

La vie avant la naissance : Un choix entre fiction et réalité

La vie avant la naissance: un choix entre fiction et réalité

Plaidoyer pour un élargissement du cadre juridique général de la personnalité humaine

Herwig Dufaux, licencié en droit et en notariat

Accepter le fait qu'après la fécondation un nouvel être humain est parvenu à l'être n'est plus une question de goût ou d'opinion. La nature humaine de l'être humain, depuis sa conception jusqu'à la vieillesse, n'est plus une hypothèse métaphysique, mais bien une évidence expérimentale.

Professeur Jérôme Lejeune, généticien, Allocution au Sénat américain du 23 avril 1981 ¹

Résumé



Quelques années après l'allocution du Professeur Lejeune, deux projets de lois furent introduits au parlement belge en vue de donner à la vie à naître un statut légal à partir de la conception. L'idée centrale en était que cette vie était une évidence expérimentale que le droit devait prendre en compte.

L'auteur de la présente note succincte avait collaboré à la rédaction de ces propositions et fait maintenant le point sur la situation de la vie à naître en droit belge, avec en passant une digression vers le droit de quelques autres pays européens. Il examine dans quelle mesure ces pays ont réagi à l'incitation contenue dans divers traités et déclarations internationaux, auxquels ces pays ont adhéré, d'élaborer un statut légal de l'embryon et du fœtus.

Dans quelle mesure, le droit et la jurisprudence y ont-ils donné suite ? La question sur la vraie nature de l'embryon est-elle posée ? Les preuves scientifiques selon lesquelles la vie est un continuum de la conception à la mort, sont-elles prises en compte ?

¹ Jérôme Lejeune, 'Quand commence la vie humaine ?', dans Amour et famille, Paris, 1983, 139, p. 20-23, cité par Pascal Ide dans 'Le zygote est-il une personne humaine ?', Pierre Tequi, 2004, p. 50.

La conclusion de l'auteur est qu'en 2018, le statut juridique de la vie à naître n'est pas consolidé dans le droit interne de la plupart des pays européens. Le législateur, la doctrine et les juges ne font pas les mêmes choix essentiels. De ce fait, l'enfant conçu ne trouve pas la place qu'il mérite. Pour l'auteur, l'élaboration d'un statut distinct n'est pas prioritaire. Il propose une reformulation du **cadre général de la personnalité juridique**, intégrant l'évidence scientifique qu'**un même corps porte la même personnalité de la conception jusqu'à la mort**. Dans une société démocratique, pareil cadre doit reconnaître la valeur de chaque être humain et traiter chacun de façon égale.

I. Avant-propos

1. Vers l'époque où la Belgique adhéra à la Convention relative aux droits de l'enfant², des parlementaires belges prenaient l'initiative d'accorder un statut légal à l'embryon et au fœtus. Deux propositions furent déposées, l'une sur le plan civil introduisant une disposition reconnaissant la personnalité juridique à l'enfant dès sa conception ; l'autre insérant dans la Constitution le droit à la vie dès la conception.³ Quelle est actuellement la situation juridique de l'enfant conçu ? S'agit-il d'un statut cohérent et conforme à la nature de l'infans ?⁴ Ou se caractérise-t-il par un ensemble de dispositions juxtaposées ? Tel est l'objet de la présente étude.⁵

2. Pour le sujet qui nous occupe, il est important de souligner que, dans la majorité des systèmes modernes de droit, la définition de la personne (en langage juridique : le **sujet de droit**), n'est **pas légalement définie**, mais est **l'œuvre de la doctrine et de la jurisprudence**.

Partant du constat qu'à l'époque **l'enfant, avant sa naissance, n'avait pas la qualité de sujet de droit**, le premier projet de loi (cité au numéro précédent) avait donc pour but d'y remédier au civil. Il dessine les grandes lignes d'une nouvelle approche prenant en compte non seulement le contexte international, mais également le fait biologique et factuel selon lequel **du début à la mort, le même corps porte la même personnalité**. Le statut proposé était basé sur deux idées maîtresses :

- a. **seule la personne humaine** est titulaire de droits subjectifs, leur donne forme et en constitue le point de référence ;
- b. c'est le **corps humain**, si immature soit-il, qui forme le support des droits rattachés à toute personne humaine⁶.

² La **loi du 20 novembre 1989** contenant adhésion de la Belgique à la Convention internationale des Droits de l'Enfant, formalisait la Déclaration des Droits de l'Enfant par l'Assemblée générale des Nations Unies du 20 novembre 1959.

³ La **proposition de loi n° 1033/1 du 19 décembre 1989** propose l'insertion d'un **article 6bis dans le Code civil belge** (ci-après cité avec son suffixe national comme CCB, F, N...): *'L'enfant à naître possède la personnalité juridique dès la conception. Il jouit des droits civils et exerce ceux-ci dans les conditions prévues par la loi'*. Ce projet était, à l'origine, déposé le **27 janvier 1987** (comme n° 745/1) par **Emile Wauthy et autres** et a fait l'objet de l'avis du Conseil d'Etat. La **proposition de déclaration de révision de la Constitution n° 1.355** introduite à la Chambre le **29 août 1985** propose l'**insertion dans le pacte fondamental d'un article 7bis** tendant à reconnaître le droit à la vie dès la conception.

⁴ *'Infans'* renvoie à l'adage du droit romain: 'infans conceptus' (ci-après commenté) et désigne aussi bien la vie que l'enfant à naître.

⁵ Aude Mirkovic lors de la 12^{ème} session (2017) du Cycle de formation en bioéthique de l'association française Alliance Vita. Voir la vidéo de cette conférence sur <http://www.universitedelavie.fr/statut-embryon-aude-mirkovic>. Voyez également son étude de 2010 : [Le statut de l'embryon, la question interdite](#).

⁶ Marie-Thérèse Meulders Klein, Rapport sur le corps humain, Personnalité et famille en droit belge, in Travaux de l'Association Henri Capitant, Dalloz, V. XXVI, 1975.

L'enfant à naître : choisir entre fiction et réalité

Sur base de ces principes auxquels nous souscrivons encore pleinement aujourd'hui, nous examinerons la **situation actuelle de l'enfant conçu** (en Belgique et quelques autres pays européens) et, en particulier, dans quelle mesure l'infans peut prétendre aux **droits fondamentaux** revenant par nature, d'après le droit supranational, à tout être humain. Nous examinerons en même temps la question de la responsabilité éventuelle d'un tiers en cas de décès avant la naissance.

II. L'enfant conçu : sujet de droit ?

3. Rappelons d'abord quelques notions essentielles du droit des pays ayant la tradition du Code civil en rapport avec notre sujet. Ainsi, la **théorie générale du droit** connaît la distinction capitale (appelée la *'summa divisio'*) entre *'la personne'* et *'la chose'*, suivant laquelle :

- seules les personnes sont *'sujets de droit'* et peuvent revendiquer des droits. Le mineur, considéré comme incapable, ne peut exercer personnellement ses droits et sera donc nécessairement représenté par une personne adulte ;
- les biens et les choses sont catalogués comme tout ce qui ne peut être considéré comme une personne et sont toujours objets de droit ;
- il n'existe point de catégorie intermédiaire envisageable et encore moins une catégorie qui, de chose, se développerait en personne humaine⁷.

Le **droit des personnes** se subdivise en **droits publics** et **droits privés**. Les premiers règlent les rapports entre l'autorité publique et ses citoyens. Ce sont les droits politiques et les droits constitutionnels. Les **droits privés ou civils** règlent les rapports entre les citoyens et sont traditionnellement subdivisés en trois catégories : les **droits de la personnalité**, les **droits extrapatrimoniaux** et les **droits patrimoniaux**.

La **'personne'** est définie comme *'l'être humain qui est le titulaire des droits subjectifs'* et les droits subjectifs comme *'des intérêts concrets qu'une personne peut faire valoir par la loi ou le droit à l'encontre d'une autre*



⁷ Ces aspects de la personnalité sont étudiés en détail par Aude Mirkovic dans son étude *'La notion de personne (étude visant à clarifier le statut juridique de l'enfant à naître'*, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2003, dont l'extrait traitant de la vie avant la naissance est consultable sur le site des [PUAM n° 1134](#). Dans le même sens: François Dienes, [La situation juridique de l'enfant à naître en droit français: entre pile et face](#), in *Revue Générale de droit*, 1999/2000, p. 607-661 qui conclut qu'en droit français: *'le sort de l'enfant à naître fait le va-et-vient entre sujet et objet de droit'* (p. 660).

L'enfant à naître : choisir entre fiction et réalité

*autre personne l'obligeant à agir ou à s'abstenir*⁸. Ils se rapportent, par nature, au corps humain et, dès lors, dès les tous premiers instants jusqu'à la mort. Autrement dit : **c'est le corps humain qui forme le support de ces droits**. Nous verrons ci-après que le **droit international ou supranational** distingue **trois droits fondamentaux** qui ont trait à la **condition de l'infans avant la naissance** : **le droit à la vie ; le droit à la protection de l'intégrité physique et le droit aux meilleurs soins possibles**.

4. Cependant, en vertu **d'un principe général en vigueur**, seul **l'enfant né viable** est considéré comme une **personne** qui peut faire valoir des droits en cette qualité. Ainsi qu'on l'admet généralement, ce principe est déduit du **droit patrimonial**, plus particulièrement des articles 725 et 906 du Code civil⁹. Jusqu'à la naissance, l'enfant possède des **droits conditionnels**. Si un embryon ou un fœtus n'atteint pas ce seuil incontournable, ces droits ainsi réservés sont (par une fiction juridique) **rétroactivement effacés et considérés comme non venus** et ce, quelle que soit la cause du décès prématuré. Inversement, si l'enfant naît vivant ou viable, ces droits sont **rétroactivement confirmés**¹⁰. Nous appelons ce principe ci-après : **'la condition ou la définition civile'**. Il se caractérise par une prise en compte de l'existence de l'enfant conçu, **sans toutefois qu'il soit considéré, avant sa naissance, comme une personne**¹¹. Ce statut dans lequel la naissance est un facteur déterminant s'applique non seulement en **droit civil**, mais également en toute **autre branche du droit protégeant la personne**.

Nous verrons ci-après dans l'aperçu de la jurisprudence, que l'application du principe pose problème, si la vie de l'enfant conçu est menacée. C'est le cas notamment en matière pénale, en droit médical ou en responsabilité civile ou, de façon plus générale, **chaque fois qu'un aspect de la personnalité est en cause**. En effet, à défaut de naissance, tous les droits de l'infans sont **rétroactivement effacés et tenus pour non existants** en vertu de la définition civile, et cela, **sans que les causes du décès prématuré puissent être prises en compte**.

5. Sur l'origine du **statut juridique conditionnel**, la plupart des traités du droit civil enseignent qu'il remonte au **droit romain**. Abstraction faite de la distinction fondamentale entre esclave et homme

⁸ Walter Van Gerven *'Algemeen Deel'* (Titre II: Le droit subjectif) dans *Beginnselen van het Belgisch Privaatrecht*, SWU 1969, n^{os} 30 et suivants

⁹ La règle de la viabilité (appréciée au moment de la naissance) énoncée aux articles 725 (droit des successions) et 906 (droit des donations) du Code civil empêche qu'un enfant, qui (pour quelque raison que ce soit) meurt dans le ventre de sa mère, ne laisse un patrimoine hérité ou dont il serait devenu bénéficiaire par donation ou par contrat, revenant ensuite par héritage à ses héritiers (mère, frères et sœurs éventuels, héritiers ultérieurs au degré héréditaire ...). Pareil détour n'a évidemment aucun sens. A l'inverse, ces mêmes articles ont pour effet de suspendre temporairement le traitement d'une succession à laquelle un enfant à naître serait appelé. S'il naît viable, le nouveau-né (conçu avant le moment de l'ouverture de la succession du proche) acquerra de façon définitive la qualité d'héritier. La plupart des pays dont le droit est basé sur le Code civil, comme la Belgique, les Pays Bas ou la France, connaissent cette condition pour l'acquisition de droits patrimoniaux.

¹⁰ Aux Pays-Bas, l'existence fictive de l'infans est inscrite dans l'article 1 :2 du CCN: une première phrase reprend le (premier) adage romain (infra) de façon littérale: *'L'enfant dont la femme est enceinte (??) est tenu comme né, aussi souvent que son intérêt l'exige.'* Un deuxième alinéa précise ensuite: *'Toutefois, l'enfant mort-né sera considéré comme n'ayant jamais existé.'*

¹¹ La condition civile est à la base de [l'avis n° 17.582/2](#) émis par le Conseil d'Etat belge sur le projet n° 745/1 (dont question dans l'avant-propos), puisque *'aucun embryon n'a de droit avant sa naissance comme enfant viable.'* L'avis aborde ensuite la question de l'exercice des droits de l'embryon promu *'personne de droit'* et demande que le projet précise comment et par qui ses droits seront exercés... Cette question étonne puisque, en doctrine, la recevabilité et même l'utilité d'une demande introduite au nom d'un enfant dès avant sa naissance sont admises depuis longue date (Omer Coenen en Louis Van Orshoven, [Het rechtsstatuut van het ongeboren kind in vergelijking met de Nederlandse, Duitse en Zwitserse wetgevingen](#), in *Rechtskundig Weekblad*, 1958, n° 9, 1675-1676).

libre, la question de savoir qui était titulaire de droits et à partir de quand, préoccupait les civilistes romains, ce qui s'exprimait particulièrement dans deux adages tirés des Digestes¹² :

- *'infans conceptus pro nato habetur quoties de commodis eius agitur'* (D. 1.5.7.), en traduction libre: *'L'enfant sera réputé né dès qu'il s'agit de son intérêt'* ;
- *'qui in utero sunt, in toto p(a)ene iure civili, intelleguntur in rerum natura esse'* (D. 1.5.26), traduit librement : *'le droit reconnaît l'enfant utérin comme s'il existait (comme s'il était né ou comme s'il existait en tant que réalité distincte de celle de sa mère) et lui attribue presque ('paene') tous les droits civils'*.

Contrairement à ce qui est généralement admis, le droit justinien met **sur pied d'égalité l'enfant in utero et l'enfant né** et confère au premier *'presque tous les droits civils'*, même s'il décède dans le sein maternel par suite d'une cause extérieure¹³. Ainsi, l'époque justinienne aurait pris ses distances par rapport au *'paternalisme'* qui caractérisait l'époque classique, selon lequel le pater familias disposait d'un pouvoir discrétionnaire (de vie et de mort) sur les membres de sa famille¹⁴.

Cette approche mettant sur pied d'égalité l'enfant in utero et l'enfant né, protégeant ses intérêts et lui accordant *'presque tous les droits civils'* comme s'il s'agissait d'un enfant mineur (cf. le curator ventris) particulièrement s'il décède dans le ventre de sa mère par une cause extérieure, est une nuance importante qui manque dans le droit moderne.

6. Il est clair que les rédacteurs du **Code civil français de 1807** (commandé par Napoléon) se sont inspirés de ces adages. Cependant, ils partent d'une vision qui considère l'infans comme *'faisant partie de la mère'*. Dans cette vision, la personnalité de l'infans commence, non pas à sa conception, mais à sa naissance, et qui plus est : à sa **naissance viable**. Toutefois, il bénéficiera, avant sa naissance, de certains droits, dont il serait autrement injustement privé. Mais les **'intérêts'** que les civilistes romains visaient, sont compris (principalement, voir exclusivement) dans leurs **aspects patrimoniaux**, ce qui se reflète dans les articles 725 et 906 du Code civil susmentionnés. Les auteurs estimaient qu'une fiction juridique correspondait au mieux à la situation de l'infans : un enfant né viable sera considérée comme ayant existé dès sa conception, sauf s'il ne vient pas vivant au monde. Dans ce dernier cas il sera considéré comme n'ayant jamais existé. La question de savoir si l'infans peut être titulaire de droits avant sa naissance, est ainsi évitée, ainsi que la question d'une quelconque responsabilité. Le **juge pénal**, par exemple, ne peut retenir l'**infraction d'homicide involontaire** en cas d'une atteinte fatale à la vie avant la naissance. Pour dire le droit, il devra recourir à d'autres chefs d'inculpation protégeant la vie ou l'intégrité physique de l'embryon ou du fœtus, de façon directe ou via la mère¹⁵. Et même en dehors d'un contexte pénal, la **protection juridique conditionnelle** de la personne ou de la santé intra-utérine n'apporte pas la **sécurité**

¹² Les Digestes ou Pandectes forment un recueil du Corpus Iuris Civilis, composé sur l'ordre de l'empereur Justinien en 529 après JC, et ont marqué un tournant dans le domaine de la législation.

¹³ On rapporte que l'empereur Adrien (2^e s après JC) interdisait la peine capitale sur une femme enceinte.

¹⁴ Paolo Ferretti, *In rerum natura esse, in rebus humanis nondum esse. L'identità del concepito nel pensiero giurisprudenziale classico*, Pubblicazioni della Facoltà di Giurisprudenza della Università di Trieste, Giuffrè Editore, Milano 2008, XIV-222 pp. Dans cette monographie, l'auteur conclut que, d'après des études récentes, vers l'époque justinienne, la jurisprudence romaine considéraient à travers ces adages, sauf exceptions rarissimes, l'infans comme une personne, sujet de droits.

¹⁵ François Riese dans *La situation juridique*, p. 646 et suiv. (citée en note n° 7) rejette de façon formelle la thèse selon laquelle la protection juridique conditionnelle de l'infans remonterait au droit romain. **Si fiction il y avait en droit romain**, elle ne se rapportait certainement pas à l'existence ou à la personnalité de l'enfant, mais bien **à sa naissance**. Riese souligne que, en tout état de cause, le **concept de viabilité est totalement inexistant en droit romain**.

L'enfant à naître : choisir entre fiction et réalité

juridique souhaitée et (comme nous le verrons ci-après) entraîne les parents dans des **problèmes procéduraux** souvent très pénibles et dont le résultat est fort incertain.

7. Ce qui précède nous amène à tirer une première conclusion : le statut conditionnel de l'enfant conçu est une approche introduite en droit civil par le Code Napoléon, ensuite adoptée dans la plupart des pays européens. Il implique, qu'avant la naissance, l'enfant n'est pas considéré comme **une personne ou un sujet de droit**. Ceci est valable dans les autres branches du droit à chaque fois qu'une question juridique concerne un enfant conçu. De même, la naissance vivante est **la condition d'accès aux droits fondamentaux**, à savoir le droit à la vie, le droit à la protection de son intégrité physique ou le droit à l'accès aux meilleurs soins. Et cela même si un décès avant la naissance est causé par une négligence coupable ou intentionnelle. Ce statut n'est guère, voire pas du tout, remis en question.

III. Embryon et fœtus, plus réels que fictifs

8. La biologie, la génétique et l'embryologie nous apprennent que, après la fusion de l'ovocyte et du spermatozoïde, plus rien ne s'ajoutera de l'extérieur ('de façon exogène' en termes médicaux) au développement du zygote jusqu'à la naissance. Ils nous apprennent aussi que **la naissance n'est en rien déterminante dans le cycle de vie humain**. Des causes internes, mais également externes, peuvent venir perturber ce cycle,



aussi bien avant qu'après le seuil de viabilité ou la naissance. Ce cycle commence par la fécondation, véritable point de départ d'un nouvel être humain bien distinct de son père et sa mère. Le **zygote**, ce nouvel être qui se manifeste, possède un **code génétique unique** qui est le résultat de la fusion du patrimoine génétique de l'ovule et du spermatozoïde de ses parents. Par après, il ne recevra aucune nouvelle information génétique : dans chaque stade de sa croissance (zygote, embryon, fœtus, nouveau-né, enfant, etc.), **il s'agit à tout moment du même être humain qui se développera de façon continue**. Il possède non seulement un code génétique propre et unique, mais également [son propre système circulatoire](#), qui se distingue dès le début de celui de sa mère. Pour la biologie et pour l'embryologie, l'embryon (désignant le nouvel individu jusqu'à la 8^{ième} semaine) ni le fœtus (dans les stades subséquents) **ne forment à aucun**

L'enfant à naître : choisir entre fiction et réalité

moment une partie du corps maternel¹⁶. Certes, embryon et fœtus sont traités comme des êtres humains et fragiles. Seule la fécondation est déterminante : avant la fécondation la vie humaine est inexistante, après il y a vie humaine à 100 %.

9. Ces (r)évolutions technologiques sont au centre de beaucoup de textes supranationaux qui expriment un grand souci pour la protection de l'enfant conçu. Les instances dont ils émanent incitent les Etats-membres à prendre des initiatives afin de donner un **statut légal à l'enfant *in utero* et *in vitro***. Nous relevons entre autres:¹⁷

- a. La [Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales](#) (CEDH) du **4 novembre 1950** (article 2) ;
- b. la [Recommandation n° 874](#) de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe du **4 octobre 1979** proposant l'adoption une **Charte européenne sur les Droits de l'Enfant**. Le **Chapitre VI. Protection sociale et médicale** recommande que : « a. **les droits de chaque enfant à la vie dès le moment de sa conception, au logement, à une nourriture convenable et à un environnement adéquat devraient être reconnus et les gouvernements nationaux devraient accepter l'obligation de tout mettre en œuvre pour permettre l'application intégrale de ce droit.** b. **le droit à des soins appropriés, y compris des mesures efficaces contre la maladie et les accidents, et à une bonne surveillance médicale devrait être assuré** » ;
- c. la [Recommandation n° 1046](#) du même Conseil du **24 septembre 1986** relative à l'**utilisation d'embryons et de fœtus humains** à des fins diagnostiques, thérapeutiques, scientifiques et autres (surtout le §5) ;
- d. la [Recommandation n° 1100](#) du même Conseil du **2 février 1989** relative à l'**utilisation d'embryons et de fœtus humains dans la recherche scientifique** ;
- e. la [Convention européenne pour la protection des Droits de l'Homme et de la dignité de l'être humain](#) à l'égard des applications de la biologie et de la médecine, dite [Convention d'Oviedo](#) du **4 avril 1997** (spécialement les articles 1 et 18) à laquelle la Belgique n'a toutefois pas adhéré¹⁸ ;
- f. la [Recommandation n° 1352](#) du **2 octobre 2003** relative à la **recherche sur les cellules souches humaines** (spécialement l'article 11 chiffre i)¹⁹ ;
- g. le [Premier Protocole additionnel](#) à la Convention d'Oviedo **relatif à la recherche biomédicale** du **25 janvier 2005** (article 1)²⁰.

10. Autres textes :

- a. le [Pacte international relatif aux droits civils et politiques](#) adopté à New York le **16 décembre 1966** par l'Assemblée générale des Nations unies dans sa résolution 2200 A (XXI), stipulant en son

¹⁶ Une **preuve convaincante de l'indépendance de l'enfant conçu dans le ventre de sa mère** est bien le fait qu'il peut appartenir à un **groupe sanguin différent de sa mère**. Vidéo en néerlandais: <https://www.youtube.com/watch?v=vCbB44O7LkK> (séquence concernant le système circulatoire propre à partir de 4,14').

¹⁷ Pour la liste complète des textes du Conseil de l'Europe en matière de bioéthique: voyez le [Volume II \(??\) établi par Direction Générale III](#) du Conseil en mai 2010 et consultable sur son site www.COE.int.

¹⁸ [Interpellé à ce sujet en 2016](#), le ministre belge de la Santé publique attribuait la non-signature au fait que la Belgique autorise la 'production' d'embryons in vitro. Il est fort décevant d'entendre de la bouche de la Ministre De Block que le cadre légal en matière de bioéthique répond en grandes lignes aux recommandations de la Convention, alors que ce cadre y déroge sur un point essentiel, à savoir la production d'embryons à des fins de recherches scientifiques.

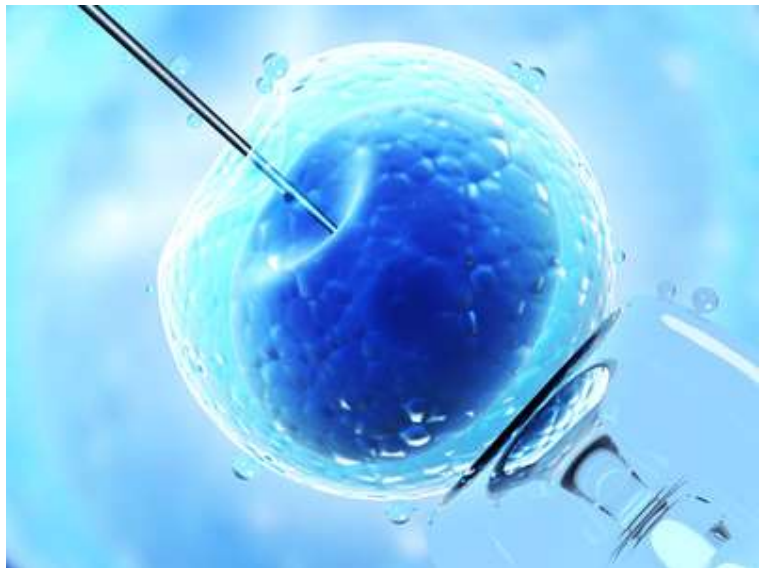
¹⁹ La Recommandation n° 1352 peut être consultée dans le document '[Les textes du Conseil de l'Europe en matière de bioéthique Volume II](#)' sur le site de ce Conseil p. 64-65.

²⁰ Le Protocole **exclut de son champ d'application les embryons *in vitro*** protégés par l'article 18 de la Convention d'Oviedo.

article 6.1.: *'Le droit à la vie est inhérent à la personne humaine. Ce droit doit être protégé par la loi. Nul ne peut être arbitrairement privé de la vie.'*

- b. la [Convention internationale relative aux Droits de l'Enfant du 20 novembre 1989](#) adoptée au sein de l'ONU et entrée en vigueur en Belgique par la loi du 20 novembre 1989. L'article 1 définit l'enfant comme *'tout être humain n'ayant pas atteint 18 ans'* et l'article 6²¹ ;
- c. la [Proposition de Résolution commune du 6 septembre 2000 du Parlement européen sur le clonage des êtres humains](#) stipulant que: *'1. les droits de l'homme et le respect de la dignité humaine et de la vie humaine doivent être l'objectif permanent de l'activité politique et législative et qu'en cas de doute, ces principes doivent être interprétés dans le sens d'une extension de la protection, non d'une limitation de celle-ci'* ;
- d. la [Charte des Droits fondamentaux de l'Union européenne](#), émanant du Parlement européen et de la Commission adoptée le **18 décembre 2000** (articles 1, 2 et 3) ;
- e. la [Déclaration universelle sur la Bioéthique et les Droits de l'Homme](#) émanant de l'**UNESCO** du **19 octobre 2005**, spécialement l'article 3.2 : *'Les intérêts et le bien-être de l'individu devraient l'emporter sur le seul intérêt de la science ou de la société'*.

11. Rappelons que la **Recommandation n° 1046 (1986)** de l'Assemblée Parlementaire du Conseil de l'Europe interpelle ses Etats membres au sujet de *'l'utilisation'* d'embryons et de fœtus humains à des fins de recherches en ces termes: *'(5.) Considérant que, dès la fécondation de l'ovule, la vie humaine se développe de manière continue, si bien que l'on ne peut faire de distinction au cours des premières phases (embryonnaires) de son développement et qu'une **définition du statut biologique de l'embryon***



s'avère donc nécessaire; (6.) Consciente de ce que ce progrès a rendu particulièrement précaire la condition juridique de l'embryon et du fœtus, **et que leur statut juridique n'est actuellement pas déterminé par la loi'** (5^{ème} et 6^{ème} considérants). Les Etats-membres sont incités à lutter contre les comportements d'évitement au moyen d'une réglementation concertée (12^{ème} et 13^{ème} considérants).

La protection du génome humain (qui comprend l'ensemble des gènes d'un individu contenant toute l'information génétique de l'être humain) fait l'objet du Chapitre VI de la Convention d'Oviedo. Il a également été déclaré *'héritage commun de l'humanité'* par [l'UNESCO en 1997](#).

²¹ La Belgique a adhéré à cette Convention par la loi datée du même jour et a souscrit au Protocole d'adhésion le 16 décembre 1991.

Le droit est l'instrument par excellence pour régler les **techniques qui affectent le développement de la personne humaine** en prenant comme directive **une protection juridique maximale de la dignité humaine et l'opposition à toute réduction de ses droits**²². Que la conscience de soi ou la capacité relationnelle seraient en mesure de former le critère pour la protection envisagée est fortement mis en cause: *'parce qu'ils ne sont pas une condition, mais une conséquence de l'existence en tant que personne'* ²³.

12. Pour conclure ce chapitre relatif au contexte international, nous constatons que, malgré tant d'incitants, les textes juridiques **faisant coïncider la protection juridique avec le moment de la fécondation** sont particulièrement rares²⁴. Pourtant, la voie parlementaire est la meilleure garantie pour la sécurité juridique de l'infans. Ne pas aborder les questions essentielles relatives à la place de l'embryon et du fœtus dans notre société, **met la vie naissante à chaque nouvelle étape technologique dans un contexte modifié** et remet à chaque fois en question la sécurité parfois durement acquise.

IV. Réception dans le droit interne des pays membres (Belgique, France, Italie)

Ci-après nous commentons quelques exemples qui montrent comment les Etats-membres ont réécrit ces Conventions et Recommandations concernant l'encadrement légal de la vie avant la naissance en leur droit interne.

A. Situation belge

13. 1. En matière bio-éthique, nous relevons²⁵:

- a. la [loi du 13 juin 1986 sur le prélèvement et la transplantation d'organes](#): l'embryon est expressément exclu du champ d'application car (sic) *'les gamètes, les gonades, les embryons et la moelle osseuse ne sont pas considérés comme des organes'*²⁶ ;
- b. la [loi sur les droits du patient du 22 août 2002](#). Cette loi définit le patient comme *'la personne physique à qui des soins de santé sont dispensés, à sa demande ou non'*. Bien que son champ d'application ne l'exclue pas de façon explicite, cette loi ne peut s'appliquer aux actes médicaux à pratiquer sur l'enfant conçu dès lors qu'avant sa naissance, il n'est pas considéré comme une personne juridique ²⁷ ;

²² Ainsi que le prévoit explicitement l'article 1 du projet de Résolution du 6 septembre 2000 concernant le clonage.

²³ Aude Mirkovic, *'Le statut de l'embryon, la question interdite'* in JCP G 2010, no 99, p. 177. Voyez également, sa thèse: [La notion de personne](#), étude visant à clarifier le statut juridique de l'enfant à naître, Faculté de droit d'Aix-Marseille, 2003.

²⁴ En droit anglo-saxon, les lois dites "foeticides" **protègent de façon explicite la vie à naître** de crimes qui menacent cette vie dans le ventre de la mère et ce tout à fait indépendamment du crime contre sa personne. Selon un avis rendu en 2015 par le [Centre américain pour le droit et la justice](#) à Washington, 38 états américains ont adopté de telles lois. Dans 23 d'entre eux, elles s'appliquent dès la conception. Ces lois forment la concrétisation en droit interne de l'article 6 §1 de la Convention internationale sur les droits civils et politiques (CIDCP) selon laquelle *'Tout être humain a le droit inhérent à la vie'*.

²⁵ Liste établie par la [Ligue des Familles belge](#).

²⁶ Article 1 quater de loi du 13 juin 1986 inséré par la [loi du 3 juillet 2012](#).

²⁷ En droit néerlandais, une certaine doctrine estime qu'un **droit de prévoyance prénatale** peut reposer sur la femme enceinte qui répond aux **intérêts médicaux de son enfant**. Car, d'après la doctrine générale, un enfant est réputé né dès lors qu'il s'agit de son intérêt (alinéa premier de l'article 1:2 CCN, cité en note n°9 ci-avant). Il possède donc comme *'patient'* un droit propre distinct de celui de sa mère: Thessa van Gils, [De juridische geboorte van het ongeboren kind](#), thèse de master Rechtsgeleerdheid, Tilburg University, 2012, numéro 2.4.1.

L'enfant à naître : choisir entre fiction et réalité

- c. la [loi du 11 mai 2003 relative à la recherche sur les embryons *in vitro*](#) légalise la recherche sur les cellules souches, interdit le clonage reproductif, mais admet le clonage thérapeutique ;
- d. la [loi du 6 juillet 2007 relative à la procréation médicalement assistée et à la destination des embryons surnuméraires et des gamètes](#) admet le 'don' d'embryons, prévoit l'anonymat et un délai pour l'implantation *post mortem* et la destruction des 'embryons surnuméraires cryoconservés' dans les cinq ans '*après la réalisation du projet parental*' et admet l'utilisation des embryons congelés pour la recherche scientifique ;
- e. la [loi du 5 mai 2014 portant établissement de la filiation de la coparente](#) ;
- f. Un [Comité consultatif de Bioéthique](#) a été créé par un '*accord de coopération*' du 15 janvier 1993 entre l'Etat et les Communautés. Il est l'instance consultative officielle belge en matière de bioéthique. Il rédige un rapport annuel. N'ayant **aucune base légale**, ces avis et propositions ont donc un caractère *praeter legem*, bien que son site soit intégré à celui de la Santé Publique. [En matière de FIV \(PMA\)](#), le Comité avait élaboré un contrat à conclure entre les '*auteurs d'un projet parental*' et un '*centre de fertilité*' comprenant leur '*projet parental*', idée qui fut reprise dans la loi de 2007. L'embryon ('*constitué mais non implanté*'...) y est défini comme suit : '*cellule ou ensemble organique de cellules susceptibles, en se développant, de donner un être humain*' (art. 2) ;
- g. la **pratique de mères porteuses (GPA)** pourtant en vigueur depuis 2007, n'est pas réglementée, mais bel et bien pratiquée ;
- h. une **action dite 'wrongful life'** ('vie préjudiciable') est irrecevable en Belgique. Il s'agit d'une action en indemnisation introduite par un enfant handicapé contre le médecin traitant qui aurait omis d'informer les parents pendant la grossesse d'un handicap potentiel grave chez l'enfant qu'ils attendaient²⁸.



En conclusion : la réglementation belge en matière de bioéthique se caractérise par un traitement **indirect, fragmentaire et limité de la vie avant la naissance**. Aucun de ces textes ne se prononce sur la nature de l'embryon ou du fœtus, ni sur le moment du début de sa protection.

²⁸ '*Vie préjudiciable*' : voyez la [proposition de loi de du 17 janvier 2002](#) (Daniel Bacquelaine) visant à insérer un article 1383bis dans le Code civil précisant qu'il n'y a pas de préjudice du seul fait de sa naissance. Elle propose d'interdire de prendre la naissance comme motif d'une demande d'indemnisation, mais n'a jamais été adoptée. L'arrêt de la Cour de Cassation du 14 novembre 2014 (C.13.0441 N) a fermé la piste de l'action dite '*wrongful life*'.

2. Jurisprudence belge

14. En matière pénale, relevons que la condition civile est parfois écartée.

Un exemple frappant en est l'arrêt de la **Cour de Cassation du 11 février 1987**, dit '*des jumelles dinantaises*'. En l'espèce, par manque manifeste de soins médicaux, l'une des deux jumelles décède pendant les couches, alors que l'autre meurt quelques heures après. La défense plaide que le défaut de soins ne peut exister qu'à l'égard d'une personne, ce qui supposait une naissance viable. Cependant, la Cour considère que les deux jumelles avaient été victimes d'un homicide involontaire, bien qu'une des deux n'avait vécu aucune vie extra-utérine. Certes, en écartant la condition civile au pénal, la Cour innovait. On peut toutefois se demander si la formulation '*enfant en train de naître*' (utilisée par la Cour pour désigner l'enfant mort-né) ne risque pas d'obscurcir la question principale, à savoir : quand débute la protection pénale de l'enfant à naître auquel la Cour reconnaît le statut de personne ?²⁹

Par son **arrêt du 22 décembre 1992**, la même Cour (qui doit se prononcer sur un cas rare d'interruption de grossesse illégale) déclare la **vie avant la naissance** digne de protection légale. Elle déclare que '*le droit de toute personne à la vie*' est également **protégée par l'article 2.1 CEDH**³⁰. En effet, suivant la Cour, ce droit vise '*la vie physique*' qui doit être comprise '*au sens habituel du mot, non pas selon ce qu'on estimerait une vie humainement digne selon sa propre opinion subjective*'.³¹

Et dans la très pénible affaire Kim De Gelder, l'arrêt de la **Cour d'assises de Gand en septembre 2013** accorde une **indemnité pour dommage moral in utero** aux enfants non nés au moment du meurtre de leur frère ou sœur qu'ils ne connaîtront jamais³².

15. Bien que ces deux arrêts ne se prononçaient pas sur le **début de la protection pénale**, les commentaires sont très critiques. La doctrine considère l'arrêt de 1987 comme un '*dérapage*' et '*fait en passant*' : il n'appartient pas aux juges d'étendre la loi pénale en dehors des strictes limites des principes qui, jusqu'alors, n'ont jamais été appliqués à un enfant conçu. De même l'arrêt de 1992 est critiqué, alors qu'il est en parfaite conformité avec l'**article 6.1. de la Convention internationale relative aux Droits de l'Enfant** (adoptée en 1989, quelques années auparavant) suivant laquelle '*chaque enfant a un droit inhérent à la vie*'. Bien que cette convention ne tranche pas non plus la question du **début de la personnalité juridique** de façon explicite, cette interprétation est conforme à l'esprit de son Préambule (repris *in fine* du texte publié au Moniteur) qui stipule entre autres : '*Ayant présent à l'esprit que, comme indiqué dans*

²⁹ L'arrêt des jumelles dinantaises est largement commenté par Justine Deprest '*L'homicide involontaire d'un enfant à naître*', p 8

³⁰ Article 2 CEDH: '*Le droit de toute personne à la vie est protégé par la loi. La mort ne peut être infligée à quiconque intentionnellement, sauf en exécution d'une sentence capitale prononcée par un tribunal au cas où le délit est puni de cette peine par la loi.*'

³¹ Voyez Baeteman en Gerlo '*Overzicht van rechtspraak Personen- en familierecht 1988-1994*' in Tijdschrift voor Privaatrecht, 1994, p 2082, nos 9 & 10. Cette interprétation de la Cour suprême belge est novatrice, car elle abandonne l'interprétation qu'en avait faite la Commission européenne des Droits de l'Homme (qui précédait jusqu'en 1998 la Cour du même nom) estimant que cet article ne visait pas l'enfant à naître.

Consultable sur <http://tpr.be/logging/logpdf.php?file=content/1994/1994-2073>

³² Le 23 janvier 2009, un jeune homme très perturbé de 20 ans, Kim De Gelder, envahit la crèche Fabeltjesland à Dendermonde et attaque au couteau et au hasard quiconque se trouve sur sa route. Deux bébés et une assistante maternelle ne survivent pas, tandis qu'il blesse grièvement dix enfants et deux adultes. Les [critiques sur cette indemnisation](#) font part d'incompréhension (Karen Versaete, thèse de master UGent, 2014, citée en note 37; p. 93-94).

L'enfant à naître : choisir entre fiction et réalité

*la Déclaration des droits de l'enfant, l'enfant, en raison de son manque de maturité physique et intellectuelle, a besoin d'une protection spéciale et de soins spéciaux, notamment d'une protection juridique appropriée, avant comme après la naissance*³³.

On est donc loin de la protection pénale de l'enfant conçu comme être humain, car la critique rejette, quasiment de façon unanime, son extension au-delà de la période des contractions... Il en résulte des cas dramatiques où les parents touchés par la perte d'un enfant imputable à une faute d'autrui se voient confrontés à de longs et pénibles procès. Cela devrait faire réfléchir législateur et praticiens.

B. Situation dans quelques autres pays européens.

1. Situation en France:

a. La jurisprudence interne

Malgré la protection légale du **droit à la vie à partir de la conception**³⁴, une certaine **jurisprudence va dans l'autre sens**.

16. Ainsi, **en matière pénale**, la Cour de Cassation refuse pertinemment (notamment en 1999 et 2001) la qualification d'**homicide involontaire** lors du décès d'un enfant in utero si les conditions (civiles) exigées à l'encontre d'une personne (naissance viable et/ou le fait d'avoir respiré) ne sont pas remplies. Cet arrêt est très critiqué en France³⁵. Néanmoins, même un recours auprès de la CEDH (l'arrêt Vo, ci-après commenté) n'a pas pu renverser cette interprétation. Fort heureusement, certaines juridictions inférieures ont continué à estimer la vie de l'enfant dans le ventre de sa mère digne de protection.

17. Par contre, en matière de **responsabilité civile**, un revirement récent est à noter. Dans son arrêt AXA France c. Nadjete, la Cour de cassation française reconnaît l'indemnisation pour **préjudice moral souffert in utero** et octroie à cet enfant une indemnité de 25.000 €³⁶. Contrairement à ce que prétendait la compagnie d'assurance, la Cour considérait qu'un enfant devient orphelin à la mort de son parent et non pas à sa naissance. Il avait subi un préjudice moral car il ne connaîtrait jamais son père décédé pendant la grossesse d'un accident de travail. On peut dire que **l'équité est la base de ce revirement radical**: le juge décide que l'enfant né pendant le procès a droit à une même indemnisation que son frère aîné³⁷.

³³ Le préambule figure comme annexe à la publication légale de la [loi du 20 novembre 1989](#) qui définit en son premier article que le mineur d'âge est 'tout être humain n'ayant pas atteint l'âge de 18 ans'. Le mineur étant, par définition, inapte à exercer ses droits, il dépend de son représentant légal. Cette disposition peut donc s'appliquer sans problème (et pourtant...) à l'enfant conçu.

³⁴ Article 16 du Code civil français (CCF): 'La loi assure la primauté de la personne, interdit toute atteinte à la dignité de celle-ci et garantit le respect de l'être humain **dès le commencement de sa vie**'. Cette version fut introduite par la **loi du 17 janvier 1975** relative à l'interruption volontaire de grossesse, rayée depuis du Code par la loi numéro 94-653 du 29 juillet 1994 relative au respect du corps humain.

³⁵ Justine Deprest [L'homicide involontaire d'un enfant à naître](#), Mémoire de master (UCL, 2014, pp. 24 et suiv.). Elle conclut: 'cette jurisprudence **plonge cet enfant dans le néant pénal** (quel que soit son degré de développement) et vide l'article 16 du Code civil français de sa substance' (p 35).

³⁶ Arrêt **AXA France c. Nadjete**: la [Cour de cassation française du 14 décembre 2017](#) confirme [l'arrêt de la Cour d'appel de Metz du 29 septembre 2016](#). Voyez [les commentaires](#) publiés sur [etudiant.lextenso.fr](#).

³⁷ En Belgique, en ce qui concerne l'**indemnisation d'un enfant pour préjudice moral subi in utero**, un même revirement est nécessaire: voyez Karen Verstraete [Le Tableau indicatif des dommages et intérêts](#) accordés par le pouvoir judiciaire pour dommages non matériels, thèse de maîtrise Ugent 2014, n° 126. Cas exceptionnel donc: l'octroi par la Cour d'assises de Gand dans l'affaire Kim De Gelder d'une indemnité aux enfants conçus à l'époque de l'assassinat de leur frère ou sœur (p. 93-94).

b. Jurisprudence de la CEDH

Dans l'affaire [Vo c. France du 8 juillet 2004](#), les faits remontent à novembre 1991: une Française enceinte de six mois s'adresse à la CEDH après que la Cour de cassation française a rejeté l'incrimination d'homicide involontaire à l'encontre d'un médecin pour la perte de son enfant. Lors d'un examen de routine, le gynécologue l'avait confondue avec une patiente vietnamienne du même nom. Suite au traitement erroné, Madame Vo se voit contrainte à subir un avortement thérapeutique contre son gré. Elle porte plainte et se constitue partie civile. Huit



ans plus tard, la plus haute juridiction française décide, et cela contrairement aux décisions des juridictions inférieures, que les dispositions en matière d'homicide involontaires ne sont pas applicables à son enfant à naître, puisqu'il ne peut être qualifié de personne. Son droit à la vie n'est donc pas pénalement protégé³⁸. Fin 1999, Mme Vo porte plainte auprès de la CEDH pour violation Convention stipulant en son [article 2 CEDH](#) que '*Le droit de chacun à la vie est protégé par la loi*'.

La CEDH estime que le **droit à la vie relève de l'appréciation des Etats** et invoque l'absence de consensus sur la définition scientifique et juridique des débuts de la vie (§ 82). Elle conclut à la non-violation de la Convention au motif '*qu'il n'était ni souhaitable, ni même possible de répondre dans l'abstrait à la question de savoir si l'enfant à naître est une 'personne' protégée par l'article 2 de la Convention*' (§ 85). La Cour souligne qu'un État n'a pas seulement l'obligation de punir l'homicide involontaire, mais également de protéger activement la vie (§ 88). Mme Vo espérait donc obtenir une injonction favorable de la Cour à l'adresse de l'État français protégeant pénalement la vie avant la naissance. La Cour rejette cette demande et conclut (§ 94, avant-dernier paragraphe de l'arrêt) que Madame Vo aurait pu réclamer l'indemnisation prévue au code français de la Santé pour les erreurs médicales. Plusieurs juges se sont opposés à cette vision et voyaient une violation du traité du fait que le cadre juridique français ne protège pas (assez) la vie à naître. Et rejettent fermement les critiques de la Cour selon lesquelles le couple aurait mieux fait de réclamer une indemnisation plutôt que de suivre la voie pénale³⁹.

2. Situation en Italie

a. L'arrêt CEDH [Parrillo c. Italie du 27 août 2015](#)⁴⁰

³⁸ Auparavant, la Cour d'appel de Lyon de 1997 avait condamné le médecin pour homicide involontaire coupable sur l'enfant à naître, se référant à l'article 2 CEDH, l'article 6.1. CDPC et l'article 6 de la Convention relative aux droits de l'enfant. Arrêt ensuite invalidé par l'arrêt de la Cour de cassation française du 30 juin 1999.

³⁹ Dissenting opinions à partir de la p. 43.

⁴⁰ Articles 8 CEDH, 1 du premier Protocole et 2 de la Convention d'Oviedo. Décision commentée par [Madame Andreea Popescu](#) sur le site de Village de la Justice, 2 octobre 2015.

18. Une dame voulait faire don à la science de cinq embryons posthumes conçus avec son mari décédé. Cependant, une loi italienne du 19 février 2004 interdit la recherche scientifique sur les embryons humains. Madame Parrillo s'adresse à la Cour pour une infraction à sa vie de famille protégée par l'article 8 CEDH⁴¹. La majorité des juges ne jugent pas cette interdiction contraire au traité, car un État peut imposer des restrictions au droit à la vie privée pour des raisons d'intérêt général (§§ 197-198). En droit italien, l'embryon est un sujet de droit et une personne protégée (§§ 165-167). Les '*embryons cryoconservés italiens*' ont donc des droits de personnalité, notamment le droit à la vie et la protection de l'intégrité physique, qui sont légalement reconnus. La même loi sanctionne avec des peines sévères le '*don d'embryons*' à des fins médico-scientifiques parce qu'il s'agit de '*personnes humaines*'. Cela étant, la Cour y oppose le droit à l'autodétermination des parents biologiques (§159), qui auraient un droit sur 'leurs' embryons congelés, car ils constituent 'leur' patrimoine génétique. Cinq des 17 juges se sont explicitement distancés de pareil droit qui '*réduit à néant, le statut juridique (italiens) des embryons*'. Le jugement (§ 167) exclut également que l'enfant à naître puisse tomber sous le terme 'autres' de l'article 8 § 2 CEDH, alors qu'il avait accepté ce principe ailleurs (§ 31 de l'opinion séparée Pinto)⁴². Cette opinion dissidente doit être approuvée. En effet, l'identité biologique se forme chez chaque être humain au moment de la fécondation. Mais justement parce que l'enfant a 'son' matériel génétique personnel dès le début, il est définitivement soustrait à l'autodétermination de ses parents biologiques⁴³. Les commentateurs soulignent aussi la formulation douteuse de l'avant-dernier paragraphe (§ 215) de l'arrêt. Les juges évitent là la question de savoir si l'embryon in vitro est une personne en affirmant qu'il ne saurait être réduit à '*un bien*' dont question à l'article 1 du Protocole n° 1. Néanmoins, le terme 'donation' au sens usuel, mais aussi juridique du terme, signifie '*se dessaisir gratuitement d'un droit ou d'une chose*'.

b. L'arrêt CEDH [Paradiso et Campanelli c. Italie du 24 janvier 2017](#)

Cette affaire concerne également une violation présumée de l'article 8 CEDH. Confronté à un problème infertile insoluble et à la législation italienne interdisant la maternité de substitution, un couple italien contracte en 2011 avec un bureau de placement russe pour mères de substitution à Moscou. Dans l'acte de naissance russe, la femme italienne figurait injustement comme mère et son partenaire comme père. De retour en Italie, le couple demande la transcription de l'acte de naissance à l'état civil. Entre-temps, sur indication de l'ambassade d'Italie à Moscou qui considérait l'acte de naissance comme un faux, le procureur avait ouvert une enquête et ordonné une recherche ADN. De plus, il s'est avéré que le couple avait versé 50 000 € au bureau russe ... Etant donné que le test ADN n'attestait aucun lien biologique avec les parents présumés, le juge place l'enfant dans une famille d'accueil en vue d'une adoption internationale. Saisie de l'affaire, la '[Grande Chambre](#)' de la CEDH (17 juges) statue que le juge italien n'avait pas entravé à la vie privée du couple en mettant l'intérêt de l'enfant en balance avec celui des futurs parents. Il était à craindre que ces derniers n'utilisent l'enfant comme un instrument servant à leur propre intérêt (développement personnel, position sociale) (§207). Comme pour l'adoption, la vie de famille au sens du

⁴¹ Texte de l'article 8 § 1 CEDH : *1. Toute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale, de son domicile et de sa correspondance. 2. Il ne peut y avoir ingérence d'une autorité publique dans l'exercice de ce droit que pour autant que cette ingérence est prévue par la loi et qu'elle constitue une mesure qui, dans une société démocratique, est nécessaire à la sécurité nationale, à la sûreté publique, au bien-être économique du pays, à la défense de l'ordre et à la prévention des infractions pénales, à la protection de la santé ou de la morale, ou à la protection des droits et libertés d'autrui.*

⁴² Opinion du juge Pinto de Albuquerque (p. 50 et suiv. de l'arrêt). Pour une interprétation du terme 'autres': voyez §§ 58-59 de l'arrêt Costa et Pavan c. Italie du 28 août 2012.

⁴³ Voyez le premier Principe de la **Recommandation n° 874** de la **Charte sur les droits de l'Enfant** (citée en n° 11 ci-dessus): '*a. Les enfants ne doivent plus être considérés comme la propriété de leurs parents, mais être reconnus comme des individus avec leurs droits et leurs besoins propres*'.

L'enfant à naître : choisir entre fiction et réalité

traité présuppose l'existence préalable d'une famille stable. Le traité '*ne contient aucun droit à la parentalité*' et énonce comme principe que '*l'intérêt général prime sur un souhait de parentalité*' (§ 215). Le refus par l'Etat italien de considérer comme valide un certificat de naissance faux et illégal constituait pour la CEDH un argument supplémentaire pour rejeter la demande du couple et donner raison à l'État italien.

Ce jugement ne concerne pas directement la vie à naître. Pourtant, il revêt une grande importance dans la mesure où le juge donne une voix au tout jeune enfant. Sa situation diffère très peu de celle d'un enfant à naître, objet de notre étude. La CEDH prend à son compte la démarche du tribunal italien de mettre en balance les intérêts du jeune enfant contre les désirs purement individuels de deux adultes qui réclament la parentalité sur lui. Et de donner préférence au droit de tout enfant d'être élevé dans une famille stable. En même temps, le jugement met un terme aux comportements de contournement des citoyens qui recherchent en d'autres pays des pratiques interdites dans le leur (§ 203)⁴⁴.

V. Prononcer l'indicible

19. De tout ce qui précède, nous pouvons constater l'absence de réponse à la **question principale de savoir si et à partir de quand l'infans jouit des droits fondamentaux** dont tant de textes internationaux font la promotion. En dehors du contexte du droit civil, la reconnaissance ou la protection de la vie à naître n'est certainement pas inexistante. Pourtant, cette **protection**, qui varie d'un pays à l'autre, est **limitée et fragmentaire**. Les juges ne disposent **pas de directives générales** car, juridiquement parlant, la question de la nature de l'embryon n'est ni posée ni résolue. Il y a aussi beaucoup de résistance à l'attribution de la personnalité juridique à l'enfant conçu, alors que la biologie et les sciences médicales apportent **l'évidence scientifique qu'un même corps porte la même personnalité de la conception à la mort**. La conclusion logique que **la protection juridique devrait donc commencer au moment où la vie commence** n'est jamais tirée.

Afin de sortir de cette impasse et de donner à l'infans la place qui lui convient dans notre société, nous pensons qu'un statut particulier ne devrait pas être élaboré en priorité, mais plutôt un **cadre juridique général de la personnalité humaine** faisant référence à son statut biologique et comprenant des mesures pour lutter contre les comportements d'évitement vers les pays voisins.

20. Les grandes lignes de pareil cadre se dessinent comme suit :

a. **toute personne**, quelle que soit la viabilité de son existence ou l'appréciation qualitative que l'on peut porter sur sa vie, bénéficie **à partir de sa conception des droits de la personnalité** suivants, touchant directement à son état de vie : 1. droit à la vie ; 2. droit à la protection de son intégrité physique ou mentale et 3. droit aux meilleurs soins possibles⁴⁵.

⁴⁴ Cf n° 13 ci-dessus traitant la Recommandation n° 1046 (principe n° 12).

⁴⁵ Ces '*droits vitaux*' sont considérés par la doctrine et la jurisprudence (CEDH) comme **droits de la personnalité inhérents à toute personne humaine** (Yves-Henri Leleu et Gilles Genicot '*Le statut juridique du corps humain, Rapport belge*', 2009, n° 3 p 4. Cf. également la [Charte des Droits fondamentaux](#) de l'Union européenne adoptée le 12 décembre 2000, notamment art 2: '*Toute personne a droit à la vie*' - art 3: '*Toute personne a droit à son intégrité physique*' et art 24 : '*les enfants ont droit à la protection et aux soins nécessaires à leur bien-être*'.

Ces droits sont **universels, non commercialisables et non monnayables**. Ils sont la concrétisation, en droit interne, des droits de l'homme dès le commencement de la vie humaine. Le droit les protège **dès la conception** comme une injonction positive, tout en réprimant les atteintes causées par des actes fautifs volontaires ou involontaires. Il va de soi qu'une dérogation ne peut être admise que par une loi ⁴⁶.

Sauf exceptions légales donc et puisqu'il s'agit de la personne humaine, ils ont **la conception comme point de départ**, à savoir le moment où une vie nouvelle commence ⁴⁷.

b. **les droits patrimoniaux** (droit des biens, des obligations et de la responsabilité civile), ainsi que **les aspects patrimoniaux des droits de la personnalité** (par exemple la compensation pour la souffrance morale de l'enfant) **restent soumis à la condition de naissance comme enfant viable** ainsi qu'il est actuellement le cas. Ces droits patrimoniaux supposent donc à la fois l'existence du bénéficiaire au moment où un droit lui revient et une naissance viable. Pour l'accès à ces droits, les éventuelles causes ayant empêché la naissance seront sans influence pour autant qu'ils sont protégés par le droit pénal et par le droit international. La base légale à cet égard s'ancre dans les articles 725 et 906 du Code civil.

De prime abord, l'intégration proposée est parfaitement envisageable dans les systèmes juridiques fondés sur le Code civil. D'une part, les droits de la personnalité sont une création de la doctrine et de la jurisprudence et sont universels. D'autre part, l'élargissement du cadre général proposé ne modifie en rien l'acquisition de droits patrimoniaux. L'introduction d'un double point de rattachement comme point de départ du Cadre général (la conception ou la naissance) n'exige donc (en principe) aucune modification de la loi et est couverte par les dispositions des traités internationaux.

Cette approche n'est pas en contradiction avec les dispositions légales, par exemple en matière d'interruption volontaire de grossesse, qui ont un effet de dépénalisation et concernent des actes qui, en dehors du contexte envisagé, restent répréhensibles. Les actes menaçant la vie humaine ou l'intégrité physique ainsi que les manquements à l'obligation de soins doivent rester répréhensibles vis-à-vis de toute vie humaine, dès ses tout premiers débuts, et ce, sans que la viabilité ou la qualité de la vie ne puisse être prise en considération.



⁴⁶ Comme prévu dans les traités internationaux, le droit aux meilleurs soins ne concerne pas seulement les soins médicaux, mais également le droit de connaître ses parents et d'être élevé dans une famille stable.

⁴⁷ La plupart des législations définissent le mineur d'âge comme 'toute *personne n'ayant pas atteint l'âge de 18 ans révolus*'. De même, la conception est la référence pour tout ce qui concerne la possession d'état, la filiation, la minorité et la représentation d'un enfant mineur.

VI. Conclusion

21. Des enfants jumeaux dont l'un serait protégé, l'autre pas, un enfant qui meurt dans le ventre de sa mère faute de soins médicaux, des embryons donnés ou recherchés à l'autre bout de la planète... Il n'est pas étonnant, dans ce contexte, qu'**à chaque fois que des intérêts autres que patrimoniaux prévalent**, les juges, par souci d'équité, abandonnent la règle qu'il faut être né pour pouvoir jouir des droits humains. Que la nature humaine ne soit ni une hypothèse fictive ni une donnée métaphysique devient alors une évidence. En ce qui me concerne, l'octroi rétroactif de la personnalité juridique à la naissance me paraît un artefact / l'héritage artificiel d'un passé lointain que j'ose comparer à l'époque qui a précédé l'abolition de la mort civile.⁴⁸

Le droit à la vie commence quand la vie commence. La doctrine et le législateur ont pour tâche de créer un cadre général englobant ce principe. Faire le choix de protéger l'homme touche à l'essence d'une civilisation et est une base fondamentale de toute démocratie. Ce choix apporte paix et ordre social.⁴⁹

Avec la collaboration de Herwig DUFAUX

(Version néerlandaise également disponible sur le site)

Novembre 2018

⁴⁸ Par la déclaration (judiciaire) de la mort civile, le criminel perdait tous ses droits comme personne, ses droits civils et politiques. En même temps, le juge déclarait sa succession ouverte, le cas échéant, son mariage dissous (articles 22 à 33 du Code civil, abrogés par la loi du 15 décembre 1949).

⁴⁹ Cf **Première Considération du Préambule de la Convention (onusienne) relative aux Droits de l'Enfant du 20 novembre 1989** : *'considérant que, conformément aux principes proclamés dans la Charte des Nations Unies, la reconnaissance de la **dignité inhérente à tous les membres de la famille humaine** ainsi que **l'égalité et le caractère inaliénable de leurs droits** sont le **fondement de la liberté, de la justice et de la paix dans le monde**'.*