

ARTICLE

LA CONSTRUCTION PAR LA DOCTRINE DANS LES MANUELS DE DROIT CIVIL FRANÇAIS ET QUÉBÉCOIS DU STATUT JURIDIQUE DE L'EMBRYON HUMAIN VOLET 1 : LA MAXIME « *INFANS CONCEPTUS* »*

par Gaële GIDROL-MISTRAL**
Anne SARIS***

En droit civil, « l'enfant à naître » est indissociablement lié à la maxime romaine infans conceptus. C'est en effet à travers son prisme que les civilistes abordent la question de la personnalité juridique de l'embryon. Pour mettre en œuvre cette technique juridique, ces auteurs mobilisent différentes constructions de la personnalité juridique de l'embryon. Ces dernières se rapportent à quatre courants interprétatifs préalablement identifiés par les auteures : celui de la fiction stricto sensu, celui de la personnalité juridique actuelle, et ceux de la personnalité juridique conditionnelle soumise à une condition suspensive ou résolutoire. Derrière ces courants se profile le statut juridique de l'embryon : « chose » pour la théorie de la fiction, « personne » pour les théories de la personnalité juridique actuelle et de la personnalité juridique soumise à condition résolutoire (personnalité précaire); « catégorie sui generis » pour la théorie de la personnalité juridique soumise à condition suspensive (personnalité fictivement anticipée).

À partir d'une étude des manuels de droit civil touchant au droit des personnes, auxquels quatre articles d'auteurs québécois ont été ajoutés, cet essai synthétise les idées de cette doctrine et mène une analyse minutieuse de la terminologie employée, identifiant le courant interprétatif de la maxime infans conceptus dans lequel s'insère leur pensée. Dévoilant ainsi leur qualification de l'embryon (chose, personne ou catégorie sui generis), il questionne la cohérence de leur présentation du statut juridique de l'embryon pour relever les dissonances entre sa nature et la description du régime juridique qui ressort du droit positif. À ce titre, plusieurs controverses, illustrant la difficulté de proposer une théorie cohérente de l'ensemble des règles qui régissent cet objet du droit, ont été mises à jour. Elles concernent, entre autre, l'étendue des droits reconnus à l'embryon (droits patrimoniaux et/ou extrapatrimoniaux), l'identification des mesures visant à protéger les intérêts de l'« enfant conçu » (mesures conservatoires ou exécutoires) ou encore la possibilité ou non d'appliquer la maxime latine infans conceptus aux embryons ex utero.

* . Le deuxième volet de cet article sera consacré à l'embryon humain saisi par le droit sous le prisme de la personne humaine. Cet article fait suite à une conférence prononcée au Colloque du 50^e anniversaire de l'AQDC à l'Université de Sherbrooke le 28 octobre 2011, fruit d'une égale collaboration entre les auteures.

** . Professeure de droit à l'Université du Québec à Montréal.

*** . Professeure de droit à l'Université du Québec à Montréal.

In civil law, “the unborn child” is inextricably linked to the Roman maxim of infans conceptus. It is through this concept that civilists address the issue of the legal personality of the embryo. To implement this legal technique, scholars of the civil law tradition utilize four different interpretative theories: that of a stricto sensu legal fiction, that of an actual legal personality, as well the concepts of a conditional legal personality subject to either a suspensive or resolutive condition. Underlying these concepts is the legal status of the embryo, considered to be an “object” for the tenants of the idea of a legal fiction, a “person” for those embracing the idea of a real legal personality or a status dependent on a resolutive condition (precarious legal personality), and a “sui generis category” for those advancing the idea that legal status is subject to a suspensive condition (anticipated legal personality).

This essay, through a detailed analysis of the terminology employed in civil law textbooks dealing with the subject of civil rights, as well as four articles written by Quebec authors in the same subject area, identifies the interpretative theory surrounding the use of the maxim infans conceptus that each respective author uses. This analysis has revealed certain divergences between the presentation that is made surrounding the embryo’s legal status (object, person, or sui generis category), and the ensuing applicable legal rules. This essay highlights and updates certain debates surrounding the concept of infans conceptus, illustrating the difficulty of elaborating a coherent theory in this area. This essay notably discusses the type of rights generally recognized for an embryo (patrimonial and/or extrapatrimonial rights), identifies certain mechanisms aimed at protecting the “unborn child” (conservative or executory measures), as well as the possibility of applying the Latin maxim infans conceptus to ex utero embryos.

SOMMAIRE

Prolégomènes	228
I. De la fiction à la réalité juridique : fiction <i>stricto sensu</i> vs personnalité juridique actuelle	247
A. La fiction <i>stricto sensu</i>	248
B. La personnalité juridique actuelle : existence immédiate et pérenne de la personnalité juridique et conditionnalité des droits (suspensive)	254
II. De la personnalité juridique précaire à la personnalité juridique latente : condition résolutoire vs condition suspensive	262
A. La personnalité juridique sous condition résolutoire : une personnalité précaire	267
B. La personnalité juridique sous condition suspensive : une personnalité latente	289
Conclusion	314
Annexe 1	322
Annexe 2	325
Annexe 3	330
Annexe 4	336

Le sort de l'embryon humain, qui, grâce aux avancées biotechnologiques, peut être médicalement créé et conservé hors de la matrice maternelle¹, a soulevé de multiples interrogations tant éthiques que juridiques. Ainsi, son statut juridique, c'est-à-dire l'ensemble cohérent des règles applicables à cet objet, ce qui comprend autant les règles qui président à sa qualification et portent sur sa nature juridique que celles qui en découlent et organisent son régime juridique, suscite des questionnements délicats. Pourtant, les législateurs (canadien, québécois et français) ont esquivé bon nombre de ces derniers et ne se sont, notamment, jamais prononcés explicitement sur le statut de l'embryon humain², qui demeure ainsi une énigme pour le droit.

Certes, des réglementations (dans les domaines de la santé, de la bioéthique ou du pénal³) ont été adoptées afin d'encadrer les

-
1. La fécondation *in vitro* a été développée dans les années 70. Louise Brown sera le premier bébé à naître par fécondation *in vitro*, en Angleterre, en 1978. Depuis 30 ans, cette pratique d'aide à la procréation médicalement assistée s'est généralisée.
 2. La possibilité de la comparaison entre les deux systèmes juridiques s'explique notamment par deux raisons : d'une part, le droit français et le droit québécois ont pour origine commune la Coutume de Paris. Suite à la codification de 1866, le droit québécois a pris son indépendance. Son caractère mixte s'explique notamment par le fait qu'il est appliqué dans le cadre d'un système judiciaire d'inspiration britannique. D'autre part, la doctrine civiliste québécoise, comme la doctrine civiliste française, se rejoignent dans leur souci de systématiser le droit. Voir notamment H. Patrick GLENN (dir.), *Droit québécois et droit français : communauté, autonomie, concorde*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1993.
 3. Les dispositions en droit pénal touchent essentiellement la réglementation de la recherche et l'encadrement de l'avortement. Au Canada, l'article 287 du Code criminel punit d'un emprisonnement à perpétuité toute personne qui procure un avortement, et d'une peine de deux ans la femme enceinte qui s'auto-avorte ou se fait avorter tout en prévoyant une exception pour les avortements thérapeutiques opérés dans un hôpital accrédité suite à l'approbation d'un comité d'éthique qui vérifiera notamment si « la continuation de la grossesse de cette personne du sexe féminin mettrait ou mettrait probablement en danger la vie ou la santé de cette dernière ». Cet article a été déclaré inopérant par la Cour suprême du Canada dans l'affaire *R. c. Morgentaler*, [1988] 1 R.C.S. 30 parce qu'il était contraire à la Constitution. Il en résulte que, s'il fait encore partie du Code criminel, il n'a plus aucune conséquence juridique. Depuis cette décriminalisation de

utilisations tant de l'embryon *in vitro* que de l'embryon et du fœtus *in utero*, voire de les protéger (prohibition des conventions à titre onéreux ou de mère porteuse, interdiction des expérimentations, conditions d'accès aux techniques de procréation assistée). Pour autant, elles ne se prononcent jamais explicitement sur la qualification à donner à ces entités, révélant ainsi une réticence à conceptualiser l'embryon, et laissant le juriste parfois bien en peine d'induire de ce caléidoscope de règles une quelconque catégorisation juridique.

Indices aussi de cette prudence, les termes « personne » et « être humain », repris dans les codes civils français et québécois, n'y sont pas définis.

Ainsi l'article 16 du Code civil français dispose que « [l]a 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 »⁴ (nos mis en gras). Il est complété par l'article 16-1 qui précise que « [c]hacun 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 ».

l'avortement, différents projets de loi ont été proposés sans succès. L'avortement au Canada n'est donc encadré à ce jour par aucune loi fédérale; les provinces ont, quant à elles, posé des lois et des règlements en droit de la santé qui encadrent cet acte médical. En France, c'est la loi n° 75-17 du 17 janvier 1975 *relative à l'interruption volontaire de grossesse*, dite Loi Veil, modifiée par la Loi n° 79-1204 du 31 décembre 1979 *relative à l'interruption volontaire de la grossesse*, qui encadre les conditions de mise en œuvre de l'avortement. L'article premier de cette loi prévoit que « [l]a 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 ». Les dispositions de la loi se retrouvent à la fois dans le Code de la santé publique et dans le Code pénal. Les articles 348 à 352 du Code pénal définissent plus particulièrement les infractions liées aux pratiques de l'avortement.

4. Si aucun article du Code civil français n'est spécifiquement consacré à l'acquisition de la personnalité juridique, celle-ci est traitée par la doctrine à partir du droit coutumier, notamment au regard de la maxime « *infans conceptus* » comme nous le verrons dans la suite de cet article.

Au Québec, l'article 1 du Code civil établit que « [t]out **être humain** possède la personnalité juridique; il a la pleine jouissance des droits civils ». L'article 3 pose que « [t]oute **personne** est titulaire de droits de la personnalité, tels le droit à la vie, à l'inviolabilité et à l'intégrité de sa personne, au respect de son nom, de sa réputation et de sa vie privée »⁵ (nos mis en gras). La Charte québécoise des droits et libertés, à laquelle renvoie la disposition préliminaire du code⁶, énonce dans son article 1 que « [t]out **être humain** a droit à la vie, ainsi qu'à la sûreté, à l'intégrité et à la liberté de sa **personne**. Il possède également la personnalité juridique »⁷ (nos mis en gras).

-
5. Le Code civil du Bas-Canada précisait à l'article 18 : « [t]out être humain possède la personnalité juridique. Citoyen ou étranger, il a pleine jouissance des droits civils, sous réserve des dispositions expresses de la loi » et à l'article 19 : « [l]a personne humaine est inviolable. Nul ne peut porter atteinte à la personne d'autrui sans son consentement ou sans y être autorisé par la loi ». Lors de la réforme du Code civil du Québec, il fut proposé de conserver le terme de « personne humaine ». Ainsi le Titre II du Livre I (des personnes) était intitulé : « De la personne humaine ». Dans le code actuel, le titre choisi est « De certains droits de la personnalité ». Le Barreau du Québec semble avoir compris que la personne humaine référerait à la personne physique en opposition à la personne morale. Barreau du Québec, *Rapport de la sous-commission d'étude du barreau du Québec sur la réforme du droit des personnes* (Étude du rapport sur le Code civil du Québec par l'Office de révision du Code civil), mars 1982, à la p. 6 « De la personnalité juridique et de l'identification de la personne humaine ». À ce chapitre, l'Office de révision du Code civil apporte un changement majeur de terminologie : « Dorénavant devront être employés les termes "personne humaine" et "personne morale" en comparaison des termes connus de "personnes physiques" et "personne morale". Nous approuvons ces modifications à notre terminologie juridique mais il faudra adapter en conséquence l'ensemble des lois ». La doctrine française, quant à elle, distingue personne physique dotée de la personnalité juridique et personne humaine comme nous le verrons dans un prochain article qui abordera la question du statut de l'embryon à travers le prisme de la personne humaine et qui devrait paraître dans un prochain numéro de la Revue de droit de l'Université de Sherbrooke.
 6. Disposition préliminaire : « Le Code civil du Québec régit, en harmonie avec la Charte des droits et libertés de la personne et les principes généraux du droit, les personnes, les rapports entre les personnes, ainsi que les biens ». *Code civil du Québec*, L.Q. 1991, c. 64.
 7. *Charte des droits et libertés de la personne*, L.R.Q. c. C-12.

Face à cette vacuité, la doctrine de droit civil⁸, et tout particulièrement celle qui s'exprime dans les ouvrages destinés aux futurs professionnels du droit⁹, s'est efforcée de clarifier ces concepts

-
8. Parmi les différentes doctrines, telles celles de droit public, qui abordent la question de l'embryon, nous avons fait le choix de nous intéresser uniquement à la doctrine de droit civil. C'est pour cette raison que nous n'aborderons pas la doctrine canadienne qui n'est pas une doctrine de droit civil.
 9. Nous avons sélectionné trente-deux manuels français, deux manuels québécois et quatre articles de doctrine québécoise.
En ce qui concerne les manuels français, nous avons recouru aux ouvrages suivants:
 1. François AMELI, *Droit civil, Introduction, Les personnes, Les biens*, 4^e éd., Paris, Montchrestien, 2004.
 2. Jean-Luc AUBERT et Eric SAVAUX, *Introduction au droit et thèmes fondamentaux du droit civil*, 12^e éd., coll. « Sirey Université », Paris, Sirey, 2008.
 3. Annick BATTEUR, *Droit des personnes, des familles et des majeurs protégés*, 4^e éd., Paris, LGDJ Lextenso éditions, 2009. (les 5^e et 6^e éditions en date de 2012 n'étaient pas disponibles au Québec au moment de la rédaction de cet article).
 4. Bernard BEIGNIER et Corinne BLERY, *Manuel d'introduction au droit*, Paris, PUF, 2004.
 5. Brigitte BELLOIR-CAUX, *Introduction au droit privé, les règles du jeu*, Paris, Chiron, 2003.
 6. Philippe BIHR, *Droit civil général*, 14^e éd., coll. « Mémentos », Paris, Dalloz, 2002.
 7. Jérôme BONNARD, *Introduction au droit*, 3^e éd., coll. « Universités Droit », Paris, Ellipses, 2004.
 8. Jean-Paul BRANLARD, *Droit civil : introduction au droit*, Paris, Guai-lino éditeurs, Lextenso éditions, 2011.
 9. Yvaine BUFFELAN-LANORE et Virginie LARRIBAU-TERNEYRE, *Droit civil. Introduction, Biens, Personnes, Famille*, 17^e éd., coll. « Sirey Université », Paris, Sirey, 2011.
 10. Jean CARBONNIER, *Droit civil*, 21^e éd., t. 1, coll. « Thémis Droit privé. Les personnes », Paris, PUF, 2000.
 11. Gérard CORNU, *Droit civil. Introduction, Les personnes, Les biens*, 12^e éd., coll. « Domat Droit privé », Paris, Montchrestien, 2005.
 12. Patrick COURBE, *Droit civil. Les personnes, la famille, les incapacités*, Paris, Dalloz, 2007.
 13. Mélina DOUCHY-LOUDOT, *Droit civil 1ère année. Introduction, Personnes, Famille*, 6^e éd., coll. « HyperCours », Paris, Dalloz, 2011.

-
14. Sophie DRUFFIN-BRICCA, *L'essentiel de l'introduction générale au droit*, coll. « Les Carrés », Paris, Gualino éditeur, 2012.
 15. Rafael ENCINAS DE MUNAGORRI et Gilles LHUILIER, *Introduction au droit*, coll. « Champs Université », Paris, Flammarion, 2002.
 16. Michelle FONTAINE, Robert CAVALERIE, Danielle FOUILHE, Jacques-André HASSENFORDER et Marie-Paule SCHNEIDER, *Notions fondamentales de droit*, 6^e éd., Vanves, Foucher, 2006.
 17. Thierry GARE, *Droit des personnes et de la famille*, Paris, Montchrestien, 2004.
 18. David GAUTHIER, *Droit*, Paris, ASH, 2002.
 19. Sophie GJIDARA-DECAIX, *Précis de droit civil*, 1^{re} éd, coll. « Major », Paris, PUF, 2007.
 20. Brigitte HESS-FALLON et Anne-Marie SIMON, *Droit civil*, 8^e éd., coll. « Aide Mémoire », Paris, Sirey, 2005.
 21. Michel DE JUGLART, Alain PIEDELIEVRE et Stéphane PIEDELIEVRE, *Cours de droit civil : introduction, personne, famille*, 16^e éd., t. 1, Paris, Montchrestien, 2001.
 22. Christian LARROUMET, *Introduction à l'étude du droit privé*, 5^e éd., t. 1, coll. « Droit civil », Paris, Economica, 2006.
 23. Philippe MALAURIE, *Les personnes, la protection des mineurs et des majeurs*, 5^e éd., coll. « Droit civil », Paris, Defrénois, 2010 (la nouvelle édition de 2012 n'était pas disponible au Québec au moment de la rédaction de cet article).
 24. Jean MAZEAUD et François CHABAS, *Leçons de droit civil – Les personnes : La personnalité, Les incapacités*, 8^e éd. par Florence LAROCHE-GISSEROT, t.1, vol. 2, Paris, Montchrestien, 1998 (la 8^e édition et la nouvelle édition prévue en 2012 n'étaient pas disponibles au Québec au moment de la rédaction de l'article).
 25. Bruno PETIT, *Les personnes*, 3^e éd., coll. « Le droit en plus », Grenoble, Presse universitaire de Grenoble, 2003.
 26. Corinne RENAULT-BRAHINSKY, *Mémentos Droit civil : les personnes*, 2^e éd., coll. « fac Universités », Paris, Gualino, 2004.
 27. Boris STARCK, Henri ROLAND et Laurent BOYER, *Introduction au droit civil*, 5^e éd., Paris, Litec, 2000
 28. Gilles TAORMINA, *Introduction à l'étude du droit*, Aix-en-Provence, PUAM, 2005.
 29. François TERRE et Dominique FENOUILLET, *Droit civil. Les personnes, la famille, les incapacités*, 6^e éd., coll. « Précis Dalloz », Paris, Dalloz, 1996.
 30. Bernard TEYSSIE, *Droit civil. Les personnes*, 13^e éd., coll. « Manuels », Paris, LexisNexis, 2011.
 31. Pierre VOIRIN et Gilles GOUBEAUX, *Droit civil. Introduction au droit, Personnes – Famille, Personnes protégées, Biens – Obligations, Sûretés*, 33^e éd., Paris, LGDJ, 2011.

32. Frédéric ZENATI-CASTAING et Thierry REVET, *Manuel de droit des personnes*, 1^{re} éd., coll. « Droit fondamental », Paris, PUF, 2006.

Au Québec, nous avons consulté deux manuels et quatre articles de doctrine :

33. Edith DELEURY et Dominique GOUBAU, *Le droit des personnes physiques*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2008.

34. Robert KOURI et Suzanne PHILIPS-NOOTENS, *L'intégrité de la personne et le consentement aux soins*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2005. Nous mentionnerons, pour mieux comprendre la pensée de ces deux auteurs et mieux saisir leur évolution, leurs deux articles écrits individuellement, Suzanne PHILIPS-NOOTENS, « Être ou ne pas être... une personne juridique: variations sur le thème de l'enfant conçu », dans Ernest CAPAROS, (dir.), *Mélanges Germain Brière*, Montréal, Wilson & Lafleur, 1993, 197 et Robert KOURI, « Réflexion sur le statut juridique du fœtus », (1980-81) 15 *R.J.T.* 193.

35. Marie-Ève ARBOUR et Mariève LACROIX, « Le statut juridique du corps humain ou l'oscillation entre l'objet et le sujet de droit », (2009-2010) 40 *R.D.U.S.* 231

36. Paul-André CREPEAU, « L'affaire Daigle et la Cour suprême du Canada ou la méconnaissance de la tradition civiliste », dans Ernest CAPAROS (dir.), *Mélanges Germain Brière*, Montréal, Wilson and Lafleur, 1993, p. 217-281. Même si cet article est antérieur à 1994, nous l'avons sélectionné car il s'agit du seul article au Québec consacré expressément à la maxime « *infans conceptus* ».

37. Louise LANGEVIN, « Entre la non-reconnaissance et la protection : la situation juridique de l'embryon et du fœtus au Canada et au Québec », (2004) 56 *R.I.D.C.* 39

38. Michel MORIN, « Les confins du droit civil et du droit pénal : l'avortement et les droits de l'enfant conçu », (1997) 42 *R.D. McGill* 199. Nous avons choisi cet article car il traite des droits de l'enfant conçu. Nous avons écarté un second article de l'auteur, « La maxime *infans conceptus* au Canada », dans Jacques BOUINEAU (dir.), *Personnes et res publica*, vol. 2, coll. « Association Méditerranées. Université de la Rochelle. Centre d'études internationales sur la romanité », Paris, L'Harmattan, 2008, p. 151 car ce dernier faisait essentiellement un état des lieux des développements jurisprudentiels sur la maxime « *infans conceptus* ».

Les trois manuels suivants : Christian ATIAS, *Droit civil. Les personnes, Les incapacités*, coll. « Droit fondamental », Paris, PUF, 1985; Monique QUELLETTE, *Droit des personnes et de la famille*, Montréal, Éditions Thémis, 1980; Mireille D. CASTELLI, *Droit des personnes et de la famille. Textes de doctrine et de jurisprudence*, Sainte-Foy, Presses de l'Université Laval, 1977 n'ont pas été sélectionnés, car ils sont antérieurs aux amendements faisant suite aux lois sur la bioéthique dans le cadre du droit français et à l'entrée en vigueur du nouveau code civil dans le cas québécois. Quant à Christian ATIAS, *Droit civil*, 27 éd., coll. « Que sais-je? », Paris, PUF, 2004,

et de les appliquer à cet objet élastique en droit civil qu'est l'embryon¹⁰, essayant par là même de construire de façon cohérente son statut juridique à partir des textes normatifs : lois, règlements, décisions

-
- nous n'avons pas sélectionné cet ouvrage car il ne traite ni explicitement, ni implicitement, de la maxime « *infans conceptus* ».
10. Même si notre article s'intéresse au statut juridique de l'embryon, et bien que le terme « enfant conçu » nous semble véhiculer une charge personnalificatrice très importante, nous utiliserons souvent ce terme puisqu'il est la traduction française littérale de la maxime latine « *infans conceptus* ». Il n'en demeure pas moins que les réflexions concernant la personnalité juridique ou la protection juridique accordée à l'embryon touchent aussi le fœtus. Précisons encore que la distinction entre ces deux notions est le fruit, selon les termes médicaux, des différents stades de développement atteints. Ainsi, E. DELEURY et D. GOUBAU renvoient au droit de la santé en reprenant les termes de la *Loi sur la procréation assistée*, L.C. 2004, c. 2 « qui utilise le mot embryon pour désigner l'enfant à naître jusqu'au cinquante-sixième jour de développement suivant la fécondation alors que le mot fœtus est réservé à la période depuis le cinquante-septième jour de la fécondation jusqu'à la naissance », E. DELEURY et D. GOUBAU, préc., note 9 (33), p. 13 n° 3 note infrapaginale 7. Ce découpage du temps de gestation (ne concernant donc que l'enfant conçu *in utero*), se retrouve, selon ces auteurs, dans de nombreux textes législatifs et administratifs un peu partout dans le monde. Voir ainsi : F. AMELI, préc., note 9 (1), p. 72; J.-L. AUBERT et E. SAVAUX, préc., note 9 (2), p. 196; J. BONNARD, préc., note 9 (7), p. 157 et 158; J.-P. BRANLARD, préc., note 9 (8), p. 110; Y. BUFFELAN-LANORE et V. LARRIBAU-TERNEYRE, préc., note 9 (9), p. 298 n° 792 et p. 316; J. CARBONNIER, préc., note 9 (10), p. 33 n° 13; G. CORNU, préc., note 9 (11), p. 205 n° 461 et p. 206 n° 461; R. ENCINAS DE MUNAGORRI et G. LHUILIER, préc., note 9 (15), p. 23; T. GARE, préc., note 9 (17), p. 129; D. GAUTHIER, préc., note 9 (18), p. 60; S. GJIDARA-DECAIX, préc., note 9 (19), p. 65; B. HESS-FALLON et A.-M. SIMON, préc., note 9 (20), p. 93; C. LARROUMET, préc., note 9 (22), p. 201 n° 321 et p. 203 n° 321ter; P. MALAURIE, préc., note 9 (23), p. 11 n° 7 et p. 13 n° 7; J. MAZEAUD et F. CHABAS, préc., note 9 (24) p. 10, n° 443-1; B. PETIT, préc., note 9 (25), p. 13 n° 8; C. RENAULT-BRAHINSKY, préc., note 9 (26), p. 25; B. STARCK, H. ROLAND et L. BOYER, préc., note 9 (27), p. 382 n° 1036 et p. 383 n° 1037 et n° 1038; F. TERRE et D. FENOUILLET, préc., note 9 (29), p. 23-24 n° 23; P. VOIRIN et G. GOUBEUX, préc., note 9 (31), p. 70 n° 96; F. ZENATI-CASTAING et T. REVET, préc., note 9 (32), p. 29 n° 12. E. DELEURY et D. GOUBAU, préc., note 9 (33), p. 13-14 n° 5 et p. 16 nos 6-7; R. KOURI et S. PHILIPS-NOOTENS, préc., note 9 (34), p. 108 n° 108; M.-E. ARBOUR et M. LACROIX, préc., note 9 (35), p. 244 à 248; P.-A. CREPEAU, préc., note 9 (36), p. 263, 270 et 277; L. LANGEVIN, préc., note 9 (37), p. 41, 43, 60 et 74; M. MORIN, préc., note 9 (38), p. 263.

judiciaires¹¹, etc. La difficulté est accrue par le fait que cet objet intéresse de nombreuses disciplines (philosophie, morale, éthique, médecine, science politique, religion, droit) et ouvre la voie à l'expression de l'internormativité, c'est-à-dire l'emprunt par un ordre juridique du contenu d'une norme à un autre ordre juridique¹². Cette dernière est le reflet de la culture propre aux acteurs du droit¹³. Elle est sous-jacente aux répertoires normatifs mis en

-
11. Même si nous mentionnerons la jurisprudence de façon indirecte dans ce texte, elle ne sera pas l'objet de notre analyse, notre intention n'étant pas de nous pencher sur l'état du droit sur le statut juridique de l'embryon, mais bien de déconstruire la doctrine civiliste telle qu'elle s'exprime dans des ouvrages destinés aux futurs professionnels du droit.
 12. L'internormativité est l'emprunt par un ordre juridique du contenu normatif de la norme. Jean CARBONNIER, « Internormativité » dans André-Jean ARNAUD *et al.* (dir.), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, Paris, LGDJ, 1988. Guy ROCHER, « Les phénomènes d'internormativité : faits et obstacles » dans Jean-Guy BELLEY, *Le droit soluble, contributions québécoises à l'étude d'internormativité*, Paris, LGDJ, 1996, 25, p. 28. G. Timsit dégage trois mécanismes d'accession de la norme à sa signification, c'est-à-dire sa juridicité, la pré-, la co- et la surdétermination selon la part plus ou moins active que le juge joue. Le recours au code culturel s'effectue dans la codétermination et la surdétermination. De ceci, il distingue trois figures du jugement : la transcription (application à la lettre, absence de dialogue), la transdiction (dialogue) et la transgression, Gérard TMSIT, *Les figures du jugement*, coll. « Les voies du droit », Paris, PUF, 1993, p. 271. Selon nous, cette analyse qui met de l'avant les phénomènes d'internormativité peut être appliquée à la doctrine commentant le droit positif.
 13. Nous avons pour but, dans cet article, d'identifier la circulation des concepts et théories juridiques entre le Québec et la France sur la question de la nature juridique de l'embryon, nous demandant si l'on pouvait se servir de la doctrine française pour penser l'embryon au Québec et *vice versa*. À cet effet, la notion de culture juridique telle que définie par J. Bell (« configuration of values, concepts, practices and institutions through which individuals interpret and apply legal norms, legal culture being rooted in general culture ») et M. VAN HOECK et M. WARRINGTON qui ajoutent notamment l'idéologie (« concept of law, theory of valid sources, methodology of law, theory of argumentation, theory of legitimation of law, common basic ideology ») nous a semblé être un outil pertinent (John BELL, « legal culture » : a specific way in which values, practices, and concepts are integrated into the operation of legal institutions and the interpretation of legal texts » dans *English Law and French Law – Not so Different?* (1995) 48 *Current Legal Problems* 63, 70). Mark VAN HOECKE et Mark WARRINGTON,

œuvre¹⁴, aux outils de conceptualisation du raisonnement juridique (les notions, définitions et catégories dont le sens peut varier ou encore les modes de qualification recourant à l'induction, la déduction ou l'abduction)¹⁵, à la vision positiviste, voire naturaliste, du droit civil (le droit civil existerait en suspens et n'aurait qu'à être découvert ou redécouvert par la doctrine), ou plutôt constructiviste (le droit étant ici construit, entre autres, par la doctrine, à partir notamment des outils et concepts propres à la tradition civiliste)¹⁶.

-
- « Legal Cultures and Legal Paradigms Towards a New Model for Comparative Law » (1998) 47 *I.C.L.Q.* 495, 514-515. Pourtant, force nous a été de constater que si la doctrine civiliste québécoise analysée dans cet article s'alimente, entre autres, auprès de la doctrine française et renvoie dans ses écrits à leurs constructions doctrinales, la doctrine française étudiée s'est avérée enfermée sur une approche continentale et peu ouverte à la circulation des idées et concepts provenant de leurs collègues québécois.
14. On peut ici noter que certains auteurs français et québécois renvoient au répertoire des normes religieuses catholiques : J. CARBONNIER (avortement), préc. note 9 (10), p. 41; R. ENCINAS DE MUNAGORRI et G. LHULLIER mentionnent, à propos de l'interruption volontaire de grossesse, que « [de]s auteurs, le plus souvent catholiques, considèrent le fœtus et même l'embryon comme des personnes humaines. D'un point de vue juridique pourtant, l'embryon n'est pas assimilé à une personne humaine », préc., note 9 (15), p. 48; P. MALAURIE (vie humaine), préc., note 9 (23), p. 12 et notes infrapaginales 17 et 18 (sur la notion de dignité); F. TERRE et D. FENOUILLET : « Cette donnée de la science a consolidé la position qui l'avait progressivement emporté dans l'Église catholique. Cette position, devenue des plus officielles du moins au XX^e siècle est sans équivoque : l'avortement est assimilé à l'infanticide, c'est-à-dire au meurtre – voire à l'assassinat – d'une personne humaine » (ce passage concerne l'embryon et le fœtus *in utero*), préc., note 9 (29), p. 24 n° 22; F. ZENATI-CASTAING et T. REVET relèvent que « [l]a nature juridique de l'embryon mobilise de puissantes convictions morales, religieuses et philosophiques », préc., note 9 (32), p. 233 n° 272. Par ailleurs, un indice des normes mises à contribution pour appréhender l'embryon est le choix des termes utilisés : voir Annexe 2.
15. La doctrine civiliste française portant sur la maxime « *infans conceptus* » et étudiée dans cet article use à l'unanimité d'un raisonnement par déduction alors que la doctrine québécoise recourt aussi au raisonnement par induction.
16. Selon le *Dictionnaire historique de la langue française* (sous la direction d'Alain REY), Paris, Editions Le Robert, 2011, la « *traditio* désigne proprement l'action de remettre [...],) au figuré, la transmission, l'enseignement ». Nous émettrons ici l'hypothèse que les enseignements repris et transmis sont les courants majoritaires. En ce sens, voir le texte « Sur "Critique du Droit" » d'Antoine JEAMMAUD dans lequel il explique la difficulté rencontrée

Poser la question du statut juridique de l'embryon suppose au préalable, selon une démarche propre à la tradition de droit civil¹⁷, de qualifier l'embryon pour en déterminer sa nature. C'est de cette nature que découlera son régime juridique. Or, le droit civil ne connaît que deux méta-catégories juridiques (*summa divisio*) : les personnes et les choses. Ces catégories n'ont pas le même pouvoir d'attraction. Celle des personnes, catégorie principale, est strictement circonscrite par une nature prédéterminée par des critères. Au contraire, celle des choses, catégorie résiduelle¹⁸, bénéficie d'une « extension illimitée »¹⁹. Cette catégorie subsidiaire a vocation à accueillir par défaut tout ce qui n'est pas qualifié de personne sans qu'aucun critère n'ait besoin d'être rempli. Le seul fait de ne pas entrer dans la catégorie de personne suffit pour être qualifié de chose. C'est pourquoi se poser la question du statut de l'embryon en droit civil revient à se demander si l'embryon est une personne au regard des critères propres au droit civil. De cette réponse dépendent la nature et le régime juridiques de l'embryon. S'il est une personne, il relève des règles applicables aux personnes physiques; à défaut, il est une chose soumise au régime du droit des biens.

par les tenants de ce courant pour trouver des postes de professeurs de droit et, mentionnant que « [l]e mouvement est d'ailleurs resté, sinon ignoré de la grande majorité des juristes et politologues universitaires du pays, du moins marginal, même durant ses quelques années d'activité propre. Il n'est même pas parvenu à provoquer de vigoureux et féconds débats à partir de la contestation de ses analyses », il renvoie à l'analyse des auteurs P. JESTAZ et C. JAMIN sur le mouvement. « Le projet pédagogique ambitieux porté par le mouvement "Critique du droit" [...] n'a pas remporté le succès escompté, et ce groupe a dû finalement interrompre ses activités, avant que ses membres ne finissent par choisir des voies différentes. », Philippe JESTAZ et Christophe JAMIN, *La doctrine*, Paris, Dalloz, 2004, p. 155.

17. Telle que définie *supra*, note 13.

18. Cette opposition entre catégorie principale et catégorie résiduelle est souvent reprise en droit des biens concernant la distinction des biens meubles et immeubles. En ce sens, Frédéric ZENATI-CASTAING et Thierry REVET, *Les biens*, 3^e éd., coll. « Droit fondamental Classiques », Paris, PUF, 2008, p. 150 n° 94.

19. *Id.*

Cette *summa divisio* (personnes *vs* choses) nous est parvenue par le Code Justinien qui a repris, en l'amendant, l'ouvrage de formation des juristes écrit au II^e siècle par Gaius²⁰. Le droit romain avait mis en place un système juridique qui reposait sur l'observation de la vie²¹, principalement tournée autour des personnes et des choses²² : l'homme²³ agit en exerçant sa maîtrise²⁴ sur d'autres hommes ou sur les choses; dans les choses se trouvent celles qui peuvent faire l'objet d'une appropriation; enfin, les actes de l'homme sont parfois sources de conflits qui seront résolus par les actions en justice²⁵. Ces trois piliers du droit civil (*personae, res, actiones*), mis en exergue par Gaius, montrent que le droit civil opère dans un réseau de relations qui se nouent entre les personnes et les choses.

-
20. Le Code Justinien date du VI^e siècle. Il comprend le Digeste, commentaire des 12 tables et les Institutes. Cette dernière partie correspond à un manuel de formation de futurs juristes. « *Omne jus quo utimur vel ad personas pertinet, vel ad res, vel ad actiones* », Les Institutes de Gaius, n° 8. *Persona, res et actio* constituent, pour le célèbre jurisconsulte Gaius, les trois objets des règles du droit civil. GAIUS, *Institutes*, texte établi et traduit par Julien REINACH, Paris, Les Belles Lettres, 1951, réimpr. 2003.
21. Le droit romain se caractérise selon A. SCHIAVONE par un haut niveau de technicité (il constitue une science juridique *stricto sensu*), par la constitution d'une classe spécialisée de juristes, les experts, qui exercent leur science juridique de façon globale, théorique et pragmatique, et par son autonomisation relative à l'égard tant de la religion que de la politique, Aldo SCHIAVONE, *Ius, L'invention du droit en Occident*, Paris, Belin, 2008, p. 14. Voir également P. JESTAZ et C. JAMIN qui expliquent que : « Le modèle français, en effet, a très profondément subi l'influence de l'histoire et d'une histoire qui ne se résume pas à la période postérieure au code civil : il plonge ses racines jusqu'au coeur du moyen âge savant et du droit romain le plus ancien », P. JESTAZ et C. JAMIN, préc., note 16, p. 12.
22. F. ZENATI-CASTAING et T. REVET, préc., note 9 (32), p. 24 n° 6.
23. Le choix du terme « homme » est à escient puisque, à cette époque, les femmes n'étaient pas considérées comme des personnes au sens juridique.
24. Pour une critique de la relation au monde sous l'angle de la maîtrise, voir Françoise d'Eaubonne et son concept d'éco-féminisme. Françoise D'EAU-BONNE, *Le Féminisme ou la Mort*, Paris, Pierre Horay, 1974. Voir aussi Karen J. WARREN, « Introduction », dans Michael E. ZIMMERMAN, J. Baird CALICOTT, George SESSIONS, Karen J. WARREN et John CLARK (dir.), *Environmental Philosophy: From Animal Rights to Radical Ecology*, Englewood Cliffs, NJ Prentice-Hall, 1993, p. 253-267.
25. Andréas HELMIS, Nathalie KALNOKY et Soazick KERNEIS (dir.), *Vertiges du droit. Mélanges franco-helléniques à la mémoire de Jacques Phytillis*, Paris, L'Harmattan, 2011, p. 134.

Révélaient les connexions juridiques, sociales et économiques (rapports/entrées en relations sociales) entre les acteurs du monde juridique (*personae*) et les choses (*res*) devant la justice (*actiones*), ces trois piliers ont traversé le temps et sont encore présents à la fois dans le Code civil français et dans le Code civil québécois, qui ont repris les catégories de personnes, de choses et d'obligations²⁶. Notons d'emblée que la notion romaine de personne est distincte de celle de sujet de droit²⁷, une notion qui date du 19^e siècle. Cette dernière renvoie en effet plus particulièrement à la titularité des

26. Cette division a servi de structure au Code Napoléon qui a été, jusqu'en 2006, divisé en trois principaux livres qui suivaient les trois piliers mis de l'avant par GAIUS dans les *Institutes*, préc., note 20. Il s'agissait des Livre 1 : Les personnes; Livre 2 : Des biens et des différentes modifications de la propriété; Livre 3 : Des différentes manières dont on acquiert la propriété. Ce découpage du Code civil français a été repris en 1866 par le Code civil du Bas-Canada. En 1994, le législateur québécois, lors de la réforme du code civil, a décidé de rompre avec cette tradition de présentation du droit civil et de proposer un découpage du code en 10 Livres. Pour autant, on ne peut déduire de ce nouveau découpage une rupture avec le modèle précédent puisque, dès les dispositions préliminaires du Code civil du Québec, le législateur précise que « [l]e Code civil du Québec régit, en harmonie avec la Charte des droits et libertés de la personne (chapitre C-12) et les principes généraux du droit, les **personnes**, les **rapports entre les personnes**, ainsi que les **biens**. » (nos mis en gras), ce qui rappelle sans conteste les trois piliers du droit de Gaius.

27. Selon R. SACCO, la distinction entre le droit et l'exercice du droit serait récente. Avant, le droit n'existait que lorsqu'il était exercé. Rodolfo SACCO, « Le droit muet », (1995) *RTD civ.* 783, 796. En droit romain, la source des droits ne se trouvait pas dans les droits subjectifs mais dans les actions en justice (*actio*). Il faudra attendre le 19^e siècle avec F.-C. SAVIGNY pour que l'action devienne la manifestation d'un droit. L'action est le droit mobilisé. Cette vision volontariste fut reprise par la doctrine civiliste. Friedrich-Carl VON SAVIGNY, *Traité de Droit Romain*, t. 2, Paris, F. Didot, 1855-1860, p. 12 et 13. Voir sur ce point François LONGCHAMPS, « Quelques observations sur la notion de droit subjectif dans la doctrine », (1964) *IX APD* 45.

droits subjectifs et a donné lieu à moult débats tournant, notamment, autour de la question du volontarisme²⁸ et de l'enveloppe matérielle de la personne²⁹.

À la fin du 20^e siècle, confrontés aux avancées des biotechnologies, les deux codes civils ont été modifiés : intégration de cinq

-
28. Deux notions de droit subjectif se sont notamment opposées : la notion volontariste et celle axée sur l'intérêt. La question centrale portait sur la place des êtres dépourvus de volonté (les incapables). La première notion a été proposée par F.-C. SAVIGNY qui rattache le droit subjectif à la **volonté** du titulaire. La seconde, portée par Jhering, considère que le droit est un **intérêt** juridiquement protégé. Ainsi, le droit subjectif, dans cette deuxième acception, soulève la question de la participation à la vie juridique de la personne, sujet de droit, dotée de la personnalité juridique. Pour qu'une personne entre dans la vie juridique, il faut qu'elle puisse se mettre en relation avec autrui. C'est ce que permet la personnalité juridique. Rudolph von JHERING, *L'esprit du droit romain*, trad. fr. Octave de Meulenaere, 3^e éd., t. 4, Paris, Chevalier-Marescq, 1888. Voir sur ces questions, Paul ROUBIER, *Droits subjectifs et situations juridiques*, Paris, Dalloz, 2005, n° 9 p. 67; Guillaume WICKER, *Les fictions juridiques, contribution à l'analyse de l'acte juridique*, coll. « Bibliothèque de droit privé », 1996, Paris, LGDJ, n° 183. Par ailleurs, sur la qualification des droits de la personnalité en tant que liberté plutôt que droit, certains estiment qu'il ne peut s'agir d'un droit puisqu'il ne donne pas de pouvoir à son titulaire (le droit subjectif étant un pouvoir reconnu aux particuliers par le droit objectif), mais plutôt une liberté, un intérêt, dont la protection est assurée par la responsabilité civile de la personne qui y porte atteinte. La victime n'est qu'à ce moment-là investie d'un pouvoir subjectif, celui d'obtenir la réparation du dommage causé. Pierre KAYSER « Les droits de la personnalité : aspects théoriques et pratiques », (1971) 69 *R.T.D.civ.* 445. R. KOURI et S. PHILIPS-NOOTENS font référence à cet auteur, préc., note 9 (34), p. 73, note infrapaginale 263.
29. Certains y font référence sous le vocable de personne humaine.

lois sur la bioéthique³⁰ dans le Code civil français³¹, renvoi à la Charte québécoise et aux dispositions spécifiques sur le corps humain pour le Code civil québécois³². Cette mise en avant du corps humain et du régime de droit objectif qui l'accompagne témoignent d'un souci de préserver l'espèce humaine contre les atteintes portées par autrui, mais aussi par le sujet de droit lui-même³³.

Le terme « personne » utilisé par ces différents textes renferme une ambiguïté inhérente à sa polysémie : abstraction juridique recouvrant la personne physique dotée de la personnalité

-
30. Loi n° 94-548 du 1 juillet 1994 *relative au traitement de 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*; Loi n° 94-653 du 29 juillet 1994 *relative au respect du corps humain*; 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 bioéthique* modifiée par la loi n° 2004-800 du 6 août 2004 et Loi n° 2011-814 du 7 juillet 2011 *relatives à la bioéthique*. Certains de ces articles ont été directement intégrés dans le Code civil français et dans le Code de la santé.
31. C. civ., art. 16, 16-1 à 16-9.
32. Art. 10 à 25 C.c.Q. Il est à noter que le renvoi à la notion de personne humaine n'a pas été conservé dans la version actuelle du Code civil.
33. Voir P. KAYSER, préc., note 28. Ce régime est étroitement lié aux notions de personne humaine et de dignité humaine. Sans les approfondir ici, nous avons noté qu'une vision plutôt anti-subjectiviste prévaut en France. « Cette conception anti subjectiviste de la dignité humaine ne peut que limiter substantiellement la maîtrise de son corps par le sujet. Le codificateur a pourtant entendu consacrer une telle maîtrise. Une importante contradiction se développe donc entre une certaine acceptation de la dignité et la souveraineté de la personne sur son corps. Si la conception anti subjectiviste de la dignité l'emportait, le droit du sujet sur son corps serait fortement encadré. La dignité opposerait un frein non seulement à l'activité juridique sur le corps mais aussi à l'activité matérielle. On va même jusqu'à l'analyser comme une exception permettant de faire déclarer illicite un comportement donné à l'égard de son corps, et d'en demander l'interdiction », F. ZENATI-CASTAING et T. REVET, préc., note 9 (32), p. 254 n° 289; Au Canada, au contraire, la notion de dignité met l'accent sur la subjectivité par le biais de la mise en avant de l'autonomie de l'individu. « Le Code civil tend ainsi à un équilibre par l'arbitrage de l'ordre public et de l'autonomie de la volonté; des intérêts individuels et de ceux collectifs : c'est du moins ce qu'enseignent les manuels de droit privé », M.-E. ARBOUR et M. LACROIX, préc., note 9 (35), p. 236 et 237.

juridique (titulaire de droits subjectifs et donc sujet de droit), entité concrète, c'est-à-dire l'individu (en son essence et sa substance) soumis au régime juridique de protection de la personne humaine/corps humain de l'autre³⁴. Cette dualité de la notion de « personne » rejaillit nécessairement sur l'appréhension de l'embryon car, dès lors, deux questions principales seront soulevées lorsqu'il s'agira de se demander si l'embryon est ou n'est pas une personne. Est-il une personne dotée de la personnalité juridique (abstraction juridique/volet 1 de cet article)? Et est-il une personne soumise au régime de protection de la personne humaine (personne concrète/volet 2 de l'article)?

Ces deux questions, qui ont fait office de grille de lecture de la doctrine civiliste, ont servi de fil conducteur à notre analyse de la construction du statut juridique de l'embryon humain par la doctrine dans les manuels de droit civil français et québécois.

L'objet de cet article n'est pas de déterminer quel est ou devrait être le statut juridique de l'embryon, ni de poser un regard critique sur ce dernier, mais de déterminer quelle construction la doctrine civiliste a fait du statut de l'embryon et d'évaluer cette construction à l'aune de sa cohérence logique au sein des institutions et des mécanismes du droit civil. C'est pourquoi nous nous intéresserons aussi aux questions touchant son régime juridique, sans pour autant adopter une perspective pragmatique puisque notre démarche ne vise pas à apporter une solution à un problème juridique donné. Par ailleurs, la difficulté de rendre parfaitement compte des tenants et aboutissants de la pensée des auteurs étudiés, qui s'exprime dans les contraintes d'écriture imparties par le type d'ouvrage que sont les manuels et qui n'ont pas toute la latitude pour exprimer alors la finesse de leur analyse, explique pourquoi nous avons fait le choix de les citer *in extenso* afin de permettre au lecteur de se faire sa propre interprétation de ces écrits, dans le dessein de mieux suivre notre analyse ou au contraire de s'en distancier si sa lecture diffère de la nôtre.

34. Nous n'aborderons que très partiellement la question de savoir si la personne humaine est une personne, une chose ou une catégorie intermédiaire. Celle-ci fera l'objet du deuxième volet de cette étude à paraître.

La construction par la doctrine de la personnalité juridique de l'embryon met en exergue le rôle central de la maxime « *infans conceptus* » dans la détermination de l'acquisition de la personnalité juridique³⁵. C'est pourquoi le premier volet de notre recherche est consacré à cette notion et à ses différentes interprétations. La notion de personne humaine, faisant référence au régime protecteur imposé par le droit objectif à l'objet « personne humaine », et son application à l'embryon par la doctrine civiliste, n'y sera évoquée que de manière secondaire. Elle fera l'objet d'un traitement approfondi dans une prochaine publication.

Prolégomènes

Pour étudier la construction par la doctrine du statut juridique de l'embryon au regard de la maxime « *infans conceptus* », nous présenterons une lecture tirée du dépouillement des manuels

35. Le terme d'acquisition met en lumière l'aspect construit du droit tandis que celui de reconnaissance renvoie à des notions plus proches du droit naturel (droit inhérent). Les auteurs qui utilisent le terme « acquisition » sont, pour les auteurs français : A. BATTEUR, préc., note 9 (3), p. 12 n° 10; B. BEIGNIER et C. BLERY, préc., note 9 (4), p. 211 n° 152; B. BELLOIR-CAUX, préc., note 9 (5), p. 164; J.-P. BRANLARD, préc., note 9 (8), p. 109; Y. BUFFELAN-LANORE et V. LARRIBAU-TERNEYRE, préc. note 9 (9), p. 204; J. CARBONNIER, préc. note 9 (10), p. 32 n° 13; G. CORNU, préc., note 9 (11), p. 205 n° 461; M. DOUCHY OUDOT, préc., note 9 (13), n° 217 et 218; R. DE MUNAGORRI et G. LHUILIER, préc., note 9 (15), p. 23; T. GARE, préc., note 9 (17), p. 106; S. GJIDARA-DECAIX, préc., note 9 (19), p. 8; B. PETIT, préc., note 9 (25), p. 12 n° 7; P. VOIRIN et G. GOUBEUX, préc., note 9 (31), p. 70 n° 95; F. ZENATI-CASTAING et T. REVET, préc., note 9 (32), p. 29 n° 12 et p. 234 n° 272; Et pour les auteurs québécois : M.-E. ARBOUR et M. LACROIX, préc., note 9 (35), p. 240; E. DELEURY et D. GOUBAU, préc., note 9 (33), p. 16 n° 7. Les auteurs qui recourent à l'expression « reconnaissance » sont pour les auteurs français : Y. BUFFELAN-LANORE et V. LARRIBAU-TERNEYRE, , préc., note 9 (9), p. 204; G. CORNU, préc., note 9 (11), p. 203 n° 457 et p. 204; M. DOUCHY-LOUDOT, préc., note 9 (13), p. 161 n° 236; , préc., note 9 (13), p.193; C. LARROUMET, préc., note 9 (22), p. 200 n° 321; J. MAZEAUD et F. CHABAS, préc., note 9 (24), p. 7 n° 440; F. TERRE et D. FENOUILLET, préc., note 9 (29), p. 17 n° 15. Et pour les auteurs québécois: P.-A. CREPEAU, préc., note 9 (36), p. 252 n° 54; E. DELEURY et D. GOUBAU, préc., note 9 (33), p. 12 n° 1; R. KOURI et S. PHILIPS-NOOTENS, préc., note 9 (34), p. 97 n° 98; L. LANGEVIN, préc., note 9 (37), p. 44. Les autres auteurs utilisent d'autres termes tels que : « accession », « apparition » ou « commencement ».

français et québécois de droit civil dont le titre mentionne la personne ou qui traitent de la personne dans des introductions au droit privé ou au droit civil, et qui ont été publiés postérieurement à l'intégration des dispositions sur la bioéthique pour le cas français, et à l'entrée en vigueur du nouveau Code civil dans le cas québécois³⁶. Nous avons ajouté quatre articles de doctrine de professeurs québécois³⁷ afin de diversifier l'analyse, la population beaucoup plus restreinte du Québec expliquant le nombre moindre des manuels. Notre but est de retracer la façon dont ces auteurs ont élaboré des théories³⁸ pour mettre en ordre les normes de droit applicables à l'embryon, qu'elles proviennent de textes législatifs, de maximes coutumières ou de la jurisprudence. Nous verrons ainsi que le sens donné à certains termes par le législateur (« être humain » en France) ou par la jurisprudence (« être humain » au Québec) opère comme contrainte dans la latitude de la construction d'un statut juridique de l'embryon par cette doctrine.

Les auteurs des manuels sélectionnés s'entendent pour poser qu'en droit civil la catégorie juridique de personne (personne au sens juridique) est la personne, physique ou morale, dotée de la personnalité juridique³⁹. Pour eux, la personnalité juridique est

36. *Supra* note 10.

37. *Id.*

38. Nous retiendrons dans cet article une acception du terme « théorie » relevée par Mathieu DEVINAT et Edith GUILHERMONT. La théorie est « une construction abstraite ou une systématisation du droit. Elle se trouve alors généralement énoncée sous la forme d'une proposition générale dont l'objet consiste à présenter d'une manière cohérente ou logique différents éléments du système juridique », Mathieu DEVINAT et Edith GUILHERMONT, « Enquête sur les théories juridiques en droit civil québécois », (2010) 44-2 R.J.T. 7, 17.

39. De nombreux auteurs assimilent la personne juridique et la personne dotée de la personnalité juridique. Ces deux notions sont à distinguer de celle de personne humaine. Voir par exemple J. CARBONNIER : « [l]es personnes, au sens juridique du terme, sont les êtres capables de jouir de droits », préc., note 9 (10), p. 11 n° 1, ou encore, « [c]e sont, d'une expression équivalente, les sujets de droit », préc., note 9 (10), p. 15 n° 3; P. MALAURIE : « [l]e sujet de droit s'oppose à l'objet de droit. C'est une notion récente qui se confond avec celle de "personne", pourtant plus ancienne venant du droit romain. », préc., note 9 (23), p. 2 n° 1; ou encore : « [r]éification de la

l'aptitude à avoir des biens et des obligations (capacité de jouissance) et permet à ceux⁴⁰ qui en sont dotés de participer activement au commerce juridique⁴¹ par l'appropriation de biens et l'entrée en

personne. La distinction de la personne humaine et la chose », préc., note 9 (23), p. 4 n° 4; J. MAZEAUD et F. CHABAS expliquent que « [d]ans la langue du droit, la personne est un sujet de droits et d'obligations », préc., note 9 (24), p. 1 n° 438; F. ZENATI-CASTAING et T. REVET : « [l]a notion juridique de personne – en droit, la personne n'a pas le sens qu'a ce mot en général. Ce terme didactique désigne non l'être humain mais les acteurs du théâtre juridique : être créancier c'est être une personne selon le droit. Dans le langage juridique, la personne s'entend de l'entité à laquelle se rattache l'intérêt, soit sous la forme d'un droit ou d'un bien, soit sous la forme d'une obligation. La personne juridique, c'est le sujet de droit », préc., note 9 (32), p. 13 n° 1; « La notion juridique de "personne". C'est la raison pour laquelle elle est détachée de son référent humain », préc., note 9 (32), p. 14 n° 1. E. DELEURY et D. GOUBAU : « La Cour suprême, dans l'arrêt Tremblay c. Daigle, a clairement affirmé que dans l'un et l'autre cas, les mots « être humain » réfèrent à la personne juridique et que pour avoir la qualité de personne, il faut naître vivant et viable », préc., note 9 (33), p. 15 n° 6; et « [l]a personnalité juridique n'appartient qu'à l'enfant qui naît vivant et viable. L'enfant mort-né, de même que l'enfant né vivant mais dont la conformation ne lui permet pas de survivre ne sont pas des personnes aux yeux du droit », p. 18 n° 9. P.-A. CREPEAU reprend le terme de « personne juridique » utilisé par la Cour suprême sans le distinguer de la personnalité juridique, préc., note 9 (36), p. 259 n° 60. L. LANGEVIN parle de « personne juridique dotée de droit » et l'associe à la personnalité juridique, préc., note 9 (37), p. 51.

40. L'usage du genre *masculin* est utilisé comme générique dans le seul but de ne pas alourdir le texte.

41. Cette expression, qui n'est guère utilisée que dans le cadre de l'expression « choses hors-commerce », renvoie au *commercium* du droit romain. La commercialité est communément entendue comme l'aptitude de circuler d'un patrimoine à un autre. L'extra-commercialité est ainsi associée à l'extrapatrimonialité, voire par certains à l'inappropriabilité. Les choses hors-commerce ne peuvent ainsi faire l'objet de convention, moyen le plus fréquent pour transmettre un bien. Notons ici la distinction relevée par F. ZENATI-CASTAING et T. REVET entre la notion de bien et le caractère patrimonial d'une chose, préc., note 9 (32), p. 286 n° 32 : les biens, qui sont dans le commerce juridique, peuvent avoir pour qualité d'être extrapatrimoniaux, c'est-à-dire de ne pas faire partie du patrimoine en ce sens qu'ils ne sont pas inclus dans le gage général des créanciers. Ainsi, l'obstacle de l'extra-commercialité peut être écarté. Cette distinction leur permet d'expliquer que « [l]a personne humaine est dans le commerce juridique »,

relation avec les autres personnes. Elle est traditionnellement présentée sous l'angle de la capacité de jouissance (aptitude à avoir des droits, des biens et des obligations) et de la capacité d'exercice (aptitude à exercer ses droits).

Selon les auteurs étudiés, l'acquisition/reconnaissance de la personnalité juridique permet de devenir/d'être un sujet de droit⁴². En l'état actuel du droit civil, elle s'acquiert, pour les personnes physiques, au moment de leur naissance⁴³ vivante et viable.

-
- préc., note 9 (32), p. 216 n° 257. *Contra* F. TERRE et D. FENOUILLET qui réfutent la qualification même de chose hors-commerce : « [...] si le corps humain ne peut faire l'objet de conventions, c'est parce que ce serait une chose hors du commerce, donc une chose quand même. L'argument ne convainc pas. C'est en réalité par commodité de langage plus que par exactitude d'analyse que l'on raisonne de la sorte. Un argument *a fortiori* soutient cette démarche : les choses hors du commerce ne pouvant faire l'objet de conventions, à plus forte raison en est-il ainsi de tout ce qui ne peut être considéré comme étant une chose, précisément du corps humain en tant qu'il est une composante de la personne humaine», préc., note 9 (29), p. 19 n° 17. Ils précisent que « [c]'est précisément parce qu'il n'est pas une chose qu'il n'est pas disponible. », préc., note 9 (29), p. 65 n° 62.
42. L'article 1 du Code civil du Québec et l'article 1 de la Charte québécoise. Dans ce texte, nous avons opté pour le terme d'acquisition, plutôt que celui de reconnaissance. En effet, il nous est apparu que le paradigme dans lequel s'inscrit l'acquisition de la personnalité juridique repose sur la notion de sujet de droit alors que le terme de reconnaissance renvoie au paradigme du respect par l'Etat des droits de la personne (droit public). Pour l'usage de ces termes par les auteurs, voir *supra* note 35.
43. Rares sont les auteurs qui définissent la naissance. Pour P. MALAURIE, elle est « le fait de naître vivant », préc., note 9 (23), p. 11 n° 6. Cette définition laisse perplexe puisque certains avortements pourraient dès lors être qualifiés de naissance; en effet, l'embryon sort vivant du corps de la mère mais ne le restera pas car il n'est pas viable, tandis qu'une fausse couche ne le serait pas. J. CARBONNIER, au contraire, se fonde sur la simple séparation de la mère et de l'enfant conçu (embryon ou fœtus) : « [p]ar l'accouchement, dont la section du cordon ombilical marque le terme, l'enfant, jusque là *pars viscerum matris*, devient une personne distincte », préc., note 9 (10), p. 32 n° 13. T. GARE reprend cette idée que « [l]a naissance est la venue au monde d'un enfant », préc., note 9 (17), p. 161. Quant à R. KOURI et S. PHILIPS-NOOTENS, ils renvoient à la médecine : « [e]st donc considéré comme né vivant, selon la doctrine traditionnelle, l'enfant sorti du sein de sa mère et qui respire. Il est évident qu'à la lumière de la médecine moderne, ces critères manquent de nuance, même s'ils n'ont pas provoqué jusqu'ici de

Une fois que l'enfant est né vivant et viable, l'acquisition/reconnaissance de la personnalité juridique est automatique. À la naissance, l'enfant devient titulaire de droits et d'obligations. À l'inverse, en principe, tant que la naissance n'a pas eu lieu, l'enfant conçu ne dispose pas de la personnalité juridique et ne peut donc bénéficier de droits subjectifs. En toute logique, n'étant pas une personne, il est une chose. Pourtant, en raison d'intérêts matériels et idéologiques, cette vision binaire du statut de l'enfant conçu, puis né, s'est révélée insatisfaisante pour les juristes. Ainsi, bien que la naissance constitue le moment de l'entrée dans le monde juridique, ce dernier peut parfois s'entrouvrir à l'enfant conçu, soulevant dès lors l'épineuse question de la personnalité juridique de l'embryon.

Si la doctrine analysée traite peu de manière directe la question de la personnalité juridique de l'embryon⁴⁴, elle le fait essentiellement de façon implicite, notamment lorsqu'elle aborde la maxime romaine « *infans conceptus* », maxime qui signifie que l'enfant conçu est considéré comme né chaque fois qu'il y va de son intérêt.

Cet adage permet à l'embryon de prendre une place toute particulière au sein de la famille avant sa naissance en tant qu'héritier, légataire, voire créancier. Rétablissant une certaine équité

contestation devant les tribunaux québécois. Qu'il nous soit permis de citer, à titre de comparaison, la définition suivante de l'Organisation Mondiale de la Santé: on entend par naissance vivante l'expulsion ou l'extraction complète du produit de la gestation, lorsqu'après cette séparation, celui-ci respire ou donne tout autre signe de vie, tel que battements du cœur, pulsations du cordon ombilical, ou mouvements des muscles volontaires, que le cordon ait été coupé ou non. », préc., note 9 (34), p. 97 n° 97. Pour F. ZENATI-CASTAING et T. REVET, la naissance est « [...] le fait qu'un être se dissocie – sens premier du mot naissance – de la personne qui l'a créé. », préc., note 9 (32), p. 26.

44. Parmi les textes soumis à l'analyse, vingt-deux sur trente-neuf écrits identifient clairement la nature juridique de l'embryon (personne/chose) et non du régime protecteur qui lui serait associé (personne humaine). Ces écrits sont cités en Annexe 3.

dans les familles, la maxime « *infans conceptus* » évite que des enfants ne soient écartés de la succession pour la simple raison qu'ils n'étaient pas nés au moment du décès de leur père et que le patrimoine ne soit dévolu à un héritier en ligne indirecte (oncle ou frère) plutôt qu'à sa descendance en ligne directe. Elle permet donc à l'enfant conçu d'entrer en relation avec la succession de son père avant sa naissance⁴⁵, déjouant ainsi les inconvénients d'un décès prématuré du père.

En France, s'il n'existe pas de disposition d'application générale de la maxime, il en va différemment au Québec, dont le Code civil précise à l'article 192 al. 2 que « [i]ls [les père et mère] le sont également [tuteurs] de leur **enfant conçu qui n'est pas encore né**, et ils sont chargés d'agir pour lui dans tous les cas où **son intérêt patrimonial l'exige** » [nos mis en gras]⁴⁶. Toutefois, les deux codes

45. Yan THOMAS, « L'enfant à naître et l'héritier sien ». Sujet de pouvoir et sujet de vie en droit romain », *Annales. Histoire, Sciences Sociales*, 2007/1, 62^e année, p. 60. Elle existe en droit civil et en common law. Cette maxime existe aussi dans la common law au Canada sous le vocable "Child en ventre sa mère". Voir, par exemple, la loi *Intestate Succession Act*, R.S.N.S. 1989, c. 236, art. 12. : "Child en ventre sa mere - Descendants and relatives of the intestate, begotten before the intestate's death but born thereafter, shall inherit as if they had been born in the lifetime of the intestate and had survived the intestate" et sur les problèmes posés par le cas des embryons congelés : Les A McCRIMMON, « Gametes, Embryos and the Life in Being: The Impact of Reproductive Technology on the Rule Against Perpetuities » (1999-2000) 34-4 *Real Prop. Prob. Tr. J.* 697, p. 713-714.

46. L'article 192 al. 2 est le pendant des articles suivants du C.c.B.C. : 338 (« Les personnes auxquelles on donne des curateurs sont 3. Les enfants conçus mais qui ne sont pas encore nés ») et 345 (Le curateur à l'enfant conçu, mais qui n'est pas encore né, est chargé d'agir pour cet enfant dans tous les cas où ses intérêts l'exigent; il a, jusqu'à sa naissance, l'administration des biens qui doivent lui appartenir, et il est alors tenu d'en rendre compte). Il n'a pas une portée aussi générale que celle qu'aurait eu, s'il avait été inséré dans le code civil de 1994, l'article 30 présenté dans le Rapport de l'Office de révision du Code civil sur la personnalité juridique en 1976 et qui consacrait explicitement la maxime en lui donnant une portée générale « L'enfant conçu est tenu pour né pourvu qu'il naisse vivant et viable » Rapport sur la personnalité juridique du Comité sur la personnalité juridique de l'Office de révision du Code civil, volume 43, Québec (Province), Office de révision du Code civil. Comité sur la personnalité

ont en commun de comprendre plusieurs dispositions techniques qui se rapportent plus ou moins directement⁴⁷ à la maxime.

Ce sont les plus hauts tribunaux qui ont conféré une portée générale à la maxime, l'élevant au rang de principe général de droit⁴⁸. Ainsi, la Cour de cassation française l'a, à ce titre, fait prévaloir sur la lettre du contrat, prenant en considération la présence d'un enfant conçu pour majorer la somme due par l'assurance à la mère pour le décès du mari et qui dépendait du nombre d'enfant à

juridique, 1976. Concernant l'article 192 al 2 C.c.Q., la question se pose de savoir s'il restreint les actions au nom de l'enfant conçu aux seuls intérêts patrimoniaux (ce qui comprendrait les droits patrimoniaux mais aussi les actions en dommages-intérêts en réparation d'une atteinte au droit à l'intégrité physique – droit extrapatrimonial? – à l'exclusion du droit à la vie) ou ne fait que préciser que, pour les intérêts patrimoniaux, les représentants de l'enfant conçu sont les parents et laisse la voie ouverte à la détermination des personnes en charge de protéger les intérêts extrapatrimoniaux de l'enfant conçu?

47. Art. 617 al. 1 C.c.Q. : « Peuvent succéder les personnes physiques qui existent au moment de l'ouverture de la succession, **y compris** l'absent présumé vivant à cette époque et l'enfant conçu, mais non encore né, s'il naît vivant et viable » (nos mis en gras), 1242 C.c.Q. (substitutions), 1279 C.c.Q. (fiducies), 1814 al. 1 C.c.Q. (donations), 2447 C.c.Q. (assurances de personnes); pour la France, il s'agit des articles 725 C.c.F. (successions) « pour succéder, il faut exister à l'instant de l'ouverture de la succession ou, ayant déjà été conçu, naître viable. », 906 C.c.F. (libéralités) : « 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. » (nos mis en gras).
48. En le qualifiant de principe général de droit, les tribunaux supérieurs ont étendu le champ d'application de cette maxime à toutes les situations dans lesquelles son intérêt était en cause, ce qui peut mettre en jeu tous ses droits subjectifs – patrimoniaux et extrapatrimoniaux. Encore faudrait-il que l'enfant conçu ait un intérêt distinct de sa mère. Ce point est soulevé par F. ZENATI-CASTAING et T. REVET : « L'existence juridique est la conséquence de l'avènement d'un intérêt distinct par le fait qu'un être se dissocie – sens premier du mot naissance – de la personne qui l'a créé. », préc., note 9 (32), p. 26. Voir sur la notion d'intérêt, *infra*, note 93.

charge vivant au foyer⁴⁹. La Cour suprême du Canada, quant à elle, en avait fait, dès 1933, une application générale en reconnaissant à un enfant né vivant et viable le droit d'être indemnisé pour un préjudice subi *in utero*⁵⁰.

Cet adage, qui s'énonce dans son intégralité par la locution latine « *infans conceptus pro nato habetur quoties de ejus commodo agitur* », est un héritage du droit romain⁵¹. La pluralité des textes

-
49. Civ. 1^{re}, 10 décembre 1985, D. 1987. 449, note G. Paire; *RTD civ.* 1987. 309, obs. J. Mestre : « Vu le principe selon lequel l'enfant conçu est réputé né chaque fois qu'il y va de son intérêt ». Auparavant, les juges avaient déjà autorisé l'attribution d'une rente à l'enfant conçu mais non encore né suite à l'accident de travail ayant entraîné le décès de son père avant sa naissance : Civ., 4 janvier 1935, D. 1935. 1 et 5, note A. Rouast; S. 1936. 1 et 17, note P. Esmein; Ch. Réunies, 8 mars 1939, S. 1941. I. 25, note H. Battifol; D. 1941. 37, note L. Julliot de la Morandière. Ils avaient aussi comptabilisé cet enfant conçu comme enfant pour le comptabiliser lors de la détermination de l'occupation suffisante d'un logement, Trib. Civ. Seine, 31 janvier 1950, D. 1950. 151, note R.D. L'on peut noter qu'au Québec, l'article 66 de la *Loi sur l'assurance automobile*, L.R.Q., c. A-25, prévoit que l'enfant de la victime né après le décès de cette dernière est réputé une personne à charge de moins d'un an. Mais voir au Québec l'affaire *Schrier c. Canada (Sous-procureur général)*, (1996) 109 F.T.R. 28, [1997] C.C.L. 5511, [1996] A.C.F., no 246, T-698-94 C.F. (1^{re} inst.) et l'analyse qui en est faite par R. KOURI et S. PHILIPS-NOOTENS, préc., note 9 (34), p. 96 note infrapaginale 385.
50. *Montréal Tramways Co. c. Léveillé* [1933] R.C.S. 456. : « [...] bien que l'enfant ne fut pas en fait né au moment où la société par sa faute a créé les conditions qui ont provoqué la malformation de ses pieds, il est néanmoins réputé l'avoir été en droit civil si cela est dans son intérêt. ». Comme le souligne P.-A. CREPEAU, depuis l'affaire *Léveillé*, « la maxime *infans conceptus* a valeur de principe général du droit » à la p. 275. Notons ici que dans l'affaire *Tremblay (Tremblay c. Daigle)*, [1989] 2 R.C.S. 530., la Cour suprême du Canada n'infirme ni ne confirme cette qualification de la maxime latine. En France, la Cour de cassation a aussi autorisé la réparation autonome des dommages subis *in utero* par l'enfant né vivant et viable car distincts de ceux de la mère Civ. 2^{ème}, 21 avril 1966, J.C.P. 1966. II. 14710.
51. Cet adage nous vient principalement de deux passages du Digeste de Justinien, D.1.5.25 et D.1.5.7 in *Les cinquante livres du Digeste ou des Pandectes de l'empereur Justinien*, trad. Hulot, Metz et Paris, Behmer et Lamort/Rondonneau, 1804-1805.

latins qui peuvent être cités en appui à cette maxime révèle les différentes perspectives que peuvent prendre les efforts de qualification de l'embryon/fœtus : enfant conçu⁵² (« *infans conceptus pro jam nato habetur quoties de ejus commodo agitur* »⁵³), enfant à

-
52. Les auteurs suivants utilisent l'expression « enfant conçu » pour désigner l'embryon ou le fœtus dans leurs textes (au-delà de la traduction de la maxime latine) : A. BATTEUR: « L'enfant simplement conçu devient titulaire de droits antérieurement à sa naissance », préc., note 9 (3), p. 13 n° 12; B. BELLOIR-CAUX : « L'enfant conçu mais non encore né peut être considéré par avance comme un sujet de droits », préc., note 9 (5), p. 164; J. BONNARD: « L'enfant simplement conçu, autrement dit à l'état de fœtus » et « l'enfant, non encore né, mais déjà conçu », préc., note 9 (7), p. 157; J.-P. BRANLARD: « La jurisprudence (...) reconnaît, *par avance*, aux enfants simplement conçus », préc., note 9 (8), p. 109; Y. BUFFELAN-LANORE et V. LARRIBAU-TERNEYRE évoquent l'« enfant simplement conçu » à propos du jeu de la maxime « *infans conceptus* » et de l'interruption volontaire de grossesse, préc., note 9 (9), p. 276 n° 740; P. COURBE parle d'enfant simplement conçu, préc., note 9 (12), p. 3; M. DOUCHY-LOUDOT écrit « enfant » et « enfant conçu », préc., note 9 (13) p. 144 n° 218 et évoque que « la question de savoir si l'enfant conçu est une personne reste entière », préc., note 9 (13), n° 220; elle fait aussi mention de l'enfant conçu *in utero* et de l'enfant conçu *ex utero*, *Id.*; M. FONTAINE *et al.* : « [e]xceptionnellement, l'enfant seulement conçu est considéré comme une personne, s'il y a intérêt », préc., note 9 (16), p. 85; T. GARE, préc., note 9 (17) p. 106; S. GJIDARA-DECAIX explique que « le droit pénal protège indirectement la vie de l'enfant conçu », préc., note 9 (19), p. 64; C. LARROUMET, préc., note 9 (22), p. 201 n° 321; P. VOIRIN et G. GOUBEAUX parlent du « sort de l'embryon humain ou du fœtus et personnalité de l'enfant conçu », préc., note 9 (31), p. 70 n° 96; ils écrivent aussi : « fœtus (enfant conçu), *id.*; F. ZENATI-CASTAING et T. REVET parlent d'«enfant simplement conçu», préc., note 9 (32), p. 29 n° 12; R. KOURI et S. PHILIPS-NOOTENS, préc., note 9 (34), p. 92 et s; M.-E. ARBOUR et M. LACROIX utilisent l'expression « *infans conceptus* » pour désigner tantôt la maxime tantôt l'enfant conçu, préc., note 9 (35), p. 244; P.-A. CREPEAU, préc., note 9 (36), p. 228 et ss.; M. MORIN, son article y étant consacré, préc., note 9 (38).
53. Charles AUBRY et Charles RAU, *Cours de droit civil français* d'après l'ouvrage allemand de C.-S. Zachariae, 3^e éd., t. 1, Paris, Imprimerie et Librairie générale de jurisprudence, 1856, p. 164 n° 205 et 209.; *Droit civil théorique français*, Livre second, *Des objets extérieurs envisagés comme éléments constitutifs du patrimoine d'une personne*, Paris, Imprimerie et Librairie générale de jurisprudence, 1857, p. 66. Victor-Napoléon MARCADE, *Explication théorique et pratique du Code civil*, 8^e éd., t.1, Paris, Delamotte fils et Cie éditeurs, 1884, p. 96 et 99; *Explication théorique et pratique du Code*

naître⁵⁴ (« *Nasciturus pro iam nato habetur* »⁵⁵) ou encore celui qui est dans l'utérus (« *Qui in utero est pro jam nato habetur quoties de ejus commodo agitur* »⁵⁶). Si les deux expressions « enfant à naître » et « enfant conçu » se retrouvent dans la doctrine, l'usage du terme « enfant conçu » est le plus souvent associé à la maxime « *infans conceptus* » et est essentiellement lié à ses intérêts patrimoniaux alors que celui d'« enfant à naître » intervient généralement dans le cadre d'une réflexion sur l'avortement ou l'homicide. Par ailleurs, seul l'adage « *infans conceptus pro nato habetur quoties de ejus commodo agitur* » a été repris par les auteurs de droit civil dans leurs manuels et ce, presque toujours sous la forme écourtée de la

-
- civil*, 8^e éd., t.2, Paris, Delamotte fils et Cie éditeurs, 1886, p. 104. Les auteurs modernes retiendront l'adage « *infans conceptus* ».
54. Les auteurs qui utilisent l'expression « enfant à naître » sont, pour la France : A. BATTEUR, (interruption volontaire de grossesse et homicide), préc., note 9 (3), p. 58 n° 120; Y. BUFFELAN-LANORE et V. LARRIBAU-TERNEYRE (pour l'homicide), préc., note 9 (9), p. 276 n° 740; J. CARBONNIER lui évoque « l'enfant à venir », préc., note 9 (10), p. 33 n° 13; G. CORNU, (droit pénal), préc., note 9 (11), p. 206, n° 461; T. GARÉ (interruption volontaire de grossesse), préc., note 9 (17), p. 129; D. GAUTHIER, préc., note 9 (18), p. 60; G. TAORMINA, préc., note 9 (28), p. 280 n° 814; F. TERRÉ et D. FENOUILLET (homicide), préc., note 9 (29), p. 24 n° 23. Pour le Québec : M.-E. ARBOUR et M. LACROIX, préc., note 9 (35), p. 242; E. DELEURY et D. GOUBAU, préc., note 9 (33), p. 13 n° 3. p. 20 note infrapaginale 32, p. 21 n° 10 et p. 25 n° 13; P.-A. CRÉPEAU préc., note 9 (36), p. 245 et 257; L. LANGEVIN, préc., note 9 (37), p. 51; M. MORIN, préc., note 9 (38), p. 234 et 258.
55. Pascal PICHONNAZ évoque le texte « *nasciturus pro iam nato habetur* » à propos de la nomination d'un curateur au ventre, Pascal PICHONNAZ, *Les fondements romains du droit privé*, Paris, L.G.D.J., 2009, p. 94-95. J. DOMAT se réfère également à l'enfant à naître, Jean DOMAT, *Les lois civiles dans leur ordre naturel*, 2^e éd., t. 3, Paris, chez P. Aubouin, P. Emery et C. Clouzier, 1697, p. 206 et 207.
56. Joseph POTHIER, *Œuvres complètes de Pothier*, t. 21, « Traité des successions », Nouvelle édition, Paris, 1821, p. 12 et t. 23, « Traité des donations entre vifs, des personnes et des choses », Nouvelle édition, Paris, 1821, p. 351.

« maxime *infans conceptus* »⁵⁷, du « principe *infans conceptus* »⁵⁸ ou de la « règle *infans conceptus* »⁵⁹. Une analyse des ouvrages retenus a, en premier lieu, permis de relever dans la traduction française de cette maxime (« [l]’enfant conçu est considéré comme né chaque fois qu’il y va de son intérêt »), des variantes dont témoignent le recours aux expressions suivantes : « supposé »⁶⁰/« réputé »⁶¹/« considéré

-
57. Les auteurs suivants utilisent l’expression « maxime » : J. CARBONNIER, préc. note 9 (10) p. 33 n° 13; C. LARROUMET, préc., note 9 (22), p. 200 n° 321; F. ZENATI-CASTAING et T. REVET, préc., note 9 (32), p. 30 n° 13 et p. 234 n° 272; E. DELEURY et D. GOUBAU, préc., note 9 (33), p. 20, p. 21 n° 10, p. 27 n° 15 et p. 27-28 n° 16; R. KOURI et S. PHILIPS-NOOTENS, préc., note 9 (34), p. 103 n° 103 et p. 132 n° 138, M.-E. ARBOUR et M. LACROIX, préc., note 9 (35), p. 242; P.-A. CREPEAU, préc., note 9 (36), p. 252 et suivantes. Les auteurs suivants utilisent le terme d’« adage » : F. AMELI, préc., note 9 (1), p. 171, A. BATTEUR, préc., note 9 (3), p. 13 n° 12; Y. BUFFELAN-LANORE et V. LARRIBAU-TERNEYRE, préc., note 9 (9), p. 276 n° 740; M. DOUCHY-LOUDOT, préc., note 9 (13), p. 143 n° 218; R. ENCINAS DE MUNAGORRI et G. LHLUILIER, préc., note 9 (15), p. 23, T. GARE, préc., note 9 (17), p. 106; J. MAZEAUD et F. CHABAS, préc., note 9 (24), p. 9 n° 443, M. MORIN, préc., note 9 (38), p. 244.
58. P. COURBE, préc., note 9 (12), p. 3; S. GJIDARA-DECAIX, préc., note 9 (19), p. 10, M. DE JUGLART et A. PIEDELIEVRE et S. PIEDELIEVRE préc., note 9 (21), p. 86 n° 101; P. VOIRIN et G. GOUBEUX, préc., note 9 (31), p. 70 n° 95; F. ZENATI-CASTAING et T. REVET, préc., note 9 (32), p. 29 n° 12 (principe général); E. DELEURY et D. GOUBAU, préc., note 9 (33), p. 20 n° 10 (principe général); R. KOURI et S. PHILIPS-NOOTENS, préc., note 9 (34), p. 95 n° 95 (principe fondamental).
59. A. BATTEUR, préc., note 9 (3), p. 13 n° 12 « règle générale »; B. BEIGNIER et C. BLERY, préc., note 9 (4), p. 212 n° 152; B. BELLOIR-CAUX, préc., note 9 (5), p. 164; G. CORNU, préc., note 9 (11), p. 205 n° 461; C. LARROUMET, préc., note 9 (22), p. 201 n° 321bis; P. MALAURIE, préc., note 9 (23), p. 12 n° 7; J. MAZEAUD et F. CHABAS, préc., note 9 (24), p. 10 n° 443; B. PETIT, préc., note 9 (25), p. 13; C. RENAULT-BRAHINSKY, préc., note 9 (26), p. 23-24; B. STARCK, H. ROLAND et L. BOYER, préc., note 9 (27), p. 382 n° 1037; F. TERRE et D. FENOUILLET, préc., note 9 (29), p. 23 n° 21 « règle générale héritée du passé »; B. TEYSSIE, préc., note 9 (30), p. 16 n° 19; F. ZENATI-CASTAING et T. REVET, préc., note 9 (32), p. 30 n° 13.
60. B. BEIGNIER et C. BLERY, préc., note 9 (4), p. 212 n° 152.
61. E. DELEURY et D. GOUBAU, préc., note 9 (33), p. 20 n° 10, p. 26 n° 14, p. 27 n° 16; F. AMELI, préc., note 9 (1), p. 174; Y. BUFFELAN-LANORE et V. LARRIBAU-TERNEYRE, préc. note 9 (9) p. 276 n° 740; M. DOUCHY-LOUDOT, préc., note 9 (13), p. 143 n° 218 et p. 144 n° 219; S. GJIDARA-DECAIX, préc., note 9 (19), p. 9; P. MALAURIE, préc., note 9 (23), p. 12 n° 7; J. MAZEAUD et F. CHABAS, préc., note 9 (24), p. 9 et 10 n° 443; B. PETIT, préc., note 9 (25), p. 12; G.

comme »⁶²/« tenu pour »⁶³; « avantage »⁶⁴/« intérêt »⁶⁵. Or, le choix de telle ou telle traduction peut avoir une incidence sur l'interpré-

-
- TAORMINA, préc., note 9 (28), p. 276 n° 804 et p. 280 n° 814; R. KOURI et S. PHILIPS-NOOTENS, préc., note 9 (34), p. 132 n° 138 et p. 223 n° 236; P.-A. CREPEAU, préc., note 9 (36), p. 257, 263, 277; M. MORIN, préc., note 9 (38), p. 237.
62. A. BATTEUR, préc., note 9 (3), p. 13; B. BELLOIR-CAUX, préc., note 9 (5), p. 164; G. CORNU, préc., note 9 (11), p. 205 n° 461; P. COURBE, préc., note 9 (12), p. 3; R. ENCINAS DE MUNAGORRI et G. LHUILIER, préc., note 9 (15), p. 23; T. GARE, préc., note 9 (17), p. 106; B. HESS-FALLON et A.-M. SIMON, préc., note 9 (20), p. 90; M. DE JUGLART, A. PIEDELIEVRE et S. PIEDELIEVRE, préc., note 9 (21), p. 86 n° 101; C. LARROUMET, préc., note 9 (22), p. 200 n° 321; C. RENAULT-BRAHINSKY, préc., note 9 (26), p. 24, B. STARCK, H. ROLAND et L. BOYER, préc., note 9 (27), p. 381 n° 1036; G. TAORMINA, préc., note 9 (28), p. 276 n° 804; F. ZENATI-CASTAING et T. REVET, préc., note 9 (32), p. 29, n° 12; M.-E. ARBOUR et M. LACROIX, préc., note 9 (35), p. 240 note infrapaginale 40; R. KOURI et S. PHILIPS-NOOTENS, préc., note 9 (34), p. 132 n° 138; M. MORIN, préc., note 9 (38), p. 222 et 237.
63. J. CARBONNIER, préc. note 9 (10), p. 33; B. TEYSSIE, préc., note 9 (30), p. 15 n° 19; R. KOURI et S. PHILIPS-NOOTENS, préc., note 9 (34), p. 114 n° 114.
64. A. BATTEUR, préc., note 9 (3), p. 13; J. CARBONNIER, préc. note 9 (10), p. 33 n° 13; P. COURBE, préc., note 9 (12), p. 3; R. ENCINAS DE MUNAGORRI et G. LHUILIER, préc., note 9 (15), p. 23; C. RENAULT-BRAHINSKY, préc., note 9 (26), p. 24; F. TERRE et D. FENOUILLET, préc., note 9 (29), p. 23 n° 21; R. KOURI et S. PHILIPS-NOOTENS, préc., note 9 (34), p. 94 n° 94 et p. 96, n° 96. Le terme « avantage » est utilisé notamment par la doctrine civiliste qui définit la notion de droit subjectif par l'usage du terme prérogative (cette notion évite l'écueil de la définition supposant un pouvoir et donc une mise en œuvre), le droit subjectif est ainsi une prérogative qui procure un avantage. Voir Jacques GHESTIN et Gilles GOUBEAUX, *Traité de droit civil, introduction générale*, Paris, LGDJ, 4^e éd., 1994 p. n° 193.
65. En France: F. AMELI, préc., note 9 (1), p. 174; J.-L. AUBERT et E. SAVAUX, préc., note 9 (2), p. 196; A. BATTEUR, préc., note 9 (3), p. 13 n° 12; B. BEIGNIER et C. BLERY, préc., note 9 (4), p. 212; B. BELLOIR-CAUX, préc., note 9 (5), p. 164; P. BIHR, préc., note 9 (6), p. 51; J. BONNARD, préc., note 9 (7), p. 157; J.-P. BRANLARD, préc., note 9 (8), p. 110; Y. BUFFELAN-LANORE et V. LARRIBAU-TERNEYRE, préc., note 9 (9), p. 276 n° 740; G. CORNU, préc., note 9 (11), p. 205 n° 461; P. COURBE, préc., note 9 (12), p. 3; M. DOUCHY-LOUDOT, préc., note 9 (13), p. 143; S. DRUFFIN-BRICCA, préc., note 9 (14), p. 53; R. ENCINAS DE MUNAGORRI et G. LHUILIER, préc., note 9 (15), p. 23; M. FONTAINE *et al.*, préc., note 9 (16), p. 85; T. GARE, préc., note 9 (17), p. 106; D. GAUTHIER, préc., note 9 (18), p. 60; S. GJIDARA-DECAIX, préc., note 9 (19), p. 65; B. HESS-FALLON et A.-M. SIMON, préc., note 9 (20), p. 90; M. DE JUGLART, A. PIEDELIEVRE et S. PIEDELIEVRE, préc., note 9 (21), p. 86 n° 101; C. LARROUMET,

tation de cette maxime. En effet, les termes « tenu pour » ou « réputé » renvoient à la technique de la présomption⁶⁶, ce qui pourrait suggérer un glissement vers la réalité juridique⁶⁷ alors que l'expression « considéré comme » fait référence à la technique de la fiction, « altération mensongère » d'un fait réel dans le but de faire profiter à l'enfant conçu des effets juridiques attachés à la catégorie de référence, celle d'enfant, sans pour autant le qualifier de tel, évitant ainsi le recours à une personnification.

Malgré ces quelques divergences, la maxime est présentée par la doctrine civiliste comme un procédé technique mettant en œuvre une fiction du droit⁶⁸, sans pour autant qu'un consensus ne se dégage sur ce sur quoi elle porte.

-
- préc., note 9 (22), p. 200 n° 321; P. MALAURIE, préc., note 9 (23), p. 12 n° 7; J. MAZEAUD et F. CHABAS, préc., note 9 (24), p. 9 n° 443; B. PETIT, préc., note 9 (25), p. 12; B. STARCK, H. ROLAND et L. BOYER, préc., note 9 (27), p. 381; G. TAORMINA, préc., note 9 (28), p. 276 n° 804; B. TEYSSIE, préc., note 9 (30), p. 15, n° 19; P. VOIRIN et G. GOUBEAUX, préc., note 9 (31), p. 70; F. ZENATI-CASTAING et T. REVET, préc., note 9 (32), p. 29. Au Québec: M.-E. ARBOUR et M. LACROIX, préc., note 9 (35), p. 240 note infrapaginale 40; P.-A. CREPEAU, préc., note 9 (36), p. 230 et suivantes; E. DELEURY et D. GOUBAU, préc., note 9 (33), p. 20 n° 10; R. KOURI et S. PHILIPS-NOOTENS, préc., note 9 (34), p. 115 n° 144 et p. 132 n° 138; M. MORIN, préc., note 9 (38), p. 222.
66. Au Québec, l'utilisation du terme « réputé » dans le Code civil est un indice de la présence d'une présomption absolue qui impose donc une « vérité juridique » au détriment de la « vérité factuelle ». Cf. article 2847 alinéa 2 C.c.Q.
67. La technique de la présomption vise à tirer de faits connus (la naissance par exemple) des faits inconnus (la date de la conception) pour faire entrer l'enfant conçu dans la catégorie « des enfants » (personne).
68. G. CORNU, préc., note 9 (11), p. 205 n° 461, D. GAUTIER, préc., note 9 (18), p. 60; C. RENAULT-BRAHINSKY, préc., note 9 (26), p. 24; F. TERRE et D. FENOUILLET, préc., note 9 (29), p. 23 n° 21 et n° 22; F. ZENATI-CASTAING et T. REVET, préc., note 9 (32), p. 29 n° 12; M.-E. ARBOUR et M. LACROIX, préc., note 9 (35), p. 240 note infrapaginale 40; P.-A. CREPEAU, préc., note 9 (36), p. 257 et ss.; E. DELEURY et D. GOUBAU, préc., note 9 (33), p. 20 et 22 n° 10; R. KOURI et S. PHILIPS-NOOTENS, préc., note 9 (34), p. 113 n° 113 et 114 n° 114, M. MORIN, préc., note 9 (38), p. 209 et 239. *Contra* C. LARROUMET, qui explique à propos de la maxime *infans conceptus* que l'« on pourrait considérer qu'il s'agit là d'une institution artificielle puisque le fœtus ne

Selon l'esprit de la tradition romaine, tel que retracé par Thomas⁶⁹, cette fiction ne devrait pas avoir d'incidence sur la nature de l'enfant conçu. Les romains, qui étaient dotés d'une logique pragmatique⁷⁰, s'intéressaient avant tout au régime juridique : ce qui importait, c'était de rétablir une certaine égalité entre les héritiers afin de préserver l'unité de la famille placée sous l'autorité du *pater familias*. Ainsi, dans un souci d'équité, lorsqu'un héritier potentiel n'était pas encore né au moment de l'ouverture de la succession, il devait être considéré comme déjà né afin de bénéficier de la succession au même titre que les autres héritiers. En effet, dans le droit romain antique, les enjeux juridiques de la vie étaient considérés à ses deux extrémités. À la naissance, parce que surgissait un nouvel « héritier sien » ; à la mort, parce qu'alors s'ouvrait la succession. Or, il fallait que ces deux « sujets de pouvoir », dont l'un est mort avant que l'autre ne naisse, puissent se rencontrer pour assurer la continuité de la succession⁷¹. Le recours à la technique, dont la maxime « *infans conceptus* » était l'une des manifestations, n'avait pas de

peut pas entrer en relation sociale. Cependant, il ne s'agit pas d'une institution si artificielle, à partir du moment où elle est calquée sur la vérité biologique », C. LARROUMET, préc., note 9 (22), p. 201 n° 321.

69. Y. THOMAS, préc., note 45, p. 31 et 32.

70. A. SCHIAVONE évoque à ce propos un « pragmatisme scientifico-prescriptif », préc., note 21, p. 50. D'après lui, « [c]e que nous désignons d'ordinaire comme « droit romain » est donc avant tout leur création [qui a eu lieu de la fin du IIe siècle avant J.-C. aux premières décennies du IIIe siècle de notre ère]. Un « droit coutumier vivant », à dispositif casuistique, orienté par les experts [un groupe restreints de spécialistes] : beaucoup plus semblable dans sa configuration aboutie aux modernes droit anglais et (sous quelques aspects) américain [...] qu'au droit français d'après le code Napoléon [...] », préc., note 21, p. 42-43.

71. « La filiation, dans son rôle successoral, était un relais de puissance à puissance, plutôt que de vie à vie. Le droit des uns surgit quand s'éteint la puissance des autres. Lorsque ce droit surgit avant la naissance d'*Ego*, alors cette puissance se prolonge après la mort du *de cujus* : tel est l'exact point de jonction entre l'ascendant et le descendant *in utero*. Encore faut-il, pour anticiper cette naissance et pour retarder cette mort, que mort et vivant aient pu se rencontrer, coexister, appartenir au même monde –, que tous deux aient été en même temps *in natura rerum* ou *in rebus humanis*. Encore faut-il que ce déplacement de l'entrée en vie de l'un et de l'entrée en mort de l'autre s'autorise d'un temps commun aux deux. Dans ce temps commun, la puissance d'un vivant appelé à mourir pouvait s'exercer sur un vivant appelé à naître. », Y. THOMAS, préc., note 45, p. 60.

conséquence juridique sur le statut du *nasciteratus* (enfant à naître); elle était étrangère aux notions d'être humain ou de personne humaine potentielle⁷² qui qualifient parfois l'embryon de nos jours. Thomas précisait :

Il convient d'insister pourtant sur le fait que les solutions et les concepts auxquels les juristes romains (jurisconsultes) travaillaient s'appuyaient **moins sur l'hypothèse de l'existence d'un être à venir que sur la fiction selon laquelle, du point de vue de ses droits successoraux, ce sujet encore inexistant devait être considéré comme d'ores et déjà présent dans le monde naturel** (*in rerum natura*) et dans la société des humains (*in rebus humanis*), **c'est-à-dire comme déjà né**. Peu semble avoir importé, du point de vue du régime juridique de l'enfant à naître, les différentes idées que l'on s'était faites par ailleurs, du *corpus* hippocratique à Aristote, d'Aristote aux Stoïciens, sur le moment à partir duquel un être vivant ou même un être humain existait – idées dont il reste maint indice que les juristes étaient loin de les ignorer. Mais en aucun cas, il ne suffisait, pour faire entrer l'enfant à naître dans le monde du droit, de constater ou de présumer qu'il avait été conçu : il fallait en outre le tenir pour déjà né. **Une expectative de vie humaine pouvait être instituée comme support de droits sans qu'il fût nécessaire de savoir à partir de quand un être autonome existait dans le ventre de sa mère, à partir de quand cet être était animé d'une vie, à partir de quand cette animation était proprement humaine** – questions amplement débattues au contraire par les médecins, les physiciens et, plus tard, par les théologiens⁷³ (nos mis en gras).

72. Le terme de « personne potentielle » en France a été utilisé par le Comité d'éthique dans son avis du 22-23 mai 1984 (J.C.P. 1985 I. 3191) et s'applique à la personne humaine (et non la personne physique dotée de la personnalité juridique).

73. Y. THOMAS, préc., note 45, p. 31-32.

Selon Thomas, c'est au Moyen-Âge, sous l'influence catholique, que la question du début de la vie humaine et de sa traduction juridique s'est finalement posée⁷⁴.

Depuis, cette maxime a donné lieu à des interprétations divergentes, voire contradictoires, qui ont une répercussion indirecte sur le statut juridique de l'embryon. Ce sont ces différentes interprétations de la maxime « *infans conceptus* » que nous avons tenté de synthétiser, de classer et de pousser jusqu'au bout de leur logique, notamment en ce qui concerne le régime juridique qui en découle⁷⁵. En effet, derrière chaque interprétation de la maxime se cache, au moins de manière sous-jacente, la question du statut de l'embryon, et donc, celle de savoir s'il est une personne ou une chose.

Quatre courants interprétatifs de la maxime « *infans conceptus* » ont été confrontés au discours de la doctrine analysée : celui de la fiction *stricto sensu*⁷⁶, celui de la personnalité juridique actuelle, et ceux de la personnalité juridique conditionnelle soumise

74. Voir sur ce point Maaïke VAN DER LUGT, « L'animation de l'embryon humain et le statut de l'enfant à naître dans la pensée médiévale », dans Luc BRISSON, Marie-Hélène COUGOURDEAU et Jean-Luc SOLENE (dir.), *Formation et animation de l'embryon dans l'antiquité et au Moyen-âge*, Paris, Vrin, 2008, p. 233-254.

75. Concernant le régime juridique à appliquer à l'embryon et au fœtus *in utero*, trente-trois ouvrages et trois articles traitent des intérêts patrimoniaux; pour ce qui est des intérêts extrapatrimoniaux 1- Reconnaissance prénatale cinq ouvrages et un article; 2- Filiation trois ouvrages; 3- Responsabilité civile en cas d'atteinte à l'intégrité physique de l'enfant conçu par un tiers ou par la mère cinq ouvrages et trois articles; 4- Mesures préventives pour éviter que la mère ne porte atteinte à l'intégrité physique de l'enfant conçu deux ouvrages et trois articles; 5- Vie de l'embryon en cas d'atteinte par la mère (avortement) vingt-trois ouvrages et trois articles; 6- Vie de l'embryon en cas d'atteinte par un tiers (homicide) douze ouvrages et un article; 7- En cas de décision de porter l'enfant conçu à terme en dépit de son meilleur intérêt (droit de ne pas naître) deux ouvrages. Pour la liste des auteurs, voir Annexe 3.

76. Nous parlons de la théorie de la fiction *stricto sensu* afin de mettre en exergue le fait qu'elle porte sur le fait qu'est la date de la naissance et ne doit pas être confondue avec les théories de la personnalité juridique sous condition suspensive ou résolutoire qui toutes deux mettent en œuvre, en

à une condition suspensive ou résolutoire. Afin de mettre en lumière l'appréhension par la doctrine étudiée du statut juridique de l'embryon, ces quatre courants ont été rassemblés en deux groupes, l'un mettant en exergue l'absence ou l'existence de la personnalité juridique de l'enfant conçu, l'autre cantonnant son analyse sur le terrain de la personnalité conditionnelle. Le classement des auteurs dans ces courants pré-identifiés n'a pas toujours été aisé. Cette difficulté témoigne du malaise de la doctrine à déterminer le statut juridique de l'embryon et semble révéler les limites du répertoire du droit civil pour le qualifier.

Le premier groupe de théories⁷⁷ oppose la fiction à la réalité juridique (I). Soit l'embryon n'a pas la personnalité juridique et c'est par le jeu d'une fiction juridique, en l'occurrence celle mise en place par la maxime « *infans conceptus* », qu'il pourra bénéficier des effets juridiques attachés aux droits réservés aux enfants nés vivants et viables. Soit le droit, au nom de la réalité juridique, c'est-à-dire de sa cohérence interne, ne peut que reconnaître la personnalité juridique actuelle de l'embryon, seuls ses droits étant soumis à la condition résolutoire de sa naissance vivante et viable. Ainsi, en cas de défaillance⁷⁸ de la condition de naissance vivante et viable, enfant mort-né par exemple, les droits qu'il aurait acquis seront rétroactivement anéantis, mais sa personnalité juridique ne s'éteindra avec cette mort que pour l'avenir. Durant le temps de la gestation, il bénéficie de la personnalité juridique et celle-ci ne peut plus lui être niée. Ce premier groupe de théories révèle assez clairement la position des auteurs quant au statut juridique de l'embryon puisque, en optant pour l'une de ces théories, ces derniers dévoilent leur

plus, une autre fiction, celle de la rétroactivité attachée à la modalité conditionnelle.

77. Nous utilisons le terme de « théorie » pour identifier chaque courant d'interprétation de la maxime « *infans conceptus* » afin de mettre en exergue que chaque courant est analysé comme une construction intellectuelle reposant sur un discours logique. Cf. *supra* note 38.
78. Nous utiliserons le terme « défaillir » pour qualifier la situation juridique de l'événement conditionnel qui ne se réalise pas. Pour un exemple de l'utilisation de cette expression, cf. Stéphanie PORCHY-SIMON, *Droit civil 2ème année: les obligations*, 6^e éd., Coll. HyperCours, Paris, Dalloz, 2010, p. 448, n° 936.

conception de l'embryon : il a ou n'a pas la personnalité juridique, il est ou n'est pas une personne. Cette prise de position quant à la nature juridique de l'embryon explique peut-être, selon nous, pourquoi si peu d'auteurs de manuels se revendiquent clairement de ce groupe de théorie⁷⁹. La première théorie, qui par le biais du jeu de la fiction juridique permet le bénéfice des effets de droits, est absente des manuels de droit civil en France comme au Québec⁸⁰. La seconde, celle de la personnalité juridique actuelle, qui s'appuie sur la réalité juridique, est avancée sans être adoptée par un seul des trente-deux manuels de droit civil en France⁸¹, et un auteur au

79. D'ailleurs, nous avons pu relever que l'un des auteurs qui, dans sa doctrine, avait adopté l'une de ces théories, celle de la personne actuelle, l'a abandonnée au profit d'une des théories de la personnalité conditionnelle dans son manuel de droit des personnes. Robert KOURI, « Réflexion sur le statut juridique du fœtus », (1980-1981) *R.J.T.* 193 et R. KOURI et S. PHILIPS-NOOTENS, préc., note 9 (34), p. 113 n° 113 et p. 114 n° 114.

80. Bien que les auteurs parlent de fiction lorsqu'il s'agit d'expliquer le mécanisme mis en place par la maxime « *infans conceptus* », aucun n'applique en réalité la théorie de la fiction *stricto sensu*. Aucune référence n'est faite dans les manuels à cette théorie, même si certains auteurs, comme Aude BERTRAND-MIRKOVIC, reconnaissent clairement l'absence de personnalité juridique de l'embryon : « Aujourd'hui, les seuls êtres humains dépourvus de la personnalité juridique sont les enfants à naître », Aude BERTRAND-MIRKOVIC, *La notion de personne (étude visant à clarifier le statut de l'enfant à naître)*, PUAM, 2003, p. 273 n° 539. Cependant, L. LANGEVIN pose que l'absence de personnalité juridique de l'enfant à naître est « un principe général qui s'applique en droit de la famille, en droit des successions ou en droit de la responsabilité délictuelle. Tout droit ou intérêt que le fœtus peut avoir demeure virtuel et incomplet jusqu'à la naissance de l'enfant », reprenant ainsi le résumé de la juge McLachlin qui résumait ainsi l'arrêt *Daigle c. Tremblay* dans l'affaire Winnipeg, préc., note 9 (37), p. 51. Sur ce point R. KOURI et S. PHILIPS-NOOTENS mentionnent que la version anglaise utilise le terme « inchoate » pour l'expression « virtuel », préc., note 9 (34) p. 116 n° 117. La traduction du terme « inchoate » n'est peut-être pas la bonne, puisque ce terme renvoie à l'idée d'un accomplissement partiel, ce qui fait plutôt penser à la notion de droit en germe, c'est-à-dire en formation. Sans doute voulaient-ils éviter toute tentation de faire équivaloir ce droit étranger à la tradition civiliste à la notion de droit éventuel telle que définie par Jean-Maurice VERDIER, *Les droits éventuels. Contribution à l'étude de la formation successive des Droits*, Paris, Éditions Rousseau et Cie, 1955

81. G. CORNU, préc., note 9 (11).

Québec qui ne l'a toutefois pas reprise dans le manuel qu'il a co-écrit⁸².

Le deuxième groupe de théories place le débat sur le terrain de la personnalité juridique conditionnelle (II). Cette fois, la personnalité juridique de l'embryon dépend de la réalisation ou non d'un événement conditionnel (naissance/non naissance vivante et viable). Cette condition, qui affecte l'acquisition de la personnalité juridique, peut être suspensive ou résolutoire selon les auteurs. Pour les tenants de la condition résolutoire, sa réalisation (le fait de naître mort-né et/ou non viable) efface rétroactivement une situation juridique préexistante, celle d'une personnalité juridique acquise dès la conception. La fiction de la rétroactivité attachée au mécanisme conditionnel effacera toute trace de personnalité qui sera, dès lors, censée n'avoir jamais existé. Mais si la condition défaille (l'enfant naît vivant et viable), la situation juridique antérieure, c'est-à-dire sa personnalité juridique acquise dès la conception, sera confirmée⁸³. Au contraire, pour les tenants de la condition suspensive, sa réalisation (naissance vivante et viable) ne permet que

82 Au Québec, en 1980, R. KOURI prônait la théorie de la personnalité juridique actuelle de l'enfant conçu avec des droits soumis à une condition résolutoire. Il a cependant abandonné cette théorie au profit de la théorie de la personnalité juridique sous condition résolutoire dans son manuel co-écrit avec S. PHILIPS-NOOTENS. Voir *infra* notes 120 et 121.

83. Le terme «confirmé» est une des manifestations de la théorie de la personnalité sous condition résolutoire. En langage courant, il veut dire rendre certain, corroborer. En ce sens, cf. R. KOURI et S. PHILIPS-NOOTENS : « [c]ette fiction se maintient à la condition d'être **confirmée** [...] par l'éventuelle naissance de l'enfant en vie et viable » (nos mis en gras), préc., note 9 (34), p. 113 n° 112; G. CORNU : « [n]aître vivant, naître viable, c'est à la survenance de ces deux conditions cumulatives qu'est subordonnée la **confirmation** (l'affirmation en plénitude) de la personnalité juridique » (nos mis en gras), préc., note 9 (11), p. 208 n° 462; B. STARCK, H. ROLAND et L. BOYER : « [s]elon certains, elle signifierait que l'enfant, dès sa conception, aurait une personnalité conditionnelle que la naissance ne ferait que **confirmer** » (nos mis en gras), préc., note 9 (27), p. 381 n° 1036; P. VOIRIN et G. GOUBEAUX : « [l]'interruption volontaire de grossesse (avortement) (...) prive l'enfant conçu de la possibilité de voir **confirmer sa personnalité provisoire** » (nos mis en gras), préc., note 9 (31), p. 70 n° 96. Nous avons cependant relevé que T. GARE utilise également l'expression de « **person-**

d'anticiper une situation juridique future qui existe en germe⁸⁴. La personnalité juridique est acquise à la naissance, mais la maxime « *infans conceptus* » permet, par le jeu de la condition suspensive, de la faire fictivement remonter à la date de conception. Si la condition défaille (fait de naître mort-né et/ou non viable), l'enfant conçu n'aura jamais acquis la personnalité juridique. La condition ne porte donc pas sur le même événement : dans le cas de la condition résolutoire, il s'agit de la naissance vivante et viable; dans le cas de la condition suspensive, il s'agit, à l'inverse, de la naissance non vivante et/ou non viable. Dans les ouvrages étudiés, la très grande majorité des auteurs reconnaissent à l'embryon une personnalité juridique conditionnelle, qui peut prendre la forme d'une personnalité juridique sous condition suspensive ou sous condition résolutoire. Contrairement aux tenants du premier groupe de théories, les auteurs de ce deuxième groupe évitent ainsi de se prononcer directement sur la question du statut de l'embryon.

Bien que peu d'auteurs, dans les manuels, aient été tentés d'affirmer clairement l'existence de la personnalité juridique actuelle et qu'aucun ne prône son absence pure et simple, l'analyse des écrits des auteurs appartenant à ce premier groupe de théories permet de porter un éclairage pertinent sur les précompréhensions qui se cachent derrière le discours de la doctrine qui se revendique du deuxième groupe de théories.

I. De la fiction à la réalité juridique : fiction *stricto sensu* vs personnalité juridique actuelle

Les deux courants qui ont été dégagés dans ce premier groupe de théories représentent des positions qui s'opposent quant au statut juridique de l'embryon : la théorie de la fiction *stricto sensu* repose sur l'absence de personnalité juridique de l'embryon

nalité provisoire », alors qu'il se situe pourtant dans le courant des auteurs recourant à la théorie de la personnalité juridique sous condition suspensive (nos mis en gras), préc., note 9 (17), p. 106.

84. Les droits conditionnels sont analysés par les auteurs soit comme des droits en germe, soit comme des droits intermédiaires. *Infra*, II, B.

(A), alors que celle de la personne juridique actuelle prône la reconnaissance de sa personnalité juridique (B).

La logique déductive pointe la différence essentielle entre ces deux courants : pour le premier, l'embryon est une chose, tandis qu'il est une personne, au sens de personne dotée de la personnalité juridique, pour le deuxième. La nature en droit civil de l'embryon étant clairement établie, c'est sur les effets de droit attachés à la situation de l'enfant conçu que les auteurs vont placer le débat.

A. La fiction *stricto sensu*

Savigny voyait dans la maxime « *infans conceptus* » une « simple fiction qui ne trouve à s'appliquer que dans des étroites limites et à un certain ordre de faits spécialement déterminés [...]. Ce n'est **pas une personne dont la représentation soit nécessaire ou possible** [...]. La fiction, au contraire, s'occupe de la vie à venir pour l'enfant [...]; elle signale **les droits qui peuvent s'ouvrir pour lui au moment de sa naissance**. Ainsi, la fiction, uniquement établie dans l'intérêt de l'enfant, ne profite qu'à lui seul »⁸⁵ (nos mis en gras).

Pour bien comprendre cette théorie de la fiction *stricto sensu*, il faut la distinguer de la théorie de la fiction *lato sensu*. Alors que la fiction *stricto sensu*⁸⁶ ne porte que sur un fait (réalité factuelle), celui de la date de la naissance, la fiction *lato sensu*, que l'on retrouve dans les manuels prônant la théorie de la personnalité juridique conditionnelle (suspensive ou résolutoire), a pour objet la réalité juridique de l'acquisition/résolution de la personnalité juridique, construction du droit permettant l'arrimage des droits à la personne dotée de la personnalité juridique, et, dans le cas de l'embryon, de droits reconnus aux personnes dotées de la personnalité juridique. Le « mensonge » dans le premier cas porte sur la date de

85. F.-C. SAVIGNY, préc. note 27, p. 12 et 13.

86. « Décision où l'on qualifie les faits contrairement à la réalité pour obtenir le résultat souhaitable qui serait conforme à l'équité, à la justice ou à l'efficacité sociale », Chaïm PERELMAN, *Ethique et droit*, Éditions de l'Université de Bruxelles, 1985, p. 593.

la naissance (fait) que l'on fait fictivement remonter à une date antérieure pour lui faire produire des effets juridiques dont l'embryon autrement n'aurait pu bénéficier. Au contraire, dans le deuxième cas, le « mensonge » porte, non plus sur un fait, mais sur une réalité juridique reconstruite, la date d'acquisition ou de destruction de la personnalité juridique de l'embryon qui, grâce à l'artifice de la rétroaction, réécrira la réalité juridique. À cette réalité juridique concernant la personnalité juridique, s'arrimeront des droits subjectifs dont découleront des effets juridiques.

Si ces fictions ont en commun de recourir à la technique de la condition – modalité de l'obligation – elles ont des incidences distinctes sur la personnalité juridique de l'embryon. Alors que cette dernière existe de façon latente, anticipée (condition suspensive) ou précaire (condition résolutoire) dans le cadre des théories de la personnalité juridique conditionnelle, elle n'existe tout simplement pas dans le cadre de la théorie de la fiction *stricto sensu*.

Dans cette dernière, la fiction constitue un artifice, qui permet de camoufler la véritable date de naissance de l'enfant. Ce « mensonge technique consacré par la nécessité »⁸⁷ est « un procédé de technique juridique consistant à supposer un fait (en l'occurrence la date de la naissance de l'enfant conçu) de la réalité pour en déduire des conséquences juridiques »⁸⁸. Ainsi, en avançant fictivement la date de la naissance de l'enfant conçu, cette doctrine reconstruit les faits afin de permettre à l'embryon de bénéficier **immédiatement et ponctuellement**, chaque fois qu'il y va de son intérêt, des effets juridiques qu'emporterait l'acquisition de la personnalité juridique et les droits qui en découlent. En aucun cas, la fiction *stricto sensu* confère à l'embryon la personnalité juridique ou encore des droits. Seule sa naissance le peut.

Ce raisonnement par analogie n'emporte aucune conséquence pour le statut de l'enfant conçu puisque la fiction n'a pas

87. R. JHERING, préc., note 28, n° 68.

88. Gérard CORNU ET Henri CAPITANT, *Dictionnaire du vocabulaire juridique*, « Fiction ». Repris par Anne-Marie LEROYER, *Les fictions juridiques*, t. 1, thèse Paris II, 1995, p. 85-86.

pour effet de lui conférer une quelconque personnalité juridique avant sa naissance. Elle ne joue que sur les faits afin d'affirmer que ce qui n'est pas – la naissance – est. Son apport est d'assurer à une situation non prise en compte par le droit – enfant conçu non né – des effets de droit en « mentant » sur la date de la naissance de l'enfant conçu. Cette fiction n'a de conséquence que sur les seuls effets juridiques découlant de l'acquisition d'une personnalité juridique. L'embryon bénéficie des effets juridiques de l'acquisition de la personnalité juridique **comme s'il** avait la personnalité juridique. Mais en aucun cas, il n'acquiert, même à titre conditionnel, une personnalité juridique. Le raisonnement par analogie mis en œuvre dans la théorie de la fiction *stricto sensu* simule en quelque sorte l'acquisition de la personnalité juridique, mais ne la produit pas, ni pour l'avancer (théorie de la personnalité juridique sous condition suspensive), ni pour la faire disparaître (théorie de la personnalité juridique sous condition résolutoire). Ainsi, à aucun moment l'embryon n'acquiert de droits subjectifs, qui ne peuvent exister que s'ils sont rattachés à une personne dotée de personnalité juridique. Il s'agit seulement de potentiellement lui accorder (lorsqu'il y va de son intérêt) les mêmes effets de droits que s'il était né vivant et viable au moment de l'arrivée de l'évènement déclencheur desdits droits. Ces droits ne naîtront qu'au moment de sa naissance vivante et viable, lorsque l'embryon accèdera au statut juridique de personne dotée de la personnalité juridique, sans remonter artificiellement dans le temps.

C'est justement parce que, dans la théorie de la fiction *stricto sensu*, l'on ne s'intéresse pas à la date d'acquisition de la personnalité juridique que l'évènement déclencheur de l'application de la maxime « *infans conceptus* » n'est pas la conception, date en général retenue par les thèses portant sur l'existence de la personnalité juridique⁸⁹, mais celui qui fait entrer en jeu l'intérêt visé par la maxime : le jour du décès du père pour l'ouverture de la succession ou l'attribution d'une assurance-vie, par exemple.

89. Voir *infra* nos développements sur la condition résolutoire et sur la condition suspensive (Partie II. Sections A et B.).

Cette interprétation de la maxime « *infans conceptus* » permet d'affirmer clairement que l'embryon, n'étant pas doté de la personnalité juridique, n'est pas une personne et, *de facto*, ne saurait être qualifié que de chose. Ainsi, il se trouve soumis au régime des choses, mais une chose au régime particulier puisque, chaque fois qu'il en ira de son intérêt, on lui reconnaîtra *ad hoc* les effets du droit qui lui serait alloué s'il était doté de la personnalité juridique, c'est-à-dire s'il était une personne. N'ayant pas la personnalité juridique, il ne bénéficie pas à proprement parler de droit avant sa naissance. L'embryon n'ayant aucune existence juridique avant la naissance (seuls les effets découlant de la fiction lui sont accordés), les seules mesures envisageables pour protéger ses intérêts sont de simples mesures conservatoires. Plus précisément, concernant ses intérêts patrimoniaux, il en résulte que, dans le cas d'une succession ouverte suite au décès du père, en théorie⁹⁰, deux options seraient ouvertes. La première consiste à reporter le partage de la succession à la date de la naissance vivante et viable de l'enfant conçu. Dans la deuxième, le partage est effectué et la part due à l'enfant conçu est bloquée afin de la conserver pour lui être ensuite remise lorsqu'il naîtra vivant et viable (elle sera partagée entre les autres héritiers si l'enfant conçu venait à naître mort ou non viable)⁹¹.

Concernant ses intérêts extrapatrimoniaux, si l'on admet que la maxime est un principe d'application générale et qu'elle n'est donc pas cantonnée aux seuls « intérêts patrimoniaux »⁹², il semble

90. En pratique, le temps pris pour faire l'inventaire de la succession fait en sorte qu'une fois qu'il est question de liquider la succession, l'enfant conçu est né.

91. En France, le libellé de l'article 725 C.c.F. (successions) « pour succéder, il faut exister à l'instant de l'ouverture de la succession ou, ayant déjà été conçu, naître viable. », avec l'emploi de la conjonction « ou » qui, utilisée de façon exclusive et non cumulative, laisse entendre que l'enfant conçu n'existe pas (au sens de la personnalité juridique).

92. Quand bien même elle le serait, le fait de poursuivre pour dommages-intérêts une personne ayant porté atteinte au droit extrapatrimonial qu'est le droit à l'intégrité physique, par exemple, est un intérêt patrimonial. Reste la question du droit à la vie et des mesures de sauvegarde de ce dernier. Certains y ajoutent le droit à la reconnaissance prénatale: A. BATEUR, préc., note 9 (3), p. 13 n° 12; J.-P. BRANLARD, préc., note 9 (8), p. 109;

alors important de s'interroger sur ce que revêt la notion d'intérêt⁹³ en contraste avec la notion de droit.

Pour l'essentiel, trois arguments sont présentés à l'appui de la théorie de la fiction *stricto sensu*. Premièrement, admettre la personnalité juridique conditionnelle de l'enfant conçu reviendrait à lui reconnaître un patrimoine conditionnel qui ne serait composé que d'actifs, puisque les dettes ne vont pas dans le sens de l'intérêt de l'enfant. Or, cette interprétation constituerait une dénaturation de la théorie du patrimoine⁹⁴. Deuxièmement, le défaut de personnalité juridique serait corroboré par l'absence de certains signes d'existence, dans la réalité juridique, de la personne juridique et définissant son état (nom, état civil – mariage, filiation⁹⁵–, nationalité, domicile)⁹⁶. Troisièmement, puisque l'enfant conçu n'a pas la capacité de jouissance, il ne peut avoir la personnalité juridique, même

M. DE JUGLART, A. PIEDELIEVRE et PIEDELIEVRE, préc., note 9 (21), p. 87 n° 101; P. MALAURIE, préc., note 9 (23), p. 13 n° 7.

93. Or, trois sens peuvent être donnés au terme « intérêt ». Il peut s'agir au sens strict d'un intérêt pécuniaire, ou de façon plus large d'un intérêt à agir ou de façon encore plus large d'un intérêt juridiquement protégé, c'est-à-dire une prérogative d'un sujet de droit, donc un droit subjectif. Concernant les droits extrapatrimoniaux que sont les droits à l'intégrité physique et à la vie, l'on peut poser que le droit à réparation d'une violation *in utero* de l'intégrité physique de l'enfant conçu ne pourra être exercé qu'au moment de la naissance vivante et viable, l'intérêt à agir n'existant qu'à ce moment-là (en raison de l'incertitude quant à la survie de l'enfant conçu une fois hors de la matrice maternelle); pour ce qui est de mesures de contrainte par corps de la mère pour assurer la prévention d'une violation à l'intégrité physique de l'enfant conçu, l'intérêt à agir semble bel et bien exister puisqu'il s'agit alors d'éviter une perte de chance. Se pose en plus le problème de savoir s'il peut avoir un intérêt distinct de sa mère. Sur ce point, voir F. ZENATI-CASTAING et T. REVET qui posent que l'enfant conçu n'a pas d'intérêt distinct de sa mère, préc., note 9 (32), p. 26.

94. Xavier LABBEE, *La condition juridique du corps humain avant la naissance et après la mort*, thèse de doctorat, Lille, Faculté des Sciences Juridiques, Politiques et Sociales, Université Lille II, 1986, spec. p. 59 et ss.

95. Voir aussi E. DELEURY et D. GOUBAU, *infra* note 262.

96. En France, selon l'article 311-21 du Code civil, en l'absence de déclaration conjointe ou de reconnaissance simultanée, l'enfant prend le nom de famille de celui de ses deux parents à l'égard de qui la filiation est reconnue en premier lieu (quelle que soit sa filiation). Ainsi, la reconnaissance (prénatale) de l'enfant conçu *in utero* permet au père de transmettre son nom

à titre conditionnel. Sur ce point, néanmoins, nous verrons que, pour certains auteurs, cette incapacité n'est pas antinomique avec l'existence latente d'une personnalité juridique⁹⁷. Dans la théorie de la fiction *stricto sensu*, aucun intérêt extrapatrimonial, même éventuel, ne peut être reconnu à l'embryon qui, dans cette optique, est seulement une chose, voire une partie du corps de sa mère (*pars mullieri*).

Les premier et troisième arguments ont également été utilisés à l'appui de la thèse de la personnalité juridique actuelle qui

de famille à l'enfant. Avant la loi du 4 mars 2002 modifiant les règles de dévolution du nom de famille, l'enfant ne pouvait avoir qu'un seul nom. Cette reconnaissance anténatale avait ainsi pour but d'éviter que l'enfant ne prenne automatiquement celui de sa mère. La parenté découlant de l'accouchement (*mater semper certa est*), chronologiquement la filiation maternelle préexistait à la filiation paternelle. Une telle reconnaissance *in utero* n'est pas prévue par le Code civil du Québec. *Contra* M. MORIN qui, après avoir mentionné la possibilité de reconnaissance de l'enfant conçu *in utero* en droit français en application de la maxime « *infans conceptus* », écrit que « [a]u Québec, la reconnaissance volontaire ou forcée a toujours été possible (voir art. 240 et 214 C.c.B.-C, version de 1866; comparer avec l'art. 340 C.N., interdisant la recherche de paternité sauf "s'il existe des présomptions ou indices graves") et les enfants naturels étaient placés sous l'autorité de leur père et mère (voir art. 243 C.c.B.C., version de 1866). La reconnaissance volontaire est demeurée possible par la suite (voir art. 577-78 du premier Code civil du Québec; art. 526-28 C.c.Q.) », préc., note 9 (38), p. 243 note infrapaginale 160. L'article 526 C.c.Q. énonce: « [s]i la maternité ou la paternité **ne peut être déterminée** par application des articles qui précèdent, la filiation de l'enfant peut être établie par reconnaissance volontaire » (nos mis en gras). Pour envisager une telle possibilité (reconnaissance volontaire prénatale), encore faudrait-il que les autres modes d'établissement de la filiation, dont le titre mais surtout la possession d'état, puissent effectivement être mis en oeuvre. Or, il apparaît impossible qu'une possession d'état puisse être mise en oeuvre avant la naissance. Cet argument d'économie de l'interprétation des textes est renforcée par l'article 529 C.c.Q.

97. Voir par exemple P. MALAURIE pour qui « [l]a règle *infans conceptus* ... ne signifie pas que l'embryon soit une personne puisqu'il ne peut agir; or, la personnalité juridique c'est le pouvoir d'agir », préc., note 9 (23), p. 13 n° 7, tout en usant par la suite de la technique du déplacement rétroactif de la date d'acquisition de la personnalité, raisonnement propre à la théorie de la personnalité juridique soumise à condition suspensive.

s'est principalement construite en réaction aux théories mettant en œuvre une personnalité juridique conditionnelle de l'embryon⁹⁸.

B. La personnalité juridique actuelle : existence immédiate et pérenne de la personnalité juridique et conditionnalité des droits (suspensive)

La théorie de la personnalité juridique actuelle met en avant le postulat selon lequel l'enfant conçu est doté de la personnalité juridique dès sa conception. Seuls les droits qu'il pourra acquérir pendant cette période sont soumis à une condition suspensive de naissance vivante et viable. Ainsi, l'enfant conçu acquiert immédiatement la personnalité juridique et bénéficie, dès sa conception, d'une capacité de jouissance, mais celle-ci se trouve limitée à l'acquisition de « droits conditionnels », c'est-à-dire de droits soumis à la modalité de la condition suspensive. La personnalité juridique, qui existe de façon immédiate et de manière pérenne, puisqu'elle ne peut plus lui être niée quand bien même ne naîtrait-il pas vivant et viable, est donc acquise *de facto* dès sa conception. Elle n'est soumise à aucune modalité conditionnelle.

En France, l'argument évoqué à l'appui de cette thèse repose sur la contradiction inhérente aux théories qui mettent en œuvre une fiction, qu'elle soit entendue dans un sens *stricto sensu* ou *lato sensu*. En effet, la fiction ne saurait s'appliquer à un phénomène juridique puisque tout phénomène juridique étant une construction, tout le droit serait alors une fiction, ce qui n'aurait pas de sens. L'absence de fiction est donc le point de départ de cette théorie.

Ainsi, Guillaume Wicker, qui définit de façon *stricto sensu* la fiction⁹⁹, explique, dans sa thèse consacrée aux fictions juridiques,

98. Voir *infra* Partie II. De la personnalité juridique précaire à la personnalité juridique latente: condition résolutoire *vs* condition suspensive.

99. Selon G. WICKER, « [c]onstitue une fiction juridique, toute solution de droit compromettant la cohérence du système juridique tel qu'il est mis en forme techniquement par la définition d'un ensemble de concepts juridiques et de relations qui les unissent. Aussi, les concepts juridiques représentant

qu'il est fait une « fausse application de la qualification de fiction juridique s'agissant de la règle "*infans conceptus*" »¹⁰⁰. Selon lui, la règle « *infans conceptus* » ne constitue pas une fiction juridique; elle permet seulement de fixer les conditions d'attribution de la capacité de jouissance¹⁰¹. Or, puisque c'est la loi qui détermine l'attribution de la capacité de jouissance aux individus, cette capacité, obtenue dès la conception de l'enfant grâce à la maxime, ne peut être le fruit d'une fiction, mais repose bel et bien sur une réalité juridique (qu'il convient de distinguer de la réalité factuelle). Selon lui, « [d]ès lors qu'il est fait application de la règle "*infans conceptus*", l'enfant à naître doit être reconnu comme une **personne juridique actuelle** »¹⁰² (nos mis en gras). Wicker critique également fermement les théories qui reposent sur l'idée de la personnalité juridique soumise à une condition¹⁰³, car pour lui la personnalité juridique existe ou n'existe pas¹⁰⁴; il n'y a pas d'entre-deux.

En fait, selon Wicker, la théorie de la personnalité actuelle n'a nul besoin de recourir à la maxime « *infans conceptus* » pour reconnaître l'acquisition de la personnalité juridique de l'enfant conçu. La personnalité juridique actuelle est, dès la conception, une personnalité parfaite et pérenne qui ne sera plus remise en cause¹⁰⁵. L'enfant conçu est déjà une personne.

-
- la "matière élémentaire" de la réalité juridique, c'est par rapport à eux que doit se définir la fiction juridique. », G. WICKER, préc. note 28, p. 11 n° 2.2.
100. G. WICKER, préc., note 28, p. 173 n° 174.
101. Pour G. WICKER, il s'agit d'une interprétation littérale de l'article 906 du Code civil français, préc., note 28, p. 177 n° 180.
102. *Id.*
103. « Si la théorie du sujet de droit conditionnel doit être écartée, c'est parce qu'il est impossible de concevoir une personne sous condition résolutoire ou suspensive », G. WICKER, préc., note 28, p. 177 et 178 n° 180.
104. Une « personne existe ou n'existe pas, et si elle a existé, comment l'effacer ensuite de cette existence? », N. PENNEAU cité par MEMETEAU, *La situation juridique de l'enfant conçu*, (1990) *RTD civ.* spec. p. 622, lui-même cité par G. WICKER, *Id.*
105. Au contraire, dans la théorie de la personnalité juridique sous condition résolutoire (que nous verrons plus loin), la personnalité juridique est imparfaite et précaire puisqu'elle demeure soumise à l'aléa de la survenance de la condition résolutoire. En effet, si l'enfant conçu venait à ne pas naître vivant ou viable, celle-ci serait rétroactivement anéantie.

Ce n'est qu'au niveau des droits acquis par l'enfant conçu que la maxime « *infans conceptus* » intervient. En effet, selon Wicker, cette personnalité juridique qui lui confère « [...] **une capacité de jouissance véritable, [est] limitée à l'acquisition de droits et obligations conditionnels et à leur conservation; et il se trouve à la tête d'un patrimoine pouvant comprendre un actif et un passif** »¹⁰⁶ (nos mis en gras). Les droits dont jouit l'enfant conçu sont donc des « droits conditionnels » soumis à la modalité de la condition suspensive. Acquis au cours de la gestation pour les droits patrimoniaux (le droit conditionnel étant activé au moment de l'événement générateur de droit : décès du père par exemple) et au moment de la conception pour les droits de la personne (droit à la vie par exemple¹⁰⁷), ces droits, certes conditionnels mais actuels, entrent dans le patrimoine de l'enfant conçu et, à ce titre, peuvent faire l'objet de protection (mesures conservatoires) même si leur exigibilité (mesure d'exécution forcée) est suspendue à sa naissance vivante et viable. Ce n'est qu'au moment de l'accomplissement de la condition suspensive qu'ils deviendront exigibles puisque le droit, alors consolidé, deviendra un droit pur et simple¹⁰⁸. L'enfant conçu disposera dès lors de tous les droits d'un créancier ordinaire. Par contre, si la condition défaille (c'est-à-dire qu'il ne naît pas vivant et viable), ces droits conditionnels deviendront caducs et, par le jeu de la rétroactivité, seront considérés comme n'ayant jamais existés.

106. L'on peut supposer ici que, d'après G. WICKER, l'enfant conçu peut, en vertu de la maxime, acquérir tous les droits : patrimoniaux ou extrapatrimoniaux, tant comme créancier que comme débiteur. G. WICKER, préc., note 28, p. 177-179 n° 180 et 181.

107. En effet, ici, l'événement déclencheur est la survenance de la vie humaine. *A priori*, l'on peut penser qu'ici la vie est la simple faculté d'une cellule de se dédoubler et le caractère humain vient du codage ADN.

108. « Dans la théorie de la condition suspensive, tant que la condition est pendante l'obligation n'existe pas encore bien que le créancier soit titulaire d'un droit en germe », Stéphanie PORCHY-SIMON, préc. note 78, p. 448 n° 935. En ce sens, D. LUELLES et B. MOORE qui parlent de « droit en puissance » ou de « droit potentiel », Didier LUELLES et Benoît MOORE, *Droit des obligations*, Montréal, Éditions Thémis, 2006, p. 1394 n° 2490.

C'est parce que la conservation est définie comme toute mesure visant la protection et la préservation des droits¹⁰⁹ que nous en déduisons que Wicker vise des droits conditionnels soumis à une condition suspensive et non à une condition résolutoire. En effet, les droits soumis à une condition résolutoire sont des droits qui existent d'ores et déjà. Or, l'obligation existant parfaitement *pendente conditione* (tant que la condition ne s'est pas accomplie), l'exigibilité des droits par le biais de mesures d'exécution forcée serait alors possible¹¹⁰. Au contraire, les droits conditionnels¹¹¹ ne sont pas exigibles tant que l'évènement conditionnel ne les a pas consolidés et, dès lors, seules des mesures conservatoires peuvent être envisagées. Ainsi, si l'on applique la théorie de la personnalité juridique actuelle développée par Wicker, l'enfant conçu, qui se trouve placé dans la situation d'un créancier (la maxime ne jouant que dans son intérêt), pourra, dans le but de préserver ses intérêts, exercer des mesures conservatoires de ses droits.

Puisque l'enfant conçu dispose de la personnalité juridique, assise des droits patrimoniaux et extrapatrimoniaux de la personne, ses droits conditionnels renvoient tant aux premiers qu'aux seconds. Concernant ses droits patrimoniaux, les mesures conservatoires pourraient notamment viser à empêcher le détenteur du bien¹¹² sur lequel porte la créance de l'enfant conçu de le soustraire définitivement au patrimoine de ce dernier. Lorsque s'ouvrira la succession du père de l'enfant conçu, afin de conserver

109. À titre d'exemple, voir l'article 1504 C.c.Q. « Le créancier peut, avant l'accomplissement de la condition, prendre toutes les mesures utiles à la conservation de ses droits. »

110. Il l'écrit clairement : « Le droit conditionnel est un droit actuel : il est un droit qui, dès à présent, existe dans son principe, mais dont l'effet ne se réalisera que lors de l'avènement de la condition. En tant que condition, l'existence de viabilité a donc pour effet de suspendre l'efficacité des droits attribués à l'enfant à naître », G. WICKER, préc., note 28, p. 179.

111. Pour les fins de ce texte, « droit conditionnel » signifie droit soumis à une condition suspensive. Les droits soumis une condition résolutoire, existants déjà et étant parfaits quoique précaires, ne rentrent pas, selon nous, dans la catégorie des « droits conditionnels » et doivent être qualifiés de droits.

112. Par exemple, il peut s'agir du cas d'un immeuble dont la vente a été annulée pour vice caché après le décès du père qui en était le propriétaire.

son droit conditionnel, les représentants de l'enfant conçu pourront exercer des actes conservatoires tels le report du partage de la succession à la naissance, voire la consignation des biens revenant à l'enfant conçu jusqu'au jour de sa naissance vivante et viable. Quant aux droits extrapatrimoniaux, et plus particulièrement le droit à l'intégrité physique, la situation varie selon que l'atteinte ait eu lieu ou non (réparation *vs* prévention). Dans le cas d'une atteinte au droit à l'intégrité physique de l'enfant conçu, si le droit à réparation de ce dernier naît au moment de la survenance du dommage, il demeure conditionnel et ne pourra être activé (action en justice en réparation) qu'au moment de sa naissance vivante et viable. Mais la question de savoir si ce droit à l'intégrité physique permettrait la prise de mesures conservatoires visant à prévenir toute atteinte à ce dernier (désintoxication forcée de la femme enceinte par exemple) peut se poser. Si tel était le cas, il entrerait en conflit direct avec le droit de la femme à l'inviolabilité de son corps. Il faudrait alors saisir le juge pour qu'il tranche ce conflit, et, dans l'hypothèse où il ferait prévaloir le droit à l'intégrité de l'enfant conçu, cela transformerait indirectement les mesures conservatoires en mesures d'exécution forcée.

Si le recours au droit des obligations semble donner une solution assez bien établie en ce qui concerne les droits conditionnels patrimoniaux, il en va différemment pour les aspects relevant des droits extrapatrimoniaux tels le droit à la vie et le droit à l'intégrité physique¹¹³. En effet, il semble difficile d'admettre que

113. E. DELEURY et D. GOUBAU s'intéressent à la notion de condition, préc., note 9 (33), p. 27 n° 16. Ils mentionnent que la maxime « *infans conceptus* » a peut-être été remise en cause car certains auteurs (Keyserlingk, McConnell, Crépeau, Brière) ne partageraient pas « cette interprétation restrictive de la maxime qui veut que l'enfant simplement conçu est réputé né chaque fois qu'il y va de son intérêt », ajoutant que R. KOURI et S. PHILIPS-NOOTENS « estiment, en effet, qu'avec l'arrêt Tremblay c. Daigle la Cour suprême du Canada a tiré argument de l'ambiguïté des textes pour prendre position sur la difficile question de l'avortement et a rendu une décision plus politique que juridique. En ce sens, le Code civil du Québec (article 192 C.c.Q.), qui consacre explicitement la solution mise de l'avant par la Cour suprême, ne fait que perpétuer un illogisme qui consiste à reconnaître à l'enfant conçu des droits, sans lui reconnaître la qualité de personne », préc., note 9 (34), p. n° 106 note infrapaginale 23. Ils poursuivent : « Mais, ce n'est

le droit à la vie puisse être assimilé à un droit conditionnel¹¹⁴, simple droit en germe. Pourrait-on alors déduire de cette impossible qualification que le droit à la vie ne serait pas visé par la maxime « *infans conceptus* »? Mais alors, un autre obstacle surgit : comment une personne juridique pourrait-elle avoir une capacité de jouissance limitée aux seuls droits patrimoniaux, à l'exclusion du droit à la vie, alors que la capacité de jouissance, et non seulement d'exercice, est inhérente à cette dernière?¹¹⁵

Bien que la théorie de Wicker ne soit reprise de façon explicite dans aucun des textes dépouillés, on retrouve toutefois certains de ces éléments dans les hésitations des tenants de la

plus en termes d'anticipation ou de rétroactivité que la question de la personnalité juridique de l'enfant conçu est posée; c'est la qualification même de la naissance comme condition juridique qui est remise en cause » citant l'article de P.-A. CREPEAU, préc., note 9 (36), p 270. S. PHILIPS-NOOTENS dans son article critique la « condition » de la naissance : « Nous soumettons qu'il est erroné de faire intervenir dans le débat relatif à la personne de l'enfant conçu des notions propres au droit des obligations. », et préfère l'expression de Labbé d'« évènement érigé en condition », préc., note 9 (34), p. 211.

114. *Contra* M. DOUCHY-OU DOT qui écrit que « [l]e droit à la vie reste un droit conditionnel pour l'enfant conçu. La mère peut décider une interruption de la grossesse, lorsqu'elle est en état de détresse, pendant les douze premières semaines à partir de la conception (art. L 2212-1 CSP). L'intégrité morale (et de détresse) de la mère justifie le non-respect de l'intégrité physique du fœtus (avortement) », préc., note 9 (13), p. 171 n° 270. Voir *infra* note 277.

115. Si, dans le passé en France et au Canada, la peine de mort a pu mettre fin au droit à la vie, c'est à la capacité d'exercice et non de jouissance que cette sanction s'attaquait. S. PHILIPS-NOOTENS prônant la thèse de la personnalité juridique actuelle dans son article pose que « [l]a tolérance sociale au regard de l'avortement, pour ne pas dire sa consécration, fautive, à notre humble avis, la plupart des analyses récentes de droit civil portant sur le statut de l'enfant conçu : l'attribution d'une quelconque personnalité juridique impliquerait dès lors le bénéfice de droits inhérents à cette qualité, dont le droit à la vie et à la sécurité de sa personne », elle n'en déduit cependant pas une interdiction de la libre disposition de son corps par la femme qu'est l'avortement. « La reconnaissance de l'enfant sujet droit, si elle est certes incompatible avec la liberté totale de disposer de sa vie en tout temps et pour n'importe quel motif, n'est pas un obstacle absolu à toute disposition sur l'avortement », préc., note 9 (34), p. 214-215.

théorie de la personnalité juridique de l'embryon soumise à la condition résolutoire. C'est d'ailleurs pour cette raison que nous l'avons intégrée dans notre analyse, et ce, même si son ouvrage n'est pas un manuel, car elle permet de mieux cerner la pensée de ces derniers auteurs dont on a mentionné en introduction la difficulté de les classer avec certitude dans un courant précis.

Ainsi, Cornu¹¹⁶, liant vie humaine et personnalité juridique¹¹⁷, trouve toutefois qu'il serait plus simple de reconnaître la personnalité juridique actuelle à l'enfant conçu sans avoir besoin de recourir à la fiction : « [l]a reconnaissance de la personnalité à l'enfant conçu paraît plus naturelle - sans l'artifice de l'assimilation - lorsque, partant du **principe que la personnalité est liée à la vie, on reconnaît dans l'enfant conçu, un être vivant, ab ovo**. Cette explication a l'avantage d'être radicale »¹¹⁸ (ses mis en gras). La fiction ne serait pas tant de faire comme si l'enfant était né à une date antérieure à sa naissance, mais plutôt d'assimiler la conception à la naissance, ce que Cornu critique. Pour lui, l'assimilation de la conception à la naissance ne devrait pas être analysée comme une fiction mais plutôt comme une présomption¹¹⁹.

116. « L'enfant acquiert la personnalité juridique dès avant sa naissance, du seul fait de la conception : au moins dans sa primeur, plus précisément dans la mesure où son intérêt personnel le réclame. Par l'effet de ce que l'on présente volontiers comme une fiction favorable à l'enfant, le droit moderne demeure fidèle à la maxime coutumière : « *Infans conceptus pro nato habetur quoties de commodo ejus agitur* » (l'enfant conçu est considéré comme né chaque fois que tel est son intérêt) », G. CORNU, préc., note 9 (11) p. 461.

117. Selon G. CORNU, « [l]a loi consacre la personnalité juridique. Mais elle ne **l'attribue pas**, elle **la reconnaît** [...] Ce qui est sûr, c'est que la personnalité juridique des personnes physiques ne relève pas du bon vouloir du législateur. Ce n'est pas une création arbitraire. La distinction entre, d'une part, être humain et vie humaine, réalités biologiques et, d'autre part, personnalité juridique ne doit pas être exagérée. La reconnaissance légale de l'être humain et le respect que lui garantit le droit dès le début de sa vie est, d'un côté, une preuve. De son côté, la personnalité juridique n'est pas une construction artificielle, mais la consécration légale d'une donnée naturelle » (nos mis en gras), préc., note 9 (11), p. 204 n° 458.

118. G. CORNU, préc., note 9 (11) p. 205 note infrapaginale 4.

119. « C'est la présentation traditionnelle qui, en assimilant la conception à la naissance, paraît établir une fiction (alors qu'on pourrait y voir plutôt un

Au Québec, même si dans leur ouvrage commun, Kouri s'est rallié à la position de Philips-Nootens¹²⁰ qui avait opté pour une interprétation de la maxime « *infans conceptus* » fondée sur la personnalité juridique sous condition résolutoire de l'embryon¹²¹, il semble avoir été auparavant favorable à la théorie de la personnalité juridique actuelle. En effet, selon cet auteur¹²², il serait préférable de reconnaître la personnalité juridique actuelle de l'embryon, mais, contrairement à Wicker, il propose de la limiter à une acquisition des droits soumise à la modalité d'une condition résolutoire¹²³.

pari pour l'espérance, en faveur d'un heureux événement, une anticipation optimiste donc, plutôt une présomption) », G. CORNU, *id.* Sur les notions de fiction et de présomption, voir PERELMAN *supra* note 86.

120. Cette dernière écrivait, en 1993, dans un commentaire de l'affaire *Tremblay*, que l'« enfant à naître constitue réellement une entité juridique, distincte de celle de sa mère, puisque le législateur établit des rapports de droit entre lui et d'autres membres de la société juridique. Si l'enfant meurt avant ou à la naissance, sa personnalité juridique disparaît et, avec elle, la possibilité d'exercer effectivement ses droits, par exemple d'opérer à son bénéfice un transfert de patrimoine », S. PHILIPS-NOOTENS, « Être ou ne pas être une personne juridique : variation sur le thème de l'enfant conçu », dans Ernest Caparros, *Mélanges Germain Brière*, Montréal, Collection bleue, Wilson Lafleur, 1993, p. 197.

121. « *Infans conceptus* demeure une **fiction légale** qui dépend de la réalisation d'une condition pour son efficacité. Comme toute fiction, ses effets se font sentir uniquement si les **conditions de validité de la fiction** sont rencontrées. **À défaut, la fiction demeure ou devient inefficace** et l'enfant conçu n'aurait d'autre statut que celui de *pars viscerum matris* ... Qui dit condition dit rétroaction et la réalisation de la condition déciderait du sort de la fiction. Plus qu'une simple question de capacité, c'est l'existence juridique même de l'enfant conçu qui est en jeu. » (nos mis en gras), R. KOURI et S. PHILIPS-NOOTENS, *préc.*, note 9 (34), p. 113 n° 113; « Comme nous l'avons mentionné, **l'objectif de la fiction est d'anticiper les effets de la naissance** de l'enfant conçu lorsque son intérêt l'exige. **Cet intérêt n'est donc pas suspendu mais, au contraire, reconnu immédiatement**, quitte à disparaître advenant la mort du fœtus ou l'absence de viabilité à la naissance. » (nos mis en gras), *préc.*, note 9 (34), p. 114 n° 114.

122. E. DELEURY et D. GOUBAU, *préc.*, note 9 (33), p. 193 et ss.

123. « Ainsi, advenant la réalisation de la condition résolutoire, ses droits acquis, tant patrimoniaux qu'extrapatrimoniaux, disparaîtraient rétroactivement. On ne se poserait plus la question académique de savoir si l'enfant conçu est une personne. Nous saurions que cet être, quel qu'il soit, jouirait de la protection accordée par le droit positif », E. DELEURY et D. GOUBAU, *préc.*, note 9 (33), p. 195.

Ainsi, dans l'hypothèse où l'enfant conçu ne naîtrait pas vivant ou viable, seuls ses droits disparaîtraient rétroactivement, sa personnalité juridique étant définitivement acquise dès la conception¹²⁴.

Dans ce premier groupe de théories, le recours à la maxime « *infans conceptus* » ne vise qu'à régir les effets de l'absence (fiction *stricto sensu*) ou de l'existence (personnalité juridique actuelle) de la personnalité juridique de l'embryon. La maxime n'a donc pas vocation à déterminer si l'embryon a ou n'a pas la personnalité juridique.

Au contraire, le deuxième groupe de théories lie la maxime « *infans conceptus* » tant à l'acquisition de la personnalité juridique qu'au régime juridique des droits acquis par l'enfant conçu durant la période de gestation. La maxime, indirectement, va déterminer si l'embryon a ou n'a pas la personnalité juridique, et donc s'il est ou n'est pas une personne.

II. De la personnalité juridique précaire à la personnalité juridique latente : condition résolutoire vs condition suspensive

Dans leur ouvrage, Starck, Roland et Boyer distinguent clairement ces deux théories qui recourent à la maxime « *infans conceptus* » pour déterminer les conditions d'acquisition et de perte de la personnalité juridique. Ils relèvent que la maxime « *infans conceptus* » « signifierait [selon certains auteurs] que l'enfant, dès sa conception, aurait une personnalité conditionnelle que la naissance ne ferait que confirmer » (A - La personnalité sous condition résolutoire), alors que, selon d'autres interprétations, « la personnalité ne

124. À l'inverse, dans la théorie de la personnalité juridique sous condition résolutoire, autant les droits acquis que la personnalité juridique de l'enfant conçu sont amenés à disparaître en cas de réalisation de la condition de naissance non vivante ou non viable. Voir *infra* II - A. La personnalité juridique sous condition résolutoire : une personnalité précaire.

serait attribuée qu'à la naissance et l'adage la ferait remonter fictivement à la conception pour sauvegarder les intérêts de l'enfant »¹²⁵ (B - La personnalité sous condition suspensive).

Une analyse exhaustive des écrits sélectionnés montre que tous les auteurs des manuels étudiés se retrouvent dans ce deuxième groupe de théories et, de façon prédominante (vingt-neuf écrits sur trente-huit), dans celui de la personnalité juridique sous condition suspensive. Seuls Crépeau, Kouri et Philips-Nootens pour le Québec, Carbonnier, Cornu, Druffin-Brica, Encinas de Munagorri et Lhuilier, Larroumet, Starck, Roland et Boyer, Voirin et Goubeaux pour la France ont opté pour la théorie de la personnalité juridique sous condition résolutoire. Il est important de relever que la classification des auteurs n'a pas toujours été aisée, et que certains ont été rangés dans l'une ou l'autre de ces catégories plus par déduction que parce que, clairement, ils se revendiquaient de telle ou telle théorie.

Ici, la fiction ne porte plus sur un fait (la naissance), comme c'était le cas dans la théorie de la fiction *stricto sensu*, mais sur une réalité juridique qui pourra, rétroactivement, être mise en place : inexistence de la personnalité juridique (dans le cas de la réalisation de la condition résolutoire) ou acquisition de la personnalité juridique (dans le cas de la réalisation de la condition suspensive)¹²⁶. Ce groupe de théories s'appuie en effet sur la **fiction de la rétroactivité** pour reconstruire une réalité juridique qui assurera une adéquation entre le statut de l'enfant conçu et son régime juridique. Ainsi, l'effacement de la personnalité juridique de l'enfant conçu, s'il naît mort-né ou non viable (condition résolutoire), fait porter le « mensonge » sur l'inexistence de la personnalité juridique de l'enfant conçu. Au contraire, l'anticipation de la date d'acquisition de la personnalité juridique de l'enfant conçu au jour de la conception, s'il naît vivant et viable (condition suspensive), fait

125. B. STARCK, H. ROLAND et L. BOYER, préc., note 9 (27), p. 381 n° 1036.

126. R. KOURI et S. PHILIPS-NOOTENS optent ici pour une formule lapidaire : « Qui dit condition dit rétroaction et la réalisation de la condition déciderait du sort de la fiction », préc., note 9 (34), p 113 n° 113.

porter le « mensonge » sur la rétroaction de la personnalité juridique qui, jusqu'à cette date, n'existait que de façon latente¹²⁷.

Cette « reconstruction » de la réalité juridique a un impact direct sur la qualification de l'embryon. L'acquisition immédiate de la personnalité juridique (condition résolutoire) le fait entrer dans la catégorie des personnes; au contraire, l'acquisition différée de la personnalité juridique (condition suspensive) devrait conduire, en toute logique, à lui reconnaître la qualité de chose¹²⁸.

Cette reconstruction est la conséquence d'un emprunt au droit des obligations. La condition est un événement futur et incertain auquel est subordonnée la formation (condition suspensive) ou la résolution (condition résolutoire) d'une obliga-

127. F. ZENATI-CASTAING et T. REVET écrivent que « le statut de la règle "*infans conceptus*" n'en a pas moins pour effet de reconnaître une **ébauche de personnalité juridique** avant la naissance, compromis qui traduit bien l'ambivalence de la situation prénatale » (nos mis en gras), préc., note 9 (32), p. 29-30 n° 12; Ils ajoutent : « Il reste que si l'embryon et le fœtus peuvent être considérés [...] comme des **sujets de droit en gestation** » (nos mis en gras), marquant ainsi cette idée de personne en développement ou en germe, préc., note 9 (32), p. 30 n° 13. F. TERRE et D. FENOUILLET précisent que « [s]i l'embryon fécondé *in vitro* est une personne, il a, par principe, le droit à la vie [...] S'il est une personne humaine, il faut bien le considérer alors à l'image d'un enfant abandonné, ce qui renvoie à des règles de droit de toute évidence inadaptées aux embryons fécondés *in vitro*. **Ces difficultés se dissipent évidemment dans l'analyse graduelle de l'apparition de la personnalité** : même si la vie dont l'embryon humain fécondé *in vitro* est animée appelle une protection et une vigilance particulières, cet embryon n'est pas une personne juridiquement protégée, en tant que telle, par le droit, ce qui, au demeurant, n'exclut pas l'exigence d'une protection particulière apportée à l'être humain, en tant que cet être est humain. » (nos mis en gras), préc., note 9 (29), p. 23 n° 23. P.-A. CREPEAU évoque, à propos du droit conditionnel, un « droit en puissance » qui, lors de la réalisation de la condition suspensive, deviendra un droit définitif, préc., note 9 (36), p. 268. Par analogie, la personnalité étant également soumise à la condition suspensive, l'on pourrait parler de « personnalité juridique en puissance ».

128. Nous verrons, au cours des développements ultérieurs, que la classification personne/chose est parfois difficile à mettre en place.

tion¹²⁹. Cette modalité de l'obligation affecte directement l'existence ou la non-existence du droit¹³⁰, et non sa seule exigibilité¹³¹. Dans la condition suspensive, c'est la naissance de l'obligation qui est subordonnée à la survenance de l'évènement conditionnel¹³². Tant que la condition est pendante, c'est-à-dire qu'elle est attendue et que l'incertitude n'est pas levée, l'obligation n'existe pas bien que son créancier soit titulaire d'un droit conditionnel actuel¹³³. En effet, ce dernier est incomplet. Seule la réalisation de la condition pourra le consolider rétroactivement, le rendant à ce moment-là exigible. Ce n'est qu'au moment où l'obligation existe que le droit devient exigible. À l'inverse, dans la condition résolutoire, l'obligation existe bel et bien dès la formation du contrat¹³⁴. Le créancier est alors

129. En ce sens, Gérard CORNU, *Vocabulaire juridique, Ibid*, « condition », définition 2-b.

130. A. SERIAUX, préc., note 138, p. 201-202 n° 189; « En tant que modalité de l'obligation, la condition est essentiellement une réserve. Cette réserve vise l'existence même de l'obligation. », D. LUELLES et B. MOORE, préc., note 88, p. 1394, n° 2463; En ce sens également, Jean-Louis BAUDOUIN et Pierre-Gabriel JOBIN, *Les obligations*, 6^e éd. Par P.-G. JOBIN avec la collab. de Nathalie VEZINA, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2005, p. 604-605 n° 611.

131. En cela, la condition et le terme, deux modalités simples de l'obligation, diffèrent. De la condition va dépendre la naissance ou l'extinction d'une obligation; au contraire le terme, autre modalité de l'obligation, ne fait que reporter dans le temps l'exigibilité de l'obligation qui est déjà née. En ce sens : D. LUELLES et B. MOORE, préc., note 88, p. 1421-1422. n° 2503; « Le terme n'affecte en rien la création de l'obligation, il ne fait qu'en différer l'exigibilité (article 1508 C.c.Q.) », J.-L. BAUDOUIN, P.-G. JOBIN et N. VEZINA, préc., note 130, p. 589-590 n° 592.

132. D. LUELLES et B. MOORE, préc., note 88, p. 1411 n° 2489; J.-L. BAUDOUIN, P.-G. JOBIN et N. VEZINA, préc., note 130, p. 605-606 n° 612.

133. « Ce droit en pointillés, sans doute précaire et inférieur, a pourtant une existence bien réelle – et bien actuelle », D. LUELLES et B. MOORE, préc., note 88, p. 1412 n° 2490; En ce sens également S. PORCHY-SIMON, préc. note 78 n° 929; *Contra* J.-L. BAUDOUIN, P.-G. JOBIN et VEZINA pour qui « [l]e droit n'[est] pas actualisé », préc., note 130, p. 612 à 614 n° 622.

134. « Lorsque l'obligation est contractée sous condition résolutoire, elle entre immédiatement en existence même si cette existence demeure incertaine. Le créancier a donc, comme tout créancier d'une obligation pure et simple, le droit de requérir du débiteur l'exécution de l'obligation. », J.-L. BAUDOUIN, P.-G. JOBIN et N. VEZINA, préc., note 130, p. 614 n° 623. En ce sens également, D. LUELLES et B. MOORE : « [t]ant que dure l'incertitude – « *pendente conditione* » - l'obligation sous condition résolutoire est bel et bien née, et, par conséquent, déjà exigible (...) », préc., note 88, p. 1416 n° 2498.

titulaire d'un droit actuel complet dont il peut demander l'exécution¹³⁵ (exigibilité) mais ce dernier demeure soumis au risque de disparaître rétroactivement du patrimoine si la condition se réalise¹³⁶.

Pour bien comprendre les enjeux de l'application du droit des obligations à l'interprétation de la maxime « *infans conceptus* », il nous semble essentiel de rappeler l'importance des critères de naissance (vivante et viable) dans la mise en oeuvre de la maxime. En effet, le terme et la condition, qui sont deux modalités de l'obligation, ne doivent pas être confondus puisqu'ils ont un impact différent sur l'obligation, à laquelle, dans le cadre de la maxime « *infans conceptus* », la personnalité juridique de l'enfant conçu est assimilée. Le terme est un événement futur et certain dont la date de réalisation peut être inconnue. La naissance, entendue par la doctrine civiliste étudiée comme étant la séparation de l'embryon ou du fœtus du corps de la mère¹³⁷, constitue un événement certain dont la date de réalisation future est incertaine. En l'absence des critères de naissance vivante et viable, cette dernière serait constitutive d'un terme incertain (ici l'incertitude faisant référence à la date de réalisation de l'événement). Au contraire, la condition porte sur un événement futur et incertain. Ce sont les critères « vivant » et « viable » qui rendent incertaine l'existence de cet événement. La naissance vivante et viable de l'enfant constitue donc un événement dont la réalisation est soumise à une incertitude et peut dès lors reposer sur le mécanisme de la condition. Cette différence est essentielle puisque la condition affecte l'existence de l'obligation (ici cette obligation est assimilée à l'acquisition de la personnalité juridique de l'enfant conçu), alors que le terme, lui, n'a d'effet que sur le report de l'exi-

135. D. LLUELLES et B. MOORE, préc., note 88, p. 1416 n° 2498 et J.-L. BAUDOUIN, P.-G. JOBIN et N. VEZINA, préc., note 130, p. 614 n° 623.

136. François TERRE, Philippe SIMLER et Yves Lequette, *Droit civil, Les obligations*, Collection Précis Dalloz, Dalloz, 10^e éd., 2009, p. 1017. D. LLUELLES et B. MOORE parlent d'une épée de Damoclès qui pèse sur elle puisque si l'événement redouté se réalise, le droit disparaîtra, préc., note 88, p. 1416 n° 2498.

137. *Supra* note 43 et spécialement F. ZENATI-CASTAING et T. REVET, préc., note 9 (32), p. 26.

gibilité ou de l'extinction de l'obligation (seuls les effets de l'acquisition de la personnalité juridique seraient alors reportés à une date incertaine)¹³⁸. Concrètement, si l'on prend l'exemple des droits patrimoniaux, et plus précisément celui de la succession, dans le cadre du mécanisme conditionnel, l'enfant conçu ne pourra exercer que des mesures conservatoires, alors que dans la mise en oeuvre du terme, il pourra exiger des mesures exécutoires. Cette distinction, qui pourrait apparaître minime au plan pratique lorsque des droits patrimoniaux sont concernés (notamment dans la mesure où le temps de la mise en place des opérations de liquidation de la succession dépassera le terme de la durée de la grossesse), prend une importance considérable lorsque des droits extrapatrimoniaux, tels le droit à la vie ou encore le droit à l'intégrité physique, sont en cause.

Appliquée à la maxime « *infans conceptus* », la condition va agir sur l'acquisition ou la disparition de la personnalité juridique de l'enfant conçu et des droits acquis. Ainsi, tant l'existence de la personnalité juridique que les droits en découlant sont soumis à la modalité conditionnelle, cette dernière mettant en place une personnalité précaire (A) ou une personnalité latente (B).

A. La personnalité juridique sous condition résolutoire : une personnalité précaire

Dans cette théorie, l'embryon a la personnalité juridique tant que la condition résolutoire ne survient pas. L'événement conditionnel est ici la naissance non vivante et/ou viable¹³⁹ de

138. « [Dans le cas de la condition], c'est l'existence même de l'obligation qui est subordonnée à la réalisation de l'événement futur et incertain tandis que, dans le terme, l'existence de la dette ou de l'obligation n'est pas compromise par le terme, mais seule son exigibilité est retardée par la réalisation de l'événement futur qui est, en général, incertain », *Bisaillon c. Héritiers de feu Pierre Roy* [1977] C.S. 172. En ce sens également, Alain SERIAUX, *Manuel de droit des obligations*, Paris, PUF, collection Droit Fondamental, 2006, p. 201 à 205, *spec. n°* 189 et 190.

139. La naissance seule ne suffirait pas à imprimer le caractère incertain de l'événement conditionnel puisque la naissance, au moins pour l'embryon *in utero*, est un événement certain. La non-viabilité ou la mort de l'enfant

l'enfant conçu. Si l'enfant naît vivant et viable, la condition défaille et l'enfant né verra sa personnalité juridique confirmée; s'il naît mort-né ou non viable, elle se réalise, ce qui entraîne la suppression rétroactive de la personnalité juridique de l'enfant conçu. Ainsi, l'accomplissement de la fiction de rétroactivité entraîne un changement de statut de l'enfant conçu qui devient, fictivement mais automatiquement, une chose¹⁴⁰.

La personnalité juridique de l'enfant conçu n'a donc nul besoin de la réalisation de l'événement conditionnel pour exister. Dès la conception, l'enfant conçu acquiert sans condition la personnalité juridique¹⁴¹. À sa naissance, si la condition défaille, c'est-à-dire s'il naît vivant et viable, sa personnalité juridique sera confirmée. À la conception de l'enfant, sa personnalité juridique, bien qu'ayant un caractère précaire puisqu'elle est susceptible de disparaître rétroactivement en cas de survenance de l'événement conditionnel (naissance non vivante et non viable), est déjà purement et simplement acquise. L'enfant conçu dispose donc d'une capacité de jouissance inhérente à sa personnalité juridique qui lui permet d'acquérir des droits purs et simples. Mais ces droits demeurent précaires durant la gestation puisqu'ils sont soumis au risque de leur anéantissement rétroactif. En effet, dans le cas où la condition résolutoire surviendrait, par un effet domino de l'anéantissement de la personnalité juridique, les droits acquis seront effacés de la réalité juridique.

Ainsi, ayant la personnalité juridique, l'enfant conçu peut acquérir tant les droits patrimoniaux que les droits extrapatrimoniaux qui y sont attachés, droits qui sont d'ores et déjà exigibles et pourraient faire l'objet de mesures conservatoires et/ou

conçu à la naissance sont donc les événements factuels qui font de cet événement une condition.

140. Puisqu'il est réputé n'avoir jamais eu la personnalité juridique, il ne peut donc, selon la logique classificatrice du droit civil, qu'être qualifié par défaut de chose.
141. Pour P.-A. CREPEAU, « [...] l'enfant conçu et non encore né est [...] **doté, dès la conception, d'une personnalité juridique**, assujettie, toutefois, à la condition qu'il naisse vivant et viable » (nos mis en gras), préc., note 9 (36), p. 277.

d'exécution forcée¹⁴². Ce n'est qu'à la survenance de la condition résolutoire que, rétroactivement, par l'effet de la condition accomplie, la personnalité juridique, qui a existé pendant la gestation, sera fictivement effacée, et que l'on fera **comme si** elle n'avait jamais existée. Corrélativement, les droits acquis avant la survenance de la condition subiront le même sort. N'ayant plus d'assise juridique, ces droits seront considérés comme n'ayant jamais existés et les choses devront alors être remises en état¹⁴³ comme si l'enfant conçu n'avait jamais eu la personnalité juridique. Une nouvelle réalité juridique est donc construite.

Au Québec, Kouri et Philipps-Nootens prennent très clairement position dans leur manuel pour cette théorie : « [...] une fois son développement amorcé, l'enfant conçu doit accéder à la personnalité juridique, qu'il perd par la suite s'il ne naît pas vivant et viable »¹⁴⁴, le même sort étant réservé corrélativement à ses droits¹⁴⁵. Leur interprétation favorable à la thèse de la condition résolutoire s'appuie sur une critique très vive de la théorie de la personnalité juridique soumise à condition suspensive. Ils relèvent ainsi que

142. Cependant, dans cette théorie, si l'enfant conçu n'est pas touché par une incapacité de jouissance (étant une personne dotée de la personnalité juridique, il acquiert des droits), il l'est par une incapacité d'exercice. La question du titulaire de la mise en œuvre de ses droits reste posée. Voir *infra* note 247 (E. DELEURY et D. GOUBAU sur la tutelle) et nos développements *supra* note 46 et *infra* note 262 (R. KOURI et S. PHILIPS-NOOTENS sur l'article 192 C.c.Q.).

143. Par exemple, si l'enfant conçu s'était vu alloué, par l'opération du partage, un bien, celui-ci devra être restitué à la succession.

144. « N'y a-t-il pas lieu de remonter dans la chronologie du processus biologique et d'attribuer la personnalité à l'être humain conçu, à un stade ou à un autre de son développement prénatal. », R. KOURI et S. PHILIPS-NOOTENS, préc., note 9 (34), p. 93 n° 91 ou encore p. 131-132 n° 137.

145. « À l'encontre de la condition suspensive, d'autres auteurs ont suggéré de reconnaître d'emblée à l'enfant conçu la qualité de sujet de droit. Le défaut de naître ensuite vivant et viable agirait alors comme une condition résolutoire, ses droits acquis, tant patrimoniaux qu'extrapatrimoniaux, disparaissant alors rétroactivement. », R. KOURI et S. PHILIPS-NOOTENS, préc., note 9 (34), p. 106 n° 107. Ils précisent : « [c]et intérêt n'est donc pas suspendu, mais, au contraire, reconnu immédiatement, quitte à disparaître advenant la mort du fœtus ou l'absence de viabilité à la naissance », préc., note 9 (34), p. 114 n° 114.

cette dernière, faisant « rétroagir la personnalité plutôt que de l'anticiper »¹⁴⁶, crée un vide juridique : celui de l'absence de tout statut de l'enfant dans le ventre de sa mère *pendente conditione*. La théorie de la personnalité juridique sous condition résolutoire leur permet alors de régler cette incohérence juridique¹⁴⁷.

« [...] Il s'agit de reconnaître à l'enfant conçu une existence civile distincte de celle de sa mère lorsque son intérêt l'exige. Cette fiction se maintient à la condition d'être confirmée en quelque sorte par l'éventuelle naissance vivante et viable. Ce ne sont pas les droits subjectifs de l'enfant conçu qui sont conditionnels¹⁴⁸, mais plutôt l'existence juridique de leur titulaire »¹⁴⁹.

146. R. KOURI et S. PHILIPS-NOOTENS, préc., note 9 (34), p. 102-103 n° 103. Ils précisent : « [c]e point de vue soulève une objection fondamentale. [...] [L]es droits de l'enfant ne sont que potentiels et son seul intérêt actuel est de voir se réaliser la condition suspensive. L'enfant conçu ne possède aucun droit de la personnalité et ne bénéficie donc pas d'un droit à l'inviolabilité. Or, ce vide juridique est troublant, car la réalité scientifique demeure : même si elle constitue un moment crucial, la naissance n'est qu'une étape parmi d'autres dans le processus de vie », préc., note 9 (34), p. 103-104 n° 104. Ou encore : « R. Dierkens, note 21, p. 38 n° 43, s'insurge contre l'exigence de la viabilité dans les termes suivants : « "[...] la doctrine en est venu à affirmer que la personnalité juridique ne commence qu'à la naissance d'un enfant viable. Solution d'autant moins admissible qu'elle dénie implicitement tout droit à l'enfant conçu, mais non encore né viable, alors que la loi lui reconnaît explicitement la capacité de recevoir entre vifs et par testament; condition inopportune, au surplus, puisqu'elle oblige la doctrine à combler, à la naissance de l'enfant viable, le néant qu'elle a créé artificiellement, en faisant appel à une autre fiction : faire « remonter » l'existence de la personnalité juridique à l'époque de la conception" », R. KOURI et S. PHILIPS-NOOTENS, préc., note 9 (34), spécialement note infrapaginale 380.

147. « Le défaut de naître ensuite vivant et viable agirait alors comme une condition résolutoire, ses droits acquis, tant patrimoniaux qu'extrapatrimoniaux, disparaissant alors rétroactivement. », R. KOURI et S. PHILIPS-NOOTENS, préc., note 9 (34), p. 106 n° 107.

148. Dans ce cas, il serait alors question de la théorie de la personnalité juridique actuelle.

149. R. KOURI et S. PHILIPS-NOOTENS, préc., note 9 (34), p. 112 n° 111. Notons ici la critique de ces auteurs à propos de l'affaire *Daigle c. Tremblay* : « Quant au statut du fœtus, le raisonnement de la Cour suprême est à ce point critiquable que l'on peut douter de l'effet persuasif des motifs invoqués par

La remise en cause de la théorie de la personnalité juridique sous condition suspensive, ainsi que l'usage de l'expression « confirmer la personnalité juridique », nous permettent de classer ces auteurs dans la théorie de la condition résolutoire.

Crépeau semble aussi opter pour cette théorie, même si sa position n'apparaît pas aussi clairement que celle des précédents auteurs. Si, d'après lui, la maxime « *infans conceptus* » crée une réalité juridique qui peut être contraire à la réalité biologique et s'impose à l'interprète¹⁵⁰, « [d]epuis l'insertion de l'article 18 du Code civil » en 1971¹⁵¹, la situation a changé dans le droit québécois. Pour cet auteur, « [c]ette nouvelle disposition ajoutait, au fondement d'une fiction juridique, le fondement d'une réalité biologique que l'ignorance des siècles passés avait pu occulter, mais que les progrès des sciences et techniques ont rendues objectivement "visibles" et partant, "irrécusables" »¹⁵². Ainsi, la personnalité juridique de l'enfant conçu serait une réalité à la fois biologique et juridique. Cet argument « naturaliste » est d'ailleurs souvent repris par les tenants de la théorie de la personnalité juridique soumise à la condition résolutoire. Crépeau écrit ainsi :

Il est tenu pour déjà né : donc par l'effet de la loi, il possède, comme l'enfant déjà né, une **existence civile**, à laquelle l'interprète, en toute rigueur intellectuelle, doit donner effet. Et c'est précisément parce que le fœtus (ou l'embryon – nos ajoutés) est **réputé né**, comme l'est en fait l'enfant né vivant et viable, qu'il jouit comme ce dernier de

les juges unanimes. Parce que les droits du fœtus n'existent que sous condition suspensive, il y a renonciation implicite à toute tentative de le personnaliser. », préc., note 9 (34), p. 115-116 n° 116.

150. « Il n'est pas **effectivement** né, mais il l'est **juridiquement** » (nos mis en gras), P.-A. CREPEAU, préc., note 9 (36), p. 258-259.

151. Cet article disposait que « [t]out être humain possède la personnalité juridique ».

152. P.-A. CREPEAU, préc., note 9 (36), p. 277.

droits civils conformément à la maxime [...] (nos mis en gras)¹⁵³.

Doté de la personnalité juridique et titulaire de droits subjectifs, l'enfant conçu bénéficie alors de la pleine protection de ses droits. Crépeau assure à cette protection, conséquence de la personnalité juridique reconnue à l'enfant conçu, une portée générale puisqu'elle ne se trouve pas limitée aux seuls droits patrimoniaux et peut ainsi s'étendre aux droits extrapatrimoniaux¹⁵⁴.

Nootens¹⁵⁵, dans son article commentant l'affaire *Tremblay*, met explicitement en œuvre la théorie de la personnalité juridique sous condition résolutoire. Elle relève également que l'« enfant à naître » constitue réellement une entité juridique, distincte de celle de sa mère, puisque le législateur établit des rapports de droit entre lui et d'autres membres de la société juridique. « Si l'enfant meurt avant ou à la naissance, sa personnalité juridique disparaît et, avec elle, la possibilité d'exercer effectivement ses droits, par exemple d'opérer à son bénéfice un transfert de patrimoine »¹⁵⁶.

153. P.-A. CREPEAU, préc., note 9 (36), p. 259.

154. Selon P.-A. CREPEAU, la maxime « *infans conceptus* » a une portée générale et concerne tant les intérêts patrimoniaux qu'extrapatrimoniaux de l'enfant conçu, préc., note 9 (36), p. 272.

155. S. PHILIPS-NOOTENS écrit : « Doté de la capacité de jouissance de droits, l'enfant conçu peut en exiger le respect par le biais des mesures conservatoires prises par son représentant. L'étape de la naissance franchie avec succès, il progresse dans la vie juridique, passant de l'état d'enfant à naître à l'état de mineur, devenant apte à exercer ses droits par son ou ses tuteurs, en attendant de devenir un majeur doté de la pleine capacité. », préc., note 9 (34), p. 212.

156. S. PHILIPS-NOOTENS, préc., note 9 (34), p. 213.

En France, sept ouvrages peuvent être rangés dans ce courant de pensée : ceux de Carbonnier¹⁵⁷, Cornu¹⁵⁸, Druffin-Bricca¹⁵⁹,

-
157. « La naissance n'est pas toujours la condition **nécessaire** de la personnalité. Celle-ci **préexiste** à la naissance, en ce sens que l'enfant simplement conçu, quoique non encore né, est déjà **apte à être sujet** de droit, notamment à hériter. » (nos mis en gras), J. CARBONNIER, préc. note 9 (10), p. 33.
158. « Naître vivant, naître viable, c'est à ces deux condition cumulatives qu'est subordonnée la **confirmation** de la personnalité juridique. » (nos mises en gras), G. CORNU, préc., note 9 (11), p. 208 n° 462. Certaines expressions utilisées nous ont laissées à penser que l'auteur s'insérerait peut-être dans le courant de personne actuelle. En effet, évoquant les droits de l'enfant conçu, il précise que seuls leurs effets seront « suspendus » à l'exigence de viabilité. Cette explication qui repose sur l'idée d'une personnalité juridique qui « ne peut être plénière » renvoie à la théorie de la personnalité juridique actuelle dont seuls les droits sont soumis à la condition suspensive de naissance vivante et viable. « Ainsi voit-on comment, une **vocation prénatale certaine en son principe** (la vocation successorale de l'enfant conçu ou sa capacité à recevoir à titre gratuit) est cependant *suspendue*, dans sa réalisation, à l'évènement, à l'avènement qui la *confirme* : la naissance à l'état de viabilité » (ses gras et nos italiques), G. CORNU, préc., note 9 (11), p. 206 n° 461.
159. « La personnalité est acquise par la naissance mais celle-ci n'est (...) **pas nécessaire** » (nos mis en gras), S. DRUFFIN-BRICCA, préc., note 9 (14) p. 53.

Encinas de Munagorri et Lhuilier¹⁶⁰, Larroumet¹⁶¹, Starck, Roland et Boyer¹⁶² et enfin Voirin et Goubeaux¹⁶³.

-
160. R. ENCINAS DE MUNAGORRI et G. LHUILIER mentionnent que « l'enfant conçu est considéré comme une personne dès qu'il y va de son intérêt » et écrivent : « [U]n enfant en gestation (peut) recueillir une succession [...] dont il pourra bénéficier effectivement au jour de sa naissance », l'exigibilité serait alors reportée à la naissance, ce qui est plutôt conforme à la théorie de la personnalité juridique sous condition suspensive, R. ENCINAS DE MUNAGORRI et G. LHUILIER, préc., note 9 (15), p. 23.
161. C. LARROUMET par exemple : « La personnalité juridique est reconnue à l'individu non pas à dater de sa naissance, mais bien à dater de sa conception », préc., note 9 (22), p. 200 n° 321; ou encore : « On pourrait considérer qu'il s'agit là (la personnalité juridique) d'une institution artificielle puisque le fœtus ne peut pas entrer en relation sociale. Cependant, il ne s'agit pas d'une institution si artificielle, à partir du moment où elle est calquée sur la vérité biologique, puisque la vérité biologique impose de considérer que, dès qu'il y a conception, il y a **plus qu'une simple éventualité d'être humain** », p. 201 n° 321bis; et aussi : « la règle *infans conceptus* a seulement pour objet **d'attribuer à l'enfant des droits** [et non des droits conditionnels] **qui ont été créés avant sa naissance** » (nos mis en gras), p. 201 n° 321bis; et enfin : « Une argumentation fondée sur l'existence de la personnalité juridique avant la naissance sous condition de viabilité entraînerait à considérer que, **s'il** n'y a pas eu de naissance, il n'y a **jamais** eu non seulement de personnalité juridique, mais encore de personnalité humaine. » (nos mis en gras), p. 205. Par contre, lorsqu'il explique que « [p]arce que la personnalité juridique **n'est attribuée** avant la naissance **que sous** la condition de viabilité », cette analyse laisserait à penser que la condition de la naissance est nécessaire, ce qui est plus conforme à la théorie de la condition suspensive (nos mis en gras), p. 204 n° 312 ter.
162. Il a été particulièrement difficile de classer ces trois auteurs. En effet, après avoir souligné l'existence des deux théories reposant sur la personnalité juridique conditionnelle (suspensive et résolutoire), B. STARCK, H. ROLAND et L. BOYER ne tranchent pas. Tout au plus mentionnent-ils que « pendant la durée de la grossesse, le père venant à décéder, l'enfant recueille sa succession », préc., note 9 (27), p. 382 n° 1036; ou encore : « Le prolongement logique de la règle *infans conceptus* [...] serait de reconnaître que la personnalité juridique commence avec le déclenchement du processus vital, c'est à dire dès la conception », p. 382 n° 1037; et enfin : « la naissance n'est pas toujours la condition **nécessaire** de la personnalité » (nos mis en gras), p. 381 n° 1036. Ces éléments laissent à penser que ces auteurs se situent dans la théorie de la condition résolutoire.
163. « La personnalité de l'enfant né vivant et viable rétroagit dans son intérêt à la date de sa conception. [...] De plus, cette personnalité n'est **confirmée** que si l'enfant naît vivant et viable; dans le cas contraire, la personnalité

Ces auteurs constatent que l'embryon, à tout le moins *in utero*¹⁶⁴, est doté de vie humaine¹⁶⁵, ce qui permet de le distinguer de sa mère et rend ainsi le critère de la naissance vivante inutile¹⁶⁶.

est censée n'avoir jamais existé. » Si le terme de « rétroagir » laisse à penser que ces auteurs optent pour la condition suspensive, celui de « confirmée » et le fait que la personnalité ait existé, peuvent laisser entendre qu'ils optent pour la condition résolutoire (nos mis en gras), P. VOIRIN et G. GOUBEAUX, préc., note 9 (31), p. 70 n° 95. « L'interruption volontaire de grossesse (avortement) ne fait pas disparaître une personne, puisque le fœtus (enfant conçu) ne naîtra pas vivant et viable, mais **elle prive l'enfant conçu de la possibilité de voir confirmer sa personnalité provisoire** » fait pencher pour celle de la condition résolutoire (nos mis en gras), P. VOIRIN et G. GOUBEAUX, préc., note 9 (31), p. 70 n° 96.

164. L'embryon *ex utero* en France n'a pas été qualifié d'être humain par le conseil constitutionnel (Décision n° 94-343/344 DC du 27 juillet 1994 sur *Loi relative au respect du corps humain* et la *Loi relative au don et à l'utilisation des éléments et produits du corps humain, à l'assistance médicale à la procréation et au diagnostic prénatal*, préc., note 30). Il n'est donc pas protégé par le régime objectif de la personne humaine mais par des dispositions de protection spéciale.

165. Voir à titre indicatif : J. CARBONNIER, pour qui la vie préexiste à la naissance en vertu d'une donnée naturelle, préc., note 9 (10), p. 33 n° 13; C. LARROUMET qui parle de la « vérité biologique », préc., note 9 (22), p. 201 n° 321 et P.-A. CREPEAU qui mentionne « la reconnaissance de la dignité inhérente à toute vie humaine » (ce qui nous fait penser qu'il renvoie au régime objectif de la personne humaine) et la difficile conciliation des intérêts de l'enfant conçu et de sa mère, préc., note 9 (36), p. 277.

166. J. CARBONNIER, préc. note 9 (10), *supra* note 157; S. DRUFFIN-BRICCA, *supra* note 159; B. STARCK, H. ROLAND et L. BOYER, *supra* note 162. *Contra*, F. ZENATI-CASTAING et T. REVET, qui se rangent dans les tenants de la personnalité juridique soumise à condition suspensive, et pour qui « l'existence juridique est la conséquence de l'avènement d'un intérêt distinct par le fait qu'un être se dissocie – sens premier du mot naissance – de la personne qui l'a créé ». préc., note 9 (32), p. 26 n° 9. Or, selon eux : « La procréation ne suffit pas à engendrer une personne humaine et, partant, une personne juridique. Le droit se fait ici, le reflet de la nature. L'embryon ou le fœtus font partie de la mère et participent donc d'une personne préexistante, dont ils ne se distinguent pas. Ce n'est que par la séparation matérielle consécutive à l'expulsion liée à l'accouchement que l'enfant devient un être distinct et, par suite, une personne juridique. », préc., note 9 (32), p. 27 n° 9.

Partant, à l'instar des tenants de la condition suspensive¹⁶⁷, du postulat que la personnalité juridique est reconnue à tout être humain¹⁶⁸ et faisant le lien entre être humain et vie humaine, ces auteurs, à l'exception de Carbonnier¹⁶⁹, en déduisent que l'enfant

-
167. Ce postulat est partagé par les tenants de la personnalité sous condition suspensive, tels que : A. BATTEUR : « Tout être humain a nécessairement la personnalité juridique », préc., note 9 (3), p. 12 n° 10; Y. BUFFELAN-LANORE et V. LARRIBAU-TERNEYRE : « Les personnes physiques sont constituées exclusivement par les êtres humains [...]. Tout être humain est une personne juridique », préc., note 9 (9), p. 275, n° 736; J. BONNARD : « [e]n somme, il existe un décalage complet entre le commencement biologique de la vie et le commencement de la personnalité juridique de l'être humain », préc., note 9 (7) p. 158; P. COURBE : « [T]out être humain a la personnalité juridique : du seul fait de son existence », préc., note 9 (12), p. 6; M. DE JUGLART, A. PIEDELIEVRE et S. PIEDELIEVRE : « Le simple bon sens veut que la personnalité juridique suive la vie de l'être humain », préc., note 9 (21), p. 86 n° 100; T. GARE : « La capacité de jouissance est systématiquement reconnue, aujourd'hui à tout être humain », préc., note 9 (17), p. 52; J. MAZEAUD et F. CHABAS : « [d]epuis la suppression de l'esclavage dans nos colonies en 1848 et de la mort civile en 1854, tout être humain a la personnalité juridique », préc., note 9 (24), p. 1; E. DELEURY et D. GOUBAU : « Tout être humain vivant possède la personnalité juridique », préc., note 9 (33), p. 1 n° 1. Nous reviendrons dans la deuxième partie de l'article sur la définition du terme « être humain » par le législateur et la jurisprudence et son incidence sur la doctrine. *Contra* S. GJIDARA-DECAIX : « La qualité d'être humain de l'embryon ne fait de lui ni une personne juridique (...) », préc., note 9 (19), p. 65.
168. G. CORNU : « La personnalité juridique est reconnue par la loi civile à tout être humain », préc., note 9 (11), p. 204; S. DRUFFIN-BRICCA : « [t]ous les êtres humains ont la personnalité juridique », préc., note 9 (14), p. 53; R. ENCINAS DE MUNAGORRI et G. LHUILIER : « De nos jours, tous les êtres humains bénéficient de la personnalité juridique », préc., note 9 (15), p. 22; R. KOURI et S. PHILIPS-NOOTENS font aussi cette association tout en s'interrogeant sur le moment où le « [p]roduit de la conception doit être considéré comme être humain », préc., note 9 (34), n° 92.
169. Pour J. CARBONNIER, si «[...] la maxime *infans conceptus* s'inspire d'une donnée naturelle : la vie préexiste à la naissance », on ne peut toutefois pas en déduire que la personnalité juridique existerait dès le commencement de cette dernière. « Suffit-il de la vie pour fonder la personnalité? Sans se prononcer sur ce point, la loi déclare garantir le respect de tout être humain dès le commencement de la vie. [...] Ce sont les textes qui ont permis l'interruption volontaire de la grossesse (interruption volontaire de grossesse). [...] Le respect de la vie n'équivaut pas à une reconnaissance formelle de la personnalité ». Il s'interroge sur la portée de l'article 16 C.c.F.,

conçu *in utero* a la personnalité juridique. Ainsi, ayant un intérêt distinct (personnalité juridique)¹⁷⁰ et une vie distincte (personne humaine)¹⁷¹, l'embryon est, d'après leur interprétation, une personne dès la conception et, en aucun cas, ne pourrait être assimilé à une chose¹⁷².

-
- sans trancher lorsqu'il écrit que « [l]a loi garantit le respect de l'être humain dès le commencement de sa vie. Mais quand sa vie commence-t-elle? Les uns entendent dès la conception, les autres après dix semaines seulement », J. CARBONNIER, préc. note 9 (10), p. 33 et 34. Il oppose « [l]e droit de la femme à se libérer, le droit de l'enfant à vivre », préc., note 9 (10), p. 41.
170. « En d'autres mots, il s'agit de reconnaître à l'enfant conçu une existence civile distincte de celle de sa mère lorsque son intérêt l'exige. », R. KOURI et S. PHILIPS-NOOTENS, préc., note 9 (34), p. 113 n° 112; « La maxime *infans conceptus* est une mesure temporaire en vue de sauvegarder l'intérêt de l'enfant en gestation », R. KOURI et S. PHILIPS-NOOTENS, préc., note 9 (34), p. 132 n° 138; P.-A. CREPEAU évoque les intérêts parfois opposés de la mère et de l'enfant conçu, préc., note 9 (36), p. 177. Voir à l'inverse, J. CARBONNIER qui explique que « [p]ar l'accouchement, dont la section du cordon ombilical marque le terme, l'enfant, jusque-là *pars viscerum matris*, devient une personne distincte. », préc., note 9 (10), p. 32.
171. Ainsi B. STARCK, H. ROLAND et L. BOYER posent que seul le fœtus viable serait une personne humaine et donc doté de la personnalité juridique; ils écrivent que l'article 16 C.c.F. « dispose que la loi garantit le respect de l'être humain dès le commencement de sa vie, sans viser la personne humaine » et qu'il résulte des travaux parlementaires que « si l'être humain peut exister sans être personne humaine, c'est-à-dire que la personnalité juridique ne remonte pas à la conception » (retranscription exacte), préc., note 9 (27), p. 383 n° 1038; enfin ils font référence à la possibilité d'une acquisition graduelle de la personnalité juridique qui n'existerait qu'au moment de la personne humaine (qui serait octroyée au fœtus « formé et animé »), préc., note 9 (27), p. 384 n° 1040. Pour R. KOURI et S. PHILIPS-NOOTENS, la personnalité juridique et la personne humaine sont concomitantes lorsqu'ils mentionnent « [l]a personne humaine, de son vivant titulaire de droits et d'obligations. », préc., note 9 (34), p. 140 n° 133.
172. « De la conception jusqu'à la naissance, la gestation d'un enfant *in utero* est un processus dynamique qui progresse à un rythme inéluctable dicté par des règles de la nature. C'est pourquoi, une fois son développement amorcé, l'enfant conçu **doit** accéder à la personnalité juridique, qu'il perd par la suite s'il ne naît pas vivant et viable. » (nos mis en gras), R. KOURI et S. PHILIPS-NOOTENS, préc., note 9 (34), p. 131-132 n° 137.

Pour tous les auteurs des manuels de droit français comme québécois appartenant à ce courant, la condition du vivant pré-existe au terme que constitue la naissance, et c'est pour cette raison que la date de la conception, qui marque le début de la vie anténatale, est si importante¹⁷³. Les données biologiques prévalant, la conception équivaut alors à la fécondation. Ainsi, pour Cornu,

[d]ire que la personnalité s'acquiert à la naissance est un raccourci historique ("les hommes naissent libres et égaux"). C'est la vie (fait biologique) qui, en vérité, gouverne la personnalité (de son commencement à sa fin). Il devient essentiel de préciser à partir de quel moment et à quelles

173. J. CARBONNIER pour qui « [l]a vie préexiste à la naissance », préc., note 9 (10), p. 33 n° 13; et qui reprend l'argument favorable à la personnalité juridique acquise *ab ovo*, préc., note 9 (10), p. 40 n° 15. C. LARROUMET estime que « [l]e droit subjectif qui peut naître au profit d'un enfant est censé entrer dans son patrimoine au jour de la conception et non pas au jour de la naissance », préc., note 9 (22), p. 200-201 n° 321. R. KOURI et S. PHILIPS-NOOTENS écrivent : « Or, ce vide juridique est troublant, car la réalité scientifique demeure : même si elle constitue un moment crucial, la naissance n'est qu'une étape parmi d'autres dans le processus de vie. », préc., note 9 (34), p. 103 n° 104. « La reconnaissance de la personnalité juridique de l'enfant conçu permet à elle seule de rendre compte de façon satisfaisante de la situation de celui-ci en droit civil. (...) Elle conduit à calquer le *continuum* juridique sur celui de la vie humaine ». Il faut noter que pour les tenants de la condition juridique soumise à condition suspensive, la vie peut aussi représenter le début de la personnalité juridique, R. KOURI et S. PHILIPS-NOOTENS, préc., note 9 (34), p. 212. Voir E. DELEURY et D. GOUBAU pour qui, « [m]ême si l'article 1 du Code civil et l'article 1 de la Charte québécoise se contentent de dire que *l'être humain* possède la personnalité juridique, il est clair que cette personnalité commence et disparaît avec la vie. Le droit ne définit pas le concept de vie. Il se contente plutôt d'en saisir les deux extrêmes : la naissance et la mort de la personne. », préc., note 9 (33), p. 11 n° 1; Voir aussi Y. BUFFELAN-LANORE et V. LARRIBAU-TERNEYRE : « Fort de sa conformité à la nature [au droit naturel], ce principe de droit positif gouverne l'acquisition et la perte de la personnalité juridique. La loi consacre la personnalité juridique. Mais elle ne l'attribue pas, elle la reconnaît... Ce qui est sûr, c'est que la personnalité juridique des personnes physiques ne relève pas du bon vouloir du législateur. Ce n'est pas une création arbitraire », préc., note 9 (9), p. 204; *Contra* J. BONNARD : « En somme, il existe un décalage complet entre le commencement biologique de la vie et le commencement de la personnalité juridique de l'être humain. », préc., note 9 (7), p. 158.

conditions un être peut être reconnu en vie, et donc comme une personne. La reconnaissance de la vie et l'acquisition de la personnalité : 1) remontent à la conception de l'enfant; 2) sont subordonnées à la condition que l'enfant naisse vivant et viable¹⁷⁴.

Larroumet abonde aussi en ce sens lorsqu'il énonce que « la personnalité juridique est reconnue à l'individu non pas à dater de sa naissance, mais bien à dater de sa conception »¹⁷⁵.

Pour Carbonnier¹⁷⁶, Cornu¹⁷⁷, Larroumet¹⁷⁸ ainsi que Starck, Roland et Boyer¹⁷⁹, le régime protecteur de la personne humaine coïncide avec celui de la personnalité juridique, alors que Voirin et Goubeaux distinguent justement personne juridique et personne humaine. Pour ces derniers, « il apparaît que la vie humaine est une

174. C. LARROUMET, préc., note 9 (22), p. 205 n° 322.

175. C. LARROUMET, préc., note 9 (22), p. 200 n° 321.

176. « La maxime *infans conceptus* ... s'inspire d'une donnée naturelle : la vie préexiste à la naissance. La biologie moderne enseigne qu'elle existe dès l'instant de la fécondation ou presque. Dans les semaines qui suivent, l'enfant à venir est à l'état d'embryon; à l'état de fœtus dans les mois qui précèdent l'accouchement. Suffit-il de la vie pour fonder la personnalité? Sans se prononcer sur ce point, **la loi déclare garantir le respect de tout être humain dès le commencement de la vie** [...]. Le respect de la vie n'équivaut pas à une reconnaissance formelle de la personnalité » (nos mis en gras), J. CARBONNIER, préc. note 9 (10), p. 33.

177. Selon G. CORNU, l'article 16-1 inséré suite à l'adoption de la loi de bioéthique du 29 juillet 1994 « proclame donc que le respect de l'être humain, comme la personnalité, commence avec sa vie. », préc., note 9 (11), p. 205 n° 461.

178. Pour C. LARROUMET, « **[p]arce que** la personnalité juridique n'est attribuée avant la naissance que sous la condition de viabilité, on ne saurait admettre que la personne humaine existe avant de naître si elle ne naît pas. », préc., note 9 (22), p. 204 n° 321 *ter*.

179. B. STARCK, H. ROLAND et L. BOYER écrivent que « le prolongement logique de la règle *infans conceptus* ... serait de reconnaître que la personnalité juridique commence avec le déclenchement du processus vital, c'est à dire dès la conception. », préc., note 9 (27), p. 382 n° 1037; puis, commentant la décision du Conseil constitutionnel, ils posent qu'en vertu du droit positif (notamment de la loi Veil) une telle analyse n'est pas possible car « [s]i l'être humain peut exister sans être personne humaine, c'est dire que la personnalité juridique ne remonte pas à la conception. », préc., note 9 (27), p. 384 n° 1039.

valeur en soi, à laquelle le droit accorde une certaine protection, indépendamment de l'attribution de la personnalité juridique proprement dite »¹⁸⁰. En effet, « [c]ette personnalité n'est confirmée que si l'enfant naît vivant et viable; dans le cas contraire, la personnalité est censée n'avoir jamais existée »¹⁸¹. Il en découle que « [l']interruption volontaire de grossesse (avortement) ne fait pas disparaître une personne, puisque le fœtus (enfant conçu) ne naîtra pas vivant et viable, mais elle prive l'enfant conçu de la possibilité de voir confirmer sa personnalité provisoire »¹⁸².

Les droits acquis par l'enfant conçu, sujet de droit précaire¹⁸³, sont soumis à la même précarité. En vertu de la fiction *lato sensu* mise en œuvre par la maxime « *infans conceptus* », l'enfant conçu jouit d'une capacité juridique (capacité de jouissance) provisoire, qui ne sera confirmée que si la condition (naissance non vivante ou non viable) défaille. Les droits seront également confirmés au moment de la défaillance de cette condition. De provisoires, ils deviendront définitifs¹⁸⁴. Tout se passe comme si les droits acquis ne l'avaient pas été sous condition. Au contraire, si l'événement déclencheur de la condition résolutoire se produit, la personnalité juridique et les droits acquis disparaîtront rétroactivement¹⁸⁵.

180. P. VOIRIN et G. GOUBEAUX, préc., note 9 (31), p. 67 n° 87.

181. *Id.*, p. 70 n° 95.

182. *Id.*, p. 70 n° 96.

183. R. KOURI et S. PHILIPS-NOOTENS poussent cette notion du sujet de droit précaire à son paroxysme : « Il nous semble pourtant que le respect que l'on doit à tout être humain vivant plaide en faveur d'une **reconnaissance de la personnalité juridique de l'enfant non viable avant sa mort, aussi temporaire ou conditionnelle** qu'elle puisse être. L'existence humaine, et donc l'existence juridique du nouveau-né, s'oppose à la réification de celui-ci, tant que sa mort n'est pas confirmée. » (nos mis en gras), préc., note 9 (34), p. 100 et 101 n° 101.

184. LUELLES et B. MOORE, préc., note 88, p. 1417 n° 2499; J.-L. BAUDOUIN, P.-G. JOBIN et N. VEZINA parlent d'acquisition d'un « caractère de certitude », préc., note 130, p. 618 n° 627; S. PORCHY-SIMON explique que « plus aucune incertitude n'existe désormais sur sa pérennité », préc., note 78, p. 449 n° 938; A. SERIAUX, préc., note 138, p. 202 n° 189.

185. D. LUELLES et B. MOORE, préc., note 88, p. 1417-1418 n° 2500; J.-L. BAUDOUIN, P.-G. JOBIN et N. VEZINA, préc., note 130, p. 618 n° 627; S. PORCHY-SIMON évoque « la disparition rétroactive de l'obligation », préc., note 78, p. 449 n° 938; A. SERIAUX, préc., note 138, p. 202 n° 189.

Larroumet écrit ainsi, sans faire référence à des droits conditionnels, que « le droit subjectif qui peut naître au profit d'un enfant est censé entrer dans son patrimoine au jour de la conception et non pas au jour de la naissance. [...] Mais si l'enfant ne naît pas viable, **les droits** qui auront pu lui être **attribués avant sa naissance seront censés n'avoir jamais existé à son profit** » (nos mis en gras)¹⁸⁶.

Comme nous l'avons déjà mentionné, dans l'attente de la réalisation ou de la défaillance de l'événement conditionnel, les droits de l'enfant conçu pourront être protégés et mis en œuvre par ses tuteurs. Ainsi, concernant les droits patrimoniaux, le bien ou la somme d'argent objet d'un legs, d'une donation ou d'une assurance-vie pourront être octroyés à l'enfant conçu avant sa naissance. La liquidation de la succession pourra être réalisée. Évidemment, si la condition se réalise, ces droits disparaîtront rétroactivement et les biens seront restitués. Pour ce qui est des droits extrapatrimoniaux, en théorie, la personnalité juridique sous condition résolutoire devrait permettre à l'enfant conçu d'exercer en justice, avant sa naissance, les droits à réparation du préjudice causé par le décès de son père puisque, étant doté de la personnalité juridique, il dispose d'un intérêt actuel à ester en justice. Le traitement de la question du droit à la vie est encore plus préoccupant. En effet, tant la personnalité juridique que les droits de l'enfant conçu sont, dès la conception, parfaits. Il en résulte qu'en toute logique, bien qu'ils puissent être remis en cause par la fiction de la rétroactivité (résolution suite à la survenance de la condition), ces droits tant patrimoniaux qu'extrapatrimoniaux n'en demeurent pas moins exigibles *pendente conditione*. En conséquence, des mesures d'exécution forcée, telle la contrainte par corps d'une femme enceinte que l'on empêcherait de disposer

186. C. LARROUMET, préc., note 9 (22), p. 201, n° 321. À titre d'exemple, il relève : « Ainsi, supposons que le père d'un enfant conçu soit décédé avant la naissance de ce dernier. Si la personnalité juridique peut être attribuée à dater de la conception et avant la naissance, l'enfant pourra faire valoir un droit à indemnité contre l'auteur responsable de l'accident qui a causé la mort du père. Il en va de même en ce qui concerne sa qualité de successible de son père décédé. On va supposer que l'enfant conçu va naître viable », *ibid.*

librement de son corps en recourant à des mesures coercitives qui lui interdiraient de se droguer ou d'avorter, seraient envisageables pour protéger le droit à la vie de l'enfant conçu.

Cependant, les tenants de ce courant interprétatif ont évité d'appréhender cette question sous cet angle. Ils justifient la décriminalisation de l'avortement par un choix sociétal, « politique »¹⁸⁷ qui poserait que le droit à l'inviolabilité et à l'autonomie de la femme prévaudrait sur le droit à la vie et à la santé de l'embryon¹⁸⁸. Pour

187. R. KOURI et S. PHILIPS-NOOTENS sur Tremblay, préc., note 9 (34) p. 112, n° 110.

188. B. STARCK, H. ROLAND et L. BOYER : « La femme règle souverainement le produit de la conception; elle est seule juge de l'état de détresse justifiant l'avortement [...] n'ayant pas à consulter le père de façon impérative. », préc., note 9 (27) p. 383 n° 1037 et : « le droit arbitraire de la mère sur son fruit cesse à la 11^e semaine qui marque le passage du stade embryonnaire au stade fœtal. », préc., note 9 (27), p. 383 n° 1038. Il semble que pour ces auteurs, la maxime « *infans conceptus* » ne s'applique qu'au fœtus. « Au lien organique des premières semaines entre la femme et l'embryon réalisant une unité biologique en faveur de la mère, succède un binôme femme-fœtus consacrant une certaine autonomie de la vie intra-utérine. Ce qui est certain, c'est que la maxime "*infans conceptus*", neutralisée les dix premières semaines par le droit de l'avortement, retrouve son empire. », *id.*; R. KOURI et S. PHILIPS-NOOTENS précisent que « [l]e droit à l'inviolabilité de la femme comporte non seulement l'élément de protection, mais également celui d'autonomie (et même un droit de disposition dans certains cas). La femme enceinte possède maintenant le droit de faire supprimer l'embryon ou le fœtus. Et en dehors du contexte de l'avortement, il est possible d'imaginer d'autres situations où le droit à la vie et à la santé de l'enfant conçu se trouve en conflit avec la liberté de la mère de vivre selon son bon vouloir. S'il fallait admettre ce point de vue, que ferait-on des situations où l'intérêt de l'enfant *in utero* et celui de la mère divergent? Pourrait-on obliger cette dernière à porter l'enfant à terme à cause des « droits acquis » de celui-ci? Ou au contraire, le droit à l'avortement aurait-il pour effet d'effacer les prétendus droits du fœtus? Il semblerait que non car "les règles d'acquisition de la personnalité juridique restent les mêmes en droit civil, mais [que] la voie d'accès à cette personnalité n'est plus protégée par le droit pénal". Dans la hiérarchie des valeurs de notre société, l'on ne pourrait plus donner préséance au droit à la vie du fœtus au détriment de la liberté de la femme de mettre fin à sa grossesse, voire de préserver son mode de vie habituel. », préc., note 9 (34), p. 108 n° 108. J. CARBONNIER lui aussi envisage l'avortement comme mettant en opposition deux droits subjectifs : « droit de la femme à se libérer, droit de l'enfant à vivre », préc., note 9 (10)

Kouri et Philips-Nootens, cette autonomie ne pourrait valoir que pour la femme majeure, et il serait dès lors possible, dans le cas d'une femme portant un embryon en son sein qu'elle soit majeure inapte ou mineure d'un certain âge¹⁸⁹, de la contraindre à adopter une conduite particulière en vue de s'assurer de la bonne santé de l'enfant conçu à sa naissance¹⁹⁰.

p. 41 (l'on peut noter ici l'usage de l'expression « enfant » au lieu de celle d'« enfant conçu »).

189. En France et au Québec, une mineure peut décider seule d'avorter. L'âge ne semble pas précisé pour la France et est de 14 ans pour le Québec. Voir les articles 14 et 17 C.c.Q. Pour la France, voir l'article L2212-7 du Code de la santé publique qui précise que « [s]i la femme est mineure non émancipée, le consentement de l'un des titulaires de l'autorité parentale ou, le cas échéant, du représentant légal est recueilli. Ce consentement est joint à la demande qu'elle présente au médecin en dehors de la présence de toute autre personne. Si la femme mineure non émancipée désire garder le secret, le médecin doit s'efforcer, dans l'intérêt de celle-ci, d'obtenir son consentement pour que le ou les titulaires de l'autorité parentale ou, le cas échéant, le représentant légal soient consultés ou doit vérifier que cette démarche a été faite lors de l'entretien mentionné à l'article L. 2212-4. Si la mineure ne veut pas effectuer cette démarche ou si le consentement n'est pas obtenu, l'interruption volontaire de grossesse ainsi que les actes médicaux et les soins qui lui sont liés peuvent être pratiqués à la demande de l'intéressée, présentée dans les conditions prévues au premier alinéa. Dans ce cas, la mineure se fait accompagner dans sa démarche par la personne majeure de son choix. »

190. R. KOURI et S. PHILIPS-NOOTENS, préc., note 9 (34), p. 110 note infrapaginale 434. Cet argument semble valable au moins en ce qui concerne la personne majeure et apte. Dans le cas des mineures, ce principe n'est pas aussi absolu : « La société québécoise reconnaît la nécessité d'intervenir auprès d'une personne qui n'a pas atteint l'âge de dix-huit ans, alors qu'elle apparaîtra sans moyens à l'égard d'une personne ayant un âge supérieur à dix-huit ans vivant les mêmes conditions qui auront des conséquences aussi graves pour le fœtus, mais qui refusera de recevoir de l'aide. Les distinctions propres à ces deux situations sont que l'absence de volonté de la femme enceinte mineure de s'engager dans un processus de réadaptation sera suppléée par une décision judiciaire à l'égard de celle-ci [en vertu de l'article 91 de la *Loi sur la protection de la jeunesse*], alors qu'il y aura impossibilité d'intervenir à l'égard de la majeure non consentante. Même problème certes, mais des attitudes différentes de notre société face à ces deux personnes avec pour assises des distinctions basées strictement sur l'âge. Tout en réaffirmant pour ces deux femmes le droit fondamental de poursuivre ou d'interrompre leur grossesse. Cette intervention auprès des futures mères mineures se réalisera sans que

Par ailleurs, pour répondre à l'argument suivant lequel seuls les intérêts patrimoniaux de l'enfant conçu seraient protégés en vertu de la lettre de l'article 192 C.c.Q., ces auteurs expliquent que, bien que le législateur ait manifesté ainsi sa volonté d'éviter « tout conflit entre l'enfant conçu et la femme enceinte », cette limitation des « devoirs d'action » des tuteurs de l'enfant conçu ne change en rien la qualification de ce dernier¹⁹¹. Selon eux, cette disposition ne viserait pas à restreindre leur intérêt à agir en justice au nom de l'enfant conçu pour préserver ses intérêts extrapatrimoniaux (santé), ce qui entraîne que l'on ne saurait déduire de l'article 192 al 2 C.c.Q. que l'enfant conçu serait dépourvu d'intérêts extrapatrimoniaux et, par là-même, qu'il ne serait pas une personne¹⁹². À l'appui de la

soient reconnus des droits du fœtus. L'application de la *Loi sur la protection de la jeunesse* permettra d'aider la future mère et ce sera à cette occasion que le fœtus sera protégé. », Henry LETOURNEAU, « *Le fœtus, une question de droit ou de bons sens?* », Service de la formation permanente, Barreau du Québec, *Développements récents en droit de la jeunesse*, Cowansville, Yvon Blais, 1998, 59, p. 77-78. Sur le plan éthique, il faut souligner la différence qui peut exister entre une véritable situation de détresse de la mère et les simples inconvénients qu'entraînent une grossesse, ou tout autre motif de moindre poids. E. DELEURY et D. GOUBAU, pour leur part, soulignent la dissidence des juges Major et Sopinka dans l'affaire *Tremblay* qui considèrent que « à certaines conditions, que le tribunal, en vertu de sa compétence de *parens patriae*, pourrait intervenir. », préc., note 9 (33), p. 17, note infrapaginale 22. Ils mentionnent une législation du Yukon allant dans ce sens, préc., note 9 (33), p. 18 n° 8.

191. « Pour tenter d'éviter tout conflit entre l'enfant conçu et la femme enceinte, le législateur a introduit une précision importante à la disposition concernant les pouvoirs des tuteurs légaux avant la naissance. L'article 192 al. 2 C.c.Q. affirme en effet que les parents « sont chargés d'agir pour lui [l'enfant conçu] dans tous les cas où son intérêt patrimonial l'exige ». Il est souligné avec raison que le fait de limiter les pouvoirs d'action des tuteurs ne peut changer la qualification juridique du représenté. De plus, il est choquant de constater que le législateur semble discriminer entre les enfants conçus sur la base de leur fortune. En effet, c'est en fonction des biens qui leur échoient qu'une protection est accordée. Ce qui est encore plus paradoxal est que seul le patrimoine de l'enfant conçu est digne de protection, tandis que la personne même de cet enfant n'en mériterait aucune. », R. KOURI et S. PHILIPS-NOOTENS, préc., note 9 (34), p. 115 n° 115.

192. « La rédaction de l'article 192, al. 2 C.c.Q. contribue à son inefficacité. Le législateur charge les parents de l'enfant conçu d'agir pour lui dans tous les cas où son intérêt patrimonial l'exige. Or cette disposition ne restreint

nature juridique de l'enfant conçu comme personne, Kouri et Philips-Nootens arguent que la qualification de ce dernier de partie du corps de la mère se heurterait « à des difficultés insurmontables » car il en résulterait que seule la femme enceinte pourrait demander une « injonction contre un tiers dont le comportement risquerait de nuire au fœtus », alors qu'il serait possible de penser que cette femme « par crainte ou en raison de sa vulnérabilité économique » pourrait refuser d'agir, notamment contre un employeur ou encore contre un conjoint violent¹⁹³.

Cornu, pour sa part, estime qu'il serait possible de poursuivre un tiers pour homicide en cas d'action ayant causé la mort d'un embryon ou d'un fœtus *in utero* au nom du respect de la vie prévu à l'article 16 du Code civil français et auquel l'interruption volontaire de grossesse fait exception¹⁹⁴, refusant ainsi de suivre le principe d'interprétation stricte de la loi pénale qui interdit la

pas pour autant leur droit d'agir lorsque l'intérêt extrapatrimonial de l'enfant est en jeu. Elle ne limite que leur devoir d'agir. Nous ne pouvons imaginer les tribunaux rejeter pour le motif d'absence d'intérêt le recours des tuteurs à l'enfant conçu contre un tiers dont les activités, polluantes, par exemple, pourraient lui causer préjudice. Ceci ne démontre-t-il pas éloquemment le souci d'éviter simplement tout conflit avec le droit à l'avortement? », R. KOURI et S. PHILIPS-NOOTENS, *ibid.*

193. « Le raisonnement de la Cour se heurte également à des difficultés insurmontables si l'on se fie aux illustrations suivantes. Ainsi, avant la naissance, seule la femme enceinte pourrait demander une injonction contre un tiers dont le comportement risquerait de nuire au fœtus, car, selon le raisonnement de la Cour suprême, c'est une partie de son corps à elle qui est en danger. Par contre, seul l'enfant, né vivant et viable, et victime d'une faute de la part d'un tiers, peut prendre action pour ses propres dommages, sa mère (et son père) étant tout au plus des victimes par ricochet. Et si, par hypothèse, la femme enceinte, par crainte ou en raison de sa vulnérabilité économique, refusait d'agir contre un employeur qui l'exposerait à un travail périlleux pour son fœtus, la Cour suprême serait-elle aussi disposée à nier au tuteur à l'enfant conçu l'intérêt suffisant pour demander une injonction contre le fautif? Ou encore, dans le cadre d'un mariage ou d'une union de fait où la femme enceinte serait exposée de la part de son conjoint à des sévices susceptibles de nuire au développement de l'enfant, et ne voudrait pas s'en plaindre, **faudrait-il se résigner à tolérer un tel comportement à cause de son refus d'agir?** » (nos mis en gras), R. KOURI et S. PHILIPS-NOOTENS, préc., note 9 (34), p. 117 n° 118.

194. G. CORNU, préc., note 9 (11), p. 207 n° 461.

qualification du traumatisme involontaire causant la mort d'homicide involontaire. Pour lui, c'est à tort que certains excipent le risque de la remise en cause du droit de choisir une interruption volontaire de grossesse. En effet, d'après lui, « une telle éventualité est exclue. Légalement encadrée, l'IVG est la règle qui fait exception aux principes énoncés, l'exception qui confirme ces principes, et que, réciproquement, ces principes confirment (ils la reconnaissent en son domaine). La coordination est claire »¹⁹⁵. Son recours au terme de « principe » (principe de la protection du corps de l'enfant conçu) laisse entendre qu'il se concentre sur la personne humaine, qu'il fait par ailleurs coïncider avec la personne juridique. C'est la raison pour laquelle, selon lui, on pourrait poursuivre un tiers pour un tel acte.

Or selon nous, dans le cadre de la théorie de la personnalité juridique sous condition résolutoire, la pérennité des droits, dont le droit à la vie ou encore à l'intégrité physique, sont dépendants de la non-survenance de l'événement conditionnel. Si l'enfant naît mort-né, son droit à la vie sera rétroactivement anéanti. Il en résulte que l'on ne pourrait faire valoir ce droit précaire pour poursuivre un tiers. Il ne resterait donc que le fondement de la personne humaine pour permettre une telle poursuite¹⁹⁶. Notons sur ce point que Mazeaud et Chabas relèvent qu'en matière d'avortement, il convient de distinguer l'embryon, qui n'est pas un être humain, du fœtus¹⁹⁷. Sans doute ici fondent-ils leur raisonnement sur le respect dû à l'être humain dès le commencement de sa vie.

Larroumet, remettant en cause le raisonnement de la Cour de cassation¹⁹⁸, conclut que « [p]arce que la personnalité juridique n'[est] attribuée avant la naissance que sous la condition de viabilité, on ne saurait admettre que la personne humaine existe avant de naître si elle ne naît pas ». Le respect de la vie étant attaché à la

195. *Id.*, p. 207 n° 461.

196. *Contra* J. CARBONNIER qui estime que la maxime « *infans conceptus* » fait de l'avortement un homicide, préc., note 9 (10), p. 39 n° 15.

197. J. MAZEAUD et F. CHABAS, préc., note 9 (24), p. 10 et 11 n° 443-1.

198. Ass. plén., 29 juin 2001, J.C.P. 2001.2, n° 10569, Rapport Sargos, Conclusions Sainte Rose, Note Rassat.

personne humaine, une action en homicide serait donc impossible¹⁹⁹. Par ailleurs, il précise que la maxime « *infans conceptus* » « [n]e donne pas à l'enfant le droit de naître ou de ne pas naître »²⁰⁰.

Pourtant, il nous a été donné de constater que, pour certains auteurs, la loi Veil, loi française légalisant l'avortement, a des incidences parfois directes sur la personnalité juridique de l'embryon et sur le jeu de la maxime « *infans conceptus* ». Ainsi, Starck, Roland et Boyer estiment que l'attribution de la personnalité juridique à l'embryon est remise en cause par la loi française sur l'avortement qui « neutralise » la maxime « *infans conceptus* »²⁰¹, allant jusqu'à léser les intérêts civils qui y sont liés²⁰². Pour

199. C. LARROUMET, préc., note 9 (22), p. 204 n° 321 *ter*. « La raison que donne la Cour de cassation pour décider qu'il n'y a pas d'homicide est que le droit pénal est d'interprétation stricte alors que l'article L. 221.6 du code pénal ne prévoit pas l'infraction d'homicide involontaire sur le fœtus dont le régime juridique relève de textes particuliers. Leur interprétation extensive ne saurait être étendue à l'article L. 221-6 du Code pénal. Cette raison n'est pas bonne. Une argumentation fondée sur l'existence de la personnalité juridique avant la naissance sous condition de viabilité entraînerait à considérer que, s'il n'y a pas eu de naissance, il n'y a jamais eu non seulement de personnalité juridique mais encore de personnalité humaine. », préc., note 9 (22), p. 205.

200. C. LARROUMET, préc., note 9 (22), p. 201 n° 321 *bis*.

201. Pour B. STARCK, H. ROLAND et L. BOYER, « la maxime *infans conceptus* [est] neutralisée les dix premières semaines par le droit à l'avortement », préc., note 9 (27), p. 383 n° 1038. Cela signifie que durant cette période le père ne peut reconnaître l'enfant conçu, consentir à une donation ou encore tester à son profit. Ils insistent par ailleurs sur le fait que selon la jurisprudence, le fœtus viable (apte à survivre par lui-même hors du sein de sa mère) est protégé par le droit pénal à titre de personne humaine. Il serait ainsi possible de poursuivre un médecin pour homicide par imprudence sur un fœtus viable. Ce serait donc la légalisation, sous certaines conditions, de l'avortement qui « empêche l'attribution de la personnalité pendant toute une période de la gestation », *ibid*.

202. D'après B. STARCK, H. ROLAND et L. BOYER, la loi sur l'avortement viendrait mettre à mal les intérêts civils de l'enfant conçu. « Tous les intérêts civils que peut compromettre l'interruption de grossesse, intérêt du père qui a reconnu l'enfant, intérêt de la famille, des héritiers...sont délaissés, sur le fondement du droit de la femme à disposer de son corps; l'embryon étant *pars mulieris*, la mère est libre de s'en défaire à son gré, puisqu'il est en

Carbonnier, bien que la loi ne se soit pas prononcée sur le fait de savoir s'il suffisait « de la vie pour fonder la personnalité »²⁰³, estimant que « [l]a maxime "*infans conceptus*" ... s'inspire d'une donnée naturelle : la vie préexiste à la naissance », il oppose néanmoins « [l]e droit de la femme à se libérer, [au] droit de l'enfant à vivre »²⁰⁴. Enfin, Voirin et Goubeaux affirment que « [l]'interruption volontaire de grossesse [avortement] ne fait pas disparaître une personne, puisque le fœtus [enfant conçu] ne naîtra pas vivant et viable, mais elle prive l'enfant conçu de la possibilité de voir confirmer sa personnalité provisoire »²⁰⁵. Pour eux « [l]a question est donc de savoir si le droit doit ou non protéger l'enfant à naître en préservant ses chances d'acquérir la personnalité »²⁰⁶.

Cette question aurait pu être soulevée par les tenants de la personnalité juridique sous condition suspensive. En effet, la naissance étant l'événement déclencheur de l'acquisition rétroactive de la personnalité, l'avortement viendrait ainsi compromettre « ses chances d'acquérir la personnalité »²⁰⁷.

quelque sorte sa chose. On est loin de la tradition antique qui nommait à la veuve enceinte un curateur au ventre, chargé de veiller au sort de l'enfant posthume et d'éviter sa suppression (suppression de part) », préc., note 9 (27), p. 383 n° 1039. Notons ici que les auteurs « oublient » de préciser qu'à l'époque, la femme n'ayant pas la capacité d'exercer ses droits, elle ne pouvait *a fortiori* protéger les intérêts de l'enfant conçu. J. CARBONNIER soulève aussi cette possible lésion des intérêts civils par la loi sur l'avortement, préc., note 9 (10), p. 39 et 40.

203. J. CARBONNIER, préc. note 9 (10), p. 33, *supra* note 173.
204. J. CARBONNIER, préc., note 9 (10), p. 41.
205. P. VOIRIN et D. GOUBEAUX, préc., note 9 (31), p. 70 n° 96.
206. *Id.*
207. *Id.*

B. Personnalité juridique sous condition suspensive : une personnalité latente

Dans cette dernière théorie, la naissance vivante et viable joue le rôle de l'évènement conditionnel, évènement futur et incertain. Les critères du vivant et de la viabilité sont importants car ce sont eux qui confèrent à l'évènement conditionnel son caractère incertain (dans le cadre de l'embryon *in utero*²⁰⁸). L'application du mécanisme de la condition suspensive à la maxime « *infans conceptus* » a pour effet que, si l'enfant naît vivant et viable, la condition se réalise et la personnalité juridique de l'embryon pourra pleinement exister. Son acquisition remontera rétroactivement au début de la période de gestation. En attendant la survenance de l'évènement conditionnel, sa personnalité sera reconnue par anticipation, ce qui permettra de recourir à la technique des droits conditionnels²⁰⁹. Au contraire, s'il ne naît pas vivant et viable, la condition défaille, et l'enfant conçu n'aura jamais acquis la personnalité juridique. Ses droits conditionnels seront alors rétroactivement anéantis²¹⁰.

208. La naissance (au sens détachement du corps de la mère puisque cela inclut les fausses couches) de l'embryon *in utero* est un évènement certain : il naîtra 180 à 300 jours après la date de la conception), mais elle incertaine dans le cadre de l'embryon *in vitro* qui, pour naître, doit d'abord être remis dans la matrice maternelle. La naissance devient donc, en elle-même, un évènement incertain. Voir à ce sujet, R. KOURI et S. PHILIPS-NOOTENS « La maxime *infans conceptus* est une mesure temporaire en vue de sauvegarder l'intérêt de l'enfant en gestation dont le sort juridique serait normalement décidé au bout de neuf mois, et même avant, en cas de naissance prématurée. Mais tant que le développement de l'enfant est arrêté temporairement, on ne peut affirmer avec certitude que la gestation aboutirait. Autrement, serait traité comme « réputé né » l'embryon qui ne serait plus en gestation et qui ne naîtrait probablement jamais. Si, par contre, l'embryon *in vitro* devait bénéficier de l'implantation, à partir de ce moment la condition de naissance pourrait jouer car, à brève échéance, son destin serait confirmé par sa naissance ou sa mort. », préc., note 9 (34), p. 132 n° 138.

209. B. BELLOIR-CAUX : « L'enfant conçu mais non encore né peut être considéré **par avance** comme un sujet de droits » (nos mis en gras), préc., note 9 (5), p. 165; J.-P. BRANLARD : « [l]a personnalité juridique reconnue **par anticipation** découle de la maxime » et « [r]econnaît **par avance** aux enfants

simplement conçus des droits conditionnels » (nos mis en gras), préc., note 9 (8), p. 109; T. GARE : « [l]’acquisition anticipée de la personnalité juridique n’est que provisoire », préc., note 9 (17), p. 106; S. GJIDARA-DECAIX 5 : « Cet adage qui organise une acquisition **anticipée** de la personnalité juridique, n’a pas pour effet de doter l’embryon de la personnalité juridique plénière. » (nos mis en gras), préc., note 9 (19), p. 6; B. PETIT préc., note 9 (25), p. 12 n° 8; F. ZENATI-CASTAING et T. REVET parlent de « [l]’anticipation de la naissance, laquelle demeure le fait générateur de la personnalité », préc., note 9 (32), p. 29 n° 12; *Contra* E. DELEURY et D. GOUBAU pour qui l’anticipation relève de la théorie de la condition résolutoire : « La maxime *infans conceptus* ... n’aurait donc pas pour effet d’**anticiper** la personnalité de l’individu au moment de la conception » mais de faire rétroagir sa personnalité au jour présumé de la conception » (nos mis en gras), préc., note 9 (33), p. 29 n° 16; P.-A. CREPEAU évoque la présomption de naissance anticipée à propos de la maxime, préc., note 9 (36), p. 247-257 et l’existence civile anticipée, préc., note 9 (36), p. 267.

210. Dans le cadre de la théorie de la personnalité soumise à la condition suspensive, la personnalité est rétroactivement acquise à la réalisation de la condition; dans le cas de la personnalité soumise à la condition résolutoire, elle est rétroactivement anéantie à la survenance de la condition (mort-né ou non viable).

Au Québec, Lacroix et Arbour²¹¹ ainsi que Deleury et Goubau²¹² défendent cette interprétation de la maxime « *infans conceptus* ». En France, sur les trente-deux manuels étudiés, vingt (Aubert et Savaux²¹³, Batteur²¹⁴, Bihl²¹⁵, Bonnard²¹⁶, Branlard²¹⁷, Buffelan-Lanore et Larribau-Terneyre²¹⁸, Courbe²¹⁹, de Juglart, Piedelièvre et Piedelièvre²²⁰, Douchot-Oudot²²¹, Fontaine *et al.*²²², Garé²²³, Gauthier²²⁴, Gjidara-Decaix²²⁵, Malaurie²²⁶, Mazeaud et Chabas²²⁷, Petit²²⁸, Renault-Brahinsky²²⁹, Taormina²³⁰, Terré et Fenouillet²³¹, Teyssié²³², Zenati-Castaing et Revet²³³) défendent cette interprétation. Pour ces auteurs, la maxime « *infans conceptus* » permet de faire remonter fictivement l'acquisition de la personnalité juridique à la date de la conception. Ils analysent la maxime comme mettant en place une personnalité juridique acquise sous condition suspensive. Et tous, sauf Gjidara-Decaix²³⁴, optent pour l'existence « anticipée » de la personnalité juridique, certes en latence, à partir de la conception.

-
211. « Une fois la personnalité juridique acquise, elle rétroagit par l'effet d'une fiction du droit civil à la date de sa conception; fiction à laquelle on a recours pour protéger les intérêts patrimoniaux futurs du fœtus Elle matérialise en droit positif la maxime latine « *infans conceptus* » *pro nato habetur quoties de commodis ejus agitur* », M.-E. ARBOUR et M. LACROIX, préc., note 9 (35), p. 231-267, note infrapaginale 40.
212. « Le statut de l'enfant conçu est, en droit civil, à la fois relatif et conditionnel: - relatif, parce qu'il est tributaire de l'intérêt de l'enfant et qu'il ne peut donc jamais jouer contre lui; - conditionnel, puisqu'il est subordonné à l'acquisition de la qualité de personne, ce qui apparaît donc comme une condition suspensive », E. DELEURY et D. GOUBAU, préc., note 9 (33), p. 26 n° 13. Il bénéficiera de droits conditionnels, l'exigibilité (exécution forcée) des droits acquis avant la naissance dépendant de l'acquisition de la personnalité juridique, elle-même soumise à condition. C'est à la naissance que les droits acquis pendant la conception seront consolidés. La Cour suprême dans Tremblay avait opté pour la même analyse. Voir *Daigle c. Tremblay* dans lequel la condition que le fœtus naisse vivant et viable est une condition « suspensive » préc. note 50, par. 54, 61.
213. J.-L. AUBERT et E. SAVAUX écrivent que « la personnalité est donc liée à la naissance sous la seule réserve de cette éventuelle rétroactivité au jour de la conception », préc., note 9 (2), p. 202.
214. A. BATTEUR pose que « l'être humain n'acquiert la personnalité qu'à la condition d'être né vivant et viable », préc., note 9 (3) p. 12 n° 10 et que « l'enfant simplement conçu devient titulaire de droits antérieurement à sa

-
- naissance, dès l'instant de sa conception : il peut faire l'objet d'une reconnaissance, recueillir une succession », préc., note 9 (3), p. 13 n° 12.
215. P. BIHR précise que « Eventuellement, la personnalité remonte à la date de la conception. Cette rétroactivité ne joue que si tel est l'intérêt de l'enfant et à condition que celui-ci naisse vivant et viable. », préc., note 9 (6), p. 51; Cependant lorsque l'auteur envisage le cas de l'enfant né vivant mais non viable, il précise qu'il « est considéré comme n'ayant jamais existé » ce passage peut laisser penser qu'il serait dans la personnalité sous condition résolutoire à moins que l'auteur n'applique le concept de personnalité latente.
216. « Sous réserve qu'il naisse ultérieurement vivant et viable », J. BONNARD, préc., note 9 (7), p. 157.
217. « Sous condition qu'il naisse vivant et viable »; cet auteur inclut dans les droits visés tant les droits patrimoniaux qu'extrapatrimoniaux « au premier rang desquels la reconnaissance prénatale », J.-P. BRANLARD, préc., note 9 (8), p. 109 et 110.
218. « La personnalité commence, en principe, à la naissance de l'être humain » et « La personnalité peut, exceptionnellement, rétroagir à la date de la conception », Y. BUFFELAN-LANORE et V. LARRIBAU-TERNEYRE, préc. note 9 (9), p. 276 nos 739 et 740.
219. « La personnalité commence avec la naissance ... La naissance ne suffit pas à donner la personnalité; il faut en outre : que l'enfant soit né vivant; l'enfant mort-né est considéré comme n'ayant jamais eu la personnalité; qu'il soit né viable, c'est à dire pourvu des organes nécessaires à la vie », P. COURBE, préc., note 9 (12), p. 6.
220. « C'est véritablement sous la condition d'une naissance viable que l'enfant aura une personnalité distincte qui lui confèrera une existence civile »; et un peu plus haut dans le paragraphe : « [L]a personnalité peut cependant remonter à la conception », M. DE JUGLART, A. PIEDELIEVRE et S. PIEDELIEVRE, préc., note 9 (21), p. 86 n° 101.
221. « Seul l'enfant né viable se voit **rétrospectivement** reconnaître la personnalité juridique depuis la conception. La condition fera l'objet d'une application au cas par cas. » (nos mis en gras), M. DOUCHY-LOUDOT, préc., note 9 (13), p. 162 n° 237.
222. « La personnalité commence à la naissance à condition que l'enfant soit **vivant et viable** » (nos mis en gras), M. FONTAINE *et al.*, préc., note 9 (16), p. 85.
223. « Ainsi en vertu de l'adage *infans conceptus* [...], l'enfant simplement conçu est considéré comme né toutes les fois que c'est son intérêt [...] et lorsque l'enfant est né ensuite vivant et viable. Cette deuxième condition est importante : l'acquisition anticipée de la personnalité juridique n'est que provisoire. Si l'enfant naît mort, il n'acquiert pas la personnalité à compter de sa conception », T. GARE, préc., note 9 (17), p. 106.
224. « L'enfant viendra tout de même à la succession si bien sûr il naît vivant et viable », GAUTHIER, préc., note 9 (18), p. 60.

-
225. « D'autre part, la personnalité juridique reconnue à l'enfant conçu est conditionnelle, puisqu'elle n'est acquise que sous la condition suspensive de naître », S. GJIDARA-DECAIX, préc., note 9 (19), p. 65-66.
226. « En première vue, il paraît évident que la naissance est la première condition d'existence de la personnalité; ce n'est pourtant qu'une approximation. Parfois, elle n'est pas une condition suffisante : pour exister, il ne suffit pas d'être né, il faut être né viable. Parfois même, elle n'est pas le commencement de la **personnalité qui, rétroactivement, peut remonter à la conception**, voire au-delà : la loi, comme souvent, façonne la nature » (nos mis en gras), P. MALAURIE, préc., note 9 (23), p. 10 n° 5. La fiction de la rétroactivité porte bien sur l'existence et non l'effacement de la personnalité.
227. J. MAZEAUD et F. CHABAS précisent que « [l]'enfant est une personne au sens juridique dès sa naissance, à condition qu'il naisse vivant et viable. Par faveur pour l'enfant, on fait remonter sa personnalité, chaque fois qu'il y va de son intérêt, au jour de sa conception, par application de l'adage : « *Infans conceptus pro nato habetur, quoties de commodis ejus agitur.* », préc., note 9 (24), p. 1 et que « [l]'enfant a donc dès sa conception, une personnalité conditionnelle. Conditionnelle, puisqu'elle n'existe que si l'enfant naît vivant et viable. Mais, si cette affirmation est protectrice des intérêts du futur enfant, elle présente l'inconvénient de rendre particulièrement complexe la question de la condition de l'embryon. », préc., note 9 (24), n° 443-1.
228. « La personnalité juridique de l'embryon n'est qu'une personnalité conditionnelle ou, plus exactement il ne s'agit que d'une anticipation rétrospectivement accordée à une personne existante », B. PETIT, préc., note 9 (25) p. 13 n° 8.
229. C. RENAULT-BRAHINKSY précise « [à] condition qu'il naisse ensuite vivant et viable ». Mais elle écrit par la suite : « Cette maxime signifierait que la personnalité existe avant la naissance. Elle pose la question du moment de l'apparition de la personnalité juridique. Il faut donc savoir à quel moment la vie commence puisque c'est à partir de ce moment que l'individu est protégé en tant que personne. », C. RENAULT-BRAHINKSY, préc., note 9 (26), p. 24. Selon nous, le terme « personne » renvoie ici à celui de « personne humaine ».
230. « Et l'on va ainsi pouvoir remonter jusqu'à la date de la conception », G. TAORMINA, préc., note 9 (28), p. 276 n° 804.
231. « Sa naissance remonte à la date de sa conception s'il y trouve avantage, donc seulement s'il acquiert de la sorte des droits, et non s'il doit en résulter pour lui des obligations. », F. TERRE et D. FENOUILLET, préc., note 9 (29), p. 20.
232. « La personnalité est, en principe, acquise à l'être humain au moment de sa naissance. À cette règle, des atténuations sont parfois apportées. », B. TEYSSIE, préc., note 9 (30), p. 13 n° 12. « [l]a règle selon laquelle l'aptitude à être titulaire de droits est acquise à la naissance et par elle supporte des

Tous les auteurs issus de ce courant d'interprétation de la maxime « *infans conceptus* », à l'exception de Zenati-Castaing et Revet²³⁵, soumettent tant la personnalité juridique que les droits en découlant au jeu de la condition suspensive. Pour eux, la naissance reste l'événement déclencheur de l'anticipation de la personnalité juridique et constitue le fait générateur de cette acquisition²³⁶.

atténuations qui jouent dans le sens tantôt d'une exclusion tantôt d'une extension de la personnalité », préc., note 9 (30), p. 15 n° 15. Par exclusion, cet auteur entend l'exclusion des enfants nés non vivant ou non viable : « [l]a jurisprudence a considéré que l'enfant simplement *conçu* doit être tenu pour né chaque fois qu'il y va de son intérêt, ce qu'exprime l'adage *infans conceptus pro nato habetur quoties de commodis ejus agitur*. Les droits acquis par l'enfant seront consolidés dès lors qu'il naîtra vivant et viable. », préc., note 9 (30), n° 18. Il ajoute : « [u]n enfant simplement conçu peut être déjà considéré comme titulaire de droits mais ne peut être soumis à aucune charge », préc., note 9 (30) note 48. Notons toutefois ce passage : « [i]nversement, la **naissance** n'est **pas** toujours **nécessaire** à l'acquisition, au moins partielle et conditionnelle, de la personnalité, » (nos mis en gras), passage qui pourrait permettre de classer cet auteur dans la théorie de la condition résolutoire, préc., note 9 (30), p. 15 n° 17.

233. Voir *supra* note 127.

234. S. GJIDARA-DECAIX énonce que « [s]ans la naissance d'un enfant vivant et viable, il n'y a pas de personnalité juridique. », préc., note 9 (19), p. 66.

235. F. ZENATI-CASTAING et T. REVET, s'ils soumettent la personnalité juridique à la condition suspensive, semblent plutôt appliquer le mécanisme de la condition résolutoire aux droits acquis par l'enfant conçu pendant la gestation. « Si l'enfant ne naît pas viable, les droits acquis pendant la grossesse seront **résolus** » (nos mis en gras), préc., note 9 (32), p. 29 n° 12.

236. A. BATTEUR : « La naissance est le point de départ de la personnalité », préc., note 9 (3), p. 12 n° 10; B. BEIGNIER et C. BLERY préc., note 9 (4), p. 212 n° 152; J.-P. BRANLARD : « [s]eule la naissance lui donnera la qualification de personne juridique », préc., note 9 (8), p. 109; Y. BUFFELAN-LANORE et V. LARRIBAU-TERNEYRE : « [l]a personnalité commence, en principe, à la naissance de l'être humain », préc., note 9 (9), p. 276 n° 739; T. GARE, préc., note 9 (17), p. 106; D. GAUTHIER : « [l]a solution de la naissance comme fait générateur de la personnalité juridique est maintenue », préc., note 9 (18), p. 61; F. ZENATI-CASTAING et T. REVET emploient cette expression, préc., note 9 (32), p. 29 n° 12. Au Québec, E. DELEURY et D. GOUBAU reconnaissent que la naissance est le fait générateur de l'acquisition des droits de l'enfant conçu, préc., note 9 (33), p. 20 n° 10; M. MORIN : « [o]n l'a dit, la naissance et la viabilité constituent la condition requise pour que l'enfant conçu puisse être définitivement titulaire de droits. », préc., note 9 (38), p. 238.

C'est la rétroactivité, fiction attachée au régime de la condition suspensive, et qui ne joue qu'au moment de sa réalisation, qui fera remonter l'acquisition de la personnalité juridique²³⁷ à une date antérieure à la naissance en vue de permettre à l'enfant conçu de réclamer certains droits acquis depuis la date de conception²³⁸, dès lors que ces droits sont dans l'intérêt de ce dernier.

Ces droits conditionnels sont souvent vus comme des droits intermédiaires (qui existent en latence en attendant la réalisation de la condition) ou des droits en germe²³⁹ (qui existent déjà – ils sont actuels – mais n'ont pas encore la puissance nécessaire à leur déploiement). Ce n'est qu'au moment de la naissance vivante et viable qu'ils acquerront un statut définitif (droits intermédiaires) ou seront consolidés (droits en germe)²⁴⁰. La rétroactivité attachée à la condition suspensive permet de faire remonter fictivement dans le temps la date du passage de ces droits conditionnels à des droits définitifs. Ainsi, la rétroactivité permet de faire comme si, dès le début, les

237. La rétroactivité se fait ici en dehors de la logique pure du droit des obligations. En effet si l'on se trouvait dans ce dernier cas, la rétroaction de la personnalité juridique de l'enfant conçu né par la suite vivant et viable devrait avoir pour date le jour de l'évènement déclencheur du droit de succéder (date du décès du père).

238. Et non « jusqu'au moment de la conception », terminologie plus proche de la maxime « *infans conceptus* » et qui permettrait de faire remonter l'acquisition de la personnalité juridique à une date située entre la conception et la naissance. Cette date fluctuerait selon les situations en cause (décès du père, accident) puisqu'elle dépendrait de la date à laquelle se produit l'évènement qui place l'enfant conçu dans une situation où il a bien un intérêt à être considéré comme né.

239. Voir S. PORCHY-SIMON et D. LUELLES et B. MOORE sur les notions de « droit en germe », « droit en puissance » ou « droit potentiel » préc. note 88. Selon certains auteurs, les droits conditionnels sont des droits en germe, suspendus jusqu'à la réalisation de la condition suspensive qui les rendra définitifs; il s'agit du même droit qui se développe par étapes successives. Et pour d'autres, le droit conditionnel est un droit intermédiaire, distinct du droit définitif qui n'existera qu'à la survenance de la condition suspensive. En ce sens, P.-A. CREPEAU, préc., note 9 (36), p. 267-270. On pourrait penser que, dans le premier cas, il n'existe pas de droit actuel mais simplement un intérêt juridiquement protégé, alors que dans le second cas, le droit actuel permet la mise en place de mesures conservatoires.

240. A. SERIAUX, préc., note 138, p. 202 n° 189.

droits de l'enfant conçu étaient définitifs²⁴¹. Ils seront réputés parfaits au moment du fait générateur de l'intérêt visé par la maxime (décès du père de l'enfant conçu par exemple).

Cette interprétation de la maxime « *infans conceptus* » lie étroitement la qualification juridique de l'enfant conçu à l'acquisition de ses droits. Partant de la prémisse que la maxime a pour objet la reconnaissance des droits de l'enfant conçu et non la qualification de l'enfant conçu, l'analyse devrait pourtant avant tout porter sur les droits conditionnels et, par une sorte de renversement du raisonnement, en induire la personnalité juridique. En effet, en droit civil, seul le sujet de droit peut avoir des droits. Du coup, admettre que l'enfant conçu a acquis des droits, c'est admettre qu'il a la personnalité juridique. Il serait donc logique de faire remonter la date d'acquisition de la personnalité juridique à la date de l'événement générateur d'intérêt pour l'enfant conçu²⁴², comme c'est le cas

241. À la différence de ce qui se passe dans la théorie de la personnalité juridique sous condition résolutoire où les droits acquis, dès l'événement générateur, sont simplement **confirmés** en cas de défaillance de la condition résolutoire, dans la théorie de la personnalité juridique sous condition suspensive, ces droits conditionnels deviennent définitifs (ou **consolidés**) à la réalisation de la condition.

242. Par exemple, le décès du père survient seulement quelques jours avant la naissance de l'enfant conçu. Le jour de l'ouverture de la succession du père décédé ne coïncide donc pas avec le jour de la conception de l'enfant conçu. Voir sur ce point, J. MAZEAUD et F. CHABAS qui expliquent que « [l'enfant] a même l'aptitude à recueillir des droits **dès sa** conception par l'application de l'adage *infans conceptus* [...] » (nos mis en gras), préc., note 9 (24), p. 9 n° 443. Cependant, ils ne se prononcent pas sur la date d'acquisition de la personnalité juridique. Voir aussi T. GARE : « Il est même possible de choisir n'importe quelle date dans cette période de cent vingt et un jours si c'est l'intérêt de l'enfant. Imaginons que le mari décède deux cents soixante jours avant la naissance de l'enfant. Si le défunt laisse une succession bénéficiaire, en vertu de l'adage *infans conceptus* [...], l'enfant a intérêt à faire valoir qu'il a été conçu avant le décès du mari de sa mère, c'est-à-dire plus de deux cents soixante jours avant la naissance. Il pourra ainsi prendre part à la succession. En revanche, si la succession est déficitaire, l'enfant a intérêt à faire valoir qu'il a été conçu après le décès du mari de sa mère afin de ne pas être tenu des dettes successorales », préc., note 9 (17), p. 66. L'auteur semble oublier que la maxime ne peut, en principe, jouer que lorsqu'il y va de l'avantage de l'enfant conçu. En ce sens, J. MAZEAUD et F. CHABAS : « L'adage joue donc en faveur de l'enfant. Mais il

en droit des obligations qui reconnaît la consolidation du droit au jour de son évènement déclencheur. Pourtant, force est de constater que ce choix inductif n'a pas été opéré par la doctrine civiliste qui fait remonter la date d'acquisition de la personnalité juridique de l'enfant conçu, non à la date de l'évènement déclencheur du droit, mais à celle de sa conception. Peut-être un souci de simplification a-t-il présidé à ce choix (une seule date d'acquisition de la personnalité juridique identique pour tous : celle de la conception de l'enfant conçu); peut-être aussi, ce choix révèle-t-il une réticence à voir en la personne juridique une pure construction du droit? Enfin, une autre raison pourrait être liée à l'identification des personnes en charge de protéger les intérêts de l'enfant conçu avant sa naissance. Selon Deleury et Goubau, au Québec, il ne serait pas possible d'établir la parenté de l'enfant conçu puisque ce dernier n'a pas de personnalité juridique²⁴³ et donc de représentants. Ainsi, en anticipant la personnalité juridique à la date de la conception, et non seulement à la date de l'évènement générateur du droit, il est possible d'identifier les parents de l'enfant conçu qui peuvent alors représenter les intérêts de ce dernier.

Cette position révèle le malaise des tenants de cette théorie. Alors qu'en toute logique, ils ne devraient pas reconnaître à l'embryon une quelconque personnalité juridique²⁴⁴ avant la survenance de la condition, mais lui octroyer le statut de chose²⁴⁵ (avec

ne pourrait pas jouer à l'encontre de ses intérêts », préc., note 9 (24), p. 10 n° 443.

243. Voir sur ce point les développements de E. DELEURY et D. GOUBAU, *infra* note 247.

244. En effet, à la différence de ce qui se produit dans la théorie de la personnalité juridique soumise à la condition résolutoire, pour laquelle la fiction de la rétroactivité qui porte sur l'anéantissement de la personnalité juridique va faire disparaître une situation qui préexistait, la théorie de la personnalité juridique soumise à la condition suspensive porte sur l'acquisition de la personnalité juridique.

245. Les auteurs qui recourent à la qualification de chose ou qui la discutent sont : F. AMELI : « Peut-on dire qu'un enfant est une personne avant même qu'il soit né? Beaucoup le pensent. Si l'on devait suivre les tenants de cette thèse, plusieurs conséquences graves en résulteraient : l'avortement serait à bannir; les moyens de procréation assistée (fécondation *in vitro* par exemple) ne pourraient plus être utilisés puisqu'ils ont pour corollaire la

sélection et l'abandon des "embryons en surnombre". À l'inverse, si l'on considère que la personnalité n'existe "qu'à partir du premier souffle", l'embryon ou le fœtus n'auront alors que le statut d'objets (de choses). Les problèmes ci-dessus évoqués trouvent ainsi leur solution. Conséquence supplémentaire, étant des objets, ils devraient également être susceptibles de commercialisation. Le droit français a choisi la voie médiane. En raison de leur nature particulière, les embryons et **les fœtus ne peuvent être regardés comme une chose. Ils ne sont pas non plus une personne.** » (nos mis en gras), préc., note 9 (1), p. 172; J. BONNARD qualifie « [l]es embryons humains surnuméraires congelés » de « **choses mobilières** qui présentent, tout au plus, la particularité de ne pouvoir faire l'objet d'un droit patrimonial ». (nos mis en gras), préc., note 9 (7) p. 258; J.-P. BRANLARD : « Le fœtus, qui n'est cependant pas une "chose" (bien) », préc., note 9 (8), p. 109. Cet auteur précise par la suite que, bien que la Cour de cassation ait porté la maxime au rang de principe général de droit, la chambre criminelle ne considère toutefois pas le fœtus comme une personnalité juridique, préc., note 9 (8), p. 110. Ce qui laisse entendre qu'il s'agit là d'une exception et que le fœtus devrait être considéré comme une personne juridique; S. GJIDARA-DECAIX : « [l]e droit positif se refuse à considérer l'embryon, à l'instar de l'animal, comme une personne, mais le considère comme une chose dotée seulement d'une certaine protection juridique. », préc., note 9 (19), p. 10 et : « l'embryon est une **chose humaine**... certes son humanité lui confère une nature particulière, celle de **chose sacrée** » (nos mis en gras), préc., note 9 (19), p. 67; J. MAZEAUD et F. CHABAS expliquent que l'« [o]n ne saurait le [l'embryon] considérer simplement comme une chose » car « si cet embryon n'est pas en soi un être humain, il n'en constitue pas moins les prémices et à cet égard il doit être protégé », préc., note 9 (24), p. 10 n° 443-1; G. TAORMINA : « Le droit français contrairement à la conception anglo-saxonne, se refuse à qualifier carrément [...] l'embryon [...] comme de simples choses, voir même comme de simple marchandises », préc., note 9 (28), p. 277 n° 805. Il distingue l'embryon *in utero* de l'embryon *in vitro* car, à propos de ce dernier, il explique que « l'embryon humain est plus qu'une simple chose », *id.* L'on peut se demander si selon lui une « simple chose » est une marchandise; F. ZENATI-CASTAING et T. REVET qualifient l'embryon de part du corps humain d'autrui qui « parce qu'il participe de la personne humaine, le corps humain n'est **pas une chose ordinaire** » (nos mis en gras), préc., note 9 (32), p. 243; sur l'embryon *in vitro*, ils écrivent que « l'embryon échappe au statut de fraction de la personne d'autrui qu'il a normalement, ce qui le rapproche du statut de chose de droit commun. Son autonomie matérielle à l'égard de sa mère accentue sa réité : elle rend possible son usage, son aliénation et sa destruction hors les restrictions qui affectent ces actes lorsqu'ils sont effectués sur le corps d'une personne. Pour autant, l'embryon conçu *in vitro* ne constitue **pas un bien ordinaire** » (nos mis en gras), préc., note 9 (32), p. 235. E. DELEURY et D. GOUBAU ne font qu'évoquer cette possible

la possible application du régime du droit des biens – appropriation, affectation, destruction, aliénation), la majorité d'entre eux ne le font pas et recourent à la notion de personnalité juridique, qui existe de façon latente (droit intermédiaire) ou qui est en voie de développement (droit en germe)²⁴⁶. Seuls Goubau et Deleury semblent écarter cette position²⁴⁷.

qualification : « Comment qualifier le statut de l'enfant à naître: personne humaine, personne juridique à capacité limitée, **chose à destination personnelle, propriété à effets limités**, simple matériau biologique et donc pur objet? » (nos mis en gras), préc., note 9 (33), p. 32, n° 20; M.-E. ARBOUR et M. LACROIX le qualifient d'« objet de droit singulier, qui échappe aux règles relatives à la propriété et au droit des contrats », préc., note 9 (35), p. 244.

246. Cf. notamment F. ZENATI-CASTAING et T. REVET, qui parlent d'une « ébauche de personnalité juridique avant la naissance », préc., note 9 (32), p. 29; et d'une « vie juridique embryonnaire », préc., note 9 (32), p. 234, n° 272 . « Même si la vie juridique embryonnaire pouvait caractériser une apparition de la qualité de sujet de droit avant la naissance - ce qui est discutable, cette solution resterait étrangère à l'acquisition de la qualité de personne humaine. », *ibid.*

247. D. GOUBAU et E. DELEURY s'interrogent en effet sur la cohérence du droit positif qui d'un côté ne reconnaît pas la personnalité juridique à l'enfant conçu et de l'autre protège ses intérêts patrimoniaux en mandatant ses parents à cet effet (tutelle légale) alors que selon eux, puisque l'enfant conçu n'est pas une personne juridique, il ne peut avoir d'état civil et donc de filiation. « Cette tutelle légale des parents de l'enfant conçu laisse cependant perplexe. En effet, comment les père et mère peuvent-ils être investis d'une telle fonction alors que, juridiquement parlant, l'enfant conçu n'a pas d'état et que, conséquemment, il n'a ni père ni mère », préc., note 9 (33), spec. p. 27 n° 15. Pour eux, « [l]a personnalité juridique n'appartient qu'à l'enfant qui naît vivant et viable », préc., note 9 (33), p. 25 n° 13. « Il est incontestable que dans l'état actuel du droit, l'enfant à naître ne jouit d'aucun attribut attaché à la qualité de personne », *id.* « Si l'enfant conçu n'acquiert la personnalité juridique qu'à partir du moment où il est capable de vie autonome, le droit civil lui permet, une fois qu'il a accédé au statut de personne, de réclamer certains droits acquis pendant sa vie intra-utérine », préc., note 9 (33), p. 20 n° 10. Ces auteurs citent un jugement de la Cour supérieure dans lequel le juge avait rejeté l'action de la mère qui se présentait comme la tutrice de son enfant conçu mais non encore né et demandait au tribunal de déclarer l'enfant à naître s'il naît vivant viable seul héritier de son conjoint décédé sans testament. Pour le tribunal, la filiation ne pouvant être prouvée qu'à l'égard d'un enfant né, l'action devait être rejetée, *Picard c. Leroux* EYB 2002-3405 (CS Qc), préc., note 9 (33), p. 27 note infrapaginale 58.

La reconnaissance de cette personnalité en latence confère à l'enfant conçu une aptitude à acquérir (capacité de jouissance des droits), mais cette dernière est limitée à l'acquisition de droits conditionnels qui ne pourront jouer pleinement leur effet qu'au moment de la réalisation de la condition suspensive de naissance vivante et viable²⁴⁸. En effet, les droits conditionnels, bien qu'étant des droits actuels, ne sont pour autant pas exigibles²⁴⁹ avant la levée de l'incertitude et donc leur consolidation. Ainsi, ils ne devraient permettre que la mise en place de mesures conservatoires²⁵⁰, ces dernières visant à sauvegarder un droit ou un patrimoine. En matière de succession, le tuteur n'aura pas le pouvoir de demander le partage de la succession (mesure exécutoire), mais il pourra s'opposer à la demande en partage des autres héritiers et en demander le report jusqu'à la survenance de la condition dans le but d'éviter que les autres héritiers ne dilapident la part qui reviendrait à l'enfant conçu s'il naissait vivant et viable²⁵¹. En cas d'accident ouvrant

248. Sous condition suspensive, en effet, ces droits n'existent pas encore. Ils ne naîtront, certes rétroactivement au jour de la conception, qu'à la date de survenance de l'événement conditionnel. Ce n'est que dans le cas de la théorie de la personnalité sous condition résolutoire que des droits peuvent être attribués à l'enfant conçu.

249. Le caractère exigible du droit permet au créancier d'en réclamer immédiatement l'exécution en justice. Ici, le droit est conditionnel. Il n'est donc pas exigible et ne peut faire l'objet d'une demande d'exécution forcée dans l'intérêt de l'enfant conçu. C'est seulement lorsque la condition se réalisera que le droit consolidé deviendra exigible immédiatement.

250. Mais F. ZENATI-CASTAING et T. REVET estiment que la règle « *infans conceptus* » porte sur l'existence même de la personnalité juridique de l'enfant conçu et non simplement sur sa capacité (de jouissance), préc., note 9 (32), p. 29 n° 12; R. KOURI et S. PHILIPS-NOOTENS expliquent quant à eux que : « *Infans conceptus* demeure une fiction légale qui dépend de la réalisation d'une condition pour son efficacité. Comme toute fiction, ses effets se font sentir uniquement si les conditions de validité de la fiction sont rencontrées. À défaut, la fiction demeure ou devient inefficace et l'enfant conçu n'aurait d'autre statut que celui de *pars viscerum matris* », préc., note 9 (34), p. 113 n° 113.

251. De la même façon, le bien ou la somme d'argent objet d'un legs, d'une donation ou d'une assurance-vie pourra être bloqué en attendant que l'incertitude de la naissance vivante et viable soit levée. Que ce soit pour la succession, la donation, ou l'assurance vie, ceci peut poser évidemment des difficultés si l'on applique la maxime *infans conceptus* à l'enfant conçu *ex utero*. « Le père de l'enfant conçu meurt; pour éviter que les biens ne

un droit à réparation à l'enfant conçu, ce dernier ne pourra exercer son recours en responsabilité civile en justice qu'après sa naissance vivante et viable²⁵².

Pour autant, la logique du droit n'imposait en rien cette création d'une personnalité en latence. L'argument souvent invoqué à l'appui de cette personnalité en devenir repose sur le lien établi entre la qualification de personne et l'application de la maxime « *infans conceptus* ». De cela découle le raisonnement suivant : si l'embryon était qualifié de chose, parce que faisant partie du corps de la mère, lui-même qualifié de chose²⁵³, la maxime « *infans concep-*

-
- passent à d'autres héritiers, on considère que l'enfant a déjà la personnalité et peut hériter », M. FONTAINE *et al*, préc., note 9 (16), p. 83.
252. Seuls parmi les auteurs français, F. TERRE et D. FENOUILLET envisagent ce cas. Concernant la responsabilité de la mère, voir notamment le passage dans lequel ils écrivent que « rien, rigoureusement, **ni logiquement, ni juridiquement**, ne pourrait **exclure les actions intentées par les enfants handicapés contre leurs géniteurs** parce qu'ils auraient à tort donné la vie » (nos mis en gras), préc., note 9 (29), p. 30 n° 25.
253. Parmi les auteurs qui qualifient l'embryon de *pars mulieris* : P. MALAURIE : « Jusqu'à sa naissance, l'enfant n'a pas une personnalité distincte de celle de sa mère; il est ... *pars viscerum matris* (un morceau des entrailles de sa mère) », préc., note 9 (23) p. 11 n° 7; J. MAZEAUD et F. CHABAS : « Quant à cette condition juridique, plusieurs solutions sont possibles. La première consiste à considérer l'embryon comme une chose, puisque celui-ci n'acquiert la personnalité qu'à la naissance, cette approche correspondant à une règle du droit romain selon laquelle l'embryon n'est qu'une partie du corps de la mère (*infans conceptus manet pars viscerum matris*). Mais, une telle approche est trop contraire à une appréhension humaniste de l'individu », préc., note 9 (24), p. 10 n° 443-1; F. ZENATI-CASTAING et T. REVET : « Le corps humain ne devient personne humaine qu'avec la naissance. Durant sa gestation, il n'est pas un corps autonome mais la partie d'un autre corps, celui de la mère : *pars mulieris* (« Une partie de la femme »), plus précisément *pars viscerum matris* (« Une partie des viscères de la mère. »), préc., note 9 (32), p. 233 n° 272; L. LANGEVIN, sans utiliser cette expression, estime aussi que « [l]e foetus demeure dépendant de la femme enceinte », préc., note 9 (37), p. 43. Les auteurs suivants appartenant au courant de la personnalité sous condition résolutoire utilisent aussi cette expression : J. CARBONNIER : « [p]ar l'accouchement, dont la section du cordon ombilical marque le terme, l'enfant, jusque-là *pars viscerum matris*, devient une personne distincte », il note que le comité d'éthique considère que l'être humain en gestation est une personne (humaine) potentielle, préc., note 9

tus » ne devrait pas recevoir application. Or, premièrement le mécanisme de la stipulation pour autrui (donation ou legs avec charge, assurance-vie) ne dépend pas de l'existence de l'embryon puisque ce mécanisme peut viser un enfant futur et qu'il ne requiert pas la qualification de personne en latence²⁵⁴. Deuxièmement, la qualification de chose ne s'oppose pas à l'application de la théorie « *infans conceptus* ». En effet, le mécanisme de la rétroactivité permet, à lui seul, de justifier l'application de la maxime puisque, à la suite de la naissance vivante et viable, la réalité juridique de l'embryon permet de le qualifier de personne et de « camoufler » fictivement son ancienne qualification de chose.

(10), p. 32; B. STARCK, H. ROLAND et L. BOYER, préc., note 9 (27), p. 380 n° 1032; R. KOURI et S. PHILIPS-NOOTENS estiment que « [à] défaut la fiction demeure ou devient inefficace et l'enfant conçu n'aurait d'autre statut que celui de *pars viscerum matris* », préc., note 9 (34), p. 113 n° 113; P.-A. CREPEAU, préc., note 9 (36), p. 255.

254. C. LARROUMET précise que « [a]u demeurant, l'exception s'explique techniquement, car l'avantage résultant pour le bénéficiaire de la donation ou du legs avec charge ainsi que de l'assurance sur la vie est acquis indirectement et non pas directement, les biens qui font l'objet de la donation ou du legs, la somme d'argent qui doit être remise au bénéficiaire, devant rester dans le patrimoine d'un tiers (le donataire, le légataire, l'assureur) tant que le bénéficiaire n'en réclame pas l'exécution, ce qu'il ne pourrait évidemment faire s'il n'a jamais été conçu. Il s'agit de l'application, en l'espèce, d'un mécanisme que l'on appelle la stipulation pour autrui », préc., note 9 (22), p. 206; J. CARBONNIER, pour qui, « [e]xceptionnellement, les enfants futurs, les enfants à naître, qui ne sont même pas encore conçus, mais qu'un homme ou une femme espèrent avoir un jour, peuvent être traités d'ores et déjà comme des personnes, aptes à recueillir des droits (ex. on peut contracter une assurance sur la vie au profit de ses enfants à naître, a. L. 132-8 C. Ass.; les donations faites par contrat de mariage s'étendent aux enfants à naître de l'union, a. 1082). », préc., note 9 (10), p. 33; R. KOURI et S. PHILIPS-NOOTENS, : « [d]ans certains cas exceptionnels, il est prévu que même ceux qui ne sont pas encore conçus peuvent bénéficier éventuellement de certains droits: art. 439, 1239, 1840, 2447 C.c.Q. », préc., note 9 (34), p. 94 note infrapaginale 380.

Au Québec, Arbour et Lacroix²⁵⁵ ou encore Deleury et Goubau²⁵⁶ défendent cette interprétation de la maxime « *infans conceptus* ». Ces auteurs limitent les effets du recours à la personnalité juridique sous condition suspensive aux seuls droits patrimoniaux²⁵⁷. Langevin, quant à elle, ne recourt pas à la maxime civiliste et appréhende la qualification du fœtus *in utero* par le prisme du

255. « Une fois la personnalité juridique acquise, elle rétroagit par l'effet d'une fiction du droit civil à la date de sa conception; fiction à laquelle on a recours pour protéger les intérêts patrimoniaux futurs du fœtus. Elle matérialise en droit positif la maxime latine « *infans conceptus pro nato habetur quoties de commodis ejus agitur* [...] ». Marie-Ève ARBOUR et Mariève LACROIX, préc., note 9 (35), p. 240 note infrapaginale 40.

256. E. DELEURY et D. GOUBAU : « La personnalité de l'enfant né vivant et viable rétroagit, dans son intérêt, à la date de sa conception. Si l'enfant conçu n'acquiert la personnalité juridique qu'à partir du moment où il est capable de vie autonome, le droit civil lui permet, une fois qu'il a accédé au statut de personne, de réclamer certains droits acquis pendant sa vie intra-utérine », préc., note 9 (33), p. 20 n° 10 et : « Le statut de l'enfant conçu est, en droit civil, à la fois relatif et conditionnel : - relatif, parce qu'il est tributaire de l'intérêt de l'enfant et qu'il ne peut donc jamais jouer contre lui; - conditionnel, puisqu'il est subordonné à l'acquisition de la qualité de personne, ce qui apparaît donc comme une condition suspensive », préc., note 9 (33), p. 26 n° 13. D'après ces auteurs, il bénéficiera de droits conditionnels, l'exigibilité (exécution forcée) des droits acquis avant la naissance dépendant de l'acquisition de la personnalité juridique, elle-même soumise à condition. C'est à la naissance que les droits acquis pendant la conception seront consolidés. La Cour suprême dans *Tremblay* avait opté pour la même analyse : « [la] condition que le fœtus naisse vivant et viable est une condition "suspensive" » préc., note 50, par. 54, 61.

257. « Le tissu normatif découlant de la maxime *Infans conceptus pro nato abetur quoties de commodis ejus agitur*, laquelle ne reconnaît à l'enfant à naître que certains droits de nature purement patrimoniale (sous la condition suspensive qu'il naisse vivant et viable) », M.-E. ARBOUR et M. LACROIX, préc., note 9 (35), p. 242. Notons ici que les deux auteurs extrapolent l'expression « *infans conceptus* » de son contexte de technique juridique (la maxime) pour en faire une catégorie juridique, celle de « *L'infans conceptus* » (nos mis en gras) soumise au statut particulier de non-sujet de droit ou objet de droit singulier (p. 244). E. DELEURY et D. GOUBAU limitent aussi aux seuls droits patrimoniaux : « On ne peut donc invoquer à son profit des droits extrapatrimoniaux », préc., note 9 (33), p. 25 n° 13 et « [l]a protection des intérêts patrimoniaux », préc., note 9 (33), p. 26 n° 15.

droit public et de la liberté reproductive de la femme²⁵⁸, femme enceinte qu'elle estime par ailleurs « la mieux placée que quiconque pour décider des intérêts du fœtus »²⁵⁹.

De plus, contrairement à une partie de la doctrine française²⁶⁰, et sans doute en raison de l'affaire *Daigle c. Tremblay*, les auteurs québécois affirment clairement que l'embryon et le fœtus, en droit positif, ne sont pas des personnes juridiques actuelles²⁶¹. De fait, il ne saurait en principe jouir de droits extrapatrimoniaux, et donc l'on ne saurait opposer à la femme qui veut avorter « un droit à la vie » de ce dernier²⁶². Notons ici que, dans cette affaire, les juges de la Cour suprême du Canada avaient écrit que « [l]e fœtus n'est traité comme une personne que dans les cas où il est nécessaire de le faire pour protéger ses intérêts **après sa naissance** » (nos mis en gras)²⁶³.

258. L. LANGEVIN, préc., note 9 (37), p. 43.

259. *Id.*

260. Cf. les tenants de la théorie de la personnalité résolutoire.

261. « Selon ce raisonnement de la Cour suprême, le fœtus ne possède donc pas la personnalité juridique », E. DELEURY et D. GOUBAU, préc., note 9 (33), p. 15 n° 6.

262. E. DELEURY et D. GOUBAU sur l'arrêt *Daigle c. Tremblay* écrivent : « Pendant la grossesse, le père est en réalité un tiers et ne peut prétendre à un statut particulier, comme le rappelait d'ailleurs la Cour suprême dans l'arrêt *Tremblay c. Daigle*. **Il est incontestable que dans l'état actuel du droit, l'enfant à naître ne jouit d'aucun attribut attaché à la qualité de personne. On ne peut donc invoquer à son profit des droits extrapatrimoniaux**, ce que confirme l'article 192, al. 2 C.c.Q. qui institue les père et mère tuteurs légaux de leur enfant conçu pour lequel ils sont chargés d'agir "dans tous les cas où son intérêt patrimonial l'exige". **En d'autres termes, l'enfant conçu ne devient porteur de droits propres que s'il naît vivant et viable.** S'il ne remplit pas ces deux conditions, il ne peut prétendre à l'acquisition de la personnalité juridique. En ce sens, le statut de l'enfant conçu est, en droit civil, à la fois relatif et conditionnel: - relatif, parce qu'il est tributaire de l'intérêt de l'enfant et qu'il ne peut donc jamais jouer contre lui; - conditionnel, puisqu'il est subordonné à l'acquisition de la qualité de personne, ce qui apparaît donc comme une condition suspensive. » (nos mis en gras), préc., note 9 (33), p. 25 n° 13

263. *Tremblay c. Daigle*, préc., note 50, p. 560.

Selon ces auteurs, bien que la Cour suprême ait, en 1933 dans l'affaire Léveillé, reconnu une portée générale à la maxime « *in-fans conceptus* », cette dernière ne devrait pas permettre d'exercer à l'encontre de la mère des droits extrapatrimoniaux, tels le droit à la vie et le droit à l'intégrité physique. Ainsi, Deleury et Goubau relèvent :

[...] il est impensable, en l'état actuel du droit au Québec, qu'on puisse contraindre une femme à subir une césarienne ou, qu'en raison de son style de vie et compte tenu des incidences qu'il peut avoir sur le développement normal du fœtus (tabagisme, alcoolisme, toxicomanie), on puisse pendant la gestation mettre cette personne sous tutelle [...] ²⁶⁴.

Cependant, ils reconnaissent qu'un recours en responsabilité pour vie préjudiciable contre la mère pourrait être intenté par l'enfant, une fois né, pour un préjudice subi *in utero*, mais relèvent que, jusqu'à présent, les valeurs sociales ont fait primer « l'autonomie reproductrice » ²⁶⁵ de la femme sur le droit à la vie de l'embryon ²⁶⁶. Ainsi, les valeurs de la société, selon Deleury et Goubau, expliqueraient qu'au nom de l'ordre public, on ait pour l'instant écarté toute action en responsabilité civile intentée au nom de l'enfant contre sa mère ²⁶⁷. Quant au recours en responsabilité pour vie

264. E. DELEURY et D. GOUBAU, préc., note 9 (33), p. 23 n° 12.

265. Nous empruntons cette expression à L. LANGEVIN, préc., note 9 (37), p. 74.

266. E. DELEURY et D. GOUBAU évoquent les difficultés d'ordre social et celles consistant à évaluer les dommages : « Comment en effet comparer la vie avec le néant, c'est-à-dire la non existence d'un être humain? », préc., note 9 (33), p. 23 n° 11.

267. E. DELEURY ET D. GOUBAU précisent qu'« [i]l est, de plus, tout à fait probable que pour **des considérations d'ordre social**, les tribunaux québécois saisis d'une telle action invoquent **les valeurs fondamentales de la société et donc, la notion d'ordre public (art. 9 C.c.Q.)**, pour écarter toute action qui pourrait être intentée, au nom de l'enfant, une fois né, contre sa mère, en raison du préjudice imputable à sa négligence pendant sa grossesse. Il n'y a aucune raison pour que le caractère exceptionnel de la relation qu'entretient la femme enceinte avec le fœtus qu'elle porte, si différente des rapports avec les tiers, et les conséquences qui pourraient en résulter, pour la femme enceinte, au plan de son autonomie, invoquées par la Cour suprême dans l'affaire Dobson, ne soient invoqués avec la même efficacité

préjudiciable contre le médecin, il pourrait être intenté par « l'enfant dont le handicap aurait pu être diagnostiqué pendant la grossesse ou encore anticipé, en raison d'antécédents familiaux »²⁶⁸.

Pour Langevin, le statut juridique de l'embryon ne découle pas de sa nature mais du « droit à la liberté reproductive de la femme reconnu par la Cour suprême du Canada ». Selon elle :

[D]ans le cas du fœtus *in utero*, l'autonomie reproductrice de la femme a préséance. Le plus haut tribunal a **donc** refusé de reconnaître la personnalité juridique au fœtus. Il acquiert la personnalité juridique seulement s'il naît vivant et viable²⁶⁹.

La femme enceinte décide en toute latitude du sort de l'embryon, l'enfant né vivant et viable ne pouvant intenter une action en réparation pour dommage à son intégrité physique qu'à l'encontre de tiers²⁷⁰. Enfin, le fait que des dispositions juridiques puissent protéger l'embryon *ex utero* alors qu'un tel régime objectif n'existe pas pour l'embryon *in utero* (avortement) s'expliquerait, selon cette auteure, par l'absence dans le dernier cas d'un projet parental²⁷¹.

dans le contexte du droit québécois. » (nos mis en gras), préc., note 9 (33), p. 25 n° 13

268. « Comment en effet comparer la vie avec le néant, c'est-à-dire la non existence d'un être humain? », E. DELEURY D. GOUBAU, préc., note 9 (33), p. 23 n° 11.

269. L. LANGEVIN, préc., note 9 (37), p. 74

270. « Comme aucune loi ne limite ou n'encadre l'avortement, la femme enceinte a accès à cette intervention à tout moment de sa grossesse, évidemment selon les ressources de son milieu, qui peuvent être totalement absentes. Elle peut aussi refuser toute intervention médicale portant sur son fœtus. De plus, le fœtus n'est pas un être humain ou une personne au sens du Code criminel. Mais si le fœtus naît vivant et viable, il peut intenter une action en indemnisation contre tout tiers fautif, sauf contre sa mère, pour le préjudice subi pendant sa vie intra-utérine », L. LANGEVIN, *id.*

271. « La situation juridique de l'embryon et du fœtus pourrait être qualifiée de paradoxale : ils ne jouissent d'aucun droit pendant leur vie intra-utérine, mais ils sont l'objet de mesures de protection en matière de procréation assistée et de recherche connexe. Les mouvements contre l'avortement peuvent y trouver un argument : le désir de protéger l'embryon et le fœtus

Le choix de la théorie de la personnalité juridique acquise sous condition suspensive par ces auteurs peut surprendre. En effet, nul n'était besoin de recourir à cette théorie pour limiter la maxime aux seuls intérêts patrimoniaux de l'enfant conçu. La théorie de la fiction *stricto sensu* aurait évité de placer le débat sur l'existence de la personnalité juridique de l'enfant conçu, évitant ainsi le risque d'une interprétation large de la maxime « *infans conceptus* » qui engloberait les droits extrapatrimoniaux, risque dès lors uniquement contenu par des considérations d'ordre sociale et politique sur lesquelles les civilistes n'ont pas de moyen de contrôle.

En France, de nombreux auteurs mettent en parallèle la maxime et la question de l'avortement²⁷², et plus particulièrement celle de l'article 1 de la *Loi sur l'interruption volontaire de grossesse* (« La loi garantit le respect de tout être humain dès le commencement de sa vie. Il ne saurait être porté atteinte à ce principe qu'en cas de nécessité et selon les conditions définies par la présente loi »²⁷³), non sous l'angle d'un droit à la vie de l'enfant conçu – la

constitue, à leurs yeux, une reconnaissance de leur droit à la vie. Nous ne voyons là aucun paradoxe. Dans le cas de l'avortement, il n'y a pas de projet parental, ce qui n'est pas la situation lorsque des personnes recourent à la procréation assistée ». L. LANGEVIN, préc., note 9 (37), p. 75. Si l'on suit cette logique le projet parental ne pourrait inclure deux personnes que lorsqu'il concernerait un embryon *in vitro*; dès qu'il concernerait un embryon *in utero*, seule la femme enceinte aurait ce projet parental, à l'exclusion de son ou sa conjointe, puisqu'elle seule décide de l'avortement.

272. Les auteurs suivants ne traitent pas de cette question : Y. BUFFELAN-LANORE et V. LARRIBAU-TERNEYRE, préc. note 9 (9), qui ne font que renvoyer à la p. 316 à l'arrêt de la CEDH 8 juillet 2004, *Affaire Vo c. France* (D. 2004. J 2450, note Pradel) et précisent tout au plus à la p. 276 n° 740 que la situation de l'enfant simplement conçu est rendue précaire par l'interruption volontaire de grossesse; pour A. BATTEUR préc., note 9 (3) à la p. 14 n° 13 « Le point de départ de toute réflexion est nécessairement le respect de la législation sur l'interruption volontaire de grossesse. La liberté pour la femme de procréer ou de ne pas procréer ne doit en aucun cas être remise en cause, sous peine de porter atteinte à l'une des avancées les plus essentielles en matière de droits des femmes »; P. MALAURIE, préc., note 9 (23), p. 12 n° 7 sur l'interruption volontaire de grossesse, écrit à ce sujet : « aucune disposition légale ou réglementaire ne le précise : une personne ou une chose? »).

273. Voir *supra* note 3.

personnalité et les droits de ce dernier étant conditionnels, la maxime « *infans conceptus* » ne peut viser le droit à la vie²⁷⁴ – mais du principe de respect de la vie tenant à sa qualité d'être humain et/ou de personne humaine²⁷⁵. En cela, ils sont en accord avec la

274. Voir notamment B. PETIT : « La personnalité juridique de l'embryon n'est qu'une personnalité conditionnelle ou, plus exactement, il ne s'agit que d'une anticipation rétrospectivement accordée à une personne existante. On ne saurait, dès lors, se fonder sur la règle *infans conceptus* pour retenir un homicide à la charge de l'auteur d'un accident ayant entraîné la mort du fœtus [...] et pas davantage pour critiquer la légalisation de l'avortement [...] quoi que l'on puisse penser par ailleurs de cette législation. », B. PETIT, préc., note 9 (25), p. 13. En effet, la personnalité est anticipée fictivement et les droits conditionnels de l'enfant conçu ne sont pas exigibles puisque ce n'est qu'au moment de l'accomplissement de la condition suspensive, en devenant droits définitifs, qu'ils le seront. Voir nos développements sous la théorie de la personnalité actuelle. Voir la section I. B. La personnalité juridique actuelle. La difficulté consiste alors à distinguer les mesures conservatoires, possibles dans la théorie de la condition suspensive, des mesures exécutoires, qui sont impossibles. Or, la contrainte par corps opérée sur la femme enceinte pour l'empêcher d'avorter et permettre à l'embryon de préserver son droit à la vie relève plus des mesures exécutoires que des mesures conservatoires. Elles devraient donc être impossibles.

275. J.-P. BRANLARD mentionne l'article 16 C.c.F. sur le respect de l'être humain dès le commencement de la vie et ajoute « (quid de l'avortement?) », préc., note 9 (8), p. 157; M. DOUCHY-LOUDOT écrit que « [c]ertains auteurs préconisent de distinguer le moment où il y a une personne et la question plus contingente du moment où le droit reconnaît personnalité juridique à une personne. L'avantage de la solution serait de permettre une **extension de la protection de la personne à sa conception** alors même que le droit ne conférerait la personnalité juridique à l'enfant conçu qu'à la condition d'être né vivant et viable » (nos mis en gras), préc., note 9 (13), p. 236; elle note que « [f]orce est de constater l'absence de protection générale de la personne de l'enfant conçu *in utero* puisque la mère a un droit discrétionnaire de recourir à une interruption volontaire de grossesse », dès lors qu'elle agit dans le cadre législatif, préc., note 9 (13), p. 162 n° 218. Elle penche aussi pour le droit à la vie de l'embryon : « [L]e droit à la vie reste un droit conditionnel pour l'enfant conçu (v. *supra* note 244), préc., note 9 (13), p. 188 n° 284; D. GAUTHIER pose que « [i]l s'agit uniquement d'être humain et non de personne humaine, seule cette dernière étant envisagée pour l'attribution de la personnalité juridique. Si l'on faisant remonter la qualité de sujet de droit à la conception, l'interruption volontaire de grossesse serait alors impossible puisqu'elle entraînerait un homicide volontaire », cet auteur fait coïncider personne humaine et personne juridique,

préc., note 9 (18), p. 60; S. GJIDARA-DECAIX applique la maxime *infans conceptus* aux seuls droits patrimoniaux : « Elle ne s'applique qu'en **matière patrimoniale**. L'exclusion du principe de l'*infans conceptus* en matière extrapatrimoniale tient à ce que le droit positif se refuse à considérer l'embryon, à l'instar de l'animal, comme une personne, mais le considère comme une chose dotée seulement d'une certaine protection juridique. C'est parce que l'embryon n'est qu'une personne « potentielle » que le législateur admet, d'une part l'interruption volontaire de grossesse [...] » (nos mis en gras), préc., note 9 (19), p. 10 et : « [d]'une part, l'acquisition anticipée de la personnalité juridique est partielle, dès lors qu'elle n'opère **que** dans l'intérêt de l'enfant conçu **à l'égard de ses droits patrimoniaux** » (nos mis en gras), préc., note 9 (19), p. 65 et : « [s]i l'être humain en gestation est souvent qualifié de [...] "projet de personne humaine", c'est la notion de personne qui est vidée de sa substance », préc., note 9 (19), p. 66; P. MALAURIE : « [l]a législation sur l'avortement (1975) continue à déchaîner les passions, notamment sur la nature de l'embryon. Aucune disposition légale ou réglementaire ne la précise : une personne ou une chose? », préc., note 9 (23), p. 12. La question à lecture de son texte est de savoir s'il fait référence à la personne juridique ou à la personne humaine puisque chose ou personne oppose le sujet et l'objet de droit. Pour J. MAZEAUD et F. CHABAS, « [l]'embryon, qui n'a pas encore de personnalité, mais qui par sa qualité d'être humain en puissance appelle à une protection particulière », préc., note 9 (24), n° 443-1 et « [q]uant à cette condition juridique, plusieurs solutions sont possibles. La première consiste à considérer l'embryon comme une chose, puisque celui-ci n'acquiert la personnalité qu'à la naissance, cette approche correspondant à une règle du droit romain selon laquelle l'embryon n'est qu'une partie du corps de la mère (*infans conceptus manet pars viscerum matris*). Mais, une telle approche est trop contraire à une appréhension humaniste de l'individu. La deuxième serait de remarquer que l'embryon, possédant toutes les caractéristiques de l'être humain, est en fait une personne à part entière dotée d'une personnalité conditionnelle, qui lui sera reconnue à sa naissance », préc., note 9 (24), p. 11; ou encore : « [l]e droit positif semble avoir opté pour un mélange des deux dernières solutions, au moins en ce qui concerne la question de l'interruption volontaire de grossesse », *id.*; C. RENAULT-BRAHINSKY écrit que : « une solution intermédiaire consisterait à considérer que le fœtus constitue une personne humaine au contraire de l'embryon ou que l'embryon n'est pas une personne humaine jusqu'au moment où est dépassé le délai pendant lequel il est possible de procéder à une interruption volontaire de grossesse, c'est-à-dire 12 semaines de grossesse », préc., note 9 (26), p. 25; F. TERRE et D. FENOUILLET mentionnent que si l'avortement « [a] été fortement condamné sur le terrain du droit pénal, ce n'est pas parce qu'il aboutissait à supprimer une personne humaine, mais parce que la vie humaine, en tant que telle, appelait une protection spécifique » et « [p]uisque toute personne a droit à la vie, il faut savoir à partir de quel moment existe cette personne

juridiquement parlant », préc., note 9 (29), p. 25 n°23. Ils envisagent trois réponses possibles : 1) « Le terme « personne » ne couvre pas l'enfant conçu, mais seulement l'enfant à partir de sa naissance » (arrêt CEDH 2004), préc., note 272), préc. note 9 (29), p. 26 n°23; 2) « On situe l'apparition de la personne humaine protégée juridiquement dès le moment de la fécondation ». Pour cela, ces auteurs s'appuient sur la maxime *infans conceptus* « [s]i tant est que ce soit nécessairement un avantage pour quelqu'un de venir au monde! A quoi l'on objectera que le jeu de cette fiction repose sur une rétroaction des effets de la naissance et que, pour qu'il y ait rétroaction, encore faut-il qu'il y ait action. Or par hypothèse, il n'y a pas de naissance », 3) En se fondant sur l'article 1 de la loi Veil qui garantit à tout être humain le respect dès le commencement de la vie, ces deux auteurs estiment que les législateurs avaient ainsi eu « l'intention de situer, dans notre droit, l'apparition de la personnalité juridique au moment de la fécondation ». . Toutefois, ils s'accordent sur le fait que « l'esprit de ces formules restrictives s'accordait difficilement » avec l'objectif de la loi, *id.* Notons aussi : « [L]ors même qu'une atteinte à la dignité de la personne humaine n'est pas retenue, il faut bien reconnaître que les solutions n'excluent pas implicitement l'incidence du principe de protection analysé, par exemple, en matière d'avortement », préc., note 9 (29), p. 99; Pour F. ZENATI-CASTAING et T. REVET, l'embryon n'est pas une personne humaine, il ne peut bénéficier de régime protecteur que l'entremise du corps de la femme : « [S]i l'embryon et le fœtus peuvent être considérés, en vertu de la règle *infans conceptus*, comme des sujets de droit en gestation, on peut en déduire l'existence d'un principe sous-jacent qui leur permet de prétendre bénéficier d'une partie du statut protecteur du corps humain » et « l'existence d'un début de personnalité juridique ne donne pas en soi la solution du problème de l'étendue de la protection qu'il convient d'organiser au cours de la période de gestation », préc., note 9 (32), p. 30 n° 13. Pour un usage du terme « droit à la vie » associé non à la personnalité juridique mais à la personne humaine, voir A. BATTEUR qui présente une doctrine renouvelée qui déduit de la loi Veil un droit à l'intégrité physique de l'enfant à naître dont il bénéficie en raison d'un régime de protection minimum et, non en raison du fait qu'il serait un sujet de droit, et ajoute que la seule exception serait l'avortement; il utilise l'expression « être humain potentiel » : « la doctrine a proposé des analyses renouvelées. L'enfant à naître, même non doté de la personnalité juridique, pourrait faire l'objet d'une protection minimum, en tant qu'être humain potentiel, bénéficiant à ce titre d'un droit à l'intégrité physique », préc., note 9 (3), p. 59 n° 122. *Contra* G. TAORMINA qui indique que le droit à la vie s'acquiert avant la naissance par le jeu de la maxime *infans conceptus*, préc., note 9 (28), p. 276 n° 804, pour conclure sur l'avortement que « l'intérêt de l'enfant à être réputé né avant sa naissance a aussi pour limite le droit pour sa mère d'avorter », préc., note 9 (28), p. 280 n° 814.

Cour européenne des droits de l'homme²⁷⁶. De cette qualification de personne humaine, un certain nombre d'entre eux estiment qu'une qualification d'homicide devrait être retenue pour la mort causée à un enfant conçu *in utero*²⁷⁷. D'autres optent pour la distinction

276. La Cour avait trouvé « [c]omme dénominateur commun aux États l'appartenance à l'espèce humaine; [C'est] la potentialité de cet être et sa capacité à devenir une personne [...] qui doivent être protégé 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 » (Considérant 84). CEDH 2004 *supra* note 272.

277. M. DOUCHY-LOUDOT écrit que « le droit à la vie reste un droit conditionnel pour l'enfant conçu », préc., note 9 (13), p. 171 n° 270 et renvoie aux développements suivants : « Mais cette absence de protection ne permet pas de dire que l'enfant conçu n'est pas une personne ainsi qu'il a été magistralement expliqué (par un auteur critiquant cet arrêt) à propos d'un arrêt en date du 29 juin 2001 » qui refusait la qualification d'homicide de la mort d'un enfant à naître des suites d'un accident de voiture (au sens de personne humaine), préc., note 9 (13), p. 145 n° 220; en effet pour elle, « ce point de vue repose sur un syllogisme inexact [...] (le droit pénal interdit de tuer les personnes; le droit pénal permet de supprimer des fœtus (avortement); donc le fœtus n'est pas une personne) alors que le vrai raisonnement est : le droit pénal interdit, en principe, de tuer les personnes; mais le droit pénal permet de supprimer le fœtus; donc le droit pénal permet de tuer certaines personnes », préc., note 9 (13), p. 145 n° 220; elle ajoute : « Aucune disposition juridique ne déclare *expressis verbis* que l'enfant conçu n'est pas une personne ou n'indique à partir de quand il y a commencement de la vie », préc., note 9 (13), p. 145 n° 220; enfin, « [e]n somme, l'intégrité physique de la femme ou de l'enfant à naître, l'intégrité morale de la femme justifient la mort de l'enfant même au dernier mois de la grossesse », préc., note 9 (13), p. 171 n° 270; T. GARE note qu'il existe deux dérogations au principe selon lequel la personnalité s'acquiert à la naissance à la condition d'être né vivant et viable : la maxime *infans conceptus* (qu'il n'applique qu'en matière patrimoniale) et la jurisprudence en matière d'homicide : « [p]lusieurs arrêts semblent admettre que l'enfant a, dès avant sa naissance, une personnalité distincte de celle de sa mère »; pour lui, « [u]ne clarification du statut pénal de l'enfant dans la période prénatale s'impose », préc., note 9 (17), p. 106; et il estime « [q]u'elle existe ou non, cette personnalité a bien peu de portée » en raison de la loi sur l'interruption volontaire de grossesse et du régime des embryons conçus *in vitro* non réimplantés, préc., note 9 (17), p. 107. Plus précisément sur l'avortement (à l'appui duquel il mentionne « le droit (égoïste?) de la femme de maîtriser son corps et sa fécondité » (à la p. 129), il pose que « [l]e droit à la vie protège la personne déjà née, non l'enfant à naître. Dès lors, ni l'embryon ni le fœtus ne sont titulaires d'un droit à naître », préc., note 9

entre embryon et fœtus afin de limiter l'application du régime de la protection de la personne humaine²⁷⁸ ou la maxime « *infans conceptus* » au fœtus qui disposerait ainsi du droit à la vie²⁷⁹. D'autres auteurs posent que le droit à la vie du fœtus (et non le respect de la

(17), p. 129; P. MALAURIE écrit que « [m]algré les critiques d'une doctrine presque unanime, la Cour de cassation refuse de qualifier d'homicide involontaire l'atteinte non intentionnelle à la vie de l'embryon », préc., note 9 (23), p. 12 n° 8; M. DE JUGLART, A. PIEDELIEVRE et S. PIEDELIEVRE estiment pour leur part que « [l]a personnalité peut cependant remonter à la conception, mais le principe a reçu un tempérament important en matière pénale », préc., note 9 (21), p. 86 n° 101.

278. J.-L. AUBERT et E. SAVAUX précisent que l'autorisation de l'interruption volontaire de grossesse et l'absence d'incrimination d'homicide involontaire sont des « manifestations » de l'absence de personnalité juridique reconnue à l'embryon et au fœtus mais, pour eux, « [c]ette non-personnalité de l'embryon et du fœtus ne signifie pas, pour autant, l'absence de statut juridique », préc., note 9 (2), p. 196, car ces derniers font « [l]'objet de différentes dispositions légales qui notamment en assurent la protection. » (Recherche sur l'embryon et autres), préc., note 9 (2), p. 197; J. MAZEAUD et F. CHABAS écrivent qu'« [e]nfin, on peut opter pour une solution intermédiaire en distinguant l'embryon du fœtus, stade auquel l'enfant commence à présenter les caractéristiques de l'espèce humaine et atteindrait alors un développement suffisant pour être véritablement traité comme une personne à part entière. », préc., note 9 (24), p. 10 n° 443-1.1; C. RENAULT-BRAHINSKY écrit qu'« [u]ne solution intermédiaire consisterait à considérer que le fœtus constitue une personne humaine au contraire de l'embryon ou que l'embryon n'est pas une personne humaine jusqu'au moment où est dépassé le délai pendant lequel il est possible de procéder à une interruption volontaire de grossesse, c'est-à-dire 12 semaines de grossesse », préc., note 9 (26), p. 25.

279. « Si l'on faisait **remonter la qualité de sujet de droit à la conception, l'interruption volontaire de grossesse** serait alors **impossible** puisqu'elle entraînerait un homicide volontaire » (nos mis en gras), D. GAUTHIER, préc., note 9 (18), p. 60.

vie) s'efface devant le droit de la mère d'avorter²⁸⁰, pourtant qualifié par Teyssié de « droit de tuer »²⁸¹.

Zenati-Castaing et Revet soulignent cependant que l'encadrement législatif strict du contrat d'avortement est une illustration du régime particulier du corps humain, chose non ordinaire car participant de la personne humaine²⁸². « Le fait qu'il porte atteinte

280. F. AMELI, après avoir posé que l'embryon et le fœtus ne sont ni des choses ni des personnes, écrit que « [l]a réalité sociologique prend le pas sur le raisonnement juridique. Il est vrai qu'on admet que la personnalité juridique puisse rétroagir au jour de la conception, mais ce serait imposer une trop lourde charge aux femmes en détresse que de leur refuser l'avortement au nom de ce principe », préc., note 9 (1), p. 173; J. BONNARD à propos de l'arrêt de la CEDH du 5 septembre 2002 *Bosco c. Italie* explique que « [c]e droit peut être supplanté par le droit à l'avortement de la femme enceinte dont la santé est jeu », préc., note 9 (7), p. 158; et se pose la question de savoir si l'interruption volontaire de grossesse « [n]e conduit-elle pas à supprimer une personne juridique dans la mesure où l'enfant ne naîtra ni vivant ni viable », préc., note 9 (7), p. 157; M. DE JUGLART, A. PIEDELIEVRE et S. PIEDELIEVRE précisent que « [s]i l'on applique le principe que l'enfant doit être réputé né chaque fois qu'il y va de son intérêt (mais est-il intéressant de se voir infliger la vie, certains en ont douté!), l'avortement est un homicide. Or, l'état actuel du droit positif, tel qu'il résulte de la loi du 17 janvier 1975, ne s'aligne pas sur cette position », préc., note 9 (21), p. 87 n° 103; pour B. TEYSSIE, le droit à la vie s'exerce à partir de la conception, préc., note 9 (30), p. 31-32 n° 39.

281. B. TEYSSIE mentionne le « droit de tuer » qui réfère à l'avortement et qu'il considère comme la mort de l'être humain sur autorisation de la loi, préc., note 9 (30), p. 33 n° 41 et p. 46 n° 58. Il précise que « [a]dmise en certaines circonstances, l'interruption volontaire de grossesse ne participe pas, pour autant, d'un "droit à l'avortement" que certains souhaiteraient tirer du droit au respect de la vie privée inscrit à l'article 8 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales », préc., note 9 (30), p. 34 n° 41.

282. F. ZENATI-CASTAING et T. REVET écrivent : « Parce qu'il participe de la personne humaine, le corps humain n'est pas une chose ordinaire. Son commerce est entravé par des principes et des règles qui marquent le souci de limiter son instrumentalisation, au nom de représentations philosophiques, morales et religieuses de la personnalité humaine. », préc., note 9 (32), p. 273. Ils précisent que « [l]es partisans de la personnification de l'embryon invoquent la maxime *infans conceptus* pour justifier la préexistence de la personne à la naissance. Cette analyse confond personne humaine et sujet de droit. Même si la vie juridique embryonnaire pouvait

à la vie d'un embryon ou d'un fœtus n'entre pas en ligne de compte du fait de l'imbrication de ces entités au corps de la mère »²⁸³. Par ailleurs pour ces auteurs, seul le collège de médecins, jouant le rôle « d'une espèce d'administrateur *ad hoc* », a le pouvoir de prendre la décision que l'embryon « ne doit pas naître en raison d'un mal grave et incurable qui l'affecte », cette décision n'étant « plus dans le pouvoir de la mère »²⁸⁴. Pourrait-on dès lors déduire qu'un même collège puisse imposer des mesures médicales « conservatoires » à la femme enceinte?

Conclusion

Cette étude sur la construction par la doctrine civiliste québécoise et française du statut juridique de l'embryon a permis de révéler la richesse mais aussi la complexité des traditions juridiques en jeu.

La richesse d'un dialogue entre deux cultures qui appréhendent parfois différemment certains défis posés par les biotechnologies au droit civil est patente. Les écrits de droit civil analysés se nourrissent des controverses qui existent dans leur pays et les points de friction entre le droit civil et le phénomène social en cause (avortement, lourd handicap de l'enfant conçu) peuvent donner lieu à des approches variées. Ainsi, dans les écrits québécois, l'avortement est appréhendé à travers le prisme de l'autonomie de la femme

caractériser une apparition de la qualité de sujet de droit avant la naissance - ce qui est discutable -, cette solution resterait étrangère à l'acquisition de la qualité de personne humaine. Il est vrai cependant qu'une certaine concordance existe dans l'acquisition de la personnalité juridique et celle de la personne humaine, l'une et l'autre étant fondées sur la naissance. Ce phénomène démontre donc que tout accès au titre de personne est précédé d'un état intermédiaire qui n'est jamais que la réplique de la réalité biologique », préc., note 9 (32), p. 234 n° 272.

283. F. ZENATI-CASTAING et T. REVET, préc., note 9 (32), p. 274, n° 308.

284. « L'embryon ne peut pas prendre lui-même la décision de ne pas naître en raison d'un mal grave et incurable qui l'affecte. Cette décision n'est pas plus dans le pouvoir de la mère. Elle est dans celui d'un collège de médecins qui joue le rôle d'une espèce d'administrateur *ad hoc* », F. ZENATI-CASTAING et T. REVET, préc., note 9 (32), p. 271 n° 304.

enceinte (immunité et préséance de ses droits à la vie privée – *Dobson c. Dobson – Office des services à l'enfant et la famille de Winnipeg (région du Nord-Ouest) c. G. (D.F.) – Daigle c. Tremblay*) et vient colorer l'interprétation donnée de la maxime « *infans conceptus* » sans pour autant interférer sur les catégories du droit civil. Au contraire, dans les manuels français, la *Loi sur l'interruption volontaire de grossesse*, et plus particulièrement son article 1^{er} qui dispose que le respect de l'être humain commence dès le début de la vie, perturbe directement les classifications du droit civil, tout particulièrement chez les juristes naturalistes pour lesquels le droit se doit de refléter le réel.

Le traitement de cette question par les deux systèmes juridiques permet en outre de dévoiler que le droit public ne joue pas de la même manière, notamment parce que les Chartes canadiennes et québécoises publicisent le droit civil, ce qui le rend plus perméable à d'autres traditions normatives.

Elle permet aussi de mettre en évidence les contraintes découlant de la lettre des textes de lois sur la doctrine. En effet, l'équivalence dans les textes législatifs québécois entre « être humain » et « personne dotée de la personnalité juridique » (article 1 C.c.Q.) offre moins de latitude aux professeurs de droit québécois dans leur appréhension de la notion de personne humaine. Morin écrit ainsi que « si l'enfant conçu devait être qualifié d'être humain, il posséderait la personnalité juridique et serait une personne humaine »²⁸⁵, puis précise : « [n]ous soutenons donc que l'enfant conçu n'est pas encore une personne humaine ou un "être humain" »²⁸⁶. Au contraire, le droit français, qui reconnaît à l'être humain un régime objectif de protection (primauté et dignité de la personne humaine et respect de l'être humain dès le commencement de sa vie – article 16 C.c.F.), sans pour autant lui octroyer expressément la personnalité juridique, offre aux auteurs français une panoplie d'interprétations possibles : l'embryon *ex utero* ne serait pas un être humain mais une simple vie humaine ou à l'inverse une chose; l'embryon *in utero*

285. M. MORIN, préc., note 9 (38), p. 240 à la note infrapaginale 149.

286. *Id.*, p. 262 à la note infrapaginale 231.

serait un être humain doté de la personnalité juridique et ayant un droit à la vie; l'embryon *in utero* serait protégé par le régime de la personne humaine, ou encore serait une chose, le corps humain ne devenant personne humaine qu'au moment de la naissance vivante et viable.

Par ailleurs, au-delà des cultures juridiques propres à chaque système, il nous a été permis de constater que, si du côté des écrits québécois, les idées de la doctrine française étaient connues et souvent transposées, il est à regretter que l'inverse ne soit pas vrai. La doctrine française reste enfermée sur des notions issues de la tradition d'un droit civil hégémonique et ne s'alimente qu'auprès de ses collègues européens.

Nous avons également constaté que presque tous les auteurs recourent explicitement à la maxime « *infans conceptus* ». Elle n'est que rarement mentionnée de façon implicite. Dans tous les cas, elle est associée par la doctrine tant québécoise que française aux conditions d'attribution de la personnalité juridique et porte le débat sur le terrain de la personne juridique, sujet de droit, qui peut acquérir des droits et des obligations. Ainsi, la théorie de la fiction *stricto sensu*, qui semble la plus proche de la conception romaine de la maxime et qui permet, sans modifier la nature de l'embryon, de lui faire profiter des avantages dont il aurait bénéficié s'il était né plus tôt, n'a pas été reprise par les auteurs étudiés.

Notons, par ailleurs, que les auteurs n'osent pas énoncer clairement que l'enfant conçu est une personne juridique et ne recourent donc pas à la théorie de la personnalité juridique actuelle. Ils se concentrent plutôt sur le champ d'application de la maxime « *infans conceptus* » dont ils font découler une personnalité précaire (résolutoire) ou fictivement anticipée (suspensive). L'étendue des droits de l'enfant conçu varie alors en fonction des courants théoriques adoptés par les auteurs : limitée aux seuls droits patrimoniaux pour les uns, elle semble pouvoir ouvrir aussi la voie à une reconnaissance de droits extrapatrimoniaux pour les autres, notamment chez ceux qui associent personne juridique et personne

humaine (que l'on retrouve chez les tenants de la personnalité sous condition résolutoire).

En outre, la protection des intérêts de l'enfant conçu suscite un débat quant aux mesures qui peuvent être prises alors qu'il est en gestation ou après qu'il soit né vivant et viable. Concernant les intérêts extrapatrimoniaux (droit à la vie, droit à l'intégrité physique), seule la théorie de la personnalité sous condition résolutoire semble permettre une action préventive, entrant alors pleinement en conflit avec les droits de la mère. En effet, dans les théories de la personnalité actuelle et de la personnalité sous condition suspensive, les droits de l'enfant conçu sont conditionnels (sous condition suspensive donc en latence). Il en résulte qu'ils ne seront exigibles qu'au moment de la réalisation de la condition (naissance vivante et viable). Les seules mesures possibles, au cours de la gestation, sont donc des mesures conservatoires. Or, ces mesures, selon nous, ne peuvent comprendre un acte de contrainte par corps de la femme enceinte (interdiction d'avorter, traitement médical forcé) puisque ce dernier, parce qu'il est une contrainte par corps, constitue en réalité une mesure exécutoire.

Un autre objet de débat est celui de savoir si la maxime « *infans conceptus* » s'applique uniquement aux enfants conçus *in utero* ou si elle peut aussi venir perturber la qualification des embryons *ex utero*. Ce débat est loin d'être achevé; dans le Canada anglais, l'on distingue la fécondation de l'implantation pour ne reconnaître de droits successoraux qu'à l'enfant conçu implanté après le décès de son père.

Ces questionnements révèlent l'importance des enjeux soulevés par la qualification de l'embryon *in utero* comme *ex utero*. Les catégories de « chose » et de « personne » montrent sans doute ici leur limite. C'est pourquoi de nombreux auteurs refusent de qualifier explicitement l'embryon, se contentant de dire que s'il n'est pas tout à fait une personne, il n'est pas non plus une chose comme les autres, renvoyant ainsi à une catégorie intermédiaire (chose humaine comme chose sacrée) ou à une sous-classification qui distinguerait l'embryon (chose) du fœtus (personne).

Les deux théories auxquelles les auteurs ont eu majoritairement recours, celles mettant en œuvre une condition résolutoire (neuf écrits sur trente-neuf) comme celles s'appuyant sur une condition suspensive (vingt-neuf écrits sur trente-neuf), présentent des apories et recèlent des précompréhensions.

Dans la théorie de la personnalité juridique sous condition résolutoire, le recours à la notion de vie humaine, qui devrait nécessairement être prise en compte par le droit, place ces auteurs dans une logique naturaliste dans laquelle la personne humaine se confond avec la personne juridique, la nature et le droit ne faisant qu'un.

La théorie de la personnalité juridique sous condition suspensive permet de mieux appréhender le phénomène de construction du droit. Cependant, le recours au droit des obligations se révèle inadéquat, notamment lorsqu'est en jeu le droit à la vie de l'enfant conçu qu'il est difficile de penser comme un droit en formation successive. Il complexifie la matière, la notion de droit conditionnel n'étant pas transposable à la personne juridique telle quelle. Les notions de personnalité en germe ou de personnalité anticipée, de personnalité résolue, mais aussi l'avortement et les technologies de conservation de l'embryon sont autant de points de friction qui démontrent les limites du recours au droit des obligations.

Ainsi, ni le recours en droit des personnes à la technique de la personnalité juridique, ni le recours au droit des obligations ne semblent constituer des solutions pleinement satisfaisantes. La personne humaine pourrait peut-être constituer une autre voie.

Pour autant, cette catégorie ne saurait tout solutionner. Ainsi, selon Zenati-Castaing et Revet, c'est parce que l'embryon *in vitro* n'est pas une personne humaine, socle des droits de la personne²⁸⁷, que la maxime n'a pas pour effet de lui donner des droits

287. « Contrairement à celle de sujet de droit, la personne humaine ne désigne pas le pôle de titularité des droits, dont on concevrait mal, quant à lui, qu'il pût être en même temps l'assiette d'un droit, qu'une fois né vivant et viable », F. ZENATI-CASTAING et T. REVET, préc., note 9 (32), p. 237 n° 275.

de la personne (tel le droit à la vie). Pour autant, ils ne se prononcent pas directement sur la question des droits patrimoniaux de l'embryon *in vitro*. Ce silence met l'accent sur le fait qu'à l'origine la maxime romaine avait vocation à s'appliquer aux embryons et aux fœtus *in utero*. C'est pourquoi, la majorité des auteurs semblent aujourd'hui encore réserver, au moins implicitement, l'application de cet adage aux seuls embryons *in utero*. Peu d'auteurs se sont en effet penchés explicitement sur l'application de la maxime à l'embryon *ex utero*²⁸⁸. Parmi ceux-ci, Kouri et Philips-Nootens comme Zenati-Castaing et Revet s'opposent clairement à l'application de cette maxime à l'embryon *in vitro*. Les premiers expliquent cette exclusion par la trop grande incertitude de la naissance, le projet de procréation assistée pouvant ne jamais se réaliser²⁸⁹. De plus, ces deux auteurs québécois étant favorables à la théorie de la personnalité juridique sous condition résolutoire, ils éprouvent quelques difficultés à appliquer la maxime « *infans conceptus* » aux embryons *in vitro* qui seraient alors dotés de la personnalité juridique jusqu'à leur destruction, alors qu'ils pourraient ne jamais naître²⁹⁰. Enfin, évoquant le cas particulier des embryons issus de la fécondation *in vitro*, Mazeaud et Chabas, et Renault-Brahinsky semblent aussi exclure l'application de la maxime²⁹¹. Deleury et Goubau, quant à eux,

288. Peu d'auteurs se penchent explicitement sur la question de l'application de la maxime à l'enfant *ex utero* : F. AMELI, préc., note 9 (1), p. 172, T. GARE, préc., note 9 (17), p. 107; C. RENAULT-BRAHINSKY, préc., note 9 (26), p. 24 et 25; G. TAORMINA, préc., note 9 (28), p. 277, n° 805, F. TERRE et D. FENOUILLET, préc., note 9 (29), p. 23 n° 23, F. ZENATI-CASTAING et T. REVET, préc., note 9 (32), p. 235; E. DELEURY et D. GOUBAU, préc., note 9 (33), p. 20 n° 10, p. 20 note infrapaginale 31 et p. 33-34 n° 21; R. KOURI et S. PHILIPS-NOOTENS, préc., note 9 (34), p. 132 n° 138.

289. « [...] [T]ant que le développement de l'enfant est arrêté temporairement (embryon congelé), on ne peut affirmer avec certitude que la gestation aboutirait. Autrement, serait traité comme "réputé né" l'embryon qui ne serait plus en gestation et qui ne naîtrait probablement jamais ». R. KOURI et S. PHILIPS-NOOTENS, préc., note 9 (34), p. 132 n° 138.

290. « Si, par contre, l'embryon *in vitro* devait bénéficier de l'implantation, à partir de ce moment la condition de naissance pourrait jouer car, à brève échéance, son destin serait confirmé par sa naissance ou sa mort. », R. KOURI et S. PHILIPS-NOOTENS, préc., note 9 (34), p. 132 n° 138.

291. J. MAZEAUD et F. CHABAS, préc., note 9 (24), p. 11 et 12 n° 443-1; C. RENAULT-BRAHINSKY, préc., note 9 (26), p. 24 et 25.

s'interrogent sur la possible application de la maxime « *infans conceptus* » à « la vie au stade "pré embryonnaire" dans le cas de la fécondation *in vitro* et à la vie "en suspension" lorsque, avant l'implantation dans l'utérus "maternel", on procède à sa cryogénéisation »²⁹². On le voit, l'embryon congelé, embryon *ex utero*, pose problème à la doctrine civiliste. Ces interrogations montrent que la question de l'étendue du champ d'application de la maxime « *infans conceptus* » (embryons *in utero* et/ou *ex utero*; droits patrimoniaux et/ou droits extrapatrimoniaux) reste entière²⁹³.

Peut-être, concernant plus précisément l'embryon *in vitro* affecté à une destinée/destination humaine, la dimension de son affectation, qui n'a pas encore été explorée, pourrait assurer la mise à l'écart du jeu traditionnel du droit des obligations et la mise en place du mécanisme protecteur du droit des biens²⁹⁴.

Cette voie n'a pas été choisie par les auteurs des manuels précités. Certains d'entre eux lui ont préféré celle de la personne

292. E. DELEURY et D. GOUBAU, préc., note 9 (33), p. 20 n° 10, spec. note infrapaginale 31. Pour autant, reprenant les arguments de leurs collègues R. KOURI et S. PHILIPS-NOOTENS, ils précisent que « [l]e Code laisse en suspens la question des droits qui ont pu s'ouvrir pendant le temps où l'existence de l'enfant était en quelque sorte suspendue, c'est-à-dire pendant le temps où il était congelé. [...] Toutefois, selon certains auteurs, la capacité pour l'embryon d'acquérir des droits de façon rétroactive devrait s'apprécier au moment de l'implantation et non pas de sa fécondation, compte tenu des incertitudes liées à la décision de donner suite ou non au projet parental. En effet, l'embryon peut ne jamais être implanté ou pourrait encore être donné à des tiers, ce qui remettrait en cause l'intention des auteurs des libéralités dont il aurait pu être gratifié au moment de sa fécondation *in vitro* », préc., note 9 (34), p. 33-34 n° 21.

293. Anne SARIS et Gaële GIDROL-MISTRAL, *Avers et revers de l'embryon congelé, ou l'appréhension de la saisie par le droit du phénomène de l'embryon congelé par les doctrines civilistes et féministes*, Les cadres théoriques et le droit, Actes de la 2^e journée d'étude sur la méthodologie et l'épistémologie juridiques (dirigé par Georges Azzaria), Éd. Yvon Blais, 2013, p. 157 à 281.

294. Cette analyse a fait l'objet d'une conférence, *Réflexions sur l'incidence de l'affectation sur le statut juridique de l'embryon congelé*, prononcée par les deux auteures lors de la Journée d'étude sur l'affectation, Université McGill, Centre Paul André P.-A. Crépeau, 1^{er} octobre 2012. Cette conférence donnera lieu à un prochain article.

humaine, qui leur permet de proposer un régime protecteur objectif de cet objet de droit si singulier qu'est l'embryon²⁹⁵.

295. Anne SARIS et Gaële GIDROL-MISTRAL, « La construction par la doctrine dans les manuels de droit civil français et québécois du statut juridique de l'embryon humain, Volet 2 : La personne humaine » [à paraître].

Annexe 1: Tableau récapitulatif des théories

Théories	Fécondation/conception – dans le ventre de la mère						Naissance vivante et viable : événement futur et incertain (condition)
	Fiction	Personnalité juridique	Droits patrimoniaux	Droits extra-patrimoniaux	Effet de droit / rapport de droit / obligation	Actions	
Fiction stricto sensu	La fiction porte sur le fait qu'est la date de la naissance	Absence de personnalité juridique	Pas de droit	Pas de droit	Effets de droits patrimoniaux	Mesures conservatoires	Acquisition de la personnalité juridique et des droits
Théorie de la personnalité juridique actuelle	Pas de fiction	Personnalité juridique existe immédiatement	Droit conditionnel qui prend naissance au moment de l'évènement déclencheur du droit (décès du père pour la succession). Il est soumis à une condition suspensive. Il existe en germe.	Droit conditionnel existe en germe au moment de la conception Problème posé : le droit à la vie peut-il être un droit en germe?	L'obligation n'existe pas tant que la condition n'est pas survenue	Mesures conservatoires possibles Pas de mesures d'exécution forcée (en effet, seule la réalisation de la condition permet à l'obligation d'exister) Question : le droit à l'intégrité physique permet-il de prendre des mesures conservatoires visant à prévenir toute atteinte à l'embryon (désintoxication forcée de la femme enceinte par exemple)?	Si naissance vivante et viable, la personnalité juridique se poursuit. Les droits conditionnels deviennent des droits purs et simples et sont alors exigibles. Si naissance non vivante et viable, destruction pour l'avenir de la personnalité juridique. Non-existence des droits.

Théories	Fécondation/conception – dans le ventre de la mère					Naissance vivante et viable : événement futur et incertain (condition)
<p>Théorie de la personnalité juridique sous condition suspensive</p>	<p>La fiction porte sur la réalité juridique de l'acquisition de la personnalité juridique qui rétroagit de la date de la naissance à celle de la conception.</p>	<p>Existence latente de la personnalité juridique qui sera consolidée lors de la naissance vivante et viable. L'acquisition de la personnalité juridique est différée au moment de la naissance vivante et viable. L'embryon ne devrait pouvoir être qualifié de personne, il est donc une chose.</p>	<p>Droit conditionnel (droit en germe ou intermédiaire). La réalisation de la condition consolidera rétroactivement le droit. La défaillance de la condition empêchera ce droit de se développer.</p>	<p>Droit conditionnel existe en germe au moment de la conception. Problème posé : le droit à la vie peut-il être un droit en germe?</p>	<p>L'obligation n'existe pas tant que la condition n'est pas survenue, elle est latente.</p>	<p>Si naissance vivante et viable, consolidation de la personnalité juridique qui était latente et fiction de la rétroactivité faisant remonter la date d'acquisition de la personnalité juridique à la conception. Consolidation des droits qui deviennent exigibles, par le jeu de la fiction de la rétroactivité, ils sont eux aussi supposés exister depuis la conception. Si naissance non vivante et viable, aucune personnalité juridique et aucun droit. Les mesures conservatoires devront être levées.</p>

Théories	Fécondation/conception – dans le ventre de la mère					Naissance vivante et viable : événement futur et incertain (condition)	
<p>Théorie de la personnalité sous condition résolutoire</p>	<p>La fiction porte sur réalité juridique de la destruction de la personnalité juridique qui rétroagit de la date de la naissance à celle de la conception</p>	<p>Personnalité juridique précaire qui peut être détruite rétroactivement si la condition résolutoire survient (c'est-à-dire l'enfant naît non viable ou non vivant). L'acquisition de la personnalité juridique est immédiate. L'embryon est une personne.</p>	<p>Droit actuel pur et simple. La défaillance de la condition confirmera le droit. La réalisation de la condition l'anéantira rétroactivement.</p>	<p>Droit existe purement et simplement au moment de la conception Problème posé : le droit à la vie s'oppose-t-il au droit de la femme de disposer de son corps.</p>	<p>L'obligation existe. Elle est pure et simple et est donc immédiatement exigible.</p>	<p>Mesures d'exécution forcée devraient pouvoir être prises.</p>	<p>Si naissance vivante et viable, la personnalité juridique et les droits sont confirmés. Si naissance non vivante et viable, la personnalité juridique et les droits acquis lors de la gestation disparaissent rétroactivement : ils sont censés n'avoir jamais existé. Remise des choses en état.</p>

Annexe 2 : Terminologie utilisée par la doctrine civiliste étudiée pour nommer l'embryon

En France:

Améli à la p. 72 se demande « Est-il pour autant possible d'affirmer que le fœtus ou l'embryon n'ont aucune personnalité juridique? »

Aubert et Savaux à la p. 196 distinguent l'embryon et le fœtus (IVG et recherche biomédicale) : « enfant conçu » (« *infans conceptus* »).

Batteur à la p. 13 n° 12 emploie « enfant » (à propos de la maxime « *infans conceptus* ») et p. 58 n° 120 « enfant à naître » (à l'occasion de l'interruption volontaire de grossesse et de l'homicide).

Beignier et Bleury à la p. 211 n° 152 : « [S]i la vie humaine commence avec l'apparition biologique de la personne, c'est-à-dire au moment de la fécondation. Il y a dissociation vie humaine et personnalité juridique »; ils poursuivent : « L'enfant à naître n'étant pas pris dans un rapport social, le droit ne lui confère pas d'existence propre ».

Belloir-Caux à la p. 107 utilise le terme d'« enfant à naître » (pour la loi sur l'avortement).

Bihr à la p. 158 ne traite pas de l'enfant conçu mais seulement de l'enfant né.

Bonnard à la p. 157 évoque « l'enfant simplement conçu, autrement dit à l'état de fœtus » et l'embryon.

Branlard à la p. 109 parle de fœtus, être vivant, être humain potentiel, personne en devenir et p. 110 d'enfant simplement conçu.

Buffelan-Lanore et Larribau-Terneyre à la p. 276 n° 740 évoquent les termes suivants : « enfant simplement conçu » (IFC); p. 298 n° 792 enfant à naître (homicide) et « embryon humain » (IVG) et recherche biomédicale p. 316.

Carbonnier à la p. 33 n° 13 explique que « [l]a vie préexiste à la naissance » et p. 39 n° 15 que « [l]a maxime "*infans conceptus*" s'est chargée de signification même en dehors du modèle civiliste. Littéralement, elle fait de l'avortement un homicide ».

Cornu à la p. 205 n° 461 parle de l'« embryon humain » et p. 206 n° 461 de la « protection pénale du fœtus ».

Courbe à la p. 3 évoque l'« enfant simplement conçu ».

Douchy-Oudot à la p.144 n° 218 et n° 220 évoque les termes suivants: « enfant », « enfant conçu », enfant conçu *in utero*, enfant conçu *ex utero*. Elle constate que le droit positif « ne reconnaît pas la personnalité juridique à l'embryon congelé encore moins la qualité de personne » (humaine) et p. 144 n° 220 utilise le terme d'« être cher » pour désigner l'embryon congelé.

Druffin-Brica à la p. 53 utilise les termes d'individu et d'enfant simplement conçu.

Encinas de Munagorri et Lhuilier à la p. 23 emploient le terme d'« individu » et expliquent que « les fœtus et les embryons ne sont donc pas considérés comme des personnes juridiques. ... Un individu peut-il acquérir la personnalité juridique? Oui chaque fois qu'il peut y trouver avantage. L'enfant conçu est considéré comme une personne dès qu'il y va de son intérêt », et poursuivent en évoquant l'« enfant en gestation ».

Fontaine *et al.* à la p. 85 utilisent « enfant conçu » et « enfant ».

Garé à la p. 106 parle d'enfant (« *infans conceptus* ») et à la p. 129 d'enfant à naître, d'embryon et de fœtus (concernant l'IVG).

Gauthier à la p. 60 utilise les termes suivants : embryon (embryon surnuméraire), enfant à naître, fœtus « doté le fœtus de la qualité de sujet de droit ». Le terme fœtus est utilisé dans le cadre de la maxime « *infans conceptus* » pour désigner l'enfant à naître.

Gjidara-Decaix à la p. 65 explique que « [l]a qualité d'être humain de l'embryon ne fait de lui ni une personne juridique telle que la définit le code civil, ni une personne humaine telle que la protège le code pénal » (à propos de la personne humaine).

Hess-Fallon et Simon à la p. 93 recourent à l'« embryon » (lois bioéthiques).

De Juglart, Piedelièvre et Piedelièvre à la p. 86 n° 101 utilisent le terme de « l'être » et p. 87 n° 104 expliquent que « normalement la personnalité juridique de l'être commence à sa naissance ». Lors de la cessation de la personnalité juridique, ces auteurs emploient le terme « être humain ».

Larroumet à la p. 201 n° 321 évoque le fœtus (à propos de la maxime « *infans conceptus* »), p. 199 n° 320 et p. 200 n° 321 l'individu (à propos de la personnalité juridique), p. 201 n° 321 l'enfant

conçu (viabilité); p. 201 n° 321 l'enfant (succession, indemnité) et p. 203 n° 321^{ter} le fœtus (mort).

Malaurie à la p. 11 n° 7 utilise les termes suivants : « Embryon et personnalité » et « enfant ». Il écrit que « jusqu'à sa naissance l'enfant n'a pas une personnalité distincte de sa mère »; p. 13 n° 7, il poursuit : « la règle "*infans conceptus*" [...] ne signifie pas que l'embryon soit une personne »; p. 13 n° 17 il parle de l'« être médical » pour désigner l'embryon (à propos du diagnostic préimplantaire).

Mazeaud, Chabas et Petit à la p. 13 n° 8 écrivent que « la personnalité juridique de l'embryon n'est qu'une personnalité conditionnelle ».

Renault-Brahinsky à la p. 25 parle du fœtus et de l'embryon (concernant la personne humaine).

Starck, Roland et Boyer à la p. 382 n° 1036 utilisent l'expression enfant pour désigner l'enfant conçu et « fœtus viable » sur la question de l'homicide; à la p. 383 n° 1037, ils écrivent que « l'embryon étant *pars mulieris*, la mère est libre de s'en défaire à son gré puisqu'il est en quelque sorte, sa chose » (loi avortement); et p. 383 n° 1038 ils poursuivent : « le droit arbitraire de la mère sur son fruit cesse à la 11^{ème} semaine qui marque le passage du stade embryonnaire au stade fœtale » pour conclure que « au lien organique des premières semaines entre la femme et l'embryon, réalisant une unité biologique en faveur de la mère, succède un binôme femme-fœtus consacrant une certaine autonomie de la vie intra-utérine ».

Taormina à la p. 276 n° 804 évoque l'enfant non encore né, p. 280 n° 814 l'enfant à naître et p. 277 n°s 805 à 807 l'embryon (à propos de l'avortement et de la recherche biomédicale).

Terré et Fenouillet à la p. 23 n° 23 recourent aux termes suivants : être (pour embryon et fœtus *in utero*); p. 24 n° 23 enfant à naître (homicide) et embryon et fœtus (avortement) et p. 29-30 n° 25 et n° 26 embryon fécondés *in vitro*.

Teyssié à la p. 14 n° 14 utilise le terme d'« individu » (« individu accède à la personnalité juridique), d'« enfant conçu » et d'« enfant » (IFC); p. 31 n° 39 il parle de l'« embryon » comme être humain détenteur d'un droit à la vie, et p. 34 n° 43 d'« embryon fécondé *in*

vitro » (recherche biomédicale), enfin p. 33 n° 41, il évoque un « Être, mais non personne, être humain » (avortement).

Voirin et Goubeaux à la p. 70 n° 96 traitent du « sort de l'embryon humain ou du fœtus et personnalité de l'enfant conçu » et recourent au terme de « fœtus » pour évoquer l'enfant conçu.

Zenati-Castaing et Revet aux p. 29 et 30 n° 12 et 13 parlent d'embryon et de fœtus, recourent une fois à l'occasion de la maxime à la terminologie de l'« enfant simplement conçu ». Aux p. 233 à 235 n° 272 et 273 ils utilisent le terme d'« embryon ».

Au Québec:

Arbour et Lacroix à la p. 242 utilisent le terme d'enfant à naître ou à la p. 244 celui de « *l'infans conceptus* » (notre mise en gras), personnifiant l'embryon qui, bien que n'appartenant pas encore à la catégorie des « *infans* », fait déjà partie de celle des « *infans conceptus* ».

Crépeau aux p. 245 et 257 recourt parfois à la notion de « l'enfant à naître », mais aux p. 228 et suivantes emprunte le plus souvent celle d'« enfant conçu ».

Deleury et Goubau utilisent les termes suivants : fœtus (arrêts de la Cour suprême aux p. 14 à 16), « fœtus avorté » à la p. 19 note infrapaginale 29; « enfants à naître et non encore conçus » (maxime IFC à la p. 21 n° 10); et même p. 22 n° 11 de « patient » : le « fœtus est devenu sans en avoir la qualité une forme de patient » (à propos de l'action en responsabilité pour vie préjudiciable); « fœtus » concernant les actions en responsabilité civile pour vie préjudiciable intentées contre la mère et les tiers (p. 22-23); « enfant à naître » (p. 29 n° 16 pour la maxime et p. 32 n° 20 pour le statut juridique de ce dernier); « embryon » (p. 29 n° 16 : « la protection de l'embryon relève du droit des biens et non pas du droit des personnes »); « embryon isolé du corps maternel » (p. 29 n° 16 et p. 31 n° 18 concernant l'avortement ou l'acte médical); p. 30 n° 18 ils évoquent la qualification pour l'embryon ou le fœtus de « malade en puissance »; p. 31 n° 18 celui d'« enfant conçu » (qui comprend l'embryon isolé du corps de la mère); et enfin p. 33 n° 21 ils parlent d'« enfant » dont l'existence est suspendue à propos de l'embryon congelé.

Kouri et Philips-Nootens recourent quant à eux aux expressions suivantes : « enfant conçu » (en reprenant l'article 223(1) du

Code criminel qui le reprend expressément p.93 n° 93); « enfant *in utero* » et « enfant » (droits patrimoniaux dans le cadre de l'IFC à la p.94 n° 94); « fœtus » lorsqu'ils évoquent les « tenants de la personnalité juridique du fœtus » p.100 n° 101; p. 478 n° 572 ils évoquent « l'être humain conçu, à un stade ou à un autre de son développement prénatal »; p.93 n° 92, ils utilisent le terme de « *conceptus* » pour évoquer l'embryon *ex utero* et p. 479 n° 573 poursuivent quant à la « potentialité du *conceptus* de se développer en une personne humaine et donc de le traiter avec respect et dignité ».

Langevin à la p. 51 utilise le terme « enfant à naître » et p. 44, 50 et suivantes celui d'« enfant ».

Morin parle d'« enfant conçu » (titre de l'article), p. 234 et 258 d'enfant à naître; p. 266 d'enfant, p. 262 et suivantes d'embryon, p. 263 et suivantes de fœtus et p. 244 d'embryon fécondé *in vitro*.

Annexe 3 : Statut juridique de l'embryon selon la *summa divisio* personne/chose du droit romain

En France:

Ameli à la p. 172.

Aubert et Savaux, à la p. 196 : l'embryon et le fœtus ne sont pas des personnes juridiques puisque « cette non personnalité de l'embryon et du fœtus ne signifie pas, l'absence de statut juridique : d'une part, ils sont le support juridique de l'acquisition de certains droits par l'enfant né vivant et viable; d'autre part, ils font, directement, l'objet de diverses dispositions légales qui, notamment, en assurent la protection » (Personne humaine – interruption volontaire de grossesse).

Batteur à la p. 14 n° 13 pose que « [l]’embryon...(n’a) pas la personnalité juridique » et que la « loi lui dénie parfois la qualité de personne humaine »; il se demande si ce dernier peut être traité comme une chose et pose que « sous certains aspects, l'embryon est traité comme une personne digne de protection » (à propos de l'embryon *ex utero*) mais reconnaît que l'avortement est possible; p. 59 n° 121 il relève les « contradictions de notre droit positif [puisque] sur certains points l'embryon est traité comme une chose, sur d'autres comme une personne » (humaine).

Bonnard à la p. 158 à propos du « statut de l'embryon » constate que le législateur « s'est gardé de donner un statut juridique clair et précis à l'embryon ».

Branlard à la p. 109 reconnaît que « le fœtus [...] n'est cependant pas une "chose" (bien) ».

Bufellan-Lanore et Larribau-Terneyre à la p. 289 n° 792 affirment que « l'embryon humain [...] n'est pas une personne juridique ».

Carbonnier aux pp 39 et 40 évoque les théories qui reconnaissent la personnalité juridique *ab ovo* ou qui distinguent l'embryon du fœtus mais sans pour autant qualifier directement l'embryon de chose.

Gjdara-Decaix à la p. 10 explique que « [l]e droit positif se refuse à considérer l'embryon, à l'instar de l'animal, comme une personne, mais le considère comme une chose dotée seulement d'une certaine protection juridique »; et p. 62-63 relève que « l'être humain en gestation – l'embryon ou le fœtus – est un être humain, mais se trouve juridiquement privé du statut de personne. À défaut, d'être une personne, l'embryon bascule dans la catégorie des choses, mais se trouve doté, en tant que chose "humaine", d'un statut juridique protecteur spécifique »; p. 65, l'auteur affirme que « l'embryon n'est pas une personne juridique à part entière »; p. 67-68 à la p. 67 que « l'embryon est une chose humaine »; tout en reconnaissant p. 67 que : « exclu de la catégorie des personnes, l'embryon bascule inévitablement dans la catégorie des choses. Certes, son humanité lui confère une valeur particulière, celle de chose sacrée »; pour conclure que « ce statut juridique apparaît bien éclaté » (à propos de l'embryon *in vitro* et *in utero*).

Gauthier à la p. 60 écrit : « ces embryons (*in vitro*) ne sont en fait pas des choses, donc protégeables mais ils ne sauraient avoir la personnalité juridique, concluons qu'il peut y avoir être humain digne d'intérêt par la loi sans pour autant avoir la qualité de sujet de droit ».

Larroumet à la p. 201 n° 321 en ayant recours à la maxime « *infans conceptus* » mentionne les droits patrimoniaux (droit à indemnité contre l'auteur responsable de l'accident qui a causé la mort du père; succession), et p. 201 n° 321 *bis* le préjudice résultant de la naissance ou de son absence (non visé par la maxime « *infans conceptus* » car cette dernière « ne permet que d'attribuer à l'enfant des droits qui ont été créés avant sa naissance »; p. 204 n° 321 *ter* il reconnaît que le droit de naître n'existe pas car : « On ne saurait admettre que la personne humaine existe avant de naître si elle ne naît pas » (à propos de l'homicide). Cet auteur n'évoque pas la question de l'avortement.

Malaurie à la p. 12 n° 7 associe embryon et personnalité de la mère lorsqu'il écrit que « jusqu'à sa naissance, l'enfant n'a pas de personnalité distincte de celle de sa mère ».

Mazeaud et Chabas à la p.10 n° 443-1 abordent directement la question en admettant que l'embryon peut, selon les théories, être une chose ou une personne : « Quant à cette condition juridique, plusieurs solutions sont possibles. La première consiste à considérer l'embryon comme une chose, puisque celui-ci n'acquiert la personnalité qu'à la naissance, cette approche correspondant à une règle du droit romain selon laquelle l'embryon n'est qu'une partie du corps de la mère ("*infans conceptus*" *manet pars viscerum matris*). Mais, une telle approche est trop contraire à une appréhension humaniste de l'individu. La deuxième serait de remarquer que l'embryon, possédant toutes les caractéristiques de l'être humain, est en fait une personne à part entière dotée d'une personnalité conditionnelle, qui lui sera reconnue à sa naissance. Enfin, on peut opter pour une solution intermédiaire en distinguant l'embryon du fœtus, stade auquel l'enfant commence à présenter les caractéristiques de l'espèce humaine et atteindrait alors un développement suffisant pour être véritablement traité comme une personne à part entière » ; p. 11 n° 443-1, ils tempèrent leur propos en reconnaissant que : « [...] si cet embryon n'est pas en soit un être humain, il n'en constitue pas moins les prémisses, et à cet égard il doit être protégé. On ne saurait le considérer simplement comme une chose ».

Taormina à la p. 277 n° 805 traitera de la « nature juridique de l'embryon ».

Terré et Fenouillet à la p. 23 n° 23 précisent que « [t]ant que dure la grossesse, l'embryon tout d'abord, le fœtus ensuite, n'ont pas, suivant la conception classique, été considérés par notre droit comme des êtres dotés de la personnalité juridique » ; p. 29 n° 25 à propos des embryons surnuméraire, ils se demandent : « Est-ce une chose animée, voire un être humain ». Contestant la décision du comité sur la notion de personne humaine potentielle, ils expliquent : « En termes de droit, une personne humaine existe ou n'existe pas » et « si l'embryon fécondé *in vitro* est une personne, il a par principe le droit à la vie... S'il est une personne humaine, il faut bien le considérer alors à l'image d'un enfant abandonné, ce qui renvoie à des règles de droit de toute évidence inadaptées aux embryons fécondés *in vitro*. Ces difficultés se dissipent évidemment dans l'analyse graduelle de l'apparition de la personnalité : même si la vie dont l'embryon humain fécondé *in vitro* est animé appelle

une protection et une vigilance particulières, cet embryon n'est pas une personne juridiquement protégée, en tant que telle, par le droit, ce qui, au demeurant, n'exclut pas l'exigence d'une protection particulière apportée à l'être humain, en tant que cet être est humain ».

Teyssié aux p. 33-34 n° 41 distingue l'embryon et le fœtus *in utero* qui sont des êtres humains mais non des personnes qui ont un droit à la vie, et p. 34 n° 43 l'embryon *in vitro* qui n'est pas un être humain.

Voirin et Goubeaux à la p. 70 n° 96 évoquent le « [s]ort de l'embryon humain ou du fœtus et personnalité de l'enfant conçu ».

Zenati-Castaing et Revet aux p. 233 à 235 nos 272 et 273 traitent de sa nature et de son régime juridiques. Pour eux, p. 235 n° 273, les tenants de la personnification de l'embryon qui invoquent la maxime « *infans conceptus* » confondent personne humaine et sujet de droit. Si l'embryon peut être un sujet de droit en gestation, il ne deviendra personne humaine qu'au moment de la naissance vivante et viable. L'embryon *in utero* est la partie du corps de la mère; hors corps « son autonomie matérielle accentue sa réité », mais il n'est pas « un bien ordinaire ».

Au Québec:

Arbour et Lacroix à la p. 244 écrivent que « Sous cet angle, l'"*infans conceptus*" prend la double forme d'un non-sujet de droit qui existe pourtant ou d'un objet singulier, qui échappe aux règles relatives à la propriété ou au droit des contrats »;

Crépeau à la p. 51 évoque la difficulté de la *summa divisio* du droit civil : « [...] des données acquises du droit civil selon lesquelles tout ce qui existe doit être une personne ou une chose. Il n'y a pas, en droit civil, de "limbes" juridiques où l'on puisse être ni l'une ni l'autre. ».

Deleury et Goubau à la p. 12 n° 2 précisent que « l'embryon et le fœtus ne sont pas des personnes au sens juridique du terme »; mais se demandent p. 32, n° 20 : « Comment qualifier le statut de l'enfant à naître : personne humaine, personne juridique à capacité limitée, chose à destination personnelle, propriété à effets limités, simple matériau biologique et donc pur objet? »

Kouri et Philips-Nootens aux p. 123 à 133 traitent de la question du « statut de l'embryon *ex utero* ». Concernant le statut de l'enfant conçu *in utero*, ces auteurs p. 101 n° 101 ne s'intéressent qu'au fœtus : « Il nous semble pourtant que le respect que l'on doit à tout être humain vivant plaide en faveur d'une reconnaissance de la personnalité juridique de l'enfant non viable avant sa mort, aussi temporaire ou conditionnelle qu'elle puisse être. L'existence humaine, et donc l'existence juridique du nouveau-né, s'oppose à la réification de celui-ci, tant que sa mort n'est pas confirmée ». Bien qu'admettant qu'« il serait tentant de lui reconnaître un statut intermédiaire entre une personne et une chose, c'est-à-dire de lui attribuer la qualité de "personne en puissance" » ils rejettent cette qualification p. 131 n° 136 et reconnaissent son statut de personne juridique. Ils critiquent d'ailleurs fermement p. 101 note infrapaginale 409 la qualification de chose du fœtus : « C'est pourquoi nous ne partageons pas le point de vue de J. Goulet [...] où il écrit: "Si par contre, le fœtus est dissocié de sa mère sans être viable, il faut bien admettre qu'il constitue alors une chose au même titre qu'un appendice extrait d'un patient ou d'une patiente ordinaire. Il devient donc appropriable et aliénable si la mère qui l'a produit y consent. [...] Ce fœtus devient donc une chose, partageant ce triste sort avec l'embryon qui, lui, n'est pas non plus une personne, n'étant jamais né. Il faut donc appliquer mutatis mutandis aux fœtus, embryons, ovules et gamètes en tous genres, les règles pertinentes aux éléments du corps humain. Ils participent de la nature du corps humain tant qu'ils en font partie intégrante, pour passer ensuite à l'état de chose lorsqu'ils en sont dissociés" » .

Langevin à la p. 74 distingue le fœtus *in utero* du fœtus et de l'embryon *ex utero*. Elle déduit le refus de qualification du fœtus *in utero* de personne du principe de l'autonomie reproductrice de la femme.

Morin à la p. 262 note infrapaginale 231 affirme que : « l'enfant conçu n'est pas encore une personne humaine ou un "être humain" ». Et précise p. 240 note 149 que « [s]i l'enfant conçu devait être qualifié d'être humain, il posséderait la personnalité juridique et serait une personne humaine ».

Les autres auteurs appréhendent la question de l'embryon sous le seul prisme de la personne humaine.

Annexe 4 : Points traités par la doctrine civiliste et concernant le régime juridique appliqué à l'embryon et au fœtus *in utero*

Droits patrimoniaux : 32 ouvrages et 4 articles (France : Aubert et Savaux; Batteur; Beigner et Blery; Belloir-Caux; Bihr; Bonnard; Branlard; Buffelan-Lanore et Larribau-Terneyre; Carbonnier; Cornu; Courbe; Douchy-Oudot; Druffin Brica; Encinas de Munagorr et Lhuilier; Fontaine *et al.*; Garé; Gauthier; Gjdara-Decaix; Hesse-Fallon et Simon; de Juglart, Piedelièvre et Piedelièvre; Larroumet; Mazeaud et Chabas; Petit; Renault-Brahinsky; Starck, Roland et Boyer; Taormina; Terré et Fenouillet; Teyssié; Voirin et Goubeaux; Zenati-Castaing et Revet. Québec : Deleury et Goubau; Kouri et Philips-Nootens; Arbour et Lacroix; Crépeau; Langevin; Morin).

Droits extrapatrimoniaux :

1) Reconnaissance prénatale : 4 ouvrages et 1 article (France : Batteur; Belloir-Caux; Branlard; de Juglart, Piedelièvre et Piedelièvre. Québec : Morin).

2) Filiation : 3 ouvrages (France : Beigner et Blery; Courbe; Mazeaud et Chabas).

3) Droit à la vie et interruption volontaire de grossesse : 22 ouvrages et 3 articles (France : Bonnard; Buffelan-Lanore et Larribau-Terneyre; Carbonnier; Cornu; Douchy-Oudot; Druffin Brica; Encinas de Munagorr et Lhuilier; Garé; Gauthier; de Juglart, Piedelièvre et Piedelièvre; Larroumet; Mazeaud et Chabas; Petit; Renault-Brahinsky; Starck, Roland et Boyer; Taormina; Terré et Fenouillet; Teyssié; Voirin et Goubeaux; Zenati-Castaing et Revet. Québec : Deleury et Goubau; Kouri et Philips-Nootens; Crépeau; Langevin; Morin).

4) Droit à la vie et homicide : 12 ouvrages et 2 articles (France : Bonnard; Branlard; Cornu; Douchy-Oudot; Druffin Brica; de Juglart, Piedelièvre et Piedelièvre; Petit; Starck, Roland et Boyer;

Taormina; Terré et Fenouillet; Teyssié; Voirin et Goubeaux. Québec : Langevin; Morin).

5) Droit à l'intégrité physique : 5 ouvrages et 3 articles (France : Cornu; Larroumet; Taormina. Québec : Deleury et Goubau; Kouri et Philips-Nootens; Crépeau; Langevin; Morin).

Ameli à la p. 174 ne précise rien sur les droits de l'enfant conçu.

Aubert et Savaux : droits patrimoniaux (succession) : « l'enfant conçu peut avoir recueilli des droits pendant la durée de sa gestation » à la p. 196.

Batteur : droits patrimoniaux (succession, donation) et extrapatrimoniaux (reconnaissance prénatale) à la p. 13.

Beignier et Bleury : droits patrimoniaux (succession, donation) et droits extrapatrimoniaux (filiation – art. 311 al. 2) à la p. 212 note infrapaginale 152.

Belloir-Caux : droits patrimoniaux (succession, donation) et extrapatrimoniaux (reconnaissance prénatale) à la p. 165.

Bihl : droits patrimoniaux (succession) à la p. 51.

Bonnard : droits patrimoniaux (succession) et extrapatrimoniaux (droit à la vie – homicide - avortement) aux p. 157 et 158.

Branlard : droits patrimoniaux (succession) à la p. 109 et droits extrapatrimoniaux (reconnaissance prénatale et homicide qui est une exception à la maxime) p. 109 et 110.

Buffelan-Lanore et Larribau-Terneyre : droits patrimoniaux (rente, succession, donation) à la p. 276 n° 740 et droits extrapatrimoniaux (droit à la vie à la p. 298 n° 792 et à la p. 316, avortement à la p. 316).

Carbonnier : droits patrimoniaux (succession) à la p. 33 n° 13 et droits extrapatrimoniaux (interruption volontaire de grossesse à la p. 39 n° 15 : « La maxime "*infans conceptus*" s'est chargée de signification même en dehors du modèle civiliste. Littéralement, elle fait de l'avortement un homicide »).

Cornu : droits patrimoniaux (succession) à la p. 206 et droits extrapatrimoniaux (droit à l'intégrité et droit à la vie - homicide involontaire - avortement) à la p. 207.

Courbe : droits patrimoniaux (succession, donation, assurance-vie) à la p. 3 et droits extrapatrimoniaux (filiation – 311 al. 2).

De Juglart, Piedelièvre et Piedelièvre : droits patrimoniaux (succession, donation, rente, assurance-vie) et droits extrapatrimoniaux (droit à la vie) à la p. 87 n° 101.

Douchy-Oudot : droits patrimoniaux (succession, donation) à la p. 213 n° 218 et droits extrapatrimoniaux (droit à la vie, interruption volontaire de grossesse à la p. 144 n° 220 et homicide à la p. 145 n° 220).

Druffin-Brica : droits patrimoniaux (succession) aux p. 53-54.

Encinas de Munagorri et Lhuilier : droits patrimoniaux (succession, donation) à la p. 23 et droits extrapatrimoniaux (droit à la vie – avortement - personne humaine) à la p. 48.

Fontaine *et al.* : droits patrimoniaux (succession) à la p. 85.

Garé : droits patrimoniaux (succession) à la p. 106 et droits extrapatrimoniaux (droit de naître de l'embryon et du fœtus dans le cadre de l'interruption de grossesse mais sans faire référence à cette maxime) à la p. 129.

Gauthier : droits patrimoniaux (succession), droits extrapatrimoniaux (droit à la vie - interruption de grossesse) à la p. 60.

Gjidara-Decaix : droits patrimoniaux (succession, donation, libéralités) à la p. 9.

Hess-Fallon et Simon : droits patrimoniaux (succession) à la p. 90.

Larroumet : droits patrimoniaux (succession et réparation) à la p. 200 n° 321 et droits extrapatrimoniaux (droit à la vie, droit à l'intégrité physique et homicide) aux p. 201 à 204 n° 321*bis* et 321*ter*.

Malaurie : droits patrimoniaux (succession, donation) à la p. 13 n° 7 et droits extrapatrimoniaux (reconnaissance prénatale, droit à la vie - interruption volontaire de grossesse) à la p. 12 n° 7.

Mazeaud et Chabas : droits patrimoniaux (succession – donation - rente) aux p. 9 et 10 n° 443 et droits extrapatrimoniaux (filiation – art. 311 al. 2 à la p. 10 n° 443 – avortement à la p. 11 n° 443-1).

Petit : droits patrimoniaux (succession, donation) à la p. 12 et droits extrapatrimoniaux (droit à la vie - homicide, interruption

volontaire de grossesse : « on ne saurait dès lors se fonder sur la règle "*infans conceptus*" pour retenir un homicide à la charge de l'auteur d'un accident ayant entraîné la mort du fœtus (...) et pas davantage pour critiquer la légalisation de l'avortement [...] (quoi que l'on puisse penser par ailleurs de cette législation) » p. 13.

Renault-Brahinsky : droits patrimoniaux (succession, donation) à la p. 24 et droits extrapatrimoniaux (droit à la vie (personne humaine), interruption volontaire de grossesse) p. 25.

Starck, Roland et Boyer : droits patrimoniaux (succession) à la p. 382 n° 1036 et droits extrapatrimoniaux (droit à la vie - avortement p. 383-384 n° 1038, homicide (personne humaine) p. 382 n° 1036).

Taormina : droits patrimoniaux (succession) à la p. 276 n° 804 et droits extrapatrimoniaux (droit à la vie - avortement à la p. 280 n° 814; homicide n° 813, droit à l'intégrité physique (à la p. 280 n° 813 protection par le droit pénal). À propos des exceptions à la naissance comme début de la personnalité juridique, l'auteur explique « qu'elles sont autant d'applications *du droit à la vie* qui s'acquiert avant la naissance ».

Terré et Fenouillet : droits patrimoniaux (succession - donation) aux p. 22 et 23 n°s 20 et 21, et droits extrapatrimoniaux (homicide - interruption volontaire de grossesse) p. 24 n°s 223 et 225.

Teyssié : droits patrimoniaux (succession, donation) à la p. 16 n° 19 et droits extrapatrimoniaux (droit à la vie - avortement et homicide) p. 33-35 n° 41-42.

Voirin et Goubeaux : droits patrimoniaux (succession) à la p. 70 n° 95 et droits extrapatrimoniaux (droit à la vie - avortement et homicide) p. 70 n° 97.

Zenati-Castaing et Revet : droits patrimoniaux (succession/donation) à la p. 29 n° 12 et droits extrapatrimoniaux p. 30 n° 13. À propos du droit à la vie, ces auteurs prônent la non application de la maxime « *infans conceptus* » à ces questions : « l'embryon est une partie du corps d'autrui. Cette caractéristique détermine largement son régime. La mère peut faire des actes d'*abus* sur lui comme sur le reste de son corps. Elle peut librement le détruire pendant les 12 premières semaines de sa vie » p. 233-235 n°s 272-273.

Arbour et Lacroix : droits patrimoniaux à la p. 240 note infrapaginale 40.

Crépeau : droits patrimoniaux et droits extrapatrimoniaux (droit à la vie – avortement, intégrité physique) aux p. 271 et 272.

Deleury et Goubau : droits patrimoniaux (succession, substitutions, fiducies, donations, assurance de personnes) à la p. 21 n° 10, protection des intérêts patrimoniaux p. 26 n° 15 et droit extrapatrimoniaux (intégrité physique - « dommages et intérêts pour le préjudice résultant du fait d'un tiers et de l'atteinte portée à son intégrité alors qu'il était encore dans le ventre de sa mère » p. 21-22 n° 10; action en responsabilité pour vie préjudiciable à l'encontre de tiers p. 22 n° 11; recours contre la mère pour obtenir réparation du préjudice alors qu'il était dans le ventre de sa mère p. 23 n° 12. Ces droits ne sont exigibles qu'à la naissance vivante et viable : « Il est incontestable que dans l'état actuel du droit, l'enfant à naître ne jouit d'aucun attribut attaché à la qualité de personne. On ne peut donc invoquer à son profit des droits extrapatrimoniaux, ce que confirme l'article 192, al. 2 C.c.Q. qui institue les père et mère, tuteurs légaux de leur enfant conçu pour lequel ils sont chargés d'agir "dans tous les cas où son intérêt patrimonial l'exige" » p. 25 n° 13. En d'autres termes, l'enfant conçu ne devient porteur de droits propres que s'il naît vivant et viable. S'il ne remplit pas ces deux conditions, il ne peut prétendre à l'acquisition de la personnalité juridique », droit à la vie - avortement, p. 15 à 17 n° 5.

Kouri et Philips-Nootens : droits patrimoniaux : « La situation juridique de l'enfant *in utero* n'est pas pour autant méconnue par le Code civil. Bien au contraire, en matière de droits patrimoniaux, notre législateur s'est montré très soucieux de ses droits: l'être en gestation peut bénéficier de la tutelle légale de ses parents dont la fonction est "d'agir pour l'enfant conçu dans tous les cas où son intérêt patrimonial l'exige". En effet, cet enfant est expressément habilité à être avantagé par voie de succession ou legs, par donation, par la constitution d'une fiducie, par assurance-vie et par substitution fidéicommissaire, pourvu qu'il soit conçu au moment de l'ouverture de son droit, et qu'il naisse par la suite vivant et viable » à la p. 94 n° 94 et droits extrapatrimoniaux à la p. 106 n° 107 : droit à la vie – avortement et intégrité physique p. 107 à 110 n° 108 : « Le défaut de naître ensuite vivant et viable agirait

comme une condition résolutoire, ses droits acquis, tant patrimoniaux qu'extrapatrimoniaux, disparaissant alors rétroactivement », p. 118-123 n^{os} 118 à 121.

Langevin aborde, sans traiter de la maxime « *infans conceptus* », l'avortement à la p. 44 et suivantes, l'homicide à la p. 50 et suivantes, l'intégrité physique (« légalité des interventions médicales sur le fœtus ou sur la femme pendant la grossesse sans le consentement de cette dernière ») à la p. 51.

Morin : droits patrimoniaux et droits extrapatrimoniaux à la p. 226 et aux p. 233 et 262 : reconnaissance prénatale à la note infrapaginale 160 p. 243, droit à la vie – avortement et intégrité physique aux p. 264 et suivantes. « Ceci ressort aussi bien des dispositions du Code civil qui visent principalement les droits patrimoniaux de l'enfant conçu que des règles reconnaissant son existence et ses droits extrapatrimoniaux. Ces dernières n'ont cependant jamais reçu application pendant la grossesse; elles n'ont donc pas pour effet d'interdire l'avortement ».

