juridiques qui assurent la protection de l'être humain»[1546]. L'appréhension de la recherche biomédicale par le droit de la bioéthique illustre la nécessité de poser des limites à la recherche. La particularité de ce droit de la bioéthique est de devoir concilier la protection de la personne tout en n'entrant pas les progrès de la recherche. C'est ce qu'il ressort de la Déclaration universelle sur le génome humain et les droits de l'homme[1547] lorsqu'elle garantie la liberté de la recherche tout en l'inscrivant dans le cadre du respect de la dignité humaine et de la protection des droits de l'homme. De même, la Convention sur les droits de l'homme et la biomédecine a rappelé que le principe de la liberté de la recherche n'était pas absolu et a organisé la protection des personnes se prêtant à une recherche[1548] en exigeant : un consentement éclairé, exprès, spécifique et écrit pour toute intervention biomédicale[1549], la proportionnalité des risques par rapport aux bénéfices potentiels de la recherche[1550], l'absence de méthodes alternatives permettant des résultats comparables[1551] et l'approbation de la recherche par une instance éthique extérieure. La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, quant à elle, a rappelé l'exigence du consentement libre et éclairé de la personne concernée, dans le cadre de la médecine et de la biologie[1552].

[1543]Cons. const. déc. n° 83-165 DC 20 janvier 1984 *AJDA*, 1984, p. 163*; RDP*, 1984, p. 702 ; *D*. 1984, chron., p. 125; *Gaz. pal.* 1984, p. 573.
[1544] Art. L. 1121-1 Code sant. publ.
[1545] *Op. cit.*
[1546] Art. 15 Convention sur les droits de l'homme et la Biomédecine.
[1547] *Op. cit.*
[1548] Article 16. C. civ.
[1549] Art. 16 al. 4 et 5. C. civ.
[1550] Art. 16 al. 2. C. civ.
[1551] Art. 16 al. 1er C. civ.
[1552] Art. 63.

713. Si la liberté est consubstantielle à la recherche en ce qu'elle lui assure son développement[1553], on constate qu'elle n'est pas absolue. Toute la législation qui entoure la recherche scientifique manifeste cette quête d'un équilibre entre l'encadrement de la recherche et son entrave. Ainsi, « le droit doit donc apprendre à combiner avec la recherche médicale, à l'entourer sans la briser »[1554].

714. La consécration de la liberté de la recherche permet d'expliquer l'origine de l'autorisation législative concernant les atteintes à la vie de l'embryon *in vitro* surnuméraire.

b) La liberté de la recherche : moteur de la justification des atteintes à la vie de l'embryon in vitro

715. Le droit de la bioéthique, à l'image du droit médical, a été construit comme une exception à l'interdiction des atteintes à la vie humaine et des atteintes à l'intégrité du corps humain. En effet, le droit médical et chirurgical repose sur l'idée que l'impunité, malgré l'atteinte, est justifiée par le législateur permettant ainsi d'exclure la répression d'une infraction dont les éléments constitutifs sont pourtant réunis. Or, à la différence de l'exercice médical légitime, qui autorise les médecins à exercer leur fonction à la condition de poursuivre une finalité curative pour le patient, la bioéthique fait appel à des techniques impliquant des manipulations sur le corps humain[1555] ou les mécanismes fondamentaux de la vie. Le geste est donc dénué de la fonction curative personnelle. En effet la bioéthique a pour but « d'analyser et de résoudre les problématiques liées à l'avancement des sciences biomédicales »[1556].

[1553] S. Paricard, « La recherche médicale et le droit, une relation ambivalente », *RDSS*, 2009, p. 98.
[1554] *Ibid.*
[1555] Par exemple : les prélèvements d'organes, de cellules et de tissus humains, procréations médicalement assistes, insémination avec donneurs, embryons surnuméraires congelés, réductions embryonnaires, diagnostic prénatal, examen des caractéristiques génétiques.
[1556] S. Perret-Vignau ; A-C. Moulins, « La responsabilité pénale du médecin en matière de bioéthique » *RGDM*, 2012, n° 44, p. 162.

716. Le droit de la bioéthique, à l'instar du droit médical, s'est construit dans cet esprit dérogatoire. En effet, la toute première loi bioéthique la loi n°88-1138 dite « Huriet » du 20 décembre 1988 relative aux expérimentations sur les êtres humains « (…) comprenait des dispositions pénales dont l'objectif avoué consistait à éviter aux chercheurs les qualifications du droit pénal commun, de violences et d'homicide en présence de recherches sans objectif thérapeutique médical»[1557]. Les lois suivantes du 1er juillet 1994[1558], 29 juillet 1994[1559], du 8 août 2004[1560], du 7 juillet 2011[1561], et du 6 août 2013[1562] ont eu pour objet de concilier le progrès scientifique, qui est l'essence de la bioéthique, avec les valeurs fondamentales de notre société. L'objectif principal du droit de la bioéthique a donc été d'assurer la conciliation entre le développement des progrès scientifiques et la protection de la vie humaine et du corps humain. Pour assurer cette conciliation, il a donc fallu passer par la sanction pénale, perçue « comme (…) la plus symbolique de toutes pour permettre la garantie de l'espèce humaine (…) tant les valeurs en cause sont hautement protégées (…)»[1563]

717. Le recours du droit de la bioéthique au droit pénal s'est inscrit dans une perspective de recherche d'équilibre entre la préservation de la dignité humaine et la nécessité de ne pas entraver les progrès scientifiques et médicaux bénéfiques. Lorsque le législateur a autorisé les recherches biomédicales sur la personne[1564], ce fut en dérogation au principe de l'inviolabilité du corps humain. Dans le même sens, les recherches sur l'embryon humain *in vitro,* ont été admises en dérogation à la protection pénale de la vie de la personne humaine. C'est pourquoi ces pratiques peuvent s'analyser comme autant d'autorisations de la loi neutralisant les infractions. Ainsi, les diagnostics anténataux, la stérilisation contraceptive des majeurs protégés ou encore les thérapies géniques constituent des exceptions à l'interdiction de l'eugénisme[1565]. Or, le fondement de cette neutralisation des infractions est l'autorisation de la loi, qui elle-même trouve sa source dans la liberté de la recherche.

[1557] M. Bénéjat, « Les relations du droit pénal et de la bioéthique », *AJ Pénal*, 2012, p. 392.
[1558] Loi n° 94-548.
[1559]Loi n° 94-653 et 94-654 *op. cit.*
[1560] Loi n° 2004-800 *op. cit.*
[1561] Loi n° 2011-814 *op. cit.*
[1562] Loi n° 2013-715. *op. cit.*
[1563] M. Bénéjat, *op. cit.*
[1564] On vise ici la personne juridique qui est capable de donner son consentement libre et éclairé.
[1565] *Ibid.*

718. La question de la recherche sur l'embryon[1566] et les cellules souches embryonnaires[1567], a été résolue conformément à la technique de conciliation inhérente à la recherche biomédicale à savoir la recherche d'un équilibre entre liberté de la recherche et la protection de la personne humaine. Les lois bioéthiques de 1994 ont eu pour mission de poser des principes visant à garantir le respect du corps humain et de l'embryon[1568] tout en autorisant les pratiques relatives à l'utilisation des éléments du corps humain et à la manipulation de l'embryon *in vitro* dans le cadre de l'AMP. Ainsi, dès 1994, le législateur a organisé la recherche biomédicale sur l'embryon *in vitro* dans un cadre dérogatoire en posant des règles de principes et des exceptions.

719. D'ailleurs, il faut constater que la construction des règles relatives à la recherche embryonnaire est identique à la construction des règles relatives à l'interruption de grossesse, dans la mesure où que ce soit dans la loi IVG de 1975 ou dans les lois bioéthiques, le législateur a affirmé un principe et en a encadré les exceptions[1569]. L'article 16 du Code civil issu des premières lois bioéthiques de 1994 traduit cette quête de la conciliation entre d'un côté la recherche et les exigences de progrès de la connaissance scientifique, et de l'autre, la sauvegarde la personne humaine. Les lois bioéthiques de 1994 ont élaboré un *corpus* de règles dérogeant à des règles plus générales contenues dans le Code civil et le Code pénal, à savoir l'inviolabilité du corps humain et la protection de la vie humaine[1570]. Avec les lois bioéthiques de 2004, le législateur a admis l'utilisation des embryons *in vitro*

[1566] La recherche sur l'embryon, peut avoir plusieurs formes mais toutes impliquent sa destruction. En effet, l'extraction de cellules de l'embryon et leurs mises en culture empêchent par la suite de les réimplanter.

[1567] Ces cellules ont la faculté d'être dérivées en lignées cellulaires immortelles de n'importe quel tissu du corps humain ce qui permet de contribuer à la régénération d'organes défaillants comme le cœur ou le foie. A la différence des cellules souches adultes qui ne peuvent qu'être dérivées en leur tissu d'origine. Depuis quelques années, les cellules pluripotentes induites, cellules Ips, ont permis la reprogrammation des cellules souches adultes afin de leur conférer la pluripotence de la cellule souche embryonnaire . Les Professeurs S. Yamanaka et J. Gurdon ont obtenu le prix Nobel de médecine pour ces recherches. Les autorités de santé japonaises ont d'ailleurs autorisé le premier essai clinique sur l'homme utilisant des cellules IPS pour le traitement de la dégénérescence maculaire.http://sciencesetavenir.nouvelobs.com/sante/20130719.OBS0260/japon-les-essais-cliniques-avec-les-cellules-souches-induites-autorises.html.

[1568] Articles 16 et suivants du Code civil.

[1569] Sur cette analyse voir également D. Thouvenin, « La recherche sur l'embryon et les cellules souches embryonnaires : interdiction avec dérogations ou autorisations sous conditions », *RDSS,* 2014, p. 283.

[1570] Le législateur a admis que l'accès au corps humain pour l'obtention d'éléments biologiques dans une finalité médicale et avait admis la création d'embryons surnuméraires dans le cadre de l'AMP.

surnuméraires[1571]. La légitimité de cette atteinte à la vie de l'embryon *in vitro* a été guidée par la liberté de la recherche. Cette légitimité était dérogatoire et temporaire. En effet, « indépendamment de l'acceptation de l'exception à l'interdiction de principe, cette loi avait adopté des mesures transitoires qui s'expliquaient par la volonté de l'État français de permettre à ses chercheurs de répondre aux appels à projet sur les cellules souches embryonnaires lancés par la Commission européenne dans des domaines concernant la maladie d'Alzheimer, le diabète et la maladie de Parkinson »[1572]. La loi du 7 juillet 2011[1573] avait maintenu le principe d'un régime d'interdiction avec dérogations. La loi n° 2013-715 du 6 août 2013[1574] a autorisé sous conditions, la recherche sur l'embryon.

720. Ce passage d'un régime d'interdiction avec dérogation à un régime d'autorisations sous conditions ne signifie pas que l'embryon *in vitro* ne fait plus l'objet d'aucune considération de la part du législateur ou encore que c'est une manière implicite d'affirmer son statut de chose. Le contexte de la libéralisation de la recherche sur l'embryon *in vitro* s'explique par une volonté de clarification du régime tant pour la réalisation de la recherche en France que pour expliquer le système à l'étranger[1575].

721. Si l'on a pu affirmer que l'autorisation encadrée est l'équivalent de l'interdiction avec dérogations[1576] c'est que cette possibilité de porter atteinte à la vie de l'embryon *in vitro* s'envisage comme un fait justificatif tiré de l'autorisation de la loi. En effet, le législateur a accepté qu'une atteinte à la vie de l'embryon *in vitro* soit

---

[1571] Art L 2141-4 du Code sant. publ. (Version issue de la loi du 6 aout 2004). Si les embryons surnuméraires ne font plus l'objet d'un projet parental, les parents peuvent consentir à ce qu'ils fassent l'objet d'une recherche.

[1572] *Ibid.*

[1573] Loi n° 2011-814 du 7 juillet 2011: « La recherche sur l'embryon humain, les cellules souches embryonnaires et les lignées de cellules souches est interdite. II Par dérogation au I, la recherche est autorisée si les conditions suivantes sont réunies ».

[1574] Loi tendant à modifier la loi du 7 juillet 2011 relative à la bioéthique en autorisant sous certaines conditions la recherche sur l'embryon et les cellules souches embryonnaires dont l'article L. 2151-5 du Code de la santé publique est l'unique article.

[1575] X. Bioy, « L'évolution de la recherche sur l'embryon, une question de principes ? », *LPA,* 2013, n° 251, p. 4.; Cf *nos développements supra p. 164 et s*

[1576] Ce fut d'ailleurs la position du Conseil d'Etat dans son rapport préalable à la révision des lois de bioéthiques qui affirmait que juridiquement, la différence entre les deux formules n'était pas fondamentale car les deux schémas employés pour encadrer la recherche par des conditions sont identiques : dans les deux cas les mêmes recherches seront interdites et les mêmes recherches autorisées sous peine de sanctions pénales. CE, R*évision des lois de bioéthique*, Documentation française, 2009, p. 19.

justifiée par la loi dans des conditions déterminées. En dehors des conditions déterminées par l'article L. 2151-5 du Code de la santé publique[1577], la loi sanctionne les atteintes non justifiées à la vie de l'embryon *in vitro* à travers les infractions à l'éthique biomédicale[1578]. Par conséquent, la liberté de la recherche a été le moteur des atteintes justifiées à la vie de l'embryon *in* vitro par l'autorisation de la loi. La question tranchée par le législateur a été celle de savoir dans quelle mesure il était possible que des recherches soient menées sur l'embryon *in vitro* surnuméraire ne faisant plus l'objet d'un projet parental. La solution adoptée par le législateur n'a pas eu pour objet de conférer une définition ontologique de l'embryon *in vitro* mais d'autoriser dans un cadre délimité et dérogatoire que des recherches soient menées sur des embryons *in vitro* surnuméraires. En effet, « ce sentiment de transgresser une règle générale par la voie de la dérogation »[1579] doit demeurer dans l'esprit des chercheurs.

722. Le régime adopté par le législateur en 2013 est conforme à l'esprit de l'article 18 de la Convention d'Oviedo qui dispose que: « lorsque la recherche sur les embryons *in vitro* est admise par la loi, celle-ci assure une protection adéquate de l'embryon. La constitution d'embryons humains aux fins de recherche est interdite » et à l'esprit du législateur dans sa manière d'aborder la vie avant la naissance.

723. Ainsi depuis 1994, si le législateur n'arrive pas à trancher de la nature juridique de l'embryon relativement à la *summa divisio*, il convient de relever que, concernant l'embryon *in vitro*, sa politique de respect et de protection est demeurée

[1577]L'autorisation est délivrée sous conditions de : pertinence scientifique de la recherche, inscription dans une finalité médicale, subsidiarité signifiant que la recherche ne peut être menée autrement que par le recours à la voie embryonnaire, respect des principes éthiques fixés aux articles L. 2151-1 et suivant du Code de la Santé publique. Seuls peuvent être utilisés des embryons *in vitro* conçus dans le cadre d'une AMP et qui ne font plus l'objet d'un projet parental. Les ministres chargés de la Santé et de la Recherche peuvent dans un délai d'un mois et conjointement demander un nouvel examen dans un délai de 30 jours, soit pour revenir sur un refus ou sur un accord s'il apparaît que les principes éthiques ne sont pas respectés.

[1578] Or sur ce point précis nous nous rallions à l'avis de du Professeur Alain Prothais qui dénonçait le recours à un droit pénal spécial de la bioéthique car selon lui: « Il n'y a là en effet qu'une illustration de plus de cette aspiration, répandue à l'époque contemporaine, à un droit pénal « à deux vitesses » : le droit pénal commun pour les gens ordinaires et un droit pénal spécialisé, moins sévère, pour les autres, les ministres, les administrateurs élus ou fonctionnaires, les dirigeants, les établissements, les scientifiques et les médecins. Pareille aspiration est encore plus inadmissible lorsqu'il y va de la vie humaine. C'est d'ailleurs de la crédibilité même du droit pénal qu'il s'agit. Cette idée d'un droit pénal de la bioéthique est donc non seulement fausse mais surtout dangereuse. Tout au contraire, il appartient au droit pénal d'assimiler et de resynthétiser tous ces avatars du modernisme, ces anarchiques surgeons, afin de réunifier le droit pénal de la vie humaine tant celui-ci demeure essentiel ». « Un droit pénal pour les besoins de la bioéthique », *RSC,* 2000, 39.

[1579] A. Prothais, *ibid.*

la même. Il a autorisé que des atteintes soient portées à la vie embryonnaire tout en encadrant les conditions d'autorisations de la recherche, en la surveillant, et en refusant formellement la création d'embryons pour la recherche[1580]. C'est donc toujours la même volonté de maintenir un certain équilibre entre les avancées scientifiques et la protection de l'embryon humain qu'a traduit la construction générale des lois bioéthiques de 1994 à 2013. Cette lecture ne peut se faire que dans la mesure où l'on inscrit ces lois s'inscrivent dans un cadre dérogatoire à la protection de la vie de la personne humaine[1581].

§2) L'incrimination des atteintes injustifiées à la vie prénatale

724. Les atteintes à la vie de l'embryon *in vitro* et *in utero* sont des exceptions au principe de la protection pénalede la personne humaine. Dès lors que l'on ne se situe pas dans le cadre déterminé et délimité par le législateur, il convient de revenir à la règle et de sanctionner les atteintes injustifiées à la personne humaine. Or, il existe des mécanismes qui permettent de faire jouer la sanction pénale au sein de notre Code pénal en cas d'atteintes injustifiées à la vie prénatale. Ainsi, les atteintes injustifiées à la vie de l'embryon *in vitro* sont sanctionnées « spécialement » dans le Code pénal (A).Tandis qu'en ce qui concerne l'enfant à naître *in utero* sa protection pénale peut être organisée par « le droit pénal commun »(B).

A) L'incrimination des atteintes injustifiées à la vie de l'embryon *in vitro*

725. Le législateur a prévu, depuis les premières lois bioéthiques, la protection pénale de l'embryon *in vitro*. Au sein d'un droit appelé « droit pénal de la bioéthique ». Ce droit a mélangé des infractions techniques aux règles sanitaires et des infractions qui visent à protéger l'espèce humaine, rendant cette protection pénale difficilement accessible (1). Néanmoins, il en est ressort une volonté de protection pénale de l'embryon *in vitro*, susceptible d'améliorations (2).

[1580] Article L. 2151-2 Code sant. publ.
[1581] Voir en ce sens Depadt-Sebag, « La recherche sur l'embryon et les cellules souches embryonnaires: de l'exception au principe », *Personne et Famille*, 2013, n° 10.

1) La contestation de la place des incriminations spéciales des atteintes à la vie de l'embryon *in vitro*

726. La bioéthique est définie comme la morale des sciences biomédicales, qui à l'instar de la règle de droit, s'envisage comme un ensemble de règles de conduite[1582]. Se tournant vers le droit, elle s'est transformée en « droit de la bioéthique ». Ce droit de la bioéthique a choisi le droit pénal comme sanction[1583], permettant alors de répondre à l'objectif de la conciliation entre d'un côté les progrès scientifiques et de l'autre la protection de la personne humaine.

727. Néanmoins, la méthode utilisée par le législateur pénal a fait l'objet de critiques. En effet, certaines infractions se situent au livre II qui vise les crimes contre l'espèce humaine[1584] et les autres, au chapitre premier du livre V « des infractions en matière d'éthique biomédicale ». Ce dernier chapitre comprend des incriminations de comportements divers: trafic d'organes, de tissus, de gamètes, protection du corps humain, de l'embryon, de l'espèce humaine, non-respect de la règlementation du prélèvement d'organes, de l'AMP ou encore des diagnostics anténataux. En créant de nouvelles incriminations spécialisées avec des peines et une procédure adaptée, le législateur a ainsi élaboré une sorte de droit pénal spécial de la bioéthique contesté par la doctrine[1585]. Ce droit pénal spécial de la bioéthique pose un problème tant au regard de la classification « (…) puisque certaines infractions portent atteinte à l'espèce humaine, d'autres à la dignité humaine, et d'autres encore aux produits du corps humain ou encore aux embryons»[1586], qu'au regard de sa lisibilité et son accessibilité.

728. Les infractions en matière d'éthique biomédicale sont « rangées » au sein d'un même livre et manquent de cohérence. En effet, la première section est consacrée à la protection de la personne humaine et incrimine le clonage thérapeutique[1587]. La

[1582] En ce sens M. Bénéjat, *op. cit*.
[1583] Travaux parlementaires, Débats de l'Assemblée nationale, séance du 23 nov. 1992. Les parlementaires reconnaissaient l'impérativité d'un dispositif répressif compte tenu des risques liés à l'essor de ces biotechnologies sur l'espèce humaine.
[1584] Art. 214-1à 214-4 C. pén.
[1585] En ce sens voir notamment, A. Prothais, « Tribulation d'un pénaliste au royaume de l'éthique biomédicale », *JCP G*, 1999, I, 129, P. Mistretta, *op. cit*, M. Bénéjat, *op. cit. A. Giudicelli, Le droit pénale de la bioéthique, LPA, 1994, n° 149, p.79*.
[1586] M. Benejat, *op. cit*.
[1587] Art. 511-1 C. pén.

deuxième section vise le corps humain et incrimine le recours à des pratiques biomédicales sans le consentement de la personne ou l'absence d'autorisations administratives[1588]. La dernière section renvoie à la protection de l'embryon humain [1589] en interdisant son obtention ou sa cession à titre onéreux, la conception d'embryon *in vitro* à d'autres fins que l'AMP, et la recherche sur l'embryon sans le consentement et l'autorisation administrative. Cette dispersion des textes au sein de ce livre V est à l'origine de la contestation même de l'existence d'un droit pénal propre à la bioéthique. Si le contexte médical ou scientifique de ces infractions sanctionnant les dérives des progrès de la recherche scientifique peut légitimer l'existence d'un droit pénal spécial de la bioéthique[1590], en revanche, celui-ci mérite d'être modifié.

729. La doctrine a, à plusieurs reprises, dénoncé les insuffisances de ce droit et la nécessité d'un texte fondateur qui permettrait de donner une meilleure lisibilité à la matière[1591]. Ainsi, l'éclatement des dispositions pénales entre le Code pénal et le Code de la santé publique, la cohérence des infractions contenues dans le livre II et celles contenues dans le livre V comme c'est le cas du clonage le clonage reproductif et du clonage thérapeutique, invite à s'interroger sur l'essence même de ce droit. Pour Monsieur le Professeur Patrick Mistretta ce droit invite à se poser la question de sa *ratio legis*. L'auteur a ainsi proposé de faire de la dignité la valeur au cœur de ce droit : « Difficile en effet de nier que toute pratique qui tend à l'organisation de la sélection de personnes ou à la naissance d'un enfant génétiquement identique à une autre personne vivante ou décédée n'est pas en soi attentatoire à la dignité du genre humain »[1592].

730. Si effectivement, nous pensons que la dignité a un rôle à joue dans la configuration du droit pénal de la bioéthique, c'est en tant qu'outil protégeant la

[1588] Art 511-2 à 511-13 C. pén.
[1589] Art. 511-15 à 511-25-1 C. pén.
[1590] « Même s'il s'agit encore plus d'une apparence que d'une réalité, on est en train de s'habituer à l'idée de l'existence d'un "droit pénal bioéthique" (si critiquable que soit cette terminologie), spécifique par son objet ou sa technicité », A. Prothais, « Tribulation d'un pénaliste au royaume de l'éthique biomédicale », *op. cit.*
[1591] P. Mistretta, « Droit pénal de la bioéthique: le coup de grâce! » *JCP G* n° 29, 18 Juillet 2011, 845 ;A. Prothais, « Un droit pénal pour les besoins de la bioéthique », RSC. 2000, p. 39. - J.-B. Thierry, « Quelle place pour la bioéthique en droit pénal ?», *RGDM*, 2005, p. 167.
[1592] P. Mistretta, « Droit pénal de la bioéthique: le coup de grâce! » *JCP G* n° 29, 18 Juillet 2011, 845

personne humaine valeur suprême défendue par notre Code pénal. Nous considérons que le droit pénal de la bioéthique tel qu'il est conçu par le Code pénal a deux objets principaux, d'une part la défense de l'être humain dans son unicité et individualité par le biais de la notion de personne humaine en tant que composante du genre humain[1593] et, d'autre part, l'encadrement de la pratique biomédicale[1594]. Ainsi, l'eugénisme et le clonage sont des infractions qui portent atteinte à la dignité de la personne humaine en ce qu'elles nient l'individualité et l'unicité de l'être humain. De même, les infractions relatives à la conception de l'embryon *in vitro* sont autant d'atteintes à sa dignité de personne humaine. En effet, les infractions relatives à l'embryon *in vitro* concernent principalement son mode de conception et le législateur a souhaité protéger pénalement l'embryon *in vitro* en imposant des limites à ne pas franchir lorsqu'il s'agit de sa conception. Cet objectif irrigue les articles 511-17[1595], 511-18[1596] et 511-18-1[1597] du Code pénal. Le législateur protège la vie de l'embryon *in vitro* en protégeant sa conception au nom de sa dignité de personne humaine. Par conséquent, si le législateur accepte de protéger l'embryon *in vitro* des atteintes à son mode de conception, il peut sanctionner les atteintes à sa vie en dehors des conditions fixées par l'article L. 2151-1 et suivant du Code de la Santé publique. Cette protection pénale des atteintes à la vie de l'embryon *in vitro* ne devrait donc pas se situer dans le livre V.

2) La protection de l'embryon *in vitro* par le « droit pénal commun »

731. Pour être plus lisible et cohérente, l'éthique biomédicale doit être scindée entre les valeurs qui protègent la personne humaine à placer dans le livre II, et les valeurs qui protègent la pratique biomédicale qui, elles, peuvent se situer dans le livre V. En effet, la protection pénale des atteintes à la vie de l'embryon est organisée par le

1593 P. Mistretta, *Droit pénal médical, op. cit.* p. 374.
1594 C'est ainsi qu'il faut comprendre les infractions relatives au non-respect des autorisations et déclarations préalables ayant pour objet le respect de la réglementation technique. Ainsi les articles 511-5-1, 511-5-2, 511-8, 511-8-1, 511-11, 511-12 du Code pénal ont pour objet le respect des autorisations et règles de sécurité sanitaires.
1595 « Le fait de procéder à la conception *in vitro* ou à la constitution par clonage d'embryons humains à des fins industrielles ou commerciales est puni de sept ans d'emprisonnement et de 100 000 euros d'amende. Est puni des mêmes peines le fait d'utiliser des embryons humains à des fins industrielles ou commerciales»
1596 « Le fait de procéder à la conception in vitro ou à la constitution par clonage d'embryons humains à des fins de recherche est puni de sept ans d'emprisonnement et de 100 000 euros d'amende »
1597 « Le fait de procéder à la constitution par clonage d'embryons humains à des fins thérapeutiques est puni de sept ans d'emprisonnement et de 100 000 euros d'amende »

législateur qui sanctionne les atteintes à son mode de conception en tant qu'atteinte à sa dignité de la personne humaine. Les atteintes à sa vie sont également sanctionnées à l'article 511-19 du Code pénal qui prévoit « que le fait de procéder à une étude ou une recherche sur l'embryon humain, sans avoir préalablement obtenu le consentement écrit et l'autorisation visés à l'article L. 2151-5 du Code de la santé publique, ou alors que cette autorisation est retirée, suspendue, ou que le consentement est révoqué, sans se conformer aux prescriptions législatives et réglementaires ou à celles fixées par cette autorisation, est puni de sept ans d'emprisonnement et de 100 000 euros d'amende ». Cette rédaction est insatisfaisante car on ignore quelle est la valeur transgressée, l'encadrement de la pratique sanitaire ou la protection de l'embryon humain conçu *in vitro* ? Or, cet article fait partie de la section qui vise à protéger l'embryon *in vitro*. C'est donc bien l'embryon qui est l'objet de la protection pénale et non les règles relatives aux autorisations ou à la sécurité sanitaire. Dès lors, il conviendrait de reformuler l'article de manière à ce que figure l'idée selon laquelle, en dehors des conditions de l'article L. 2151-5 du Code de la santé publique, la vie de l'embryon *in vitro* est protégée et les atteintes injustifiées, sanctionnées.

732. Plus encore que la formulation, la question de la place des incriminations des atteintes à la vie de l'embryon *in vitro* doit être discutée. En effet, l'embryon *in vitro* est membre de l'espèce humaine, titulaire d'une dignité. Dès lors, il est une personne humaine dont la vie est pénalement protégée. Raisonnablement, sa place ne peut être au sein du livre V du Code pénal, aux côtés des règles relatives à la sécurité sanitaire et au consentement. Seules ces dernières règles devraient y subsister. Ainsi ce livre pourrait devenir celui des infractions en matière de santé publique et des règles de sécurité relatives à la bioéthique. La première section intitulée « De la protection de l'espèce humaine », concernant l'eugénisme et le clonage reproductif devrait intégrer le titre 1er du livre II qui a pour objet la protection de l'espèce humaine[1598]. Toutes les infractions, crimes ou délits, qui ont pour objet l'espèce humaine devraient être contenues dans une même section ou un même chapitre. Peu importe qu'elles soient réalisées dans le cadre biomédicale ou non.

[1598] Sur cette position voir notamment P. Mistretta, *Droit pénal médical*, *op. cit.* p. 375.

733. De même, concernant la distinction du clonage thérapeutique et du clonage reproductif, une modification est souhaitable. En effet, la loi du 6 août 2004[1599] a incriminé le clonage reproductif actif à l'article 214-2 du Code pénal, le clonage reproductif passif[1600]et la provocation au clonage reproductif[1601]. En revanche la condamnation du clonage thérapeutique a été affirmée plus faiblement, puisque ce comportement a été érigé en simple délit et les sanctions pénales, plus légères que celles du clonage à visée reproductive[1602]. La condamnation du clonage thérapeutique avait d'ailleurs été discutée et son autorisation envisagée. Or, de nouvelles technologies ont rendu moins intéressant le recours au clonage thérapeutique et la question de sa légalisation est même sortie du débat législatif de 2011[1603]. Dès lors, il n'est pas justifié de maintenir une telle distinction et une telle différence de peine. Ainsi, nous partageons l'avis de Monsieur le Professeur Patrick Mistretta qui a proposé de sanctionner de manière générale la technique du clonage « plutôt que de faire varier l'interdit de la réponse pénale au gré du but poursuivi par l'opération »[1604].

734. Les incriminations concernant l'embryon *in vitro*, situées aux cotés de celles concernant l'espèce humaine et l'humanité, auraient le mérite de rendre la norme pénale de la bioéthique plus lisible et accessible. Dès lors, cette « réunification et clarification du droit pénal de la vie humaine» permettrait de faire (…) apparaître que si, certes, le principe demeure celui de la protection pénale de la vie humaine, il existe des exceptions, des cas dans lesquels d'autres considérations priment ; ce qui devrait couper court à bien des hypocrisies »[1605]. Naturellement, si l'on envisage la répression des atteintes à la vie de l'embryon *in vitro,* cela nécessite de prévoir l'incrimination des atteintes non justifiées à la vie de l'embryon *in utéro*. En effet, l'embryon *in vitro* et l'embryon *in utero* ont en commun d'abriter la vie humaine qui doit faire l'objet d'une protection pénale similaire.

[1599] *Op. cit.*
[1600] Art. 511-1 du C. pén.
[1601] Art. 511-1-2, al. 1 du C. pén.
[1602] Art. 511-18-1 du code pénal.
[1603] AN, Rapport d'information fait au nom de la mission d'information sur la révision des lois de bioéthique présidée par A. Claeys, n° 2235, 20 janv. 2010, p. 482 : « Dans le contexte actuel marqué notamment par les travaux sur les cellules pluripotentes issues de la reprogrammation de cellules adultes », l'éventualité du clonage thérapeutique « semble moins prometteuse qu'elle n'a pu l'être ».
[1604]P. Mistretta, *Droit pénal médical*, *op. cit.*
[1605] A. Prothais, *op. cit*

B) Le choix de la qualification des atteintes injustifiées à la vie de l'enfant à naître

735. Le malaise face à l'absence de protection pénale de la vie anténatale est persistant. C'est pourquoi, à de nombreuses reprises, des propositions pour y remédier ont été faites par la doctrine ou les parlementaires (1). Or, l'ensemble de ces propositions nous semblent insatisfaisantes dans la mesure où nous estimons que la protection pénale de la vie de l'être avant la naissance doit passer par la qualification pénale[1606] de l'homicide dont l'objet est de réprimer l'atteinte injustifiée à la vie de la personne humaine indépendamment de sa qualité de personne juridique (2).

1) Le rejet de l'incrimination d'interruption illégale ou involontaire de grossesse

736. Un certain nombre de propositions recensées pour pallier l'absence de protection pénale de la vie de l'enfant à naître, concernent la création de l'incrimination[1607] d'interruption involontaire de grossesse. Ainsi, Monsieur le Professeur Xavier Labbée a suggéré de faire partir la protection pénale au moment où le délai légal d'IVG était écoulé et d'autoriser ainsi la femme à attribuer à l'enfant qu'elle porte le statut de personne juridique[1608]. Cette proposition n'est pas envisageable pour plusieurs raisons. D'abord, elle semble faire de la personnalité juridique une condition de la protection pénale. Or, nous avons démontré tout au long de nos développements, que c'est la personne humaine qui est le fondement de la protection pénale de la vie de l'enfant à naître. De plus, elle fait commencer la protection pénale à la fin du délai d'IVG. Cela contrevient au principe de continuité qui régit la vie humaine. On devient une personne juridique par la naissance en vie et

---

[1606] « La qualification pénale est une opération intellectuelle d'analyse juridique consistant à prendre en considération l'élément qu'il s'agit de qualifier et à le faire entrer dans une catégorie juridique préexistante en reconnaissant en lui des caractéristiques essentielles de la catégorie de rattachement »: G. Cornu, Association Capitant, *Vocabulaire juridiq*ue, coll. Quadrige Dicos Poche, 9ème éd. PUF, 2011, V. Qualification. Ainsi, la qualification suppose qu'au préalable les faits à qualifier aient fait l'objet d'une incrimination.

[1607] L'incrimination se définit selon Messieurs Merle et Vitu comme la « description d'une certaine conduite humaine, que le législateur interdit ou impose aux individus, parce qu'il estime que la prohibition ou l'obligation d'agir établie par lui est le seul moyen d'assurer la protection de certaine valeurs sociales ou de certains biens juridiques », R. Merle et A. Vitu, *Traité de droit criminel, Problèmes généraux de la science criminelle, Droit pénal général*, tome 1, 7ème éd, éd. Cujas, 1997, p. 263.

[1608] X. Labbée, *La condition juridique du corps humain avant la naissance et après la mort, op. cit*. p. 143 et s.

viable, mais on est une personne humaine dès la conception et bien après la mort. Nous avons pu démontrer que la législation sur l'IVG sous l'angle du droit pénal doit s'analyser comme un fait justificatif tiré de la permission de la loi. On raisonne donc sur l'exception d'atteinte à la vie autorisée par le législateur. Or, la proposition de Monsieur Labbée fait débuter, de manière générale, la personnalité juridique après l'expiration du délai d'IVG en lui liant ainsi la protection de sa vie. La dynamique est ici inversée.

737. Deux amendements ont également eu pour objectif de combler l'absence de protection pénale de l'enfant à naître. Monsieur Gaillard avait déposé, le 6 février 2002, un amendement qui tendait à créer un article 223-11 du Code pénal afin de réprimer de façon autonome l'interruption involontaire de grossesse[1609]. Ainsi, « le fait de causer dans les conditions et selon les différentiations prévues à l'art. 121-3 du Code pénal, par maladresse, inattention, négligence ou manquement à une obligation de sécurité de prudence imposée par la loi ou le règlement, la mort d'un enfant à naître » aurait constitué « une interruption involontaire de grossesse punie de 3 ans d'emprisonnement et de 45000 € d'amende ». En cas de violation manifestement délibérée d'une obligation particulière de sécurité, les peines encourues auraient été portées à 5 ans et à 75000 €. Ce projet a été abandonné, car il s'inscrivait dans le cadre d'une modification du Code de la route, les parlementaires ayant décidé qu'il concernait un problème différent. La proposition liait donc la protection pénale de la vie de l'être avant la naissance à la reconnaissance d'une interruption illégale de grossesse.

738. Dans le même sens, l'amendement déposé le 21 novembre 2003 par Monsieur Jean-Paul Garraud[1610] avait pour objet de créer « l'infraction d'interruption involontaire de grossesse » pour protéger l'enfant à naître dans le cadre des violences routières. La proposition visait à introduire un article 223-11 du Code pénal ainsi rédigé : « L'interruption de grossesse, sans le consentement de l'intéressée, causée,

[1609] Proposition de loi relative à la protection pénale de l'enfant à naître contre les atteintes involontaires à la vie, Document Assemblée nationale n° 3572, 6 février 2002.

[1610] Cf. i*nfra* p. 207 et s. En effet, adopté en première lecture par l'Assemblée nationale, l'amendement avait provoqué un véritable tollé car il était interprété comme une remise en cause implicite de la loi IVG et fut ainsi retiré. Sur cette analyse voir notamment : B. Beignier, « La liberté de concevoir un enfant », *op. cit.*; F. Bellivier et P. Egea, « Les chemins de la liberté (petite leçon de biopolitique) », *op cit*, P. Maistre du Chambon, « L'amendement Garraud. Retour sur un procès en sorcellerie », *RPDP*, 2004, p. 313.

dans les conditions et selon les distinctions prévues par l'article 121-3, par maladresse, imprudence, inattention, négligence ou manquement à une obligation de sécurité ou de prudence prévue par la loi ou le règlement est punie d'un an d'emprisonnement et de 15 000 euros d'amende ». Les débats parlementaires ayant conduit au rejet ont mis l'accent sur la volonté de ne pas adopter un tel texte dans le cadre de la sécurité routière mais de façon autonome[1611].

739. Nous considérons qu'effectivement la protection pénale de la vie anténatale ne doit pas être limitée au cadre de la sécurité routière. De plus nous ne trouvons pas opportun de placer la protection de l'embryon dans le cadre de l'interruption involontaire ou illégale de grossesse. En effet, il nous semble maladroit de prévoir ou se référer à une infraction d'interruption involontaire ou illégale de grossesse pour assoir la protection pénale de la vie de l'enfant à naître. La protection pénale de la vie anténatale ne peut être prévue par une infraction dont l'objet est la protection de la liberté procréative de la femme. C'est d'ailleurs cette *ratio legis* qui explique l'article 223-10 du Code pénal dont l'objet est de protéger le consentement de la mère dans le cadre de l'IVG. De la même manière il est difficile d'envisager une modification de l'article 223-10 du Code pénal, comme l'avait proposé Monsieur le Professeur Bernard Beignier, en le modifiant de la sorte: « L'interruption de la grossesse sans le consentement de l'intéressée est punie de cinq ans d'emprisonnement et de 75 000 € d'amende. Sous réserve de l'application des sanctions spécifiques prévues par le Code de la santé publique aux articles L. 2222-2 et suivants, les mêmes peines s'appliquent lorsque la grossesse a été interrompue à la suite d'une infraction pénale »[1612]. Il est préférable de faire passer la sanction de l'atteinte injustifiée à la vie d'autrui par la qualification d'homicide.

2) Les atteintes injustifiées à la vie de l'enfant à naître sanctionnées par l'homicide

[1611] Dans la foulée, Monsieur Pierre Fauchon avait déposé, de façon autonome, une proposition reprenant le texte de la précédente *proposition relative à la protection pénale de la femme enceinte,* Document Sénat n° 283 , 7 mai 2003. En seconde lecture à l'Assemblée nationale le texte avait de nouveau été déposé et retenu par la commission des lois, puis retiré à la demande du gouvernement afin que la loi sur la lutte contre la violence routière puisse entrer en vigueur. L'auteur avait accepté en espérant obtenir une niche parlementaire et que le texte soit finalement adopté dans un autre cadre.
[1612] B. Beignier, « La liberté de concevoir un enfant » *Dr. fam.* 2004, n° 2 chron. n° 3.

740. Que l'atteinte à la vie de l'être humain avant la naissance résulte d'un acte volontaire ou non, la qualification doit être celle de l'homicide. On ne peut qualifier d'interruption volontaire de grossesse[1613] ou d'atteinte à l'intégrité physique de la mère ce qui est en réalité une atteinte à la vie de l'enfant à naître[1614]. Pour organiser de manière cohérente la répression des atteintes à la personne humaine il faut envisager une incrimination pouvant sanctionner les atteintes à la vie de l'enfant à naître sans considération de la situation où la femme exerce son droit à l'interruption de grossesse C'est pourquoi la protection de la vie de l'être avant la naissance doit passer par la qualification d'homicide en ce qui concerne toutes les atteintes non justifiées à la vie anténatale, volontaires ou involontaires. En effet, du latin *homo* (l'homme) et *caedere* (tuer), l'homicide renvoie à l'atteinte à la vie de la personne humaine. L'homicide constitue donc l'atteinte à la vie de la personne humaine telle que nous l'avons abordée. Ainsi, la qualification d'homicide convient parfaitement à l'être vivant avant la naissance dans le sein de sa mère, lorsqu'il est l'objet d'atteinte injustifiée par des tiers[1615]. Le choix de la qualification pénale des atteintes injustifiées doit donc être celui de l'homicide[1616].

741. Madame Aline Terrasson de Fougères s'était interrogée, à l'occasion de l'arrêt de l'Assemblée plénière du 29 juin 2001, sur le point de savoir si l'on devait parler d'infanticide ou de «foeticide»[1617]. Selon elle, l'infanticide supposant un enfant né viable conduisait à l'exclusion de la qualification. Or, si nous concluons au rejet de la qualification, c'est pour tout autre raison puisque la naissance en vie et viable est une condition d'attribution de la personnalité juridique et non de la qualification

---

[1613] Son objet, ainsi que nous l'avons démontré, n'est plus l'avortement, mais l'encadrement de la liberté procréative de la femme.

[1614] Monsieur Pierre Sargos a considéré que l'atteinte volontaire à la vie anténatale ne pouvait s'envisager que sous le prisme de la qualification spécifique d'interruption volontaire de grossesse : « l'atteinte volontaire à la vie de l'embryon et du fœtus ne peut être qualifiée d'homicide volontaire mais reçoit la qualification spécifique d'interruption volontaire de grossesse (…). Il en résulte tout aussi clairement qu'il n'existe aucune incrimination en matière d'interruption involontaire de grossesse et les dispositions spéciales sur la protection de l'embryon humain ne répriment pas davantage sa destruction involontaire (…). L'atteinte à la vie est donc toujours et nécessairement l'atteinte à la vie d'une personne, ce qui renvoie aux débats sur la définition juridique de la personne qui implique qu'elle soit née viable et au fait que le législateur a délibérément refusé d'assimiler l'être humain à une personne dès sa conception » Selon l'auteur, la répression pouvant alors passer par l'atteinte, pénalement sanctionnable, à l'intégrité de la personne de la mère dont la grossesse a été interrompue. « L'enfant à naître peut-il être victime d'un homicide involontaire ? L'Assemblée plénière de la Cour de cassation prend position », *JCP G,* 2001 II 10569.

[1615] Puisque le législateur a choisi de dépénaliser complètement l'auto-avortement.

[1616].en ce sens voir notamment F. Rousseau, « La victime des infractions contre les personnes : personne humaine ou personne juridique? » *op. cit.*

[1617] A. Terrasson de Fougères, « Le foeticide », *RDSS,* 2001, 829.

d'enfant[1618]. D'ailleurs « l'acte d'enfant sans vie » de l'article 79-1 du Code civil[1619] mentionne bien l'enfant indépendamment de sa qualité de personne juridique puisque celle-ci fait défaut dans ce cas précis. L'infanticide ne pourrait être retenu car la qualification d'infanticide a disparu du Code pénal. En effet, cette incrimination antérieurement, objet des articles 300 et 302 du Code pénal[1620], a été supprimée par le Code pénal de 1994 et remplacée par la circonstance aggravante de la minorité de la victime à l'article 221-4-1 du Code pénal[1621]. L'auteur avait ensuite envisagé la qualification de « foeticide » pour désigner la fin du processus de vie biologique du fœtus et avait conclue à l'impossibilité de retenir une telle qualification car la législation sur l'interruption de grossesse (était) inconciliable avec l'idée d'une atteinte à la vie du fœtus/embryon après la conception.

742. Nous rejetons l'incrimination de « foeticide » car elle viserait nécessairement l'atteinte à la vie du fœtus en tant que délit spécifique. Le fœtus, est un terme médical qui renvoie à la période post embryonnaire à partir de la 12ème semaine de gestation. Or, il existe un décalage entre le langage médical et juridique sur le point de départ de la grossesse. En effet, le corps médical tient compte de la période d'aménorrhée (période pendant laquelle il n'y a pas de règles) alors que le législateur parle de semaine effective depuis la fécondation. Il y a donc près de quinze jours de différence entre le nombre de semaines d'aménorrhée et le nombre de semaines de grossesse effective (c'est-à-dire depuis le début de la conception). Ainsi, le corps médical compte en semaines d'aménorrhée quand le législateur compte en semaines de grossesse effective pour fixer les 12 semaines de délai légal d'IVG. Ainsi, à partir de

[1618] Emile Garçon qui avait définit l'homicide comme « la destruction d'une vie humaine » avait énoncé les éléments constitutifs de l'infanticide, en évacuant les notions de viabilité et de vie extra-utérine : Emile Garçon, *Code pénal annoté*, tome I, Sirey, éd., 1901-1906, art. 300, p. 705 s.

[1619] Art. 79-1 C.civ : « Lorsqu' un enfant est décédé avant que sa naissance ait été déclarée à l'état civil, l'officier de l'état civil établit un acte de naissance et un acte de décès sur production d'un certificat médical indiquant que l'enfant est né vivant et viable et précisant les jours et heures de sa naissance et de son décès. A défaut du certificat médical prévu à l'alinéa précédent, 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 jours, 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 ».

[1620] L'ancien Code pénal, connaissait, aux côtés du meurtre réprimé à l'article 295 et de l'empoisonnement (ancien article 301) deux autres incriminations spécifiques d'homicides volontaires : le parricide (ancien article 299) et l'infanticide (ancien article 300).

[1621] La circonstance aggravante a ainsi le caractère d'une circonstance aggravante réelle dont les effets s'étendent à tous les auteurs du crime.

quel moment peut-on parler de fœtus? 10 semaine d'aménorrhée, 12 semaines de grossesse effective (sachant que sur ce point encore demeure une incertitude qui est la date de la conception). Ainsi, on ne peut raisonnablement fixer la protection pénale à partir du stade fœtal tant pour des raisons liées à l'incertitude des notions qu'au principe d'égalité de traitement entre les embryons et les fœtus.

743. Le seul critère qui doit fonder la protection pénale de l'enfant à naître c'est le critère de vie, fondement de la qualification d'homicide. Le Code pénal a placé en tête des incriminations du livre II, « les atteintes à la vie de la personne» en sanctionnant dans la première section les atteintes volontaires à la vie. En effet, l'article 222-1 définit le meurtre comme le « fait de donner volontairement la mort à autrui », là où l'ancien article 295 qualifiait l'homicide commis volontairement de meurtre. La section II s'intitule « Des atteintes involontaires à la vie» et l'article 221-6 est, dans sa rédaction issue de la loi du 10 juillet 2000, « Le fait de causer, dans les conditions et sous les distinctions prévues à l'article 121-3, par maladresse, imprudence, négligence ou manquement à une obligation de sécurité ou de prudence imposée par la loi ou le règlement, la mort d'autrui, constitue un homicide involontaire…». Dès lors, comment ne pas considérer que le Code pénal a choisi de donner à ce critère de vie humaine une place déterminante dans la qualification de l'homicide. Que cette vie humaine soit « simplement » en formation, où qu'elle soit liée à une personne juridique, elle doit faire l'objet d'une protection pénale.

744. La vie en formation est une valeur pénalement protégée. D'ailleurs, lorsque l'Assemblée Plénière[1622] s'est référée maladroitement aux règles spécifiques qui protègent la vie humaine avant la naissance, elle a admis, par la même occasion, que cette vie en formation était l'objet d'une valeur pénalement protégée. Le droit pénal appréhende la vie humaine avant la naissance en protégeant l'être humain au-delà de la personne juridique *via* la notion de personne humaine. La seule condition pour caractériser l'homicide qu'il soit volontaire ou involontaire doit donc être le constat de l'existence d'une personne humaine. Les faits justificatifs que sont l'interruption volontaire de grossesse, l'interruption médicale de grossesse, l'autorisation de la recherche sur l'embryon *in vitro* surnuméraire sont des causes objectives de non-imputabilité. Or, la non-imputabilité a pour effet d'aménager le régime de la

[1622] Cass. Ass. Plén. 29 juin 2001, *op. cit.*

responsabilité pénale. Dès lors, dans le cas de l'autorisation de la loi, le législateur a estimé que l'infraction n'existe plus dans des conditions déterminées par lui.

745. C'est cette réalité de l'atteinte mortelle portée à la vie de l'enfant à naître qui a été sanctionnée par le Tribunal correctionnel de Tarbes le 4 février 2014[1623]. En effet, en refusant d'appliquer la jurisprudence de la Cour de cassation, les juges tarbais ont signifié que l'atteinte mortelle portée à l'existence de l'être qui vivait dans le sein de sa mère, en l'espèce un fœtus de 30 semaines en bonne santé, commandait d'être sanctionnée[1624]. Le tribunal a donc justement appliqué l'article 221-6 du Code pénal ayant pour objet de sanctionner les atteintes involontaires à la vie de la personne humaine. En effet, les juges tarbais se sont appuyés sur l'accident à l'origine du décès *in utero* du petit garçon pesant 1 750 grammes prénommé Yanis, le lien de causalité direct et certain entre le choc et le décès de l'enfant à naître pour fonder la condamnation de l'auteur de l'accident sur l'article 221-6 du Code pénal. Condamnation comprise et acceptée par le prévenu.

746. Conclusion du chapitre second L'applicabilité de l'homicide pour sanctionner les atteintes à la vie de l'être avant la naissance est la conséquence logique de l'affirmation selon laquelle le critère de vie humaine est un élément constitutif de l'homicide. Ainsi que le préconisait Monsieur le Professeur Jean Pradel « si l'on arrive à démontrer que le Code pénal défend la vie, cette valeur suprême, on peut admettre du même coup que l'article 221-6 protège aussi bien l'être avant la naissance qu'après sa naissance puisqu'il est aujourd'hui prouvé que biologiquement la vie débute dès sa conception »[1625]. Dès lors, techniquement, l'obstacle de la caractérisation de l'infraction d'homicide aux atteintes à la vie de l'être avant la naissance semble être levé. Cet obstacle n'a pourtant pas été le seul, et l'objet de cette thèse a été de les lever, les uns après les autres. Ainsi, si l'homicide peut être appliqué aux atteintes injustifiées à la vie de l'être humain avant la naissance, c'est parce qu'il est une personne humaine vivante. L'objet de ce dernier chapitre a été de démontrer

[1623] Cf. supra p. 124.
[1624] En l'espèce par une peine d'emprisonnement de 3 ans avec sursis simple ainsi qu'une peine d'amende de 300 euros pour la contravention et l'annulation du permis de conduire assortie de l'interdiction d'en représenter les épreuves avant l'expiration d'un délai de 3 ans avec exécution provisoire.
[1625] J. Pradel, « La chambre criminelle continue d'ignorer l'enfant à naitre », *D.* 2002, p. 3099 ; « La Cour européenne des droits de l'homme, l'enfant conçu et le délit d'homicide involontaire, entre prudence et embarras», *D.*, 2004, p. 2456.

que cette protection pénale n'est pas inconciliable avec les législations sur l'IVG et la recherche sur les embryons *in vitro* surnuméraires. La charnière entre, d'un côté, la protection pénale de la vie anténatale et de l'autre, les atteintes autorisées, est la théorie de la dérogation en droit[1626].

747. Le droit pénal utilise la dérogation à travers la norme justificative pour permettre de faire le lien entre le principe et les exceptions, le permis et l'interdit. L'existence de règles d'exceptions doit se lire comme une mise à l'écart temporaire de la règle générale. La particularité dans le cadre de l'IVG c'est que cette dérogation a les critères du droit subjectif. Néanmoins, l'affirmation selon laquelle l'IVG est un droit ne signifie pas pour autant qu'il est droit absolu. La particularité de ce droit est d'être particulièrement conditionné, délimité, circonstancié. Il est même par fois qualifié de droit à part[1627]. L'IVG traduit l'exercice de la liberté procréative, mais en dehors de ce cadre, les atteintes à la vie de l'être avant la naissance doivent être sanctionnées.

748. C'est la signification de la maxime *exceptio est strictissima interpretationis* qui impose, en présence d'une exception formellement identifiée, de refuser d'en étendre les dispositions au-delà des dispositions législatives[1628]. Dès lors, l'intérêt d'identifier clairement les règles portant atteinte à la vie de l'être avant la naissance, est de pouvoir ensuite les intégrer comme des exceptions au principe général de protection de la vie humaine prénatale[1629]. L'existence de dérogations démontre la complexité des relations juridiques car « l'idée qui fonde l'exception est de tenter d'assurer un plus grand bien, voire d'éviter un mal, dans les situations vidées par elle (…). La dérogation doit demeurer une exception grave impliquant la solennité plus que le secret, le savoir partag2 plus que l'argument d'autorité, le bien commun plus

[1626] Ainsi tandis que l'article 16-1 du Code civil affirme que: « Chacun a droit au respect de son corps. Le corps humain est inviolable. Le corps humain, ses éléments et ses produits ne peuvent faire l'objet d'un droit patrimonial». Or, les articles 16-3, 16-10 à 16-13 du Code civil, ainsi que de nombreuses dispositions du Code de la Santé publique se présentent comme autant des dérogations au principe énoncé à l'article 16 du Code civil

[1627] « L'accès à l'IVG volet 2 » Rapport pour le Haut Conseil à l'égalité entre les hommes et les femmes, *op. cit.* p. 5.

[1628] Sur les origines et l'étude de la maxime voir: J-R Binet, «*Exceptio est strictissime interpretationis:* l'enfant conçu au péril de la biomédecine », Mélanges en l'honneur de Philippe Le Tourneau, *op. cit.* p. 92.

[1629] *Ibid* p. 95.

que l'intérêt particulier »[1630]. C'est de cette manière que nous avons choisi d'analyser les dispositions qui remettent en cause le principe de protection pénale de la vie anténatale, permettant l'articulation pénale de la sanction des atteintes injustifiées avec l'autorisation des atteintes justifiées à la vie de l'être avant la naissance.

[1630] B. Feuillet , J. Testart, « Bioéthique, droits, valeurs, science », *D.* 2011, 167.

CONCLUSION GÉNÉRALE

750. Le Professeur Alain Prothais mettait en évidence que « (…) ce qui est peut-être nouveau avec les progrès contemporains des sciences biologiques et médicales, c'est la prolifération des occasions d'atteinte. La justification est tellement entrée dans les mœurs que les principaux intéressés, les scientifiques et les médecins, ont souvent tendance à oublier que leurs actes sont d'abord qualifiables d'infractions et que ce n'est que si les conditions légales justificatives sont remplies qu'ils échapperont à la répression »[1631]. Ainsi, les atteintes portées à a vie de l'enfant à naître doivent être comprises comme des exceptions à la protection pénale de la vie humaine. Cela ne signifie pas que l'IVG est aujourd'hui considéré comme une infraction dont la répression est temporairement suspendue. En effet, l'interruption volontaire de grossesse est une valeur pénalement protégée au titre de la liberté procréative et un droit affirmé. Tout au long du XXème siècle, le droit pénal a évolué au rythme de la nouvelle place de la femme dans la société et de l'affirmation de sa liberté sexuelle. La sexualité et la procréation ont été dissociées par l'avènement de la contraception. Par conséquent, le droit pénal a été imprégné et bouleversé par ces données nouvelles. Pendant longtemps le refus de maternité a été sanctionné par l'infraction d'avortement. Puis, de l'infraction d'avortement, dont la *ratio legis* était la protection de la vie de l'humain avant la naissance, le droit pénal est venu protéger l'interruption volontaire de grossesse. En effet, entre 1975 et 2014, la législation pénale sur l'interruption volontaire de grossesse est passée d'une atteinte à la vie prénatale sanctionnée à un droit protégé. Ce changement de la *ratio legis*, louable, s'est fait au détriment de la protection pénale de l'humain avant la naissance. A partir de cette évolution, l'idée selon laquelle la législation sur l'interruption volontaire de grossesse était incompatible avec la protection pénale de l'être humain avant la naissance s'est imposée. Or, nous avons essayé de démontrer que la décision de la femme de mettre un terme à sa grossesse, pour convenance personnelle, dans les douze premières semaines de sa grossesse ne peut pas remettre en question de manière générale et absolue la protection pénale et l'essence humaine de cet être. L'objet de la législation pénale encadrant l'interruption volontaire de grossesse est d'assurer l'effectivité de la liberté procréative et non de faire de l'embryon ou du fœtus une chose par essence. Comme Madame Marie-Angèle Hermitte le relève, « l'embryon est, pour la femme qui le porte, une assignation à être mère, et c'est à ce titre qu'elle peut le récuser »[1632].

[1631] A. Prothais, « Un droit pénal pour les besoins de la bioéthique », *op. cit.*
[1632] M.-A. Hermitte, *Le droit saisi au vif*, *op. cit.* p. 140

En revanche, en dehors de la mise en œuvre de cette liberté procréative, la vie de l'être avant la naissance doit être protégée au nom de sa personnalité humaine. Les atteintes à la vie embryonnaire justifiées par le législateur, ne peuvent déterminer un statut juridique de l'embryon.

751. Les mêmes liens abusifs ont pu être constatés en ce qui concerne la nature de l'embryon *in vitro*. Le législateur a, dans un premier temps, prohibé la recherche sur l'embryon, en interdisant l'expérimentation et en autorisant uniquement les études sur l'embryon humain[1633]. Puis, au fil des réformes successives, le régime de la recherche sur l'embryon *in vitro* a évolué, d'une interdiction avec dérogation[1634] à un régime d'autorisations sous conditions[1635]. En revanche des prohibitions absolues demeurent comme le clonage reproductif d'embryon humain, la conception d'embryons à des fins thérapeutiques[1636] de recherche[1637] ou à des fins industrielles ou commerciales[1638], l'interdiction de transférer un embryon ayant fait l'objet de recherche à des fins de gestation[1639], la loi du 7 juillet 2011 a rajouté à ces prohibitions, celle de l'interdiction de la création d'embryons transgéniques ou chimériques[1640].

752. Cette possibilité de déroger à la protection de la vie de l'embryon *in vitro* a été perçue comme la traduction d'une mise à disposition de l'embryon au service du scientifique. Dès lors, en liant la possibilité pour la femme de mettre un terme à la vie de l'embryon *in utero* à la possibilité pour le scientifique de pratiquer des recherches sur l'embryon *in vitro*, le sort de l'être humain avant la naissance a été scellé. La jurisprudence de la chambre criminelle sur l'homicide involontaire de l'enfant à naître en est la manifestation. Parce que l'embryon n'avait pas de statut juridique

[1633] Loi n° 94-654 du 29 juillet 1994, *op. cit.* anc. Art. L.152-8 code sant. publ. A titre exceptionnel, les embryons issus d'une AMP peuvent faire l'objet d'une étude ayant une finalité médicale et ne lui portant pas atteinte.
[1634] Loi n° 2004-800 a autorisé la recherche sur l'embryon *in vitro* puisse dans le cas où il ne fait plus l'objet d'un projet parental, dans le cas où il est issu d'un DPI qui s'est révélé porteur d'une maladie génétique incurable au moment du diagnostic, dans le cas où il ne peut être transféré car il porte une anomalie majeure ou une d'interruption de son développement. Ce régime a été pérennisé par la loi n° 2011-814 du 7 juillet 2011, puisque le législateur avait réaffirmé le principe d'interdiction de la recherche sur l'embryon humain et les cellules souches embryonnaires auxquels il avait adjoint les lignées de cellules souches.
[1635] Loi n° 2013-715, *op. cit.*
[1636] Art. 511-18-1 C. pén.
[1637] Art. 511- 18. C. pén.
[1638] Art 511-17
[1639] Art. L. 2151-5 Code sant. publ.
[1640] Art. L. 2151-2 Code sant. publ.

clairement établi, de telles lectures ont rendues possible. Dans la *summa divisio,* l'embryon humain n'a su trouver sa place, pas véritablement une personne juridique, pas véritablement une chose, le CCNE le qualifiait de personne humaine potentielle, à mi-chemin entre la personne et la chose, une quasi-chose ou une quasi-personne selon que l'on voit le verre à moitié plein ou à moitié vide. A cette impossibilité de faire entrer l'être avant la naissance dans l'une des catégories clairement identifiées, est venu s'ajouter la possibilité de mettre un terme à la vie de cet être avant la naissance en vertu de la volonté maternelle ou pour les besoins de a science.

753. La notion de personne humaine nous a permis de sortir de cette impasse. Elle a présenté un intérêt d'ordre notionnel en nous offrant la possibilité de dépasser les bornes que sont la naissance et la mort de la personne juridique et d'entrer dans la construction d'un autre système. A cet intérêt notionnel se rajoute un intérêt pratique, puisqu'elle est le fondement de la protection pénale de l'humain. La notion de personne humaine confère à son titulaire une dignité, appréhendée comme un rempart contre la négation de ce qui fait l'essence même de la personne humaine. Elle renvoie à l'humain biologique et à ce lien entre l'humain et les membres de cette humanité. En reconnaissant à l'embryon *in vitro* et *in utero* la titularité d'une dignité, de même qu'en protégeant le cadavre sur ce fondement, le législateur et la jurisprudence ont donné tout son sens à la notion de personne humaine. La personne humaine a pour objet de représenter l'humain vivant ou non, qu'il soit titulaire d'une personnalité juridique ou non. Dès lors, l'humain avant la naissance est une personne humaine titulaire d'une dignité. La protection de cette dignité implique de ne pas le traiter comme une chose et de ne pas le rejeter en dehors de la communauté humaine. La dignité, principal vecteur de protection de la personne humaine permet à la fois de comprendre la notion et d'en assurer la protection. Ainsi, lorsqu'ont été affirmée la dignité de l'embryon *in vitro* et *in utero*, nous en avons déduit leur personnalité humaine En effet le syllogisme juridique nous a conduit à appliquer le raisonnement suivant : seules les personnes humaines sont titulaires d'une dignité, les embryons sont titulaires d'une dignité, les embryons sont donc des personnes humaines.

754. Sur ce fondement, la protection pénale de cet être doit être organisée. En effet, l'être avant la naissance est au regard de sa personnalité humaine, titulaire d'un droit

à la vie protégé par le droit objectif. Que signifieraient les notions de personne humaine et de dignité si le processus biologique qu'est la vie n'était pas protégé par le droit objectif ? Le droit à la vie est conçu pour permettre au processus biologique qui conditionne l'existence de la personne humaine et de la personne juridique de prendre tout son sens. La protection du droit à la vie prénatale, protège l'être humain avant la naissance mais ne lui confère pas un droit dans le sens d'un un droit subjectif[1641].

755. La notion de personne humaine, a donc été envisagée comme une construction juridique qui diffère de la personne juridique. Elle est plus que la personne juridique. Monsieur Mathieu Reynier relève la distinction existant entre la personne juridique et la personne humaine : « la personne humaine supplante la personne juridique en ce qu'elle constitue une projection idéalisée de l'humanité et des individus qui la compose. Une projection que le droit se doit de préserver car il en va, à la fois de cohésion du corps social mais également du maintien du statut supérieur de l'espèce humaine. Au regard de ce postulat, la personnalité juridique peut alors être entendue comme constituant seulement, pour l'individu et sa corporalité, un rempart permettant une protection de l'humain sur le terrain du droit »[1642]. Nous avons considéré que les atteintes à la personnalité juridique étaient sanctionnées par le mécanisme des droits de la personnalité juridique. En effet, la personne juridique est l'acteur qui doit être protégé sur la scène juridique. En revanche, la personne humaine est une construction juridique révélée par le droit pénal et qui renvoie à l'humain projeté tel quel sur la scène juridique et qui à ce titre mérite protection. Ainsi, « lorsque la personnalité juridique n'est pas ou n'est plus, il appartient au corps social de devoir protéger cette projection imaginaire, car il en va de sa survie. Par le biais du législateur, le maintien de la protection de la personne humaine se doit d'être assuré afin de pérenniser une vision de l'homme distincte et séparée de celle des autres éléments du monde réel. La notion de personne humaine suppose ainsi une approche collective de l'humain là ou la personnalité juridique se limite à une approche individualisée »[1643].

[1641] *Ibid*. p. 17.
[1642] M. Reynier, *L'ambivalence juridique de l'humain*, *op. cit*. p. 94.
[1643] M. Reynier, *L'ambivalence juridique de l'humain*, *op. cit*. p. 94.

756. La notion de personne humaine, construction juridique qui renvoie à une double dimension : celle de l'humain biologique et de son rapport avec la communauté humaine. C'est cette personne humaine que le droit pénal protège à travers les crimes contre l'espèce humaine et contre l'humanité. Ainsi, la personne humaine est une notion juridique ayant pour objet d'appréhender l'humain dans sa nudité juridique c'est-à-dire l'humain biologique. La personne humaine n'est donc pas plus réelle que la personne juridique, c'est une notion juridique, qui produit des effets juridiques : la protection de la vie de l'être humain avant la naissance et après la mort. C'est bien au droit pénal d'assurer cette mission comme le rappelait Monsieur le procureur général Dominique Commaret, dans ses conclusions lors de l'audience plénière de la chambre criminelle du 6 juin 2002, « quel droit a pour fonction essentielle d'assurer effectivement la protection du droit à la vie, avant comme après la naissance, hors les exceptions légalement prévues, si ce n'est le droit pénal ? Car c'est bien ce droit-là qui exprime, dans une société donnée, sa propre représentation de l'humain et sa hiérarchie des valeurs (…) C'est assez dire que le concept civiliste de personne juridique, indifféremment applicable aux personnes physiques et aux personnes morales, n'est pas apte, dans son acception actuelle, à rendre compte de la notion de personne humaine (…)»[1644].

757. Le droit pénal tout comme il le fait pour l'être humain après la mort, doit organiser la protection de la vie à son commencement, sans passer par la création d'une incrimination spéciale mais par le biais de l'incrimination de l'homicide qui a pour objet la protection de la vie. C'est à cette seule condition que la protection pénale de la personne humaine sera cohérente. Le droit pénal protège la personne humaine, en réservant des exceptions légales, comme autant de permissions de la loi spécialement prévues par une législation qui traduit tantôt la conciliation avec la liberté procréative de la femme tantôt avec la liberté de la recherche.

758. D'une extrémité à l'autre de la vie, le droit pénal se saisit de l'humain. A l'occasion d'une étude sur les rapports entre l'euthanasie et le droit pénal un auteur s'interrogeait sur le point de savoir si la loi pénale pouvait définir l'exception ?[1645] Nous espérons avoir contribué à apporter un élément de réponse à cette question. Le

[1644] D. Commaret, « Conclusion de l'avocat général, audience plénière de la chambre criminelle du 6 juin 2002 », dr. pén. n° 9, septembre 2002, chron. 31.
[1645] C. André, « Euthanasie et droit pénal, la loi peut-elle définir l'exception? », *RSC* 2004, 43.

droit pénal organise la conciliation entre la protection de la vie humaine et les atteintes qui peuvent y être portées. Dès lors, il peut tout à la fois, organiser la protection pénale de la vie de l'être avant la naissance tout en protégeant la décision de la femme qui souhaite mettre un terme à sa grossesse. Il peut autoriser le scientifique à porter atteinte à l'embryon *in vitro* tout en interdisant le clonage et la constitution d'embryon pour la recherche. La disparition de la sanction pénale dans des cas déterminés par des intérêts jugés momentanément supérieurs, ne signifie pas pour autant la reconnaissance d'un droit. Lorsque le doit français a aboli définitivement l'incrimination de suicide en 1791, aucun droit subjectif à la mort n'a par ailleurs été consacré[1646]. Dès lors, en organisant des exceptions à la protection pénale de la vie de l'être avant la naissance, le droit pénal n'avait pas vocation à signifier l'absence totale de répression aux atteintes non justifiées.

759. Nous terminerons notre réflexion sur les mots de Monsieur le Professeur Alain Prothais qui constatait, au sujet de l'euthanasie, que « l'objectif scientifique est de tenter de dépasser le conflit idéologique passionnel opposant les pros et les anti euthanasies parce que celui-ci est insoluble. De part comme d'autre, il y a autant de justifications fortes, de convictions respectables. Il importe dès lors de dépasser le débat de principe, le débat purement intellectuel dans toute son abstraction pour l'aborder sur le terrain des solutions pratiques les plus adaptées dans chaque cas individuellement considéré. Et pour ce faire, le droit, le droit pénal notamment, s'avère beaucoup plus nuancé et compréhensif, beaucoup moins simpliste et rigide qu'on ne le dit ou le croit souvent »[1647].

[1646] D'ailleurs une loi du 31 décembre 1987 a même incriminé la provocation au suicide incrimination, art. 223-13 à 15-1 du C pén.

[1647] A. Prothais, « Crimes et délits. Notre droit pénal permet plus qu'il n'interdit en matière d'euthanasie », *JCP G,* 2011 étude n° 7.

BIBLIOGRAPHIE

I Ouvrages, Traités, Manuels

A) Histoire, Philosophie, Théorie générale du droit, sociologie.

Acarias,
*Précis de droit romain, les personne*s, Paris 1882.

Atias (C.),
Philosophie du droit, Puf, 2004.

Bergel (J.-L.),
Théorie générale du droit, Dalloz, Coll. Méthodes du droit, 5ème éd., 2012.

Borillo (D.), Lochak (D.),
La liberté sexuelle, PUF, 2005.

Bouineau (J.) (ss. dir.),
Enfant et Romanité, Analyse comparée de la condition de l'enfant, L'harmattan, Coll. Méditerranées, 2007.

De Tarde (G.),
Philosophie pénale, Paris éd Cujas, 1972.

Delmas-Marty (M.),
Les forces imaginantes du droit (IV). Vers une communauté de valeurs? Coll. « La couleur des idées», Paris, Seuil, 2011.

Foucault (M.),
Les mots et les choses, une archéologie des sciences humaines, Paris Gallimard, 1986.

Gaudemet (J.),
Les institutions de l'Antiquité, Montchrestien, coll. Domat, 7ème éd. 2002.

Girard (P.-F.),
Manuel élémentaire de droit romain, réédition présentée par J.-P. Levy, Dalloz, 2003.

Hegel,
Principes de philosophie du droit, Gallimard, coll. Idées, trad. Kaan, 1821.

Kant(E.),
Métaphysique des mœurs, œuvres philosophiques, Gallimard, La Pléiade, t. III, Paris, 1986.

Hermitte (M.-A.),
Le droit saisi au vif, Pétra, 2012.

Laingui (J) Lebigre (A.),
Histoire du droit pénal, Cujas, 1979.

Lefèbvre Teillard (A.),
Introduction historique au droit des personnes et de la famille, PUF, 1996.

Locré (G.),
Esprits du Code civil, Paris, 1805.

Robert (J.-.H.) et Tzitzis (S.),
Personne et responsabilité, essais de philosophies pénale et de criminologie, édition Eska, PUF, 2002.

Saleilles (R),
De la personnalité juridique. Histoire et théories, Paris, Rousseau, 2ème éd., 1922.

Savigny,
Traité de droit romain, éd. Panthéon Assas, coll. droit privé, 2002.

Tzitzis (S.),
La personne, l'humanisme, le droit, coll Diké, Les presses de l'université de Laval, 2001.
Qu'est-ce qu'une personne?, Armand colin, 1999.

Villey (M.),
Le droit romain, Puf, coll. Que sais-je?, 2005.

<u>B) Ouvrages/Manuels/ Traités/ Droit général</u>

Batteur (A.),
Droit des personnes, des familles et des majeurs protégés, LGDJ, 4ème éd. 2013.

Bauzon (S.),
Personne et Responsabilité, éd. Eska, 2002.

Bergel (J.-L.), Bruschi (M.), Cimamonti (S.),
Les biens, LGDJ, 4ème éd. 2010.

Buffelan-Lanore (Y.), Larribau –Terneyre (V.),
*Introduction, biens, personnes, famille***,** Dalloz, 18ème édition, 2013.

Berlioz (P),
La notion de bien, Bibliothèque de droit privé, LGDJ, tome 489, 2007.

Le Tourneau (Ph.), Bloch (C.), Guettier (C.), Giudicelli(A.), Julien (J.), Krajeski (D.) Poumarède (M.).
Droit de la responsabilité et des contrats, Dalloz action, 2014-2015.

Carbonnier (J.),
Droit civil T.1, Les personnes, 21ème éd., PUF, coll. Thémis droit Privé, 2000.
Droit civil, Introduction, Les personnes, La famille, L'enfant, Le couple, Tome 21ère éd. PUF, coll. Quadrige Manuels, 2004.

Conte (Ph.),
Droit pénal spécial, Litec, 3ème éd., 2013.

Cornu (G.),
Droit civil, t.1, Les personnes, Montchrestien, coll. Domat droit privé, 13ème éd., 2007.
Droit civil, t.2, *La famille*, Montchrestien, coll. Domat droit privé, 9ème éd, 2006.

Dabin (J.),
Le droit subjectif, Dalloz, 1952.

Desportes (F.), Le Gunehec (F.),
Droit pénal général, Economique, 16ème éd 2010.

Delmas-Marty (M.) (ss. dir.),
Libertés et droits fondamentaux, essais, Broché, 2002.

Denizeau (C.),
Droit des libertés fondamentales, Vuibert, 3ème éd., 2014.

Dreyer (E.),
Droit pénal général, LexisNexis, 3ème éd., 2014

Fenouillet (D.) et Terré (F.),
Les personnes, la famille, les incapacités, Dalloz, coll. Précis Dalloz, 8ème éd., 2012.

Fabre-Magnan (M.),
Introduction générale au droit, Droit des personnes. Méthodologie juridique, PUF, coll. Licence droit, 2011.

Favoreu (L.),
Droit des libertés fondamentales, Dalloz, coll. Précis Dalloz, 6ème éd. 2012.

Favoreu (L.) et Philip (L.),
Les grandes décisions du Conseil constitutionnel, Dalloz, 2003.

Garçon (E),
Code pénal annoté, tome I, Sirey, éd., 1901-1906, art. 300.

Garraud (R),
Traité théorique et pratique de droit pénal français, Sirey, Paris, 1982, 3ème éd., 1913, Librairie. Tome V.

Helie (F.),
*Traité de l'instruction crimine*lle, Paris, Tome 1, 2ème éd, 1866.

Jacopin (J.),
Droit pénal général, Bréal, coll. Grand amphi-Droit, 2ème éd. 2014.

Kolb (P.), Leturmy (L.),
Droit pénal général, Gualino Lextenso, coll. Manuels, 9ème éd. 2014-2015.

Labbée (X.),
Introduction générale au droit pour une approche éthique, Presses Universitaires du Septentrion, 2011.

Larguier(J) , Conte (P.), Larguier (A.-M.),
Droit pénal spécial, Dalloz, coll. Mémentos droit privé, 15ème éd., 2013.

Larguier (J.), Conte (P.), Maistre du Chambon (P.),
Droit pénal général, Dalloz, coll. Mémentos, 22ème éd. 2014.

Malabat (V.),
Droit pénal spécial, Dalloz, coll. HyperCours, 6ème éd., 2013

Malaurie (Ph.), Aynès (L.),
Les personnes, les incapacités, LGDJ, 7ème éd.2014.

Marie (C.),
*Droit pénal généra*l, Hachette supérieur, coll. HU droit, 2005.

MAyaud (Y.),
Droit pénal général, PUF, coll. Droit fondamental, 4ème éd., 2013.

Mazeaud (H.) et Chabas (F.),
Leçons de droit civil, T.1, Les personnes, la personnalité, les incapacités, Montchrestien, 8ème éd, Laroche, 1997.

Merle (R) et Vitu (A.),
Traité de droit criminel, problèmes généraux de la science criminelle, *Droit pénal général,* tome 1, Cujas, 7ème éd, 1997.

Paynot-Rouvillois (A.), Michoud, (L.),
La théorie de la personnalité morale et son application en droit français, Paris, 1906.

Pradel (J.), Danti-Juan (M.),
Droit pénal spécial, droit commun, droit des affaires, Cujas, 6ème éd. 2014.

Pradel (J.),
Droit pénal général, Cujas, 20ème éd., 2014.

Rassat (M.-L.),
Droit pénal spécial, Dalloz, coll. Précis droit privé, 7ème éd., 2014.

Rassat (M.-L), Roujou de Boubée (G.),
Droit pénal général, Ellipses, coll. Cours Magistral, 3ème éd., 2014.

Renoux (T.),
Protection des libertés et des droits fondamentaux, Les notices, 2007.

Robert (J.-H.),
Droit pénal général, Thémis, PUF, 6ème éd., 2005.

Saint-Pau (J.-C),
Traité des droits de la personnalité, ss. dir. J, Lexinexis, 2013.

Starck (B.), Roland (H.), Boyer (B.),
Introduction au droit, Litec, 4ème éd., 1996.

Soyer (J.-C),
Droit pénal et procédure pénale, LGDJ, 21ème éd. 2012.

Teyssié (A.),
Droit civil, les personnes, Litec, 15ème éd, 2014.

Terré (F.), Fenouillet (D.),
Les personnes, la famille, les incapacités, Dalloz, Coll. précis droit privé, 15ème éd, 2012.

Véron (M.),
Droit pénal spécial, Dalloz, Coll. Sirey Université, 14ème éd., 2012.

B) Ouvrages spéciaux

G. Aidan, E. Debaets,
L'identité juridique de la personne humaine, coll. Logiques juridiques, L'harmattan, 2013.

Bayle (B.),
A la recherche de l'enfant parfait: l'avenir de la procréation humaine, Laffont, 2009.

Belrhomari (N.),
Génome humain, espèce humaine et droit, L'harmattan, 2013

Benachi (A.),
Conduite pratique en médecine fœtale, Elsevier Masson 2ème éd., 2013.

Bernard (B.),
La bioéthique, Dominos, Flammarion, 1994.

Boisseau-Sowinski (L),
La désappropriation de l'animal, PULIM, 2013.

Bouvier (F),
Maternité et Liberté, l'Harmattan, 2012.

Descamps (Ph.),
Le sacre de l'espèce humaine, Puf, 2009.

Desmoulin (S.)
L'animal entre science et droit, PUAM, 2006.

Dhonte-Isnard (E),
L'embryon in vitro et le droit, L'Harmattan, 2004.

Dubois(P),
Le physique de la personne, Économica, coll. Droit civil, 1986.

Edelman (B),
Ni chose, ni personne, Hermann, 2009.

Feuillet-Le-Mintier (B),
L'embryon humain: approche multidisciplinaire, colloque Rennes 9-10 novembre 1995, Economica, 1996.
L'embryon humain est-il humain? Forum Diderot, 1996.

Franquinet (R.), Fournier (J.),
Embryologie descriptive, 2ème éd., Dunot, 2004.

Frydman (R.),
Naissance et Liberté quelle limite à la procréation? Plon, 2008.

Hennette-Vauchez (S.),
Procréer, La découverte, 2009.

Iacub (M.),
Penser les droits de la naissance, PUF 2002.

Massager-Bruylant (N.),
Les droits de l'enfant à naître, coll. de la Faculté de droit libre de Bruxelles, 1997.

Mathieu (B.),
Le droit à la vie, Conseil de l'Europe, 2005.

Mistretta (P.),
Droit pénal médical, Cujas, 2013.

Moine (I.)
Les choses hors commerce, une approche de la personne humaine juridique, thèse Dijon: LGDJ, Bibliothèque de droit privé, 1997.

Pic (E.),
Aux origines des concepts de personne et de communauté, L'harmattan, 2010.

Sauvat (C.),
Réflexions sur le droit à la santé, PUAM, coll. Centre Pierre Kayser, 2004.
La personne humaine sujet de droit, 4ème journée René Savatier (Poitiers 25 et 26 mars 1993), PUF, 1994.

Sureau (C.),
Son nom est personne, Albin Michel, 2005.

Tsarapatsanis (D.),
Les fondements éthiques des discours juridiques sur le statut de la vie humaine anténatale, Presse Universitaire Paris ouest, 2010.

II Thèses et monographie

Andorno (R.),
La distinction juridique entre les personnes et les choses à l'épreuve des procréations artificielles, L.G.D.J, T. 263, 1996.

Bertrand-Mirkovic (A.)
La notion de personne: étude visant à clarifier le statut de l'enfant à naitre, Thèse PUAM, 2003.

Bioy (X.),
Le concept de personne humaine en droit public, Recherche sur le sujet de droits fondamentaux, Thèse Toulouse, 2003.

Delage (P.-J),
La condition animale -essai juridique sur les justes places de l'homme et de l'animal, Thèse Limoges, 2013.

Guidicelli (A.),
Génétique humaine et droit, à la redécouverte de l'homme, Thèse Poitiers 1993.

Hartmann (A.),
Le droit pénal face à la maternité criminelle (XII-XXIe siècles), Thèse Strasbourg, 2011.

Kaczmarek (L.),
La responsabilité pour fait normal. Etude critique sur son originalité en matière civile extracontractuelle, éd. Publibook, coll. Droit & Sciences-Politiques, 2012.

Labbée (X.),
La condition juridique du corps humain avant la naissance et après la mort, Thèse Lille, Presse universitaires de Lille, 1990.

Lalou (R.),
Etude de la maxime Infans conceptus pro nato habetur en droit français: Thèse Paris, 1904.

Levy (C.),
La personne humaine en droit, Thèse Paris I, 2000.

Luciani (N.-M),
Les droits de la personnalité - Du droit interne au droit international, Thèse Paris I, 1996.

Lupinska (J),
La procréation humaine en droit pénal français et polonais comparé, Thèse, 2012.

Mbala Mbala (F.),
La notion philosophique de dignité à l'épreuve de sa consécration juridique, Thèse Lille 2, 2007.

Marguénaud (J.-P.)
L'Animal en droit privé, Thèse Limoges, PUF, 1992.

Réa (V.),
La liberté de la recherche et la bioéthique, Thèse Lyon III, 2009.

Nerson (R.),
Les droits extra-patrimoniaux, Thèse, Lyon, 1939.

Reynier (M.),
L'ambivalence juridique de l'humain, entre sacralité et disponibilité, Les études hospitalières, coll. Thèse, 2011.

Philippot, (A.),
L'être humain au commencement de sa vie, Paris, I, 2012.

J. Raynaud, (J.),
Les atteintes aux droits fondamentaux dans les actes juridiques privés, Thèse Limoges, 2001.

Sebag (L.),
La condition juridique des personnes physiques et des personnes morales avant leur naissance, Thèse Paris, 1938.

Vigneau (D.),
L'enfant à naître, Thèse, Toulouse, 1988.

Wicke (G.),
Les fictions juridiques, contribution à l'analyse de l'acte juridique, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit privé tome 253, 1997.

III Articles et Chroniques

Alt-Maes (F.),
« Les recherches sur l'embryon in vitro », RGDM, n° 27, 2008, p. 49.

André (C.),
« Euthanasie et droit pénal, la loi peut-elle définir l'exception? », *RSC* 2004, 43.

Avena- Robardet (V.),
« Les enfants nés sans vie: droit comparé », A.J. fam., 2008, p 182.

Avocat (G.),
« Un fœtus ne peut être victime d'un homicide involontaire », D. 2001 p. 2523.

Archer (F.),
« Réflexions sur la place législative en droit pénal de la vie humaine », R.G.D.M., 2009, n° 30 p. 143.

Atias (C.),
« La situation juridique de l'enfant conçu » *in La vie prénatale, biologie, morale et droit*, Paris, Tequi, 1986, p. 117.

Bailleux (B.),
« Mobiliser le registre des droits de l'homme» *in* « *Devoir de punir? ». Le système pénal face à la protection internationale du droit à la vie*, ss dir. G. Giudicelli-Delage, S. Manacorda, J. Tricot, Société de législation comparée, coll. UMR droit comparé de Paris, volume 32, 2013, p. 218.

Baillon-Wirtz (N.),
«La condition juridique de l'enfant sans vie : retour sur les incohérences du droit français », Dr. fam. 2007 n° 4, Avril 2007, étude n° 13.
«Le statut de l'enfant depuis la Convention internationale des droits de l'enfant », Lamy droit civil 2011 supplément n° 87.

Bandrac (N.),
«Unité de la notion de personne dans le Code civil. A la recherche de la personne de fait » *in Différenciation et indifférenciation des personnes dans le Code civil,* dir. P. Bloch C. Duvert, N. Sauphanor- Brouillaud, p. 17.

Beaussonie (G.),
« Recherche sur la notion de personnalité en droit pénal », RSC, 2010, p. 525
« Les bornes de la personnalité juridique en droit pénal », Dr fam., septembre 2012, dossier 5.

Beignier (B), Puyo (Y.),
« Respect et protection du corps humain. Le mort » JCL civil code fasc. 72.

Beignier (B.),
« La liberté de concevoir un enfant » *Dr. fam.* 2004, n° 2 chron. n° 3.

Bellivier (F.), Egea (P.),
« Les chemins de la liberté petite leçon biopolitique », D. 2004, p. 647.

Bellivier (F.) et C. Noiville(C)
«Les conditions de la recherche sur les cellules souches embryonnaires : une preuve diabolique », note sous TA Paris, 14 oct. 2010, n° 0815985/6-3.

Bénéjat (M.),
« Les relations du droit pénal et de la bioéthique », AJ Pénal, 2012, p. 392.

Benillouche (M.),
« Les crimes contre l'espèce humaine et la loi du 6 août 2004 relative à la bioéthique », LPA, 2005, n° 35 p. 82

Bertrand- Mirkovic (A.),
« A propos de la maternité pour autrui », Dr. fam. 2008, n° 6 étude15.
« Statut de l'embryon, la question interdite ! » JCP, G, 2010, IV, p. 177.
« Le désir d'enfant contrarié par la stérilité féminine : la procréation pour autrui en question », Lamy droit civil, 2010, 76
« Le droit constate- t-il ou génère- t-il la personne juridique? », Dr. fam, n° 9 septembre 2012.
« La ratification (enfin) de la convention d'Oviedo sur les droits de l'homme et la biomédecine », D. 2012, 110.

Berro- Lefèvre (I.),
« Statut juridique du fœtus », D. 2004, p. 2435.

Byk (C.),
« Le concept de dignité et le droit des sciences de la vie : une valeur symbolique et dynamique au cœur de la construction sociale de l'homme », JIB, 4/2010 (vol. 21) p.67.
« Crimes contre l'espèce humaine » JCL pén., art. 214-1 à 215-4 fasc. 20.

Binet (J.-R.),
« L'enfant conçu et le projet parental devant le juge administratif », Dr. fam. 2006 n° 3, Mars 2006, étude 14.
« Révision de la loi de bioéthique », JCP.G., 2010, n° 44, 1079.
« Ratification de la Convention d'Oviedo, la fin d'une longue attente » *JCP 2012*, aperçu rapide n° 3.
« Recherche sur l'embryon fin d'un symbole éthique et abandon d'une illusion thérapeutique » JCP G n° 36, 2013, 905.
« 30 ans, le bel âge de la personne humaine potentielle » Dr. fam. juin 2014, repère n°6.

Bioy, (X.),
« La dignité, question de principes » *in Justice, éthique et dignité,* textes réunis par Simone Gaboriau, Hélène Pauliat, PULIM, 2004, p. 67
« Le droit à la personnalité juridique », *in L'identité juridique de la personne humaine*, ss. dir.

Bioy (X.); Rial-Sebbag, (E.),
«L'autorisation de la recherche sur l'embryon : évolution ou révolution ? » *AJDA* 2013. 2204.
« L'évolution de la recherche sur l'embryon, une question de principes ? », *LPA,* 2013, n° 251, p. 4.

Boronad-Lesoin (E.),
« La survie de la personne morale dissoute », RTD. com., 2003, p. 1

Boulet (M.),
« L'embryon humain saisi par le droit de l'Union, quelle définition pour quelle statut? A propos de l'arrêt de la CJUE du 18 octobre 2011, aff. Brüstle » RDGM 2012, n° 42, p. 147.

Bourdault-Coudevylle (D.),
« La recevabilité de l'action civile de l'enfant victime par ricochet du crime de viol commis sur sa mère » D. 1999 p. 445.
« L'interruption volontaire de grossesse en 2011. Réflexions sur un acte médical aux implications controversées » Revue française des affaires sociales, 2011/1 n° 1 p. 26.

Bourgeois (B.),
« Le sujet de droit selon Hegel », A. P. D., tome 34, 1989, p.778.

Boysson (B.),
« L'assistance médicale à la procréation pour les couples homosexuels, quelles perspectives? » Dr. fam., 2013, dossier 25.

Briard (F.-H),
« Le respect de la vie dans la jurisprudence administrative », *in* J.-B. d'ONORIO (dir.), *Le respect de la vie en droit français,* Paris, Tequi, 1997, p. 76.

Bruggeman (M.),
« Acte d'enfants sans vie : vers l'élaboration d'un cadre clair?» Dr. fam., 2008, alerte 48.
« Droit au respect de la vie privée : l'aide au suicide ne s'impose pas aux États », *Dr. fam* 2011, alerte 18.

Bruguière(J.-M.),
« Dans la famille des droits de la personnalité je voudrais… » D. 2011, p. 28.

Brunetti-Pons (C.),
« L'intérêt supérieur de l'enfant: une définition possible ?», Lamy droit civil, 2011, n° 87, supplément, p. 27.

« Quelques réflexions à propos de l'évolution de la législation relative à l'interruption volontaire de grossesse », Dr. fam. n° 11, chron. 23.

Byk (C.)
« Le droit civil et l'enfant à naitre: une double instrumentation », R.G.D.M., 2004, n° 13, p. 8.
« Le concept de dignité et le droit des sciences de la vie : une valeur symbolique et dynamique au cœur de la construction sociale de l'homme », *JIB,* 2010/4 Vol 21 p. 67.

Calais-Auloy (M-T.).
« Du discours et des notions juridiques (notions fonctionnelles et conceptuelles) », LPA, 1999, n° 157, p. 4.

Carbonnier (J.),
« Sur les traces du non-sujet de droit », A.P.D., 1989, p. 197.

Catalano (P.),
« L'enfant conçu sujet de droit selon le système juridique romain » *in Enfant et romanité, Analyse comparée de la condition de l'enfant,* ss dir. J. Bouineau, L'Harmattan, 2007, p. 90.

Charmetant (E),
« La personne et l'être humain » *Laennec*, n° 3, 2002, p. 28.

Cevinet (M.),
« La dénégation par le juge européen du droit au respect de la vie de l'enfant à naître », JCP, G, 2004, II, 10158.

Chauvin (P), Greton (C.),
« Chronique de la Cour de cassation 1ère chambre civile », D. 2008, p. 638.

Conte (P.),
« La responsabilité pénale des personnes morales au regard de la philosophie du droit pénal », *La personne juridique dans la philosophie du droit pénal,* dir. JH. Robert et S. Tzitzis, éd. Panthéon Assas, 2003, p110-120.

Cornu (G.),
« Le corps humain au musée, de la personne à la chose », D. 2009. chron. 1907.

Corpart (I.),
« Une confirmation sans appel de l'absence de reconnaissance pénale pour le fœtus » Dr. fam., n° 7, juillet 2005, comm.172.
« Décès périnatal et qualification juridique du cadavre », JCP, G, n° 39, 2005, I, p. 17.
« Perte accidentelle d'embryons surnuméraires », JCP, G, n°1, 2005, II, 10003, p. 838.
« Pour un nouvel ordre public funéraire : variations autour de la loi n° 2008-1350 du 19 décembre 2008 », *Dr. fam*. 2009, étude 15.

Dargent (L.),
« Enfant né sans vie : inscription sur le registre d'état civil » (à propos du décret du 20/08/08) D. 2008, p. 2061.

Dekewer-Defossez (F.)
« Réflexions sur le mythe fondateur du droit contemporain de la famille », RTD. civ. 1995, p. 2491.
« Rapport de synthèse : existe-il une définition unique et transversale de la notion de personne », Dr. fam. n° 9, sept. 2012, dossier 11.

Delage (P.-.J.),
« Respect des morts, dignité des vivants », D. 2010, p. 2044.
« La primauté de la personne », *D*. 2011, 173.

Delevoye (J-P.) et Sureau (C.),
« Statut des enfants mort-nés: La Cour de cassation rouvre un dossier difficile, entretiens avec Marraud des Grottes », Lamy droit civil 2008/47, n° 2915, p. 35.

Delmas-Marty (M.),
« Le crime contre l'humanité, les droits de l'homme, et l'irréductible humain », *RSC.* 1994, p. 477.
« Humanité, espèce humaine et droit pénal », *RSC.* 2012, p. 495.

Delmas Saint Hilaire (J.-P.),
« La répression du délit d'entrave à l'interruption volontaire de grossesse (L. 27 janv. 1993 : art. 162-15, c. santé pub.) peut faire naître un conflit de faits justificatifs : autorisation de la loi (art. 122-4, al. 1er, c. pén.) contre état de nécessité (art. 122-7, c. pén.)», *RSC,* 1996, p. 670.

Delobel (C.),
« Les forces et faiblesses de la vie juridique de l'embryon dans la loi du 7 juillet 2011 relative à la bioéthique », RGDM, n° 41, 2011, p. 83.

Demogue,
« La notion de sujet de droit. Caractères et conséquences », *RTD civ,* 1906, p. 630

Depadt-Sebag (V.),
« La recherche sur l'embryon et les cellules souches embryonnaires: de l'exception au principe », Revue Juridique Personne et Famille, 2013, n° 10.

Deroussin (D.),
« Personnes, choses et corps », in *Le corps et ses représentatio*ns, Dir. E. Dockès et G. L'huillier, Crédimi, Litec, vol.1, 2001, p. 80.

Desmoulin-Canselier (S.),
« Quel droit pour les animaux ? Quel statut juridique pour l'animal ? »,. p. 52.

Douchy-Oudot (M.),
« La dignité de la personne en tant qu'être humain », Personne et famille, 2010, n° 72.

Dreyer (E.),
« Les mutations du concept juridique de dignité », *RRJ*, 2005, p. 29.
« La dignité opposée à la personne » D. 2008, p. 2730.
« Droit de la presse et droits de la personnalité, janvier 2010 - décembre 2010 » D. 2011 p. 780.

D'Onorio (J.-B.),
« La loi Veil, réflexion sur un premier bilan » JCP G, 1986, I, 346.

Dumont (F.),
« L'animal : un être juridiquement en devenir », Lamy droit civil, 2006, p. 23.

Edelmen (B.),
« Le conseil constitutionnel et l'embryon», D. 1995, p. 205.
« Publicité et dignité humaine », D. 1996 p. 617.
« Un contrat de gestation pour fonder un ordre de filiation?» *in* « Enfant à tout prix », *Question d'éthique et de droit*, ss. la dir. De C. Neirinck, La documentation française, n° 961, juin 2009, p. 59.

Egea (P.)
« La condition fœtale : entre procréation et embryologie », RDSS, 2005, p. 316.

Fabre-Magnan (F.),
« La dignité en droit: un axiome», *RIEJ*, 2007, p. 2.
« Le sadisme n'est pas un droit de l'homme », *D*. 2005 p. 2973.
« Entre les personnes et les choses, les centres d'intérêts. Prolégomènes pour une recherche » RTD. Civ 2002, p. 230.

Fargot-Largeault (A.),
« Un regard de philosophie sur le statut de l'embryon et de l'interruption volontaire de grossesse », Rev fr. aff. soc. 2001, n° 1, p. 65.

Faure (B),
« Les droits fondamentaux des personnes morales », RDP, 2008 n°1, p. 233.

Favre (G.),
« Homicide involontaire et vie prénatale : soumission ou résistance des magistrats rémois à l'arrêt de la chambre criminelle du 30 juin 1999 », JCP, G, 2000, II, 10406.

Feuillet (B.), Testart (J.),
« Bioéthique, droits, valeurs, science», *D.* 2011, 167.

Fenouillet (D.),
« Respect et protection du corps humains. Protection de la personne. Principes », J*CL* fasc. 10 p. 11.
« Pour une humanité autrement fondée » Dr. fam., 2001, n° 4, chron. n° 7.

Foyer (J.),
« Le droit de l'enfant à la vie », in *Les droits naturels de l'enfant*, actes du 1er Colloque des juristes catholiques à Versailles en 1979, éd. Téqui, Paris, 1980, p. 32.

Fraissex (P.),
« La sauvegarde de la dignité de la personne et de l'espèce humaines : de l'incantation à la judiciarisation », *R .R. J.,* 1999, p. 1133.

Frison-Roche (M-A),
« L'impossibilité de réguler l'illicite: la convention de maternité de substitution », *D.* 2014 n° 38.

Galloux (J.C.), Gaumont-Prat (H.),
« Droits et libertés corporelles, janvier 2006 - décembre 2006, D., 2007, p. 2907.
« Droits et libertés corporelles, janvier 2007 - décembre 2008, D., 2008, p. 1435.
Galloux(J.-C.),
« La personne physique entre réalité biologique et métaréalité », p. 169-189, in *L'identité politique*, sous la direction de Jacques Chevallier Paris, Puf, coll « publications du CURAPP », 1994, p. 445.

Gasnier (J.-.P.),
« Questions à propos du statut juridique du cadavre », RRJ, 2011, n ° 4, p. 1798.

Gheza (M.)
« Essai de déconstruction juridique du droit à la mort », *RDSS*, 2008, 1071.

Guédon (J-P.),
« Les efforts du législateur français contre la violence routière », JCP G., 2003, I, 179.

Giucidelli (A),
« Le droit pénal de la bioéthique », LPA, 1994, p. 79.

Guidicelli Delage (G.),
« Droit à la protection de la santé et droit pénal en France », RSC 1996, 13.

Gridel (J.-P.),
« La jurisprudence de la 1re chambre civile en matière de droit de la presse et de protection de la vie privée », *BICC* 15 juin 2010.

Grzegorczyk (B.),
« Le sujet de droit : 3 hypostases», APD, T.34, Sirey, 1989, p. 9.

Hassler (Th.), Lapp(V.),
« Droit à la dignité le retour » *LPA,* 31 janvier 1997, n°14 p.1.

Gillet Hauquier (M-A.),
« La recherche d'un statut juridique à l'embryon humain », RGDM., 2005, n°15, p. 125.

Hauriou (M),
« De la personnalité comme élément de la réalité sociale »,RGDM., 1898, p. 5.

Hauser (J.),
« L'enfant souvenir », RTD civ. 1995, p. 873.
« De l'utilité du principe de dignité », RTD. civ. 2006 p. 736.
« Les proches de la personne décédée et les nécessité de l'information » *RTD civ*. 2010, p. 526.

« Procréation post-mortem un nouveau droit à…. Le droit à l'éternité », RTD civ. 2010 p. 93.
« Le statut de l'enfant depuis la Convention internationale relative aux droits de l'enfant : rapport de synthèse » Revue Lamy droit civil 2011 supplément n° 87
« Les bornes de la personnalité juridique en droit civil », *Dr. Fam.*, sept. 2012, n° 9 dossier 4.

Hermitte (M.-A),
« De l'avortement aux procréations artificielles, la toute puissance du projet parental», Natures, Sciences, Société, 2007, volume 15, p. 274.

Herzog Evans (M.),
« Homme, homme juridique et humanité de l'embryon », RTD. civ., 2000, p. 65.

Hennette-Vauchez (S.),
«La CEDH et la limitation constitutionnelle de l'avortement : une questiion procédurale ? », D. 2011. 1360.

Hennion-Jacquet (P.),
« Le droit pénal n'est pas l'armurier des innocents : à propos de la protection pénale de l'enfant conçu, note ss crim 2 octobre 2007 », RDSS, 2008, p. 67.

Hermitte (M. A.),
« De l'avortement aux procréations artificielles, la toute-puissance du projet parental», Natures Sciences Sociétés, 2007/3 volume 15, p. 278.

Hitier (M.-P.),
« Recherche d'une qualification juridique de l'espèce humaine », *D.* 2012, p. 685.

Hur-Vario (N.),
« Le statut juridique du corps humain entre libre disposition et protection de l'ordre public », RPDP, 2013, n° 1, p. 45.

Joly (S.),
« Le passage de la personne sujet de droit à la personne, être humain », Dr. fam., 2001, p.13.

Koering-Joulin (R.),
« La dignité de la personne humaine en droit pénal », *in La dignité de la personne humaine,* ss. dir. M.L. Pavia et Th. Revet.

Labbée (X.),
« Esquisse d'une définition civiliste de l'espèce humaine », D., 1999, n° 40, p. 437.
« Respect et protection du corps humain, l'enfant in utero personne par destination?», fasc. 54 *JCL civil*, 2007.
« Respect et protection du corps humain. L'enfant conçu ex utero chose sacrée ? ». JCL. fasc. 52, 2012.

Labrusse-Riou (C.), Bellivier (F.),
« Les droits de l'embryon et du fœtus en droit privé », RIDC, 2002, n° 2 p. 579.

Labrusse Riou (C.),
« Les exigences normatives et institutionnelles de protections des droits de l'homme en matière d'expérimentation » in *Expérimentation biomédicale et droits de l'homme*, Fondation Marangopoulos pour les droits de l'homme, Paris, Puf, 1988, p. 132.
« La maîtrise du vivant: matière à procès», *Pouvoirs* n °56, 1991, p. 87.
« L'embryon humain : qualification juridique et politique législative » RGDM n° spécial « La recherche sur l'embryon humain qualification et enjeux », 2000, p. 171.

Lamarche (M.),
« Embryons, statut de l'embryon, avortement, acte d'enfant sans vie, libres propos sur un amalgame soit disant juridique », Dr fam. n° 3, Mars 2008, alerte 22.

Lambert-Garrel (L.),
« L'exception devient principe : à propos de la recherche sur l'embryon et les cellules souches embryonnaires », D. 2013 p. 1842.

Lachance (M.),
« L'animal souffre t-il en droit ? » Colloque du GRIDA du 20 mai 2011.

Lazayrat (E.), Rochfeld (J.), Marguénaud (J.-P.),
« La distinction des personnes et des choses », Dr. fam. avril 2013, étude 5.

Lefèvre Teillard (A.),
« *Infans conceptus,* existence physique et existence juridique », Revue histoire droit français et étranger, 1994, p. 499.

Lepage (A.),
« Droits de la personnalité », *Rep. civ. Dalloz*, 2009, n° 167.

Leroyer(A.-M.),
« Embryon, recherche cellule souches » RTD. civ., 2013 p. 895.

Létoublon (F.),
« La personne et ses masques : remarques sur le développement de la notion de personne et sur son étymologie dans l'histoire de la langue grecque » Faits de langue, n° 3, Mars 1994, p.10.

Libchaber (R.),
« Perspective sur la situation juridique de l'animal » *RTD civ.*, 2001 p. 239
« La souffrance et les droits », *D.* 2014, 380.

Loiseau (G.),
« Typologie des choses hors du commerce », RTD civ., 2000, p. 47.
« Pour un droit des choses », D. 2006, p. 3020.
« Acte II d'enfant sans vie », Dr. fam. 2008, comm. 135.
« L'établissement d'un acte d'enfant sans vie n'est plus conditionné par son niveau de développement », note ss Cass 1ere civ. 6 févr.2008, JCP, G, 2008, II, 10045.
« Mortuorum corpus, une loi pour le respect », D. 2009, p. 236.

Longère (F),
« Quels sont les points de convergence et de divergence entre la personne physique et la personne morale (aspect de droit pénal)? » , Dr. fam. n° 9 septembre 2012, dossier 10.

Louis-Pecha (A.),
« La qualification juridique de l'embryon, objet ou sujet?», i*n L'embryon, le fœtus et l'enfant*, ss. dir. C. Paley-Vincent et P. Jouannet, éd. Eska, 2009, p. 132.

Luchaire (F.),
« Le conseil constitutionnel et l'assistance médicale à la procréation » *RDP*, 1994, 1647.

Maigret (J.),
« La règle de *l'infans conceptus pro nato habetur quoties de commodis ejus agitur* appliquée au Code pénal », LPA, aout 2004, n° 167, p. 3.

Maistre du Chambon (P.),
« L'amendement Garraud. Retour sur un procès en sorcellerie », *RPDP*, 2004, p.313.

Mallaurie, (P.)
« L'homme, être juridique », *D.* 1994, 184.

Malherbe (B.) De, et Galloux (J.-C.),
« L'arrêt Brüstle : de la régulation du marché à l'expression des valeurs », *Prop. indust.* n° 9, sept. 2012, étude 15.

Martial-Braz (N.), (J.-R.),
« Exclusion de la brevetabilité des embryons à des fins de recherche scientifique », *JCP G*, février 2012, n° 6, 146.

Martin (R.),
« Personne et sujet de droit », RTD. civ. 1981, p. 785

Maria (I.),
« Exercice et jouissances des droits civils et politiques » *JCL civil*, n° 62.

Marguenaud (J-P.),
« L'animal dans le nouveau Code pénal », D. 1995, chron. p. 187.
« Vers un statut juridique de l'enfant mort-né», RTD civ, 2005, p. 737.
« Liberté d'expression nécrophage », RTD. civ, 2007, p. 732.
« Les funérailles de l'ange », RTD civ, 2008, p. 257.

Massé (M.),
« Les crimes contre l'humanité dans le nouveau Code pénal », RSC 1994 p. 376.

Manacorda(S.),
« Devoir de punir», *in «Devoir de punir » Le système pénal face à la protection internationale du droit à la vie,* p. 44.

Maréchal (J.-Y.),
« L'exigence variable de l'indentification de la personne physique *» in Dépénalisation de la vie des affaires et responsabilité pénale des personnes morales, sous la direction* de M. Daury-Fauveau et M. Bénillouche, PUF, coll. Ceprisca, 2009, p. 50.

Marie (C),
« La responsabilité des personnes morales », *in La personnalité morale*, Journées Nationales H. Capitant, Dalloz, Thèses et Commentaires, 2010.

.**Massias (F.),**
« Le droit à la vie bénéficie-t-il à l'enfant à naitre?», RSC., 2005 p. 135.

Massip (J.),
« Le nouveau droit de la filiation », Defrénois, 2006, p. 91.

Mattei (J.-F.),
« La bioéthique et la dignité de l'homme », *in La société internationale et les enjeux bioéthiques,* ss dir. S. Maljean-Du, éd. A. Pédone, 2005, p. 210.

Mathieu (B.),
« La dignité de la personne humaine: quel droit? Quel titulaire?», D. 1996, p. 282.
« La recherche sur l'embryon au regard des droits fondamentaux constitutionnels », D. 1999, p. 451.
« Le principe de dignité à l'épreuve de la règlementation des pratiques bioéthiques, RGDM n° spécial », 2006, p. 213.
« La non-violation du droit à la vie de l'embryon et du droit au respect à la vie privée de la mère », *JCP G* 2007, II 10097.
« La dignité principe fondateur du droit », *JIB,* 2010, vol. 21 n° 3 p. 77
« Recherche sur l'embryon, une jurisprudence en demi-teinte. A propos de la décision n° 2013-674 DC du Conseil constitutionnel du 1er aout 2013 », JCP G, n° 36, 2013, 904.
« Le contrôle de constitutionnalité virtuel de la législation relative à l'IVG », *JCP G,* n° 37 septembre 2014, 917.

Mayaud (Y.),
« Entre vie et mort du fœtus, la protection pénale du fœtus» RSC, 1999, 813.
« Du fœtus à l'enfant né vivant, un bilan d'inégalité !» RSC., 2004, p. 3.
« Infractions de blessures involontaires sur un fœtus né vivant », RSC, 2008, n° 2 p. 337.
« De la protection pénale du fœtus né vivant….solution heureuse pour un postulat qui l'est moins », RSC, 2008, n° 2, p. 337.

Mazzoni (M.),
« *La protection réelle de l'embryon* », Droit et Société, 2005,

Mercier(A.),
« L'embryon in vitro qui ou quoi? » *in L'embryon, le fœtus et l'enfant*, ss. dir. C. Paley-Vincent et P. Jouannet, éd. Eska, 2009, p. 132.

Mikalef-Troudic (V.) et Cermolacce (A.),
« Catégorie de personne et capacité », in *Différenciation et indifférenciation des personnes dans le Code civil*, dir. P. Bloch, C. Duvert, N. Sauphanor-Brouillaud, Economica, 2006 p. 52

Mistretta (P.),
« La protection de la dignité de la personne et les vicissitudes du droit pénal », *JCP G,* n° 1, 2005, I, 100.
« Le droit pénal de la bioéthique : le coup de grâce ! » *JCP G,* 2011, n° 29, 845.
«Interruption volontaire de grossesse », Répertoire de droit pénal, Dalloz, 2013.

Molfessis (N.),
« La dignité de la personne humaine en droit civil », in *La dignité de la personne humaine,* ss. dir. M. L. Pavia et Th. Revet, Economica, 1999, p. 120.
Mossuz- Lavau (J.),
« La loi du 17 janvier 1975 : les logiques politiques », RGDM, 2006, n° 19, p. 57.

Mouly (J.),
« Du prétendu homicide de l'enfant à naitre », RSC, 2005, p. 470.

Murat(P.),
« Décès périnatal et individualisation juridique de l'être humain », RDSS, 1995, p. 467
« Réflexion sur la distinction être humain/ personne juridique » Dr. fam. septembre 1997, p. 9, p. 4.
« Les frontières du droit à la vie : l'indécision de la CEDH », Dr. fam., n° 10, octobre 2004, comm.194, p. 43
« La remise en cause du seuil de déclarations à l'état civil des enfants décédés prématurément », Dr. fam. 2008, comm. 35.
« Circulaire du 19 juin 2009 sur l'établissement d'acte d'enfant sans vie » Dr. fam. 2009, comm. 123.
« L'ouverture de l'adoption aux couples de même sexe… ou l'art de se mettre au milieu du gué » Dr. fam. 2013, dossier 24.

Nédoncelle(M),
« *Propôson et Persona* dans l'antiquité classique. Essai de bilan linguistique », Revue des sciences religieuses, n° 3, 1948.

Neirinck (C.),
« L'encadrement juridique de la recherche sur l'embryon , *in L'embryon humain, approche multidisplinaire*, paris, économica, 1996, p. 156.
« L'embryon humain une catégorie juridique à dimension variable », D. 2003, 841.

Neron, (S.),
« La réforme manquée de la responsabilité pénale des personne morales », LPA, 2010, n° 66, p. 4.

Niort (J.-F.),
« Personne et discrimination: approche historique et théorique », in « Personne et discrimination. Perspectives historiques et comparées », actes du colloque de Paris, CNAM, 14 décembre 2005, dir. M. Mercat, Paris, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires.

Parance (B.),
« Statut du cadavre et respect de la dignité », Lamy droit civil, 2011, n° 80.

Paricard (S.),
« La recherche médicale et le droit, une relation ambivalente» RDSS, 2009, p. 98.
« La consécration d'un droit à l'avortement? Quelques réflexions sur la résolution 1607 (2008) du Conseil de l'Europe du 16 avril 2008 relative à un avortement sans risque et légal en Europe » Dr. fam, juin 2009, n° 6, p. 14-19.

Peis Hitier (A-M.),
« Recherche d'une qualification juridique de l'espèce humaine », D. 2005, p. 865.

Perret-Vignau (S.), Moulins (A.-C),
« La responsabilité pénale du médecin en matière de bioéthique » RGDM, 2012, n° 44, p. 162.

Perreau (E.-.H.),
« Des droits de la personnalité », RTD civ. 1909.

Petit (F.),
« Les droits de la personnalité confrontés au particularisme des personnes morales », D. affaires 1998, p. 831.

Philipe (C.),
« La viabilité de l'enfant nouveau-né », D., 1996, p. 29.
« La viabilité…encore… », RDSS, 2003, p. 316.

Pia Baccari, (M.),
« Septs notes pour la vie », » *in Enfant et romanité, Analyse comparée de la condition de l'enfant,* ss dir. J. Bouineau, l'Harmattan, 2007, p. 109.

Planckeel (F.),
« La naissance pénale de l'enfant », D. 2003 p. 660.

Pradel (J),
« La seconde mort de l'enfant conçu, D. 2001, p. 2907.
« La chambre criminelle continue d'ignorer l'enfant à naitre », D. 2002, p. 3099.
« L'enfant à naitre est-il une personne au sens de l'article 2 de la Convention Européenne des Droits de l'Homme », D. 2004, p. 2456
« La Cour européenne des droits de l'homme, l'enfant conçu et le délit d'homicide involontaire, entre prudence et embarras», *D.*, 2004, p. 2456.

Prothais (A),
«Tribulation d'un pénaliste au royaume de l'éthique biomédicale » *JCP G,* 1999, I, 129.
« Un droit pénal pour les besoins de la bioéthique », *RSC.* 2000, p. 39.
« Crimes et délits .Notre droit pénal permet plus qu'il n'interdit en matière d'euthanasie », *JCP G,* 2011 étude n° 7.

Puigelier (C.),
« Qu'est-ce qu'un droit à la vie? D. 2003, p. 2781.
« Droit, réalité et science », RGDM, 2003, n° 9 p. 133.

Du Puy-Montbrun (B.),
« La protection de l'être humain en droit pénal canonique » RPDP, 2008, n° 3 p. 555.
Putman (E.),
« Le comité d'éthique rend un avis sur le statut du corps en cas de décès périnatal », Pers. et fam., 2006, n° 2, p. 14.

Py (B.),
« Droits et valeurs sociales: le statut de l'être humain dans le nouveau code pénal », Les cahiers de la sécurité intérieure « Le nouveau Code pénal. Normes et société », 1994, n° 18, p.74.

Rassat (M.-L.),
« Un fœtus ne peut toujours pas être victime d'un homicide par imprudence », JCP, G, 2003, act. 71.

Raynaud (P.),
« L'enfant peut-il être objet de droit » D.1988, p. 109.

Rome (F.),
« Lorsque l'enfant paraît » D. 2008, p. 681.
« Le cadavre humain hors du marché », D. 2010, p. 2145.

Roman (D.),
« A corps défendant, la protection de l'individu contre lui-même », D. 2007, p. 1292.

Roubier(P.),
« Les prérogatives juridiques », Arch. philo. dr., 1960, p. 72.
« Droit subjectif et situation juridiques », Arch. phil. dr., 1963, p. 47.

Roujou de Boubée (G.),
« Contribution supplémentaire à l'étude de la protection pénale du fœtus », D. 2000 p. 181.
« L'état civil d'un enfant mort né », D. 2008, p. 1862.
« L'interruption volontaire de grossesse », D. 1975, chron. p. 212.

Rousseau (F.)
« La victime des infractions contre les personnes: personne humaine ou personne juridique?» RPDP, 2012, n° 4 p. 805.

Rousset (G.),
« De l'état civil des enfants nés sans vie, à propos des décrets et arrêtés du 20/08/08 », JCP, G, n° 38, 17 septembre 2008, act. 533.

Le Saulnier (F.),
« De la protection de l'être humaine en gestation », Médecine et Droit 2002, n° 41, p. 10.

Sautel (O.),
« Récidive…. Brèves considérations sur l'arrêt de la chambre criminelle du 25/06/02», D., 2002, p. 2475.

Sainte Rose (J.),
« Un fœtus peut-il être victime d'un homicide involontaire?» D., 2001, p.1000.
« L'enfant à naître peut-il être victime d'un homicide involontaire ? L'Assemblée plénière de la Cour de cassation prend position », JCP. G. 2001, n° 29, II 10569.
« L'enfant à naître : un objet destructible sans destinée humaine?» JCP, G, 2004, n° 52, I, 194.
« La protection pénale de l'enfant à naitre », RGDM, 2004, n° 12, p. 215.

Saint Pau (J.-C)
« Droit au respect de la vie privée et droit pénal », Dr. pénal, 2011, étude 20.

Serverin (E.)
« Réparer ou punir ? L'interruption accidentelle de grossesse devant la Cour européenne des droits de l'homme ». D. 2004, p. 2801.

Sevely (C.),
« Réflexion sur l'inhumain et le droit », *RSC* 2005, p. 483.

Sudre (F.),
« Chronique de jurisprudence de la Cour Européenne des droits de l'homme sur le droit à la vie de l'enfant à naitre » RDP, 2005 n°3 p. 765.

Taisne (J-J.),
« La protection de la vie humaine hors du droit des personnes ? » LPA, décembre 2002, n° 243, p. 25.

Terrasson de Fougères (A.),
« Le foeticide », RDSS, 2001, p. 829.

Thomas (Y.),
« Le sujet de droit, la personne et la nature », Revue le Débat, n°100, 1998, p. 100.

Thouvenin (D.),
« La recherche sur l'embryon et les cellules souches embryonnaires: interdiction avec dérogations ou autorisations sous condition» RDSS, 2014, p. 283.

Trigeaud (J-M.),
« La personne », Archives de philosophie du droit, tome 34, 1989, p. 103.
« La personne humaine, sujet de droit » *in La Personne humaine sujet de droit*, IVème journées de Poitiers 1993, PUF, 1994, p. 5.

Trimarco Marciali (A.),
« Droits fondamentaux et protection de la vie humaine prénatale dans la jurisprudence administrative », *RDP,* 2009, n° 3 p. 743.

Tsarapatsanis (D.),
« Personnalité potentielle des entités anténatales », in *L'identité de la personne humaine*, ss dir. G. Aïdan et E. Debaets, L'harmattan, 2013.

Tusseau (G.),
« Critique d'une métanotion fonctionnelle, la notion trop fonctionnelle de « notion fonctionnelle », RFDA, 2009 p. 641.

Valette-Ercole (V.),
« Infractions de blessures involontaires sur un fœtus né vivant (Cass.crim. 2 oct. 2007) », JCP, G, 2008, n° 6, II, 10027.

Vergès (E.),
« La notion de personne en droit : à quel moment comment et termine la personne », in *La personne dans les sociétés techniciennes*, ss. dir. R.Mache, L'harmattan, 2007, p. 28.

Vigneau (D.),
« Faut-il naître vivant et viable pour mourir en homme ? » Dr. fam. 2000, chron. n° 21.
« Selon la Cour de cassation l'homicide d'un enfant à naître n'en est pas un !», Dr fam., 2001, chron. 21 p. 4.

Wester-Ouisse (V.),
« Responsabilité des personnes morales et dérives anthropomorphiques » RPDP, 2009, p. 68.

IV Articles de Mélanges

Apostolidis (C),
« Quelques réflexions sur les fondements politiques du droit à la vie», in *Mélanges en l'honneur du Professeur Jean-Claude Helin,* Paris, Litec, 2004, p. 20.

Benoit (F-P.),
« Notions et concepts instrument de la connaissance juridique, les leçons de la philosophie du droit de Hegel », *Mélanges en l'honneur du professeur Gustave Peiser,* Presse Universitaires de Grenoble, 1995 p. 23.

Borella (F.),
« Le concept de dignité de la personne humaine », Mélanges en l'honneur du professeur Cristhian Bolze, p. 35.

Binet (J-R.),
« *Exceptio est strictissimae interpretationis*. L'enfant conçu au péril de la biomédecine », Mélanges en l'honneur du professeur Philippe Le Tourneau, Dalloz, 2007, p. 8.

Cornu (G.),
« L'âge civil », Mélanges en l'honneur de Paul Roubier, 1970, p. 10.

Chevallier (J-Y.),
« Naître ou n'être pas, la chambre criminelle et l'homicide du fœtus », Etudes offertes à Jacques Beguin, Litec, 2005, p. 125.

Gazzaniga (J-L.),
« La défense de la vie dans le discours de Jean-Paul II », Mélanges offerts à Jean Pradel édition Cujas, 2006, p. 121.

De Geouffre de la Pradelle (G.),
« A la recherche du droit à la vie », Mélanges en l'honneur de Jean- Maurice Verdier, Dalloz, 2001, p. 330.

Goubeaux (G.),
« A propos de la preuve de l'existence de la personne », Mélanges en l'honneur du doyen Georges Wiederkehr, Dalloz, 2009, p. 343.
« Personnalité morale, droit des personnes et droit des biens », Études dédiées à René Roblot, 1984, LGDJ, p. 199.

Guillotin (A.),
« La dignité du mourant », Mélanges en l'honneur du professeur Christian Bolze, Economica, 1999, p. 315.

Jeandidier (W.),
« La protection pénale de l'animal », Mélanges offerts à Albert Chavanne, Litec, 1990, p. 81.

Lombois (Cl.),
« De l'autre côté de la vie », Écrits en l'honneur de Gérard Cornu, 1994, p. 285.

Neirinck (C.),
« La dignité humaine ou le mauvais usage juridique d'une notion philosophique » Mélanges en l'honneur du professeur Christian Bolze, Economica, 1999, p. 40.

Oberdorff (H.)
« La dignité de la personne face aux progrès médicaux », Mélanges en l'honneur du professeur Gustave Peiser, PUG, 1995, p. 385.

Pedrot (P.),
« La dignité de la personne humaine à l'épreuve des technologies biomédicales », Mélanges en l'honneur du professeur Christian Bolze, Economica, 1999, p. 52.

Pousson Petit (J.),
« La personne humaine sur la scène d'un théâtre d'ombres », *Liber Amicorum*, en l'honneur de Marie-Thérese Meulders-klein, Bryulant, 1998, p. 505.

Philips-Nootens (S.),
« Etre ou ne pas être une personne juridique variations sur le thème de l'enfant conçu », Mélanges Germain Brières, Montréal Wilson et Lafleur, 1993, p. 197.

Saint Pau (J.C.),
« La responsabilité pénale d'une personne physique agissant en qualité d'organe ou représentant d'une personne morale » Mélanges dédiés à Bernard Bouloc Dalloz, 2007, p. 1012.

Seuvic (J.-F.),
« Variations sur l'humain comme valeurs pénalement protégées », Mélanges en l'honneur du professeur Christian Bolze, Economica, 1999, p. 343.

Sudre (F.),
« Les incertitudes du juge européen face au droit à la vie», Mélanges en l'honneur du professeur Christian Mouly, Litec, 1998, p. 337.

Tafaro (S.),
« La personne au regard de l'histoire et de la philosophie juridique », Mélanges en l'honneur du professeur Antonio Filipo Panzera, Studi in ricordo di Antonio Filippo Panzera, Bari Cacucci, 1995, p. 1565.

Terré (F.),
« L'être et l'avoir, la personne et la chose », Études offertes à Hubert Groutel, Litec, 2006 p. 459.

V Dictionnaires

Alland (D.) , Rials (S.),
Dictionnaire de la culture juridique, Quadrige, A. Lefèvre. 2003.

Cornu (G.),
Vocabulaire juridique, Association Henri Capitant, PUF, collection Quadrige, 2011

Meulders-Klein(M.-T.),
Dictionnaire encyclopédique de la culture juridique, PUF, 2003. *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, LGDJ, 2ème éd., 1993.

Lefèbvre-Teillard (A),
Dictionnaire de la culture juridique, coll. quadrige, PUF, 2003.

Lopez (G) Tzitzis (S.),
Dictionnaire sciences criminelles, Dalloz, 2004.

Dictionnaire permanent bioéthiques et biotechnologie, éditions Législatives.

VI Rapports scientifiques et Avis

Rapport Braibant, *Sciences de la vie, de l'éthique au droit*, rapport du Conseil d'État, Section du rapport et des études, Paris, la Documentation française, Coll. Etudes du Conseil d'État, 1988.

Rapport du Conseil d'État: *Statut et protection de l'enfant*, la Documentation française, 1991

Rapport« Lenoir », *Aux frontières de la vie,* rapport au premier ministre, Paris, la Documentation française, Rapport officiels, 1991.

Rapport« Mattei », *La vie en questions, pour une éthique biomédicale,* Paris, La documentation française, « Rapports officiels », 1994.

CE, *Les lois de bioéthique : cinq ans après*, La documentation française, 1999

Rapport sur « Le régime juridique de l'animal », S. Antoine, La documentation française, 2005.

Rapport de l' OPECST :« L'évaluation de l'application de la loi n° 2004-800 du 6 août 2004 relative à la bioéthique », 20 novembre 2008.

Rapport de l'Agence de la biomédecine «Bilan d'application de la loi de bioéthique du 6 aout 2004. Rapport au ministre de la santé de la jeunnesse des Sports et de la vie associative », octobre 2008.

Rapport du Conseil d'État, *La révision des lois de bioéthique*, coll. Etudes et documents, La ddocumentation française, juin 2009.

Rapport d'information n° 2235, « Révision des lois de bioéthique: favoriser le progrès médical, respecter la dignité humaine », janvier 2010.

Rapport pour le Haut Conseil à l'égalité entre les femmes et les hommes « L'accès à l'IVG, l'accès à l'IVG dans les territoires volet 2», 7 novembre 2013.

Rapport du CCNE sur le débat public concernant la fin de vie, 21 octobre 2014.

Avis premier du Comité consultatif national d'éthique, relatif aux prélèvements de tissus d'embryons et de fœtus humains morts, à des fins thérapeutiques diagnostiques et scientifique, 22 mai 1984.

Avis n° 89 du Comité consultatif national d'éthique sur le statut du corps en cas de décès périnatal du 22 septembre 2005.

Avis du Comité consultatif national d'éthique, n° 105 « Questionnements sur les états généraux de la bioéthique », 9 octobre 2008.

Avis du conseil d'orientation de l'Agence de la biomédecine sur la gestation pour autrui, ABM n° 2009-CO-38, 18 sept. 2009.

Avis du Comité consultatif national d'éthique n° 110 « Sur les problèmes éthiques soulevés par la gestation pour autrui », 1er avril 2010.

Avis du Comité consultatif national d'éthique n° 111, « Sur les problèmes éthiques posés par l'utilisation de cadavres à des fins de conservations ou d'expositions muséales », 7 janvier 2010.

VII Colloques / journées d'études

Actes du colloques « 30 ans de la loi sur l'IVG : bilan et perspectives », organisé par le CEPRISCA, master droit et santé et master droit privé approfondi de la Faculté de droit et de sciences politique d'Amiens, Amiens le 25 janvier 2005, RGDM, 2006, n° 19 p 12.

« La notion de personne en droit privé » organisé par l'Université Catholique de Lyon, 31 mai 2012, Actes publiés à la revue droit de la famille, septembre 2012.

Matinée d'étude sur « la distinction des personnes et des choses », organisée par l'Université catholique de Lyon, 1er février 2013, publiée à la revue droit de la famille avril 2013.

« La notion de personne en droit public » colloque organisé par l'Université catholique de Lyon 31 mai 2013, actes publiés à la revue droit de la famille, décembre 2013.

VIII Jurisprudence

Juridictions du fond

TGI Paris, 1er février 1995*, D.* 1995, p. 372 note B. Edelmen.
TGI Poitiers, 13 aout 2007, instruction n° 1 Réquisitoire définitif de non lieu partiel et de renvoi devant le tribunal correctionnel.
TGI Paris, 21 avril 2009, AJDA 2009.797.
TA Paris, 14 octobre 2010, n° 0815985/6-3.Revue des contrats 2013/1 p. 245.
T. corr. Tarbes, 4 février 2014, n° 12021000029 : JurisData n° 2014-013013, *Dr fam.* 2014, n° 7-8, juillet 2014, comm. 127, note A. Mirkovic.

C. assises Bas-Rhin, 27 janv. 2006, Affaire dite du petit Nicolas : Le Monde, 28 janv. 2006.
C. assises Bas-Rhin, 31 mars 2006, Beugnot, affaire dite Dylan : Le Monde, 1er avr. 2006.
C. assises Val-de-Marne, 8 avr. 2006, Affaire dite Sohane : Le Monde, 9-10 avr. 2006.

CA Paris, 22 juillet 1953, *D.* 1953, Jur. p. 725 ; *JCP* 1954, II, n° 7926, note R. Combaldieu
CA Douai, 2 juin 1987, Gaz. Pal. 1989,1, 145, note Doucet; JCP.G.1989, II, 21250, note Labbée; RSC., 1989,319 et 740, obs. Levasseur.
CA Metz 3 septembre 1998, JCP G 2000, II, 10231, 2ème arrêt, note Fauré.
CA Limoges, 4 mars 1988, BICC 1er juillet. 1998, n° 570, p. 21.
CA Paris, 9 juin 1995 : Dr. pén. 1995, 221, M. Véron.

CA Lyon, 19 janvier 1996 : Juris-Data n° 1996-600402 ; *D.*1996, p. 258, note F.-L. Coste

CA Grenoble, 22 octobre 1999, Dr. pénal 2000, comm.136, obs. M. Véron.

CA, Lyon 13 mars 1997, *D.*1997,p. 557 note Serverin ; J*CP G.*1997, II, 22955 note Fauré ; Dr.pén 1997 chron. 22 obs.C. Puigelier ; *Defresnois* 1997, art. 36578 note Malaurie.

CA Aix-en-Provence, 5eme ch. corr., 20 oct. 1999 : JurisData n° 1999-115678.

CA Metz, 17 février 2005, juris-Data n° 20005-272776, Dr fam. 2005, comm 172. Note I. Corpart.

CAA Douai, 2ème ch., 6 déc. 2005, n° 04DA00376, D. 2006, IR p. 180 ; AJDA 2006, p. 442, concl. R. Le Goff RTD civ. 2006, p. 87, obs. J. Hauser; Dict. perm. bioéthique et biotechnologies, Bull. n° 156, janv. 2006.

CA Limoge, 16 mars 2007, JurisData n°2007-335500.

CA Paris, 30 avril 2009, D. 2009 p. 2009, note B. Edelmen. D. 2010, p.604, obs. J.C. Galloux.

H. Gaumont-Prat, p. 604; G. Loiseau, JCP G, 2009 n° 25; D. 2009. AJ 2019 ; *ibid*. 2010. pan. 604, obs. J-.C. Galloux et H. Gaumont-Prat ; Constit. 2010. 135, obs. X. Bioy ; RTD civ. 2009. 501, obs. J. Hauser.

CA Dijon 30 juin 2011, JurisData n° 2011-019457.

Cour de cassation

Ass. plén., 31 mai 1991, n° 90-20.105, *D*. 1991, jur, p. 417, rapp. Y. Chartier., note D. Thouvenin , *Rev. crit. DIP* 1991, p. 712, note C. Labrusse-Riou ; *JCP G*1991, II, n° 21752, obs. Bernard J., concl. Dontenwille H., note F. Terré ; *Defrénois* 1991, p. 1267, obs. J-L. Aubert ; *RTD* civ. 1991, p. 517, obs. D. Huet-Weiller ; *RTD civ*. 1992, p. 489, obs. M. Gobert. Ass. Plén., 29 juin 2001, D. 2001, p.2917; JCP G 2001, II, 10569, rapp. P. Sargos, concl. Sainte-Rose et note Rassat ; JCP G 2002, I, 101, n°21, obs. Murat ; Gaz. pal. 2001,2, 1456, note Bonneau ; Gaz. Pal. 2002,1,85 concl. Sainte Rose; Gaz. pal. 2002, 2, 998, note S. Monnier ; Dr pén 2001, chron. n°34, obs. Demont ; RTD civ. 2001,560 obs. Hauser ; RSC. 2002, 97, obs. B. Bouloc.

Avis n°14 70 0006, 22 septembre 2014, AJ fam 2014 p. 555.

Cass. crim., 2 aout 1844, Journal du Palais 1844, t.2 p.726.

Cass crim., 8 mars 1883, S., 1885.I.470.

Cass. crim.27 juillet 1872, DP 1872, jurisp. p. 277.

Cass. crim., 10 juillet 1937, Bull. crim. n° 147.

Cass. crim., 2 juin 1956, Bull. crim. n° 461.

Cass. crim., 18 novembre 1962, D. 1963, somm. 39.

Cass. crim., 12 octobre 1976, Bull. crim. n° 287, RSC 1977, p. 587, obs. G. Levasseur.

Cass. crim., 21 octobre 1980, Bull. crim. n° 262, D.1981.72, note Lindon, RSC 1981.p. 878, obs. G. Levasseur.

Cass. crim., 16 janvier 1986, RSC 1986 p. 839, obs. A. Vitu et p. 849 obs. G. Levasseur; RSC. 1987 p. 200, obs. G. Levasseur, JCP G. 1987, II, 20774, obs. G. Roujou de Boubée; D. 1986, p. 265, obs. J. Pradel.

Cass. crim., 9 janvier 1992, Dr. Pén ; juill. 1992, n° 172 ; RSC., 1993, p. 328, obs. G. Levasseur.

Cass. crim., 2 avril 1992, RSC, 1993 p.326 et p 328, note G. Levasseur.

Cass crim., 25 novembre 1992, Bull. crim. n° 390, D., 1993, IR. p. 44.

Cass crim., 23 mai 1995,: Bull. crim. 1995, n° 193; Dr. pén. 1995, comm.220, M. Véron. RTD civ. 1996, p. 130, obs. J. Hauser.

Cass crim., 27 novembre. 1996, n° 96-80. 223, Juris Data n° 1996-004701, Bull. crim. 1996, n° 431, JCP G, 1997, IV, 508.

Cass. crim., 31 janvier 1996, bull crim n° 57, Dr. pén., 1996, chron. 87, obs. J.H. Robert. RSC 1996 p. 670 note J.P. Delmas Saint Hilaire .

Cass. crim., 27 novembre 1996 bull. crim. n° 431.

Cass. crim., 5 mai 1997, bull. crim. n° 118.

Cass. crim., 2 décembre 1997, Bull. crim. n° 408, JCP G 1998, II, 2003, rapp. F. Desportes.

Cass. crim., 4 février 1998, J.C.P., G., 1999. II. 10178, note I. Moine-Dupuis.

Cass. crim., 22 juin 1999, Dr. pénal 1999. Comm. 147, obs. M. Véron; D. 2000. Somm. 35, obs. Y. Mayaud.

Cass. crim., 30 juin 1999, Bull. crim., n° 174 ; D. 1999, Jur. p. 710, note D. Vigneau ; D. 2000, somm. p. 27, obs. Y. Mayaud ; *ibid.* 2000, chron. p. 181, par G. Roujou de Boubée et B. de Lamy ; *JCP* 2000, II, 10231, note G. Fauré ; *LPA* 17 nov. 1999, note F. Deboue ; RSC. 1999, p. 813, obs. Y. Mayaud; M.-L. Rassat, Dr. pén., 2000, chron. 12 ; D. Rebut, Dr. Fam. 2000, chron. 12.

Cass. crim., 15 février 2001, Dr. pén. 2001, comm. 62.

Cass. crim., 25 juin 2002, D. 2002, p.3099 note Pradel ;JCP G 2002, II 10155, note Rassat ; Dr.pén 2002, chron.31 concl. D. Commaret ; Dr.pén. 2002, comm. 93 obs. Véron ; LPA, 10 septembre 2002 note B. Daille-Duclos.

Cass. crim., 5 février 2003, n° 02-82.187, JurisData n° 2003-017916, Bull. crim. 2003, n° 24.

Cass. crim., 29 avril 2003, Bull. crim. n° 91. D. 2004, p.167, note J.-C. Saint Pau.

Cass. crim., 27 mai 2003, n° 02-84.136, JurisData n° 2003-019795.

Cass. crim., 2 décembre 2003, Juris-data n° 2003-021533; CP G, 2004, 10054, note M. L. Rassat, JCP G 2004, IV 1105, note J. Pradel; D. 2004 p. 449, note J. Pradel; Dr. fam. 2004 comm. 26 note B. De Lamy.

Cass. crim., 1er septembre 2004, n° 04-81-118 JurisData n° 2004-026781.

Cass. crim., 6 avril 2004, n° 04-80.580.

Cass. crim., 16 novembre 2004, Juris-Data n° 2004-025789; Bull. crim., 2004, n° 286.

Cass. crim., 11 janvier 2005, Juris-Data n° 2005-273446, *AJP*, 2005, p. 242, obs. M. Redon.

Cass. crim., 10 janvier 2006, inédit, n° 05-86.216.

Cass. crim., 20 juin 2006, JCP G 2006 II, 10199, note E. Dreyer,

Cass. crim., 26 juin 2007, Dr. pén. 2007 comm. 135 et 15 janvier 2008, JCP G, 2008, II, 10082

Cass crim., 13 novembre 2007, JCP G 2007 IV, 3339, Dr. pén. 2008, comm. 17 note M. Véron.

Cass. crim., 7 octobre 2008 Jurisdata n° 07-88.349.

Cass. crim., 2 octobre 2010, L.P.A. 2010, n° 260, p. 9 note A. Cayol.

Cass. crim., 5 avril 2011, n 09-83.277, Dr. pénal, 2011, comm. 88 note M. Veron.

Cass. crim., 11 octobre 2011 n° 10-87212, JCP G, 2011, note 1385 J.-H. Robert, D. 2011, p. 2481, note N. Rials, Dr. pén. 2011, comm. 149, obs. M. Véron

Cass. crim, 11 avril 2012 n° 10-86974 ; jurisdata n° 2012-007035 ; JCP G , 2012, 740 , note J-H. Robert, Gaz. Pal. 20 juin 2012 p. 5 note R. Hervet.

Cass. crim., 12 juin 2012 n°11-83657, Gaz. pal. 27 oct. 2012, p. 30.

Cass. crim., 2 octobre 2012 n° 11-84-415.

Cass. crim., 11 décembre 2012, JurisData n° 2012-031677.

Cass. crim., 22 janvier 2013, JurisData n° 2013-001607.

Cass. crim., 8 janvier 2013, n° 12-81.102, JurisData n° 2013-002101, Dr pén.2013, n°4 comm. 55.
Cass. crim., 6 mai 2014 n° 13 81.406, *AJ pénal*, 2014, p. 412 E. Mercinier; *D.* 2014, p. 1414 chron. B. Laurent, G Barbier, P. Labrousse et G. Moreau.

Cass.req., 23 février 1981 : S. 1892, 1, 73 note H. Meynal.

Cass. 1ère civ., 10 décembre 1985, n° 84-14328 JurisData n° 1985-003360, Bull. civ. 1985.I, n° 339.
Cass. 1ère civ., 8 novembre 1988, *JCP G,* 1989 II, 21301 note Brichet.
Cass.1ère civ., 14 décembre 1999, *JCP G* 2000, II, 10241 concl. C. Petit, *RTD. civ* 1998, p. 71 comm. J. Hauser.
Cass. 1ère civ., 20 décembre 2001, J.-P. Gridel, *D.* 2001. 872 ; A. Lepage, *D.* 2001. 1990; J. Ravanas, JCP G 2001. II. 10488, concl. J. Sainte-Rose.
Cass. 1èreciv., 30 mai 2006, 2 arrêts, n° 04-17.102, n° 05-16.437,JurisData n° 2006-033696 ; JurisData n° 2006-033698.
Cass. 1ère civ., 6 février 2008, n° 06-16.498, Cass.1ère civ., 6 février 2008 n° 06-16.499
Cass. 1ère civ., 6 février 2008, n° 06-16-500*, D.,* 2008, p.638 chr. P. Chauvin ; AJ Famille 2008, p.165 obs. F. Chenédé ; JCP G 2008 II 10045 note G. Loiseau ; RTD. civ 2008, p. 268 obs. J. Hauser.
Cass.1ère civ., 16 octobre 2008, n° 07-20.572: JurisData n° 2008-045358; JCP G 2008, IV, 2790.
Cass.1ère civ., 22 octobre 2009, RTD. civ. 2010 p. 79 obs. J. Hauser.
Cass.1ère civ., 3 juin, 2010, *D.* 2010, p. 1522.
Cass.1ère civ.,1er juillet 2010, n° 09-15.479, D. 2010, 2044, note P.-J. Delage ; *RTD civ*. 2010, p. 526, note J. Hauser.
Cass.1ère civ., 16 septembre 2010, n° 09-67.456, AJDA 2010, 1736; D. 2010. 2750, obs. C. Le Douaron et note G. Loiseau ; ibid. 2145, édito. F. Rome; ibid. 2754, note B. Edelman, rejetant le pourvoi contre Paris 30 avr. 2009, RTD. civ. 2009. 50.
Cass.1ère civ., 6 avril 2011, n° 10-19.053, *D.* 2011. Jur. 1522, note D. Berthiau et L. Brunet.
Cass. 1ère civ., 19 mars 2014, n° 13-50.005*, D.* 2014. Jur. 901, avis J.-P. Jean, et 905, note H. Fulchiron et C. Bidaud-Garon, Pan. 1059, obs. H. Gaudemet-Tallon, et pan. 1171, obs. F. Granet-Lambrechts.

Cass. 2ème civ, 28 janvier 1954, D. 1954, 217, note G. Levasseur; JCP G 1954, II, 7978, concl. Lemoine ; Dr.soc.1954, 161,note P. Durand , Grands arrêts, n° 16.
Cass. 2ème civ., 18 décembre 1995, n° 93-21. 287, Bull. civ. II, n° 3.
Cass. 2ème civ., 22 février 1995, D. 1996, Jur. p. 69, note Y. Chartier *; JCP* 1996, II, n° 22570, note Y. Dagorne-Labbe.
Cass. 2ème civ., 19 juin 1996, n° 94-20.515, Bull. civ. II, n° 153 ; 2ème civ. 15 avr. 1999, n° 97-14.684 , Bull. civ. II, n° 73.
Cass. 2ème civ., 20 avril 2000, n° 98-14.549, Bull. civ. II, n° 65.
Cass. 2ème civ., 13 février. 2003, n° 01-00.543, JurisData n° 2003-017577 ; Bull. civ. 2003, II, n° 40 *; JCP G* 2003, IV, 1621.

Cass. 3ème civ., 12 juin 2003, n° 02-10.778: JurisData n° 2003-019396 ; Bull. civ. 2003, III, n° 125 ; *RTD civ.,* 2003, p. 771, obs. J. Raynard; *JCP G* 2003, II, 10190, note F. Fauque.

Cass. com., 3 juillet 2001, n° 98-18.352, JurisData n° 2001-010981,
Cass. com., 30 mai 2007, Bull. civ. IV, n° 147 *; Rev. sociétés* 2007 , *JCP E* 2008. 1345, n°39, obs. M. Galland ; *D.* 2007. 1669.

Cass. soc., 21 juillet 1986, Rev. soc. 1987, p. 43 note Y Guyon.
Cass. soc., 23 janvier 1990, Droit social, 1990, p. 322 note J. Savatier.
Cass. soc., 17 janvier 1991, JCP E, 199, II, 229, note H. Blaise

Conseil d'Etat

CE, 31 octobre 1980, *Lahache, D.* 1981, 38 concl. B. Genevois, *JCP G.*, 1982, II, 19732 note F. Dekewer-Defossez.
CE, 22 janvier 1988, n° 80936, *Assoc. Les Cigognes.* Cass. 1re civ., 13 déc. 1989, n° 8815.655, *Assoc. Alma Mater, D.* 1990, jur, p. 273, rapp. J. Massip ., *JCP G* 1990, II, n° 21526, note A. Sériaux , *Defrénois* 1990, p. 743, obs. J.-L. Auber., *RTD* civ. 1990, p. 254, obs. J. Rubellin-Devichi.
CE, 27 septembre 1989, *Mme K...*, concl. M. Fornacciari, Gaz. Pal. 1990, 2, p. 421 ; D. 1991, Jur. p. 80, note M. Verpeaux ; D. 1990, Somm. p. 298, obs. P. Bon et P.

Terneyre; AJDA 1989, p. 776, note Honorat et Baptiste ; JCP 1989, IV, p. 368;CA Besançon, 18 oct. 1994 ; JCP 1995, IV, n° 570.CE, 21 décembre 1990, n°105743, *Confédération nationale des assoc .familiales catholiques*, Rec. CE, p. 368 concl. Stirn.

CE, 2 juill. 1993, *Milhaud,* D. 1994, Jur. p. 74, note J.-M. Peyrical, et Chron. p. 352, par G. Lebreton ; RFDA 1993, p. 1002, concl. D. Kessler ; AJDA 1993, p. 530, note C. Maugüé et L. Touvet.

CE, ass. 27 octobre 1995, 2 espèces, *Commune de Morsang sur orge et ville d'Aix en Provence*, concl. P. Frydman, *RFDA* 1995, p. 1204; J.H. Stahl et D. Chauvaux, AJDA 1995, p. 878, G. Lebreton, D. 1996, jur. p. 177, M. Gros et J.-C. Froment, R.D. publ. 1996, p. 536.

CE, 13 novembre 2002, *Association Alliance pour les droits de la vie,* n° 248310, H. Moutouh, D., 2003, n° 2, p. 92.

CE 6 nov. 2009, AJDA 2010. 138, chron. S.-J. Liéber et D. Botteghi ; JCP G 2010. 98, note J.-G. Sorbara ; D. 2009. 2754.

CE, Ass., 24 juin 2014, *Madame F… I et autres*, n° 375081, n° 375090, n° 375091 JurisData n° 2014-01426, JCP G n° 28, 14 Juillet 2014, 825 Note F. Vialla ; D. 2014, 1385, *AJDA*, 2014, p. 129.

Conseil Constitutionnel

DC n° 74-54 15 janvier 1975, Les grandes décisions du Conseil constitutionnel, L. Favoreu et L. Philip, 17ème éd., Dalloz, 2013.

DC n° 80-117, 22 juillet.1980, RDP, 1980, p. 1652, note L. Favoreu ; D. 1981, II, p. 65 note, F. Claude ; *Pouvoirs*, 1980 n° 15 p. 172 note A. Pierre et J. Gicquel.

DC n° 83-165, 20 janvier 1984. , Les grandes décisions du Conseil constitutionnel, L. Favoreu et L. Philip, 17ème éd., Dalloz, 2013.

DC n° 89-269 du 22 janvier 1990. , Les grandes décisions du Conseil constitutionnel, L. Favoreu et L. Philip, 17ème éd., Dalloz, 2013.

DC n° 94-343 du 27 juillet 1994, JCP G 199, n° 43, note G. Raymond, JIB, 1996,n° 1 p. 10, osb. M.Deswanto, RFDA, n° 1994, p.1019, note B. Mathieu; D. 1994, 355 note G. Mémeteau.

DC n° 2001-446 27 juin 2001, LPA, 2001, 28 décembre 2001, n° 259 p.10, note chron. B. Mathieu et M. Verpeaux.

DC n° 2012-271 QPC, *D.* 2012, 2486*, AJDA*, 2012, 1770, *D.* 2012, 2486 note X Daverat; *RSC* 2013, note B. De Lamy.
DC n° 2001-455, 12 janvier 2002, *LPA,* 21 janvier 2002 (15), p. 3, note J.-E.Schoettl; Travail et Protection sociale, *2002 n° 3 p 3, obs. B. Teyssier,* Les Cahiers du Conseil constitutionnel, 2002, n° 12, p. 25.
DC n° 2013-614 du 1 aout 2013, JCP G 2013 n° 42, note C Byk, RDSS 2014, 283 note D. Thouvenin; JCP G n° 36, p. 1560 note B. Mathieu.
Cons. const., 31 juillet 2014, n° 2014-700 DC, JCP G, 2014, n° 37, 917, note B. Mathieu.

Cour Européenne des Droits de l'Homme

CEDH, 18 janvier 1978, *Irlande C/ Royaume Uni*, RSC 1987 p. 663.
CEDH, 13 mai 1980 X c/ Royaume Uni, DR 19, p. 244
CEDH 30 mars 1989, *Chappel c/ Royaume-Uni,* A, n° 152-A.
CEDH, 19 déc. 1994, n° 15153/89, *Gubi c/ Autriche.*
CEDH, 27 sept. 1995, *Mc. Cann et autres c. Royaume-Uni*, n° 18984/91, RFDA 1994, pp. 1182 et s., obs. Ch. Giakoumopoulos, M. Keller, H. Labayle et F. Sudre .
CEDH, gde ch., 28 oct. 1998, Osman c/ Royaume-Uni, n° 23452/94,§ 115: JDI 1999,p. 269, obs. P. Tavernier.
CEDH 5 sept. 2002, *Boso c/ Italie*, RTD civ. 2003. 371, obs. J.-P. Marguénaud.
CEDH, 16 avril 2002, *S^té Colas Est c/ France*, req. n° 37971/9; D. 2003. 527, obs. C. Bîrsan, et 1541, obs. A. Lepage ; JCP E 2003. 560, note J. Raynaud ; Bull. Joly Sociétés 2002. 953, note N. Mathey ; Clunet 2003. 554, note E. Decaux et P. Tavernier ; AJDA 2002. 500, chron. J.-F. Flauss.
CEDH, 29 avril 2002, *Petty contre Royaume Uni n°* 2346/02 JurisData n° 2002-400028; JCP G 2003, II, 10062, note C. Girault; Dr. fam 2003, chron. 9; RTD civ. 2002, p. 482, obs. J. Hauser ; E. Chavika et A. Garay, Gaz. Pal. 2002, 2, p. 1244.
CEDH, 6 mai 2003, *Menson c. Royaume-Uni*, n° 47916/99.
CEDH, 24 juin 2004, Von Hannover c/ Allemagne, GACEDH, p. 427.
CEDH, grande chambre, 8 juillet 2004, *Vo c/France*, D. 2004, p. 2456 note J. Pradel, Rev. droit public, 2005, n°5, p. 1417 note X. Bioy, JCP, G, 2004,n° 42, p. 1798, note M. Levinet, Revue juridique personne et famille, 2004, n°9, p. 25 note N. Fricéro, RDGM, 2004, n° 197 note A. Bertrand-Mirkovic

CEDH, 9 déc. 2004, *Van Rossem c/ Belgique*, req. n° 41872/98, § 36 ; 16 oct. 2007, Wieser c/ Autriche, req. n° 74336/01, § 45. Adde, J.-F. Flauss.

CEDH *Radio-France c/ France*, 30 mars 2004.

CEDH, 2 juin 2005, requête n° 77785/01 *Znamenska c/ Russie*, RTD.civ., 2005, p. 737 obs.J.P. Marguénaud, JCP 2005, I, 159 n° 14 note, F. Sudre.

CEDH, *Evans c/ RU* du 7 mars 2006 n° 6339/05 D. 2006 p. 748.

CEDH , 1er juin 2006, *Taïs c. France,* n° 39922/03, AJ Pénal 2006, p. 403, obs. C. Saas ; JDI 2007, p. 716, obs. E. Decaux.

CEDH, gde chambre, 20 mars 2007, *Tysiac c/ Pologne*, JCP G 2007, II, 1007.

CEDH, gde chambre, 10 avril 2007, *Evans c/ Royaume Uni*, D. 2007, 1202 ; JCP. G. 2007, II, 10097 note B. Mathieu.

CEDH 1ère sect., 14 juin 2007, *Hachette Filipacchi associés c/ France*, Gaz. Pal. 2007, n° 248-249, p. 2-5, note L. François ; JCP G 2007. II. 10164 note E. Derieux.

CEDH, 28 juin 2007, *Association pour l'intégration européenne et les droits de l'homme et Ekimdjiev c/ Bulgarie*, req. n° 62540/00.

CEDH, 9 juin 2009, *Opuz c. Turquie,* n° 33401/02 .

CEDH, 15 déc. 2009, *Maiorano et autres c. Italie*, n° 28634/06, RSC 2010, p. 219 et s., obs. J.-P. Marguénaud.

CEDH, 14 décembre 2010, n° 67545/09, Ternovsky c/Hongrie, AJ fam 2011, 104, obs. M.Herzog-Evans.

CEDH, gde ch., 16 décembre 2010, *A.B.C. c/ Irlande*, RTD civ 2011, n° 2, p. 303 obs. J.-P. Marguénaud, D. 2011, n° 20, p. 1360, note S. Hennette-Vauchez, RDSS 2011, n°2, p. 293, osb. D. Roman, JCP, G, 2011, n° 4, p. 182 note F. Sudre.

CEDH, 30 juin 2011, *Assoc. Les Témoins de Jéhovah c/ France*, req. n° 8916/05, Rec Dalloz. 2011. 1820.

CEDH, 20 janvier 2011, n° 31322/07, *Haas c/ Suisse,* JCP G 2011, 914, obs. F. Sudre.

CEDH, 28 mai 2013, n°46470/11, dr. fam. 2014 n°2, alerte 6, Dalloz acualité 9 juillet 2014.

CEDH 12 juin 2014 n° 50132/12, *Mari c/ Croatie* JurisData n° 2014-013655, *Dr.fam.* 2014 n° 9 comm. 124, obs. K.Blay-Grabarczyk.

CEDH, 26 juin 2014, *Menesson c/ France,* n° 65192/11 et Labassee c/ France n° 65941/. D. 2014 p. 1376.

CEDH, *SAS C/France,* 1er juillet 2014, D. 2014, 1701, note C. Chassaing

Cour de Justice de l'Union Européenne (ou Cour de justice de la Communauté européenne)

CJCE, 18 janvier 1984, aff. 327/82 ekro, rec. CJCE 1984 p. 1, pt. 11.

CJCE 22 octobre 2002, *SA Roquette Frères*, aff. C-94/00, Rec. CJCE p. I-9001, § 29; JCP E 2003. 1282, note G. Parleani ; Clunet 2003. 627, note C. Prieto

CJCE, 11 déc. 2007 aff. *C-438/08 Viking Line*.

CJCE 14 février 2008, Varec SA, aff. C-450/06, RTD. eur. 2009. 511, chron. A.-L. Sibony et A. Defossez.

CJUE, gr. ch., 18 octobre 2011, *aff. C-34/10*, JCP G, 2012, n° 6, 146 note N. Martial-Braz et J.-R. Binet.

CJUE, 17 juillet 2014, *aff. C-364/13, International Stem Cell Corporation C/Comptroller général of atents, Gaz. Pal,* 6 novembre 2014, n° 310 p. 13, obs. L. Marino.

INDEX

(Les chiffres renvoient aux numéros des pages)

A

Absent:
Régime juridique: 83

Avortement
-Evolution de l'incrimination: 100 à 103
-Loi du 17 janvier 1975 : 105

Acte d'enfant sans vie
-Corps de l'enfant sans vie : 78
-Régime juridique: 75 à79
-Viabilité:72

Animal
-Dignité: 316-318
-Protection pénale: 235
-Sensibilité: 229

Aptitude
-Personnalité juridique: 70-75

B

Bioéthique
-Définition : 17 et s
-Dignité: 313
-Droit pénal de la bioéthique: 294, 419, 421

C

Cadavre
-Dignité: 352
-Protection pénale: 218 et s

Capacité
-Capacité de souffrance de l'animal: 229
-Capacité de l'esclave: 54
-Capacité de la femme mariée: 57
-De jouissance et d'exercice: 80 et s

Crime contre l'espèce humaine:
-Classifications: 284, 288
-Définition : 285

Crime contre l'humanité
-Définition: 221, 284
-Humanité: 282

D

Dépénalisation
-Avortement: 106
-Définition: 107
-Euthanasie: 368

Dignité
-Approche philosophique: 295
-Cadavre: 353
-Embryon 342-349
-Exclusivité de l'humain: 315
-Fonction anthropologique: 312
-Judiciarisation: 299
-Tortures et actes de barbarie: 331

Droit à la mort
-Non existence : 364 et s

Droit à la vie
-Absence de caractère absolu: 379
-Caractère fondamental: 394
-Contours du droit à la vie: 362-379
-Droit objectif: 374

Droit fondamental
-Définition: 394

Droit subjectif

-Définition: 62, 371
-Interruption volontaire de grossesse: 205
-Liberté civile: 205,

E

Embryon *in vitro*
-Article 16: 177
-Dignité: 344
-Humanité: 176
-Régime juridique: 160-174
-Projet parental: 185

Embryon *in utero*
-Dignité: 342
-Statut : 194
-IVG: 198

Embryon surnuméraire
-Définition : 21

Encis
-Définition : 100

Esclave
56, 325

G

Gestation pour autrui/Maternité de substitution
-Filiation: 318
-Interdiction: 157 et s, 323

I

Incrimination:
-Définiton: 397

Infans conceptus
Adage: 86 et s

Interruption volontaire grossesse
-Évolution législative : 198
-Législation du 17 janvier 1975: 108 et s
-Statut de l'embryon *in utero*: 204

L

Liberté procréative
-Application: 98,105, 199, 207, 404
-Définition : 38
-Protection: 203
-Liberté sexuelle: 196, 198

Liberté de la recherche
Notion: 156, 412

P

Personnalité juridique,
-Aptitude capacité: 70-79
-Enfant conçu: 86
-Fiction 85
-Pragmatisme: 69

Personne humaine
-Alternative à la dichotomie de la s*umma divisio*:258
-Approche philosophique: 274
-Dignité: 312
-Dimension collective: 281
-Dimension biologique: 288
-Intégration juridique: 274
-Personne humaine potentielle : 34, 151, 192, 280

Personne juridique
-Enfant à naître: 257
-Définition: 51
-Dimension artificielle: 60
-Droits de la personnalité: 261, 268

Personne morale
-Nature juridique: 60
-Responsabilité pénale: 127
-Victime (refus de) : 387.

Personne physique
-Définition : 66

Projet parental :
-Définition: 181
-Embryon *in vitro*: 185 et s

R

Réification
-Embryon (refus de la réification): 153

S

Sanction pénale
-Avortement: 102
-Bioéthique: 415
-Définition : 397

S*umma diviso*
-Animal: 234
-Cadavre: 223
-Définition: 31, 142, 252
-Embryon: 160
-Renouvellement: 258, 260

V

Viabilité
-Acte d'enfant sans vie :72

Victime
-Cadavre: 29,224
-Enfant à naître: 28, 128
-Dimension humaine: 389
-Dimension juridique: 127, 138
-Humanité: 282, 287
-Personne morale : 133,131

LEXIQUE

Assistance médicale à la procréation (AMP) : s'entend des pratiques cliniques et biologiques permettant la conception i*n vitro,* la conservation des gamètes, des tissus germinaux et des embryons, le transfert d'embryons et l'insémination artificielle (article L 2141-1 CSP).

Biotechnologie: Ensemble des techniques utilisant les micro-organismes (bactéries et virus) pour transformer des organismes (OGM) ou synthétiser des molécules organiques L'une des principales techniques est la greffe de gène.

Blastocyste: Stade du développement de l'embryon caractérisé par la formation au centre de la morula (groupement de cellules embryonnaires) d'une cavité isolée du milieu extérieur: le blastocœle. Dans le développement embryonnaire, cette étape précède la gastrulation. Un blastocyste est composé d'une centaine de cellules; il à la forme d'une sphère creuse au fond de laquelle se trouve le monticule du «bouton embryonnaire » dont sont dérivées les cellules souches embryonnaires.

Cellule : Plus petite unité du vivant. Il existe deux types de cellules: procaryotes et les cellules eucaryotes.

Cellules embryonnaires : cellules souches pluripotentes, issues d'un embryon au stade blastocyste.

Cellule eucaryote : cellule présente chez les animaux et végétaux qui se caractérisent par la présence d'une membrane autour du noyau.

Cellules germinales : cellules qui peuvent former les gamètes (spermatozoïdes et ovocytes pour les animaux). Elles constituent, avec les cellules somatiques, l'une des deux lignées cellulaires issues de la cellule œuf. Elles peuvent transmettre, à leur descendance, les mutations génétiques qu'elles ont subies

Cellule pluripotente : cellule qui se développe en n'importe quel type de cellule et ne peut pas se développer en individu complet. Ainsi, une cellule souche issue d'un blastocyste est pluripotente.

Cellules totipotentes : cellules issues des premières divisions de l'œuf jusqu'au quatrième jour. Ce sont les seules cellules qui permettent à un individu de se développer complètement s'il est placé *in vivo*.

Cellules souches : ou indifférenciées (la plus indifférenciée étant le zygote ou l'ovule fécondé qui produit l'ensemble des cellules de l'organisme). Elles sont présentes chez tous les êtres vivants pluricellulaires. Elles ont un rôle fondamental dans le développement des organismes et leur maintien.

Cellules souches embryonnaires (ou cellules ES): cellules isolées à partir de la masse interne de l'embryon au stade blastocyste puis mis en culture. Ces cellules sont prélevées pour leur totipotence qu'elles conservent lorsqu'elles sont cultivées dans des conditions adéquates : elles peuvent participer au développement de tous les types cellulaires de l'embryon (y compris les cellules germinales) lorsqu'elles sont réintroduites dans un embryon du même stade.

Cellules somatiques: Cellules du corps à l'exclusion des cellules germinales et des cellules de l'embryon aux premiers stades du développement. Les cellules somatiques humaines possèdent 23 paires de chromosomes, soit 46 ; elles sont dites diploïdes.

Clonage : la reproduction, avec la conservation du même génome, d'un organisme, qui peut être une cellule (clonage cellulaire), ou un organisme animal comme l'être humain (clonage reproductif).

Clonage reproductif : la technique peut être réalisée selon deux méthodes. Par scission gémellaire : on utilise le blastocyste, qui comprend des cellules totipotentes, et qui sera divisé en plusieurs parties, chacune pouvant aboutir à un individu. Par implantation d'un noyau d'une cellule somatique dans un ovule énuclée : on retire un noyau cellulaire pour le remplacer par le noyau d'une cellule somatique d'un autre individu. C'est de cette méthode qu'est issue la brebis Dolly.

Clonage thérapeutique : la méthode consiste à inclure le noyau d'une cellule somatique adulte dans un ovocyte énucléé pour obtenir, par division de la nouvelle cellule, les cellules totipotentes.

Diagnostic préimplantatoire : ensemble de techniques permettant de connaître précocement les caractéristiques génétiques d'un embryon quand la fécondation a été réalisée *in vitro*

Embryon humain : la notion d'embryon humain s'applique dès le stade de la fécondation aux cellules totipotentes initiales et à l'ensemble du processus de développement et de constitution du corps humain qui en découle. Il en est ainsi, notamment du blastocyste. Les ovules non fécondés, auxquels a été implanté le noyau d'une cellule humaine mature ou qui ont été induits à se diviser et a se développer par parthénogénèse, relèvent également de la notion d'embryon humain dans la mesure ou l'utilisation de ces techniques aboutirait à l'obtention de cellules totipotentes. Prises individuellement, les cellules souches embryonnaires pluripotentes, parce qu'elles n'ont pas, à elles seules, la capacité de se développer en un être humain, ne relèvent pas de cette notion.

Embryons surnuméraires : embryons conçus lors d'une fécondation *in vitro*, dans un cadre d'assistance médicale à la procréation. Ils peuvent être congelés, sur demande, par les parents, pour être implantés, plus tard, dans l'utérus de la femme.

Eugénisme : Étymologiquement l'eugénisme signifie « l'art de bien engendrer ». Le terme est apparu au XIXème siècle sous la plume de Galton qui l'a défini comme « la science de toutes les influences qui améliorent les qualités natives d'une race ». On distingue l'eugénisme négatif qui vise l'élimination des caractères jugés défavorables en évitant leur transmission de l'eugénisme positif qui vise à promouvoir des caractères désirables en encourageant leur transmission.

Fivete : fécondation *in vitro* avec transfert embryonnaire

Gamète : cellule reproductrice, mâle ou femelle, dont le noyau ne contient qu'un seul chromosome de chaque paire et qui s'unit au gamète de sexe opposé (fécondation) pour donner naissance à un œuf.

Génome humain : ensemble des gènes contenus dans chaque cellule d'un être vivant. Chaque cellule renfermant les mêmes gènes, les mêmes informations génétiques et les mêmes chromosomes. Les gènes sont des messages codés répartis linéairement le long d'une structure chimique constituée d'acide désoxyribonucléique

ou ADN. La cellule œuf qui est à l'origine de la fusion des gamètes mâles et femelles est à l'origine des milliards de cellules qui composent le corps humain. Le génome humain représente donc l'intégralité du patrimoine génétique porté par un individu et contient l'identité génétique de l'être humain. Ainsi la génétique est l'étude des principes de l'hérédité ou des caractères héréditaires.

Injection intra-cytoplasmique de spermatozoïdes (Icsi) : technique de PMA qui consiste à prélever dans du sperme, un spermatozoïde et à l'injecter *in vitro* dans le cytoplasme d'un ovule afin d'obtenir un embryon qui pourra être transféré dans l'utérus d'un femme.(*intracytoplasmic sperm injection).*

Insémination artificielle : Technique de PMA qui consiste à déposer des spermatozoïdes dans la cavité utérine de la femme afin de favoriser la fécondation.

Ovocyte : cellules germinales féminines qui se transforment en ovules, entre la puberté et la ménopause de la femme.

Parthénotes : sont des ovules humains non fécondés et qui, par voie de parthénogenèse, ont été induits à se diviser et à se développer.

Parthénogénèse : consiste à activer un ovocyte en l'absence de sperme pour déclencher l'embryogénèse sans fécondation. Ce déclenchement peut pendre diverses formes : chimiques ou électriques. L'ovocyte activé contient les chromosomes de la mère mais pas d'ADN paternel.

Zygote : œuf fécondé qui n'est pas encore divisé chez les hommes comme chez les animaux

TABLE DES MATIÈRES

SOMMAIRE **5**
LISTE DES ABRÉVIATIONS **7**
INTRODUCTION **11**

PREMIÈRE PARTIE : LES CONFUSIONS NOTIONNELLES ET LÉGISLATIVES AUTOUR DE LA PROTECTION PÉNALE DE L'ENFANT À NAÎTRE. 43

Titre premier : Les causes d'origine notionnelle à l'absence de protection pénale de l'enfant à naître 45

Chapitre premier: La notion fonctionnelle de personne juridique 48

Section I : Les hésitations autour de la définition de personne juridique, entre l'être juridique et l'être humain. 50
§1) L'ambiguïté intrinsèque de la notion de personne 50
A) La personne juridique sur le fondement de *persona* 52
B) L'influence de la *propôson* sur la notion de personne juridique 56
§II) Le choix d'une dimension artificielle de la personne juridique 59
A) L'absence de substrat humain de la personne morale 59
B) La personne physique symbole de la dissociation entre l'existence et la naissance 63
1) L'existence de l'être humain avant la naissance 64
2) La naissance juridique de la personne physique 65

Section II : Le pragmatisme de la personnalité juridique 68
§1) Une construction juridique fondée sur l'aptitude 68
A) L'aptitude à la vie condition d'acquisition de la personnalité juridique 69
1) La viabilité, critère contesté de l'acte d'enfant sans vie 70
2) L'acte d'enfant sans vie: simple constat de l'existence humaine 74
B) La capacité comme critère d'usage de la personnalité juridique 79
*§*2) L'élasticité de la personnalité juridique 81
A) L'absent : une personne juridique sans corps. 81
B) La fiction de la personnalité juridique de l'enfant simplement conçu 84

Chapitre second : L'évolution de la notion de personne en droit pénal, de l'être humain à l'être juridique 95

Section I : la vie humaine source de la protection pénale de la personne 97
§1) La vie anténatale objet d'une valeur pénalement protégée 97
A) L'incrimination de l'atteinte involontaire à la vie prénatale à travers l'encis 98
B) L'incrimination de l'atteinte volontaire à la vie prénatale par le biais de l'avortement 100
§II) L'évolution de la *ratio legis* de l'avortement : de la vie prénatale protégée à la prise en compte de la liberté procréative de la femme 102
A) La prise en considération de la situation personnelle de la femme dans le processus conduisant à la dépénalisation de l'avortement 103
B) La loi de 17 janvier 1975 : une recherche d'équilibre entre la liberté procréative et la protection de la vie prénatale 105
1) La consécration implicite de la liberté procréative de la femme par le recours à la notion de détresse 106
2) Le compromis trouvé entre la liberté procréative et la protection de la vie prénatale 108

Section II : L'influence manifeste de l'approche civiliste de la personne juridique sur la notion de personne en droit pénal 115
§I) Le glissement du critère de vie humaine vers l'exigence de la dimension juridique de la personne 115
§II) La responsabilité pénale de la personne morale : manifestation de la diffusion de la notion de personne juridique en droit pénal 124
A) La réalité criminogène de la personne morale fondement de sa responsabilité ...125
B) La convergence de la situation pénale de la personne morale et de la personne physique 127
1) L'uniformisation de la responsabilité des personnes morales et physiques 127
2) L'assimilation de la protection pénale des personnes morales à celle des personnes physiques 130

Titre second Les causes d'origine législative à l'absence de protection pénale de l'enfant à naître 138

Chapitre premier: Les incohérences liées à l'indétermination législative de l'embryon *in vitro* 142

Section I : L'indécision législative face à la nature juridique de l'embryon *in vitro* ..145
§1) L'oscillation du discours législatif entre le refus de personnifier l'embryon *in vitro* et le refus de le réifier 145
A) Le refus de l'assimilation de l'embryon à la personne 146
1) Les origines de l'évincement de la question de la nature juridique de l'embryon. 146
2) Le rejet de la personnification de l'embryon 149
B) Le refus de la réification de l'embryon 150
1) L'intérêt de l'enfant à naître : objet d'une prise en compte juridique 150
2) Le rejet de la réification de l'enfant à naître contenue dans l'interdiction de la gestation pour autrui 153
§2) Le régime juridique hybride de l'embryon.....157
A) Les dispositions réificatrices du régime juridique de l'embryon *in vitro*..... 158
1) De l'interdiction de la recherche sur l'embryon *in vitro* à son autorisation sous conditions 158
2) Les incidences de l'évolution du régime de la recherche sur le statut juridique de l'embryon *in vitro*..... 164
B) Les dispositions protectrices de l'embryon *in vitro* 167
1) La protection directe de l'embryon *in vitro* 167
2) La protection indirecte de l'embryon *in vitro*..... 170

Section II : L'humanité de l'embryon *in vitro* contestée 172
§1) De l'absence de statut juridique de l'embryon *in vitro* à la contestation de son humanité.....173
A) L'ambivalence de l'article 16 du Code civil.....173
B) La remise en cause de l'humanité de l'embryon *in vitro* 175
1) La remise en cause de l'humanité de l'embryon *in vitro* convenue dans la décision du Conseil constitutionnel du 27 juillet 1994.....175

2) L'humanité de l'embryon *in vitro* non implanté remis en cause dans l'arrêt de la CAA de Douai du 6 décembre 2005 179
§2) L'humanité de l'embryon *in vitro* dépendant du projet parental ? 181
A) L'influence du projet parental sur le devenir de l'embryon *in vitro* 181
1) La notion de projet parental 181
2) Le rôle déterminant du projet parental sur le devenir de l'embryon *in vitro* 185
B) La persistance du projet parental comme critère contesté de l'humanité de l'embryon i*n vitro* 187

Chapitre second : Les incohérences autour de l'absence de statut législatif de l'enfant *in utero* 191

Section I : Les répercussions de l'évolution législative de l'IVG sur le statut de l'embryon *in utero* 194
§1) De la protection de la vie anténatale à la consécration d'une liberté pénalement protégée 194
A) Les incidences de la transformation du *ratio legis* de l'IVG : sur le statut de l'enfant à naître 195
1) La transformation de la *ratio legis*: de la protection de la vie de l'enfant à naître à la protection de la femme enceinte. 195
2) Les incidences de l'évolution législative sur le statut de l'embryon *in utero* 199
B) L'affirmation d'un droit à l'IVG inconciliable avec une personnification de l'embryon *in utero* 201
§2) Les craintes d'une remise en cause de la loi IVG : fondement politique de l'absence de protection pénale de l'être avant la naissance 203
A) Le retrait de l'« amendement Garraud » manifestation du lien tissé entre la protection de la vie de l'enfant à naître et la remise en cause de l'IVG 204
B) La crainte de la remise en cause de l'IVG: fondement politique de la jurisprudence sur l'homicide involontaire du fœtus 207
1) Les fondements politiques de l'arrêt d'Assemblée plénière du 29 juin 2001 207
2) La crainte de la remise en cause de l'IVG toile de fond de l'arrêt Vo c/ France 209

Section II : Les incohérences de l'absence de protection pénale de l'être avant la naissance au regard de la protection des êtres sans personnalité juridique 213
§1) La protection pénale de l'être humain après sa mort.....213
A) L'organisation du régime juridique du cadavre 214
B) La survie de la protection pénale après la mort 219
§2) La reconnaissance d'une protection pénale de l'animal fondée sur sa sensibilité 224
A) La protection pénale de l'animal fondée sur sa qualité d'être sensible 224
B) L'étendue de la protection pénale de l'animal.....230

DEUXIÈME PARTIE : L'HUMANITÉ DE L'ÊTRE AVANT LA NAISSANCE FONDEMENT DE SA PROTECTION PÉNALE 242

Titre premier : La notion de personne humaine, instrument de réponse à la confusion notionnelle autour de la condition pénale de l'enfant à naître 246

Chapitre premier: La notion de personne humaine: alternative à la dichotomie personne/chose. 250

Section I : L'inadaptation de la catégorie de personne juridique à la particularité de l'être humain avant la naissance 252
§1) Des propositions d'attribution de la personnalité juridique à l'enfant à naître insatisfaisantes. 252
A) Les propositions d'alternatives à la *summa divisio* 253
1) Les alternatives à la catégorie de personne 253
2) Les alternatives à la catégorie des choses 255
B) La non-attribution de la personnalité juridique à l'enfant à naître justifiée par l'absence d'intérêt 257
§2) L'objet des droits de la personnalité: la protection de la personne juridique..... 259
A) La nature des droits de la personnalité 260
B) Les droits de la personnalité : émanation de la personne juridique..... 262
1)L'attribution des droits de la personnalité aux personnes morales 263
2) La personne juridique fondement des droits de la personnalité..... 266

Section II: La protection de la personne en elle-même à travers la notion de personne humaine 268
§1) Le passage d'une notion philosophique à une notion juridique 268
A) Les discussions philosophiques autour de la personne humaine 269
1) La nature rationnelle de l'être: fondement de la définition de personne humaine 269
2) La dimension relationnelle de la personne humaine 270
B) L'intégration juridique de la notion de personne humaine 272
§2) De l'humanité à l'espèce humaine: les courbes de la personne humaine 274
A) La dimension collective de la personne humaine révélée par les crimes contre l'humanité 275
B) La dimension biologique de la personne humaine révélée par les crimes contre l'espèce humaine 277
1) La dimension biologique de la personne humaine 278
2) L'incohérente classification des infractions contre l'espèce humaine 281

Chapitre second: La dignité instrument juridique au service de la protection de la personne humaine 287

Section I : D'une notion philosophique à une notion juridique 289
§1) L'approche philosophique de la notion 289
A) L'empreinte Kantienne sur la notion de dignité 290
B) Les conséquences de l'impératif Kantien 291
1) Le caractère axiomatique de la notion 291
2) Le caractère indérogeable de la dignité 292
§2) La judiciarisation de la notion 293
A) La consécration juridique de la dignité 293
1) L'émergence textuelle de la notion juridique de dignité 293
2) La consécration jurisprudentielle de la notion juridique 297
B) Les difficultés de l'intégration juridique de la notion 301

Section II : La fonction anthropologique de la dignité 307
§1) L'enchevêtrement des notions de dignité et d'humanité 307
1) L'affirmation de la consubstantialité dans le droit de la bioéthique 308

2) Les manifestations de la consubstantialité dans les instruments internationaux 309
B) La dignité: une exclusivité humaine 310
1) L'affirmation d'une dignité animale fondée sur sa capacité de souffrance 310
2) Le rejet de la théorie de la dignité animale 313
§2) La protection de l'humain, vocation de la dignité 315
A) L'interdit de la réification 315
1) Le statut d'objet contraire à la dignité.....315
2) L'interdit de la brevetabilité du vivant humain 320
B) L'interdit de la déshumanisation..... 323
1) La protection de la dignité par le rejet de l'inhumain..... 323
2) Les actes inhumains: manifestation de l'atteinte à la dignité de la personne humaine 324

Titre second: L'organisation de la protection pénale de l'être humain avant la naissance 331

Chapitre premier : La protection de la vie de l'être avant la naissance, conséquence de sa personnalité humaine 332

Section I : La présence de la dignité aux antipodes de la vie au nom de la personnalité humaine 335
§1) La reconnaissance de la dignité de l'humain vivant avant la naissance 335
A) L'embryon *in utero* titulaire de la dignité humaine..... 336
B) L'embryon *in vitro* titulaire de la dignité humaine..... 338
1) La reconnaissance de la dignité de l'embryon *in vitro* selon la CJUE..... 338
2) La reconnaissance implicite de la dignité de l'embryon *in vitro* par le Conseil constitutionnel..... 342
§2) La dignité de l'humain non-vivant..... 344
A) La dignité du cadavre fondée sur la continuité de la personne humaine 345
B) La reconnaissance jurisprudentielle de la dignité de l'humain non-vivant..... 347
Section II : La dignité de l'être avant la naissance, fondement d'un droit à la vie 354
§1) La dignité de la personne humaine fondement d'un droit à la vie protégé 354
A) Les contours du droit à la vie..... 355
1) La dignité de la personne humaine source d'un droit à la vie 355

2) La non-existence d'un droit à la mort 357
B) L'absence de subjectivisation du droit à la vie 363
1) L'absence de subjectivisation de la dignité humaine 363
2) L'absence de subjectivisation du droit à la vie 364
§2) La vie de l'être avant la naissance, un droit objectivement protégé 366
A) La reconnaissance d'un droit à la vie objectif avant la naissance 366
1) La reconnaissance du droit à la vie par le juge administratif 367
2) Les manifestations de la protection du droit à la vie prénatale par le droit objectif 369
B) L'absence de caractère absolu du droit à la vie prénatale 371

Chapitre second : L'articulation de la protection pénale de l'être prénatal et des atteintes justifiées à sa vie 375

Section I : La nécessaire protection pénale de la dimension humaine de l'être avant la naissance 376
§1) La coexistence de la personne humaine et de la personne juridique en droit pénal 377
A) La protection pénale de la dimension juridique de la personne 378
B) L'existence d'infractions fondées exclusivement sur l'humain 380
1) Le refus de la qualité de victime à la personne morale 380
2) Les infractions ayant pour objet unique la protection de l'humain 382
§2) Les nécessités de la protection pénale de l'être avant la naissance 384
A) L'indispensable incrimination des atteintes à la vie de l'être humain avant la naissance 385
1) Le caractère fondamental du droit à la vie 385
2) L'incrimination pénale comme garantie de la protection effective du droit à la vie 388
B) L'absence d'incrimination des atteintes à la vie anténatale : une atteinte à la dignité de l'être avant la naissance 392

Section II: À la recherche d'un équilibre entre l'existence d'atteintes justifiées à la vie prénatale et la sanction pénale des atteintes injustifiées à la vie de l'être humain avant la naissance 393

§1) La nature dérogatoire des atteintes justifiées par le législateur à la vie prénatale 394
A) Le caractère exorbitant de la norme justificative en droit pénal 395
B) Le fondement des atteintes justifiées à la vie prénatale 397
1) La liberté procréative, fondement des atteintes justifiées à la vie de l'embryon *in utero* 397
2) La liberté de la recherche, fondement des atteintes justifiées à la vie de l'embryon *in vitro* 402
a)Les contours de la liberté de la recherche 402
b) La liberté de la recherche : moteur de la justification des atteintes à la vie de l'embryon *in vitro* 404
§2) L'incrimination des atteintes injustifiées à la vie prénatale 409
A) L'incrimination des atteintes injustifiées à la vie de l'embryon *in vitro* 409
1) La contestation de la place des incriminations spéciales des atteintes à la vie de l'embryon *in vitro* 410
2) La protection de l'embryon *in vitro* par le « droit pénal commun » 412
B) Le choix de la qualification des atteintes injustifiées à la vie de l'enfant à naître .415
1) Le rejet de l'incrimination d'interruption illégale ou involontaire de grossesse 415
2) Les atteintes injustifiées à la vie de l'enfant à naître sanctionnées par l'homicide 417

CONCLUSION GÉNÉRALE 425
BIBLIOGRAPHIE 432
INDEX 483
LEXIQUE 489
TABLE DES MATIÈRES 495