

Le statut juridique de l'enfant à naître

*¹ **Sonia El euch Mallek**

1. L'enfant à naître est-il une personne ? La question a préoccupé les juristes et déchaîne encore les passions. La cause en est que la matière est caractérisée par l'ambiguïté². En effet les données sont floues et souffrent parfois d'incohérence. Bref le statut juridique de l'enfant à naître se révèle sensible et controversé³.
2. L'on entend par statut juridique de l'enfant à naître «l'ensemble des droits et pouvoirs qu'il peut posséder et l'ensemble des obligations morales, éthiques ou juridiques qui lui sont dues »⁴.
3. A des degrés divers, le sort réservé au statut juridique de l'enfant à naître suscite de nombreux débats, qui dépendent des réflexions scientifiques, religieuses⁵,

1 Professeur à la faculté des sciences juridiques et sociales Tunis 2

2 **M.K.CHARFEDDINE**, « L'embryon: sujet ou objet ? », R.T.D. 1998, p. 69; **M.-Th. MEULDERS-KLEIN**, « Le corps humain, personnalité juridique et famille en droit belge », Travaux de l'association H. CAPITANT, 1975, p. 26 ; **J.P. GRIDEL**, Notions fondamentales de droit et droit Français, 2ème Ed, Dalloz, 1994, p. 715 ; **A. AOUIJ- MRAD**, « La protection juridique de l'embryon mal formé », in Mélanges offerts au Professeur BEN HALIMA, Ed. C.P.U., Tunis 2006, p. 633 et s..

3 **C. LABRUSSE-RIOU** et **F.BELLIVIER**, « Les droits de l'embryon et du fœtus en droit privé », R.I.D.C. 2002, 2, p. 579 et s..

4 **BAUDOIN** et **C. LABRUSSE-RIOU**, Produire l'homme de quel droit ?, Etude juridique et éthique des procréations artificielles, Ed. P.U.F., Paris 1987, p. 83 ; **J-Ch. GALLOUX**, *définit le statut juridique comme « l'ensemble des normes régissant les droits et les obligations qui s'imposent relativement à un objet spécifique. Il comprend donc une affirmation quant à la nature juridique de cet objet, c'est-à-dire sa qualification à l'aide des catégories d'un système juridique donné, et la description de son régime, c'est-à-dire la détermination des actions relatives à cet objet »*, **J-Ch. GALLOUX**, « Les enjeux d'une déclaration universelle sur la protection du génome humain », D. 1996, chron. p. 141.

5 **S. TEINTURIER**, « Religion et procréation assistées aux miroirs des médias, vers une présence religieuse intégrée dans le sphère publique ? », Revue juridique de l'ouest, numéro spécial 2010, actes d'un colloque : Droit, Ethique et Religion, quelles normes pour l'assistance médicale à la procréation ?, Etude Franco- Tunisienne, sous la responsabilité scientifique de **A. AOUIJ-MRAD**, **B.FEUILLET**, **Ph. PORTIER**, p. 11 et s. ; Voir aussi, **A. AOUIJ- MRAD**, « L'ancrage religieux de la législation Tunisienne relativement à la procréation médicalement assistée », Collection droit , bioéthique et société, Ed. Bruylant, Bruxelles 2008, p. 275.

morales¹, voire philosophiques². Cela prouve que « *le droit n'est pas sans lien avec d'autres savoirs et d'autres discours. Il leur sert naturellement de terrain de rencontre* »³. Toutes ces réflexions portent une attention particulière aux frontières de l'existence humaine, qui sont la vie et la mort⁴.

4. Il importe de souligner que le législateur tunisien prévoit un dispositif normatif relatif à l'enfant à naître *in utero*⁵ et *in vitro*⁶. Le vocabulaire utilisé est diversifié, il emploie indifféremment⁷ les termes « *enfant à naître* »⁸, « *enfant conçu* »⁹ et « *embryon* »¹⁰. Dans la version arabe des textes de lois, le législateur emploie le terme « *haml* »¹¹. Pour sa part, la jurisprudence utilise le terme « *janine* »¹², qui

1 P.DUPOUEY, *Ethique et formation, l'intervention sur la personne et autre problème*, Insep éditions, Paris 1998, p. 24 et s.

2 A.FAGOT-LARGEAULT et G.DELAISI DE PARSEVAL, « Qu'est qu'un embryon ? Panorama des dispositions philosophiques actuelles », *Esprit*, Juin 1989, p. 87.

3 F. TERRE, « Présentation », *in* *Droit et science*, Arch. Ph. Du droit, 1991, T. 36, p.5.

4 G.GERIN, « La vie et les droits de la personne », *in* *Qu'est ce que la vie, rencontre internationale de Carthage*, (4^{ème} session : du 2 au 6 mai 2000), Ed. Beġt al-hikma, 2001, p. 189 et s. Voir aussi, V. BONNIN, « La mort voulue pour soi-même (Du suicide à la mort demandée à autrui », R.R.J., *Droit prospectif*, 1995, 1, p. 207 et s.; M. BEN TARDAIET, *La protection pénale de l'intégrité physique contre l'autodestruction*, Thèse, Faculté de droit et des sciences politiques de Tunis 2002-2003, p. 13 et s..

5 Voir, l'article 214 du Code pénal.

6 La loi sur la médecine de la reproduction. Loi n° 2001-93 du 7 août 2001, J.O.R.T. n° 63, 07 août 2001, pp. 2025-2027; En France : Loi n° 94-653 relative au respect du corps humain et Loi n° 94-654 relative au don et à l'utilisation des éléments et produits du corps humain, à l'assistance médicale à la procréation et au diagnostic prénatal du 29 juillet 1994.. Lois révisées par la loi relative à la bioéthique : Loi n° 2004-800 du 6 août 2004.

7 M.K.CHARFEDDINE, « L'embryon: sujet ou objet ? », *op.cit.*, p. 69 et s..

8 Articles 147 et 148 C.S.P.; Article 39 de la loi du 9-3-1992 relative à la promulgation du code des assurances.

9 Articles 150 et 184 C.S.P.

10 Loi n° 2001-93 du 7 août 2001, J.O.R.T. n° 63 du 07 août 2001.

11 أنظر الفصول: 35 و75 و149 و147 و148 و150 و184 من م. أ. ش.

أنظر أيضا، محمد كمال شرف الدين، قانون مدني، النظرية العامة - الأشخاص - إثبات الحقوق، الطبعة الأولى، المطبعة الرسمية للجمهورية التونسية، 2002، ص. 180، محمد الشرفي وعلي المزغني، أحكام الحقوق، دار الجنوب للنشر 1995 ص. 239 عدد 318.

المصطلح اعتمده القرآن الكريم، أنظر سورة الطلاق الآية رقم 3.

12* المصطلح اعتمده القرآن الكريم، سورة النجم الآية رقم 31.

Voir, la jurisprudence citée infra n° 58 et s.

signifie étymologiquement ce qui est caché¹. Aucune distinction terminologique n'est faite par le législateur entre les stades du développement de l'embryon au sein de sa mère². En revanche, Le Coran³ comprend des versets qui énumèrent les différentes phases de l'embryogenèse⁴.

5. Assurément, la personnalité juridique commence à la naissance en vie. Mais qu'en est-il avant la naissance ? L'enfant à naître est-il une personne, ou une chose, ou encore une catégorie intermédiaire entre la personne et la chose ? ce qui permettra d'affirmer que l'enfant à naître a un « *statut juridique sui generis* »⁵. Les auteurs sont loin d'être unanimes sur cette question. Pour certains, l'enfant à naître est une « *personne potentielle* »⁶. Pour d'autres, il

* 1 الجنين هو «الولد ما دام في بطن أمه لاستتاره فيه، وجمعه أجنة وأجنن»: محمد بن مكرم بن منظور الإفریقی المصري، لسان العرب، تاريخ نشر غير مذكور، الجزء الأول، ص. 702.

M.K.CHARFEDDINE, L'embryon: sujet ou objet ?, *op. cit.*, p. 70.

2 Contrairement au Droit Tunisien, Certaines législations européennes ont retenues une définition de l'embryon. On remarque que cette définition diffère d'un Etat à un autre, Voir, E. DHONTE-ISNARD, L'embryon humain *in vitro* et le droit, Paris, 2004, p. 76 et s..

3 يقول الله تعالى في الآية عدد 5 من سورة الحج «يَا أَيُّهَا النَّاسُ إِن كُنْتُمْ فِي رَيْبٍ مِّنَ الْبَعْثِ فَإِنَّا خَلَقْنَاكُمْ مِنْ نُّرَابٍ ثُمَّ مِنْ نُطْفَةٍ ثُمَّ مِنْ عَلَقَةٍ ثُمَّ مِنْ مُضْغَةٍ مُخَلَّقَةٍ وَغَيْرِ مُخَلَّقَةٍ لِنُبَيِّنَ لَكُمْ وَنُقِرُّ فِي الْأَرْحَامِ مَا نَشَاءُ إِلَىٰ أَجَلٍ مُّسَمًّى ثُمَّ نُخْرِجُكُمْ طِفْلًا ثُمَّ لِتَبْلُغُوا أَشُدَّكُمْ وَمِنْكُمْ مَنْ يُتَوَفَّىٰ وَمِنْكُمْ مَنْ يُرَدُّ إِلَىٰ أَرْذَلِ الْعُمُرِ...». يقول الله تعالى في الآية عدد 13 و14 من سورة نوح «مَا لَكُمْ لَا تَرْجُونَ لِلَّهِ وَقَارًا وَقَدْ خَلَقَكُمْ أَطْوَارًا».

يقول الله تعالى في الآية عدد 12 و13 و14 من سورة المؤمنون «وَلَقَدْ خَلَقْنَا الْإِنْسَانَ مِنْ سُلَالَةٍ مِنْ طِينٍ ثُمَّ جَعَلْنَاهُ نُطْفَةً فِي قَرَارٍ مَكِينٍ ثُمَّ خَلَقْنَا النُّطْفَةَ عَلَقَةً فَخَلَقْنَا الْعَلَقَةَ مُضْغَةً فَخَلَقْنَا الْمُضْغَةَ عِظَامًا فَكَسَوْنَا الْعِظَامَ لَحْمًا ثُمَّ أَنْشَأْنَاهُ خَلْقًا آخَرَ فَبَارَكُ اللَّهُ أَحْسَنُ الْخَالِقِينَ».

أنظر أيضا الآية عدد 67 من سورة غافر، الآية عدد 20 و 22 من سورة المرسلات.

أنظر أيضا، حسني هيكل، النظام القانوني للإنجاب الصناعي بين القانون الوضعي والشريعة الإسلامية (دراسة مقارنة)، نشر دار الكتب القانونية، القاهرة 2007، ص. 45 وما بعدها.

4 J. SEDDIKI, « L'Islam une concertation continue », *in* procréation et droits de l'enfant, sous la direction de G. TEBOUL, Ed. Bruylant et Nemesis, Bruxelles 2004, p. 272.

5 J. F. NIORT, « Personne et discrimination : approche historique et théorique », *in* personne et discrimination : perspectives historiques et comparées, sous la direction de M. MARCAT- BRUNS, Ed. Dalloz, Paris 2006, p. 47; P. EGEAT, « Discrimination et être humain avant la naissance », *in* personne et discrimination ..., *op. cit.*, p. 75 et s..

6 Cette position correspond à celle du comité national d'éthique médicale. Voir, Comité national d'éthique médicale, « la procréation médicalement assistée », l'avis n° 1 du 12-12-1996. En France, voir, L'avis n°1 du Comité consultatif national d'éthique relatif aux recherches sur les embryons humains *in vitro* et leur utilisation à des fins médicales et scientifiques, du 22 mai 1984, G. MÉMÉTEAU, « Le premier avis du comité consultatif national d'éthique », J.C.P. 1985, I, 3191. A. BERTRAND- MIRKOVIC, La notion de personne. Etude visant à clarifier le statut juridique de l'enfant à naître, Ed. P.U.A.M., 2003, p. 252; Voir

est une «*personne humaine en devenir*»¹, voire un «*projet*» de personne², ou encore «*une personne par destination*»³. A travers notre travail, on espère agiter certaines idées.

6. Concernant le statut de l'enfant à naître, trois positions s'affrontent actuellement. Certains prétendent qu'il suffit que l'enfant à naître ait la conscience pour qu'il devienne une personne, sujet libre et autonome⁴. Certains d'autres focalisent leur attention sur les règles de nature éthique à respecter à l'égard de l'enfant à naître, indépendamment de sa qualification comme personne ou chose⁵. Un troisième courant soutient qu'il suffit que l'enfant à naître possède le génome humain pour appartenir à l'espèce humaine⁶, et par la même, être une personne

aussi, X.LABBÉE, Condition juridique du corps humain avant la naissance et après la mort, Ed. P.U.de Lille, 1990, p. 141.

1 J.-Ch. GALLOUX, Essai de définition d'un statut pour le matériel génétique, thèse Bordeaux 1988, T. I, p. 44; J. L. BAUDOIN et C. LABRUSSE-RIOU, Produire l'homme de quel droit ?, Etude juridique et éthique des procréations artificielles, *op. cit.*, p. 207, Voir aussi, X. LABBÉE, Condition juridique du corps humain avant la naissance et après la mort, *op. cit.*, p.86 et s. ; T.G.I. de Roanne, 27 juin 1995, Gaz. Pal. 1998, sommaire p. 2.

Contra voir, R. DRAY, « L'embryon personne potentielle ? », in Bioéthique et droit, Etudes rassemblées par R. DRAY et M. HARICHAUX, Ed. PUF, 1988, p. 93.

2 C. CHABAULT, « À propos de l'autorisation du transfert d'embryon post mortem », D. 2001, p. 1397. أنظر، فاطمة الزهراء بن محمود، تعليق على قرار تعقيبي مدني عدد 5482 مؤرخ في 7 فيفري 2005، م.ق.ت. 2006، عدد مارس، ص. 179 وما بعدها.

أنظر محمد الشرفي وعلي المزغني، أحكام الحقوق، دار الجنوب للنشر 1995 ص. 239 عدد 318.

3 X. LABBÉE, Condition juridique du corps humain avant la naissance et après la mort, *op. cit.*, p.237 et p. 256 et s. ; J.P. BAUD, « Le corps, la personne par destination », in *Liber amicorum* à la mémoire de D.HUET-WEILLER, 1994, p. 13 ; P. MURAT, « Décès prénatal et individualisation juridique de l'être humain », R.T.D.S.S., 1995, p. 470.

4 E. KANT, fondements de la Métaphysique des mœurs, Ed. Vrin, Paris 1980, p. 105; Sur cette doctrine, voir, A. FAGOT-LARGEAULT et G. DELAISI DE PARSEVAL, « Les droits de l'embryon (foetus) humain et la notion de personne humaine potentielle », Revue de Métaphysique et de morale, 1987, n° 3, p. 372. S. HAMROUNI, Le droit International à l'épreuve de la bioéthique, thèse de doctorat, Faculté des sciences juridiques, politiques et sociales de Tunis, 2007-2008, Ed. Les études hospitalières, Bordeaux 2009, p. 77 et s..

5 A.FAGOT-LARGEAULT et G.DELAISI DE PARSEVAL, « Qu'est qu'un embryon ? Panorama des dispositions philosophiques actuelles », *op. cit.* , p. 87; Voir aussi, A. AOUIJ- MRAD, « La protection juridique de l'embryon mal formé », in Mélanges offerts au Professeur BEN HALIMA, *op. cit.*, p. 649.

6 Voir, X. BIOY, Le concept de personne humaine en droit public, recherche sur le sujet des droits fondamentaux, nouvelle bibliothèque des thèses, Ed. Dalloz, Paris 2005, p. 161.

(critère biologique ou naturel). Nous faisons de cette approche la nôtre.

7. Le statut de l'enfant à naître suscite le vif intérêt des juristes, son statut leur est à la fois provoquant et embarrassant. Provoquant, parce qu'il permet de satisfaire le juriste qui est par essence attaché aux classifications. Embarrassant, parce que l'incertitude¹ du juriste à l'égard de l'enfant à naître règne toujours.

En outre c'est un sujet qui se situe à la croisée de plusieurs disciplines, il évoque des questions, à la fois philosophiques que scientifiques. De même, il prend une place de choix dans les débats relatifs à la bioéthique². En effet, le début de la vie ainsi que sa fin mobilisent autant les juristes que les scientifiques et même les philosophes, car elle met en cause des préoccupations biologiques, philosophiques, voire religieuses³ très complexes. La question de l'embryon a été largement débattue, dans des termes divers, par toutes les disciplines. Inéluctablement, « *l'une des plus importantes questions [...] qui se posent a trait au statut des embryons* »⁴.

8. D'emblée, depuis l'apparition de la fécondité *in vitro*⁵, l'embryon a dévoilé ses secrets aux scientifiques, aux biologistes et aux médecins. Les controverses concernant son statut dépassent celles que suscite le cas de l'embryon *in vivo*⁶. Il n'est plus question ici de débattre sur la légitimité de l'avortement mais plutôt sur l'utilisation de l'embryon à des fins multiples, celle-ci est à son tour au cœur d'un débat séculaire⁷. En outre, le recours à la « FIVETE »⁸ nécessite la fécondation de plusieurs embryons *in vitro* dont quelques uns, seulement vont être réimplantés dans l'utérus maternel. D'où surgit la question du sort

1 M.K.CHARFEDDINE, « L'embryon: sujet ou objet ? », *op.cit.*, p. 69.

2 V. SEBAG, *Droit et bioéthique*, Ed. Larcier, Bruxelles 2007, p. 93 et s.; B. HAMZA, « Ethique, progrès et technique médicale », in *Qu'est ce que la bioéthique ?*, Actes du colloque international tenu le 12-13 Janvier 1996, Collection forum des juristes, volume 5, Tunis 1997, p. 19 et s. ; S. HAMROUNI, *Le droit International à l'épreuve de la bioéthique*, *op. cit.*, p. 21 et s..

3 S. TEINTURIER, « Religions et procréations assistées au miroir des médias, vers une présence religieuse intégrée dans la sphère publique ? », *op. cit.*, p. 13 et s..

4 A. SERIAUX, *Les personnes*, collection que sais-je, Ed. P.U.F., 1992, p. 76.

5 En Tunisie « Elyas » fut le premier enfant conçu hors de la cavité utérine. Il est né le 21-3-1988.

6 E. DHONTE- ISNARD, *L'embryon humain in vitro et le droit*, Paris, 2004, p. 23 et s.

7 E. DHONTE- ISNARD, *op.cit.*, *ibidem* ; C. LABRUSSE-RIOU et F.BELLIVIER, « Les droits de l'embryon et du fœtus en droit privé », *op. cit.*, p. 581.

8 « FIVETE » : Fécondation *in vitro* suivie du transfert embryonnaire.

des embryons surnuméraires¹. Rapidement l'on peut découvrir que l'enjeu est utilitariste², le débat est focalisé, soit sur la justification des expérimentations, soit sur leurs rejet³. Cela laisse penser que les avancées scientifiques et technologiques « *loin de susciter confiance et enthousiasme, mettent en évidence la fragilité et la vulnérabilité de ce qui est humain, mais tout autant ce qui relève du vivant en général* »⁴. En outre l'évolution de la procréation assistée, notamment à travers le diagnostic préimplantatoire a soulevé « *des craintes éthiques justifiées, pour ceux qui y voient une destruction de certains embryons, et son caractère eugénique* »⁵.

9. En fait, il y a un conflit entre le principe du respect de l'être humain et l'atteinte à son intégrité aux divers stades de son existence⁶ : *in vitro* ou, *a fortiori*, *in utero*.

Pour assurer la protection de l'enfant à naître, divers textes de lois, tant sur le plan national que sur le plan international⁷, instaurent une protection qui demeure toutefois variable. Elle dépend du statut affiché à l'enfant à naître⁸. En effet, si l'on considère l'enfant à naître comme une personne, le respect absolu s'impose.

1 M. ADJIMAN, « Cellules souches, clonage, quels enjeux », *in* procréation et droits de l'enfant, *op. cit.*, p. 216 et s. ; S. HAMROUNI, Le droit International à l'épreuve de la bioéthique, *op. cit.*, p. 24 et p. 55.

*2 M.-Th. MEULDERS- KLEIN, « Le droit de l'enfant face au droit à l'enfant et les procréations médicalement assistées », R.T.D.Civ. 1988, p. 660 et s.; O. ZRIBI, Qu'en est-il de la protection pénale de l'enfant à naître en droit positif et en Islam, Mémoire en vue de l'obtention du diplôme d'études approfondies en science criminelles, faculté de droit et des sciences politiques de Tunis, 1999- 2000, p. 19.

3 E. DHONTE- ISNARD, *op.cit.*, p.93.

P.-A.TAGUIEFF, La bioéthique ou le juste milieu, une quête de sens à l'âge du nihilisme^{4*} technicien, Ed. Fayard, Paris 2007, p.12 ; Voir aussi, J-Ch. GALLOUX, Les enjeux d'une déclaration universelle sur la protection du génome humain, *op.cit.*, p. 141 et s..

5 B. HAMZA, «La responsabilité face au processus reproductif humain. Réflexions bioéthiques », *in* Qu'est ce que la vie, rencontre internationale de Carthage, *op. cit.*, p.205 ; voir C. LABRUSSE- RIOU, « Responsabilité , droits des personnes et science de la vie », Droits et Cultures 1996, n° 1, p. 87 et s.; Voir aussi, I. ADHOUM, « Ethique et religion dans la décision de recourir à l'assistance médicale à la procréation », *in* Droit, Ethique et Religion, quelles normes pour l'assistance médicale à la procréation ?, *op. cit.*, p. 142 et s..

6 Voir, M. OUDIN, « Les conflits de droits subjectifs », R.R.J. Droit prospectif, 2007 n° 1, p. 72.

7 Concernant les différentes conventions, voir V. SEBAG, Droit et bioéthique, *op. cit.*, p. 39 et s..

8 D. FOLSCHIED, « L'embryon, ou notre plus-que prochain, Ethique, la vie en question », n°4, Printemps 1992, p. 19. Il estime que « *ce que l'on pense et dit de l'embryon n'est plus que le résidu idéologique de la manière dont on le traite* ».

En revanche, si l'on se permet d'utiliser cet enfant à des fins expérimentales, il pourrait être considéré comme une chose.

10. Outre l'intérêt théorique évident qu'offre la vérification de ces affirmations, l'étude entreprise se justifie, également, par des enjeux d'ordre pratique. Ces enjeux sont liés essentiellement à la maîtrise de la procréation humaine et à celle de la génétique¹.
11. La question qui s'impose est celle de savoir si le cadre légal assure une protection de l'enfant à naître, compte tenu du statut juridique qu'il devrait avoir ?
12. On pense que le statut juridique de l'enfant à naître doit être celui d'une personne. L'enfant à naître est une personne humaine effective (I), qui demeure, toutefois, une personne juridique potentielle (II).

1. I-Statut d'une personne humaine effective :

13. On entend par le terme « *effective* », ce qui existe réellement. Ainsi, l'enfant à naître est une personne humaine à part entière, il doit bénéficier d'une protection, le respect de l'être humain, protection qui s'impose dès le commencement de la vie. Cela aboutit à l'affirmation de l'humanité de l'enfant à naître (A), affirmation qui permet de lui assurer la protection inhérente à la qualité de personne humaine (B).

A –L'affirmation de l'humanité de l'enfant à naître

14. Le droit reprend la distinction d'origine philosophique entre les personnes et les choses², en ce que la personne est sujet de droit, et la chose en est l'objet³.

1 C. LABRUSSE-RIOU, « Les implications juridiques de la génétique », R.D.P., 1990, n° 5, p. 1365 et s.; Ch. BYK, « Le génie génétique : une ingénierie diabolique ou les méprises de la politique européenne », R.I.D.C. 2002, 2, p. 339 et s. ; M.-I. MALAUZAT, Le droit face aux pouvoirs des données génétiques, Ed. P.U.A.M., 2000, p. 19 et s..

2 Voir, M. VILLEY, « L'idée de droit subjectif et les systèmes juridiques romains », R.D.H., T. XXIX, p. 207; R. ANDORNO, La distinction juridique entre les personnes et les choses à l'épreuve des procréations artificielles, Thèse, Ed. L.G.D.J., Paris 1996, p. 5 et s..

3 R. ANDORNO, La distinction entre les personnes et les choses à l'épreuve de la procréation artificielles, *op. cit.*, p. 12 ; voir aussi, F.TERRE, « L'être et l'avoir ? La personne et la chose », Études offertes à H. GROUDEL, Ed. Litec, Paris 2006, p. 459 et s.. ; L. JOSSERAND, «La personne humaine dans le commerce juridique », D. 1932, chron. p. 1.

Certains juristes estiment que la loi traite l'enfant à naître en tant que chose¹. D'autres avancent que l'enfant à naître est plutôt une chose «sacrée»² ou «protégée»³, voire une chose «personnifiée»⁴, il mérite donc une protection légale. Cette divergence d'opinion nous incite à réfuter la réification de l'enfant à naître (1), pour défendre, par la suite, l'idée de désolidarisation entre personne humaine et personne juridique (2)

1- Réfutation de la réification de l'enfant à naître

15. La réification de l'enfant à naître consiste dans le fait de le traiter comme un objet. Il est considéré, alors, comme un amas de cellules au sein de sa mère, un morceau de chair non distinct de son corps⁵. C'est ainsi que les romains le considéraient comme «*pars viscerum matris*», autrement dit «*un morceau des entrailles de sa mère*»⁶.
16. Dans le même cadre, certaines législations ont retenu une distinction entre l'embryon de moins de quatorze jours et celui qui en a plus de quatorze jours⁷. Pour le premier, il s'agit d'un pré-embryon qualifié comme étant une chose⁸.

1 G. MÉMÉTEAU, « proposition de la loi relative à la protection de l'enfant et de la femme », in *Liber amicorum* M.Th. MEULDERS- KLEIN, Droits comparé des personnes et de la famille, Ed. Bruylant, Bruxelles 1998, p. 476 G. MÉMÉTEAU, « Vie biologique et personnalité juridique », *op. cit.*, p. 34 ; CL. NEIRINCK, « L'embryon humain : une catégorie à dimension variable ? », D. 2003, chron. p. 841.

2 X. LABBÉE, Condition juridique du corps humain avant la naissance et après la mort, *op. cit.*, p. 243 ; X. LABBÉE, Esquisse d'une définition civiliste de l'espèce humaine, D. 1999, p. 437 ; FR. DEKEUWER-DEFOSSÉZ, Les droits de l'enfant, 2^{ème} Ed. P.U.F. 1993, Coll. « Que sais-je ? », p. 13.

3 CL. NEIRINCK, « L'embryon humain : une catégorie à dimension variable ? », *op. cit.*, chron. p. 843 ; X. BIOY, Le concept de personne humaine en droit public, recherche sur le sujet des droits fondamentaux, *op. cit.*, p. 205.

4 Voir, X. LABBÉE, Condition juridique du corps humain avant la naissance et après la mort, *op. cit.*, p.278 et s. ; Ph. SALVAGE, « La viabilité de l'enfant nouveau- né », R.T.D.Civ. 1976, p. 725 à 746.

5 Voir, Y. H. LELEU, Droit des personnes et des familles, 2^{ème} Ed. Larcier 2005, p.117 ; R. THÉRY, « La condition juridique de l'embryon et du fœtus », D. 1982, chron. XXXV, p. 233.

6 Voir, Ph. MALAURIE, Les personnes, les incapacités, 2^{ème} Ed. Défrénois 2003, p.11.

7 C'est l'exemple de la loi Britannique du 1 novembre 1990.

8 G. MÉMÉTEAU, « Vie biologique et personnalité juridique, Qui se souvient des hommes ? », in La personne humaine sujet de droit, Quatrième journées René SAVATIER, Poitiers, 25 et 26 Mars 1993, Ed. P.U.F. 1994, p. 35 et s. Pour lui c'est une démarche utilitaire. Dans le même sens, E. DHONTE-ISNARD, L'embryon humain *in vitro* et le droit, *op. cit.*, p. 93 et p. 106 ; J.-L. BAUDOIN, « Vie et mort de la personne », in La personne humaine sujet de droit, *op. cit.*, p. 74.

Au delà de ce stade, il deviendra une personne humaine¹. Du coup, l'on constate que c'est une « *qualification qui découpe dans le temps la continuité de l'organisme* »².

17. De son côté, le droit tunisien opère une autre distinction qui découle de la réglementation de l'avortement. Il est judicieux de signaler que le Code pénal dans son article 214, prévoit un principe, l'interdiction de l'avortement³, et des exceptions⁴. En effet, il autorise exceptionnellement l'interruption volontaire de la grossesse pendant les trois premiers mois pour convenance personnelle, et l'interdit au delà de cette période sauf motif thérapeutique. Ainsi, durant les trois premiers mois, c'est la mère qui décide du sort de l'enfant à naître. D'où l'on peut probablement tirer que le législateur opte pour « la réification » de l'embryon à ce stade. Cela n'est qu' « *une mise à l'écart de la qualité humaine de l'enfant* »⁵. Il s'agit de la primauté du droit de maîtrise de son corps et de sa liberté de donner la vie⁶. Dès lors, l'embryon, dans les trois premiers mois est érigé par la loi en tant que chose⁷, La permission de l'avortement a contribué à la dépersonnification du *conceptus*⁸.

18. Pour sa part, la loi du 7 août 2001 relative à la médecine de la reproduction⁹ autorise la congélation des embryons pour une période de cinq ans renouvelable pour une même période¹⁰, tout en prévoyant l'éventualité de son interruption¹¹.

Dans ces conditions, l'embryon *in vitro* est considéré au premier stade de sa

1 G. NICOLAS, Le droit constitutionnel du commencement de la vie, Thèse droit public, Aix, 2000, p. 289; Voir aussi, R. ANDORNO, La distinction juridique entre les personnes et les choses à l'épreuve des procréations artificielles, *op. cit.*, p. 130.

2 X. DIJON, « Baudouin 1^{er} et l'enfant à venir », in *Liber amicorum* M.-T. MEULDERS-KLEIN, *op. cit.*, p. 184.

3 C'est l'avortement dit interdit.

4 C'est l'avortement dit autorisé.

5 G. MÉMÉTEAU, « proposition de la loi relative à la protection de l'enfant et de la femme », in *Liber amicorum* M.Th. MEULDERS- KLEIN, Droits comparé des personnes et de la famille, Ed. Bruylant, Bruxelles 1998, p. 476 G. MÉMÉTEAU, « Vie biologique et personnalité juridique », *op. cit.*, p. 34.

6 X. LABBÉE, Condition juridique du corps humain avant la naissance et après la mort, *op. cit.*, p.142 et p. 159 ; R. THÉRY, « La condition juridique de l'embryon et du fœtus », *op. cit.*, p. 235 et s..

7 A. AOUIJ- MRAD, « La protection juridique de l'embryon mal formé », *op. cit.* , p. 635.X. LABBÉE, Condition juridique du corps humain avant la naissance et après la mort, *op. cit.*, p.97 et p. 143.

8 X. LABBÉE, Respect et protection du corps humain. L'enfant conçu, Juris-Classeur, *op. cit.*, n° 43 et s..

9 Loi n° 2001-93 du 7 août 2001, J.O.R.T. n° 63, 07 août 2001, pp. 2025-2027.

10 L'article 11 al. 3 de la loi du 7 août 2001.

11 L'article 11 al. 4 de la loi du 7 août 2001.

croissance comme étant une chose.

19. Ces arguments législatifs ne peuvent nier l'existence d'une vie avant la naissance. L'immense progrès accompli par la science de la vie a permis de démontrer que dès la fusion des gamètes paternel et maternel, émerge le zygote noyau de l'identité biologique d'un nouvel individu humain¹². Il constitue « *le centre d'information et de coordination du déploiement de toutes les activités qui caractérisent ce jeune être humain* »¹³. L'œuf fécondé contient des instructions soulignant quel passage de l'A.D.N. doit être exprimé ou non¹⁴. Les recherches scientifiques sur l'embryon humain ont démontré sa singularité dès la fécondation, il s'agit d'une vie humaine¹⁵. Son patrimoine génétique est individualisé de tout autre être humain vivant¹⁶, il est entièrement distinct de ses propres géniteurs¹⁷. La technique de la fécondation *in vitro* met en évidence la réalité de l'autonomie dont jouit l'embryon¹⁸. Cependant, cette autonomie ne préjuge en rien son besoin « *du corps de sa mère pour se développer, ... dans ce corps, il constitue un individu biologique nouveau, une entité neuve originale* »¹⁹.

20. Une difficulté est soulevée lorsqu'il s'agit de jumeaux monozygotes partant du fait que leur individualité n'est pas requise²⁰. Un auteur affirme, en se

12 P.-O. ARDUIN, « Recherche sur l'embryon : La dignité avant l'utilité », Revue liberté politique. Com., 20 mai 2009, <http://www.libertépolitique.com>.

13 P. IDE, *Le zygote est-il une personne humaine ?*, Ed. Pierre Téqui, 2004, p. 105.

14 N.M. LEDOUARIN, « La loi face à l'évolution de la biologie et des biotechnologies, in La loi, bilan et perspectives », sous la direction de C. PUIGELIER, Ed. Economica, Paris 2005, p. 60.

15 P. KAYSER, « Documents sur l'embryon humain et la procréation médicalement assistée », D. 1989, chron. p. 153 ; A. BERTRAND- MIRKOVIC, *La notion de personne*, *op. cit.*, p. 155 et s. ; J. SAINTE-ROSE, « Le droit et la vie », R.R.J., Droit prospectif, 2002, 3, p. 1131.

16 J. LEJEUNE, « Biologie et personne humaine », R.R.J., droit prospectif, 1985, n° 1, p. 110.

17 R. ANDORNO, *La distinction juridique entre les personnes et les choses, À l'épreuve des procréations artificielles*, *op. cit.*, p. 124.

18 L. LANGEVIN, « Entre la non reconnaissance et la protection : la situation juridique de l'embryon et fœtus au Canada et au Québec », R. I.D.C. 2004, 1, p. 42.

19 J.-M. HENNAUX, *Le droit de l'homme à la vie de la conception à la naissance*, Ed. I.E.T., Bruxelles, 1993, p.58 ; J. LEJEUNE, « Le généticien face à la bioéthique », R.R.J., 1985, I, p. 114 ; J. MICHAUD, « La pénétration du droit par la science », *Mélanges en l'honneur de Y. LAMBRT-FAIVRE et D.-C. LAMBERT*, Ed. Dalloz, Paris 2002, p. 315.

Le Coran nous affirme cette réalité

20 Ph. OLIVIERO, « La notion de « pré-embryon » dans la littérature politico-scientifique », Arch. Ph.

basant sur la science, que « jusqu'au 14ème jour de son développement, un seul embryon peut advenir deux individus, Donc, si un embryon égal deux individus [au moins], un embryon n'est pas un individu »¹. Cependant, cette division cellulaire ne préjuge en rien la qualification d'individu² reconnu à l'embryon même avant quatorze jours car ce qui caractérise « l'individu (cet homme- ci, ce cheval- ci) est le contraire, non pas de l'être indivisible, mais de l'être universel (l'homme, le cheval) »³.

21. Les généticiens affirment que « Le nouveau-conçu possède sa propre réalité biologique bien déterminée: c'est un individu totalement humain en développement,[...], exécutant, par une activité intrinsèque, un plan projeté et programmé dans son propre génome »⁴. Il trouve en lui-même le processus de son développement qui ne cesse qu'avec sa mort⁵.

22. Tout ceci nous illustre bien que, « La réalité de l'être humain, avant et après sa naissance ne permet d'affirmer ni un changement de nature, ni une gradation de sa valeur morale »⁶. Le droit doit, par conséquent, appréhender ces données biologiques⁷.

Soutenir que l'enfant à naître ne devienne une personne humaine que

De droit, T. 36, 1991, p. 91.

1 Ph. OLIVIERO, *ibidem*.

2 J. HUARTE, « L'individualité de l'embryon humain », Bio-éthique, Vol. 2, n° 5, octobre 1991, p. 248 ; Ph. CASPAR, « Individuation génétique et jumeauté : l'objection des jumeaux monozygotes », Éthiques. La vie en question, n° 4, Printemps 1992, p. 81.

3 P. GRENET, *Ontologie*, Ed. Beauchesne, Paris 1959, p. 71, cité par, R. ANDORNO, La distinction juridique entre les personnes et les choses à l'épreuve des procréations artificielles, *op. cit.*, p. 127.

4 Voir, O.-P. ARDUIN, « Statut éthique de l'embryon humain », in Colloque 15 mai 2010, ndn. Chretiente. Com. Voir aussi, P. IDE, Le zygote est-il une personne humaine ?, *op. cit.*, p. 254

5 G. MÉMÉTEAU, « Vie biologique et personnalité juridique », *op. cit.*, p. 36.

6 P. -O. ARDUIN, « Le statut éthique de l'embryon humain : la réflexion innovante du magistère catholique récent » in *L'Embryon, problèmes de bioéthique : le statut ontologique et éthique de l'embryon*, Ouvrage collectif restituant les actes du colloque de bioéthique organisé à l'Institut Catholique de Rennes en novembre 2008 sous la présidence de Mgr d'Ornellas, Paris, Parole et Silence, 2009, p. 13-28.

7 A. SERIAUX, Les personnes, *op. cit.*, p. 7 ; M. HERZOG-EVANS, « Homme, homme juridique et humanité de l'embryon », R.T.D.civ., 2000, p. 72 ; G. MÉMÉTEAU, « La situation juridique de l'enfant conçu », R.T.D.civ., 1990, p. 619.

أنظر أيضا، حسني هيكل، النظام القانوني للإنجاب الصناعي بين القانون الوضعي والشريعة الإسلامية (دراسة مقارنة)، نشر دار الكتب القانونية، القاهرة 2007، ص. 60 وما بعدها.

progressivement, conduirait à accepter des gradations dans l'humanité de la personne¹. Or cela n'affecte en rien cette humanité car « *depuis quand l'être humain change t-il de nature ou d'identité selon son seuil de développement ou de décrépitude* »². En outre, il semble illogique d'appréhender le passage de quelque chose à quelqu'un³. Inexorablement, parce que l'embryon est immédiatement « *quelqu'un* »⁴, une personne au nom de son appartenance au monde des humains non pas au nom d'acteur sur la scène juridique.

2- Désolidarisation entre personne humaine et personne juridique

23. Le terme « *personne* » est quelque part, à l'origine d'une confusion terminologique quant à la qualification de la nature juridique de l'enfant à naître⁵. En effet, un courant doctrinal confond entre les significations des notions de personne humaine et de personne juridique. Il assimile la notion de personne humaine à celle de personne juridique⁶. D'où l'affirmation que « *la personne humaine est alors essentiellement appréhendée comme un être humain auquel est reconnue une personnalité juridique* »⁷. Cette confusion conduit à nier l'attribution de la qualité de personne humaine à l'enfant à naître⁸. Certains auteurs prétendent, ainsi, que l'enfant à naître n'a pas la personnalité juridique, par ce qu'il n'est pas une personne humaine. Or, la nécessité d'opérer une désolidarisation entre la notion de personne humaine

1 R. ANDORNO, La distinction entre les personnes et les choses à l'épreuve de la procréation artificielles, *op. cit.*, p. 125 ; Voir aussi dans ce sens, F. TERRE et D. FENOUILLET, Droit civil, Les personnes, La famille, Les incapacités, 7^{ème} Ed. Précis Dalloz, Paris 2005, p.27.

2 C. LABRUSSE-RIOU, « Difficultés, contradictions et apories du droit de la « bioéthique » », *in* Études offertes à P. CATALA, Ed. Litec, Paris 2001, p. 282.

3 A. BERTRAND- MIRKOVIC, La notion de personne. Etude visant à clarifier le statut juridique de l'enfant à naître, *op. cit.*, p. 171 et 251.

4 A. BERTRAND- MIRKOVIC, *ibidem* ; G. MÉMÉTEAU, « La situation juridique de l'enfant conçu », *op.cit.*, p. 619 ; P. BERLIOZ, La notion de bien, thèse Ed. L.G.D.J., Paris 2007, p. 517.

5 A. BERTRAND- MIRKOVIC, La notion de personne. Etude visant à clarifier le statut juridique de l'enfant à naître, *op. cit.*, p. 23.

6 J. ROBERT, « La biologie et la génétique face aux incertitudes du droit », *in* colloque génétique, procréation et droit, Actes Sud, 1985, p. 383.

7 B. MATHIEU, « La recherche sur l'embryon au regard des droits fondamentaux et constitutionnels », D. 1999, chron. p. 453; voir aussi, J. DABIN, Le droit subjectif, Ed. Dalloz, Paris 1952, p. 116.

8 A. BERTRAND- MIRKOVIC, La notion de personne, *op. cit.*, p. 237 et s.. G. WICKER, Les fictions juridiques, contribution à l'analyse de l'acte juridique, Ed. L.G.D.J., Paris 1997, p. 173 et s..

et celle de personne juridique, comme le prônent certains auteurs¹, s'impose.

24. la notion de personne juridique est une notion fonctionnelle, c'est un artifice qui permet l'action sur la scène juridique². Alors que la notion de personne humaine est détachée de la « *dimension patrimoniale* »³, elle a une connotation morale et philosophique qui fait de la personne humaine un être humain « *libre et égal par nature en dignité et en droit avec ses semblables* »⁴. L'on peut avancer que l'humanité de l'homme est « *un donné brut, le sujet de droit est l'expression d'une abstraction juridique, un pur construit* »⁵. La qualité de personne humaine se présente comme « *une qualité intrinsèque aux individus* »⁶, elle dépasse celle de personne juridique. La première est une réalité, la seconde est attribuée par la loi.

25. La personnalité juridique est un don de la loi⁷. C'est « *la personne impliquée par le droit dans toutes les fonctions que celui-ci assigne à chacun, en considération de l'intérêt social et de son intérêt propre* »⁸. Le droit l'attribue,

1 A. MARTIN, « Personne et sujet de droit », R.T.D. Civ. 1981, p. 785 et p. 794. ; X. BIOY, Le concept de personne humaine en droit public, recherche sur le sujet des droits fondamentaux, Thèse *op. cit.*, p. 208 et p. 218; R. ANDORNO, « L'embryon humain en quête d'une protection juridique », Ethique 1993, 2. ; CH. HENNAU-HUBLET, « l'embryon humain *in vitro*: À quel titre s'en préoccupé ? », in *Liber amicorum* M.-T. MEULDERS-KLEIN, *op. cit.*, p. 337 et s.; X. LABBÉE, Respect et protection du corps humain. L'enfant conçu, Juris-Classeur, Art. 16 à 16-13, Fasc. 50, n° 10 et s.; Ph. MALAURIE, Note sous Lyon 13 Mars 1997, Défrénois, 1997, p. 646 ; M.HERZOG-EVANS, « Homme, homme juridique et humanité de l'embryon », *op. cit.*, p. 65 et s..

2 F. GENY, Science et technique en droit privé positif, T.3, Ed. Sirey, Paris 1921, p. 221 et s.; Voir aussi, J.P. GRIDEL, Notions fondamentales de droit et droit français, Ed. Dalloz, Paris 1992, p. 301 ; A. MARTIN, « Personne et sujet de droit », *op. cit.*, p. 788 et s.; X. LABBÉE, « Respect et protection du corps humain. L'enfant conçu », Juris-Classeur, *op. cit.*, n° 7 et s.; Ch. LARROUMET, Introduction à l'étude du droit privé, 4^{ème} Ed. Economica, Paris 2004, p. 260, n° 394.

J. F. NIORT, « Personne et discrimination : approche historique et théorique », in *personne 3** et *discrimination...*, *op. cit.*, p. 22.

4 J. F. NIORT, *Ibidem*, p. 24.

5 G. WICKER, Les fictions juridiques, contribution à l'analyse de l'acte juridique, Ed. L.G.D.J., Paris 1997, p. 171.

6 A. BERTRAND- MIRKOVIC, La notion de personne. Etude visant à clarifier le statut juridique de l'enfant à naître, *op. cit.*, p. 22.

7 M.-Th. MEULDERS- KLEIN, « Le corps humain, personnalité juridique et famille en droit belge », *op. cit.*, p. 19 et s.; R. DEMOGUE, « Notion de sujet de droit », R.T.D.Civ. 1909, p. 611 et s..

أنظر محمد كمال شرف الدين، النظرية العامة للقانون...، المرجع السابق، ص. 176.

8 J.-L. AUBERT et E. SAVAUX, Introduction au droit et thèmes fondamentaux, 12^{ème} Ed. Sirey, Paris

aujourd'hui, à tout être humain né vivant. Auparavant, il existait des personnes humaines, déjà nées, dépourvues de la personnalité juridique¹, c'est le cas des esclaves², ou encore l'exemple historique des personnes frappées de mort civile en droit français³. C'est le cas actuellement pour le cadavre, « *privé de sa personnalité juridique il demeure protégé au titre de sa » personne humaine* »⁴. Cela prouve que la personnalité juridique n'est pas le tout, ni même la plus importante qualité de la personne⁵. Celle-ci ne se limite à celle de personne juridique, elle renferme aussi celle de personne humaine. Ainsi, le droit des personnes ne peut pas s'intéresser à l'individu dans ses prérogatives de personne juridique mais il doit plutôt s'étendre à la personne humaine.

26. L'évolution de la biologie a pu montrer que le développement de la personne humaine se fait sur la base d'un patrimoine génétique individuel définitivement fixé au moment de la fécondation, car la genèse est un phénomène qui « *s'inscrit dans la durée* »⁶ non dans l'instant. La vie embryonnaire est une réalité et c'est sa nature de personne humaine qui en détermine cette qualité⁷. La personne humaine « *désigne avant tout un être humain, un corps, voire un génome appartenant symboliquement à l'humanité* »⁸. Cela légitime l'élargissement du concept ontologique de sujet personnel au niveau embryonnaire, d'où la nécessité de sa protection en tant que personne humaine.

2008, p. 193, n° 189.

1 M.HERZOG-EVANS, « Homme, homme juridique et humanité de l'embryon », *op. cit.*, p. 73.

2 L'esclavage a été aboli par le Décret du 25 Moharram 1262 (Janvier 1846), le texte intégral de ce décret, in D. JAZI, R. BEN ACHOUR et S. LAGHMANI, Les droits de l'homme par les textes, Ed. C.P.U., Tunis 2004, p. 143 et 144. Un second Décret beylical le complétant a paru le 28 mai 1890, J.O.T. du 29 mai 1890, p. 183, voir, D. JAZI, R. BEN ACHOUR et S. LAGHMANI, Les droits de l'homme par les textes, *op. cit.*, p. 164.

3 La mort civile était une sanction pénale consistant à retirer au condamné sa personnalité juridique. Cette mort a été abolie par la loi du 31-5- 1854, voir G. CORNU, Droit civil, introduction, les personnes, les biens, 11^{ème} Ed. Montchrétien, Paris 2003, p. 205 ; Voir aussi, A. TERRASSON DE FOUGERES, « La résurrection de la mort civile », R.T.D.Civ. 1997, p. 893 et s..

4 X. BIOY, Le concept de personne humaine en droit public, recherche sur le sujet des droits fondamentaux, *op. cit.*, p. 215.

5 J.POUSSON-PETIT, « La personne humaine sur la scène d'un théâtre d'ombres », in *Liber amicorum* M.-T. MEULDERS-KLEIN, *op. cit.*, p. 507 et s..

6 A. RICHARD, « Le statut successoral de l'enfant conçu », R.R.J., Droit prospectif, 2001, p.1362.

7 M.-I. MALAUZAT, Le droit face aux pouvoirs des données génétiques, *op.cit.*, p. 31.

8 X. BIOY, Le concept de personne humaine en droit public, recherche sur le sujet des droits fondamentaux, *op. cit.*, p. 209.

B- Protection inhérente à la qualité de personne humaine :

27. En tant que personne humaine, l'on reconnaît à l'enfant à naître des droits inhérents à son humanité, qui sont le droit à la vie (1), et le droit à la dignité (2).

1-Droit à la vie

28. Les retombées éthiques de l'humanité de l'enfant à naître sont évidentes. Toute vie humaine mérite le même respect que tout autre⁹. Le droit à la vie de l'embryon « est un droit à la gestation »¹⁰. Sans doute, le progrès biotechnologique présente parfois des dangers pour l'embryon. La possibilité de mener sur lui des recherches n'en est pas des moindres, même si elles sont thérapeutiques. Le droit à la vie n'est pas exclusif à l'homme né¹¹.
29. Pour leur part, les juristes musulmans sont unanimes sur l'obligation de préserver les cinq fins supérieures de l'islam, parmi eux, figure la protection de la vie¹². Il est à signaler que les opinions divergent sur la détermination du moment où l'embryon bénéficiera du droit à la vie. Certains considèrent que l'insufflation de l'âme est la date à partir de laquelle s'impose la protection de la vie de l'embryon¹³. Les « *fuqahas* » adeptes de cette opinion ne sont pas unanimes sur l'instant où l'embryon est doté d'une âme. En se référant aux paroles du prophète¹⁴, les uns estiment que le conceptus est insufflé de l'esprit

9 Le droit à la vie est proclamé dans l'article 3 de la déclaration universelle des droits de l'homme; aussi au sein de l'article 6 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, adopté le 16-12-1966 par l'assemblée générale des Nations Unies, ratifié par la loi n° 68-30 du 29-11-1966, J.O.R.T. 1968, p. 1260.

P. BERLIOZ, Thèse *op. cit.*, p. 520 ; C. PUIGELIER, « Qu'est ce qu'un droit à la vie ? », D. 10* 2003, chron. p. 2781.

11 H. MARZOUK, Le droit à la vie en droit tunisien, Mémoire pour l'obtention du Mastère en droit public et financier, Faculté des sciences juridiques, politiques et sociales de Tunis, 2006-2007, p. 7.

12* يقول الله تعالى في الآية عدد 152 من سورة الأنعام « قُلْ تَعَالَوْا أَتْلُوا مَا حَرَّمَ رَبُّكُمْ عَلَيْكُمْ أَلَّا تُشْرِكُوا بِهِ شَيْئًا وَبِالْوَالِدَيْنِ إِحْسَانًا وَلَا تَقْتُلُوا أَوْلَادَكُمْ مِنْ إِمْلَاقٍ نَحْنُ نَرْزُقُكُمْ وَإِيَّاهُمْ وَلَا تَقْرَبُوا الْفَوَاحِشَ مَا ظَهَرَ مِنْهَا وَمَا بَطَّنَ وَلَا تَقْتُلُوا النَّفْسَ الَّتِي حَرَّمَ اللَّهُ إِلَّا بِالْحَقِّ ذَلِكَمْ مَا وَصَّكُمْ بِهِ لَعَلَّكُمْ تَعْقِلُونَ». يقول الله تعالى في الآية عدد 31 من سورة الإسراء « وَلَا تَقْتُلُوا أَوْلَادَكُمْ حَسِيَّةً إِمْلَاقٍ...».

13 S.AALDEEBABU-SAHLIEH, Religion et droit dans les pays arabes, Ed. P.U. de Bordeaux, Bordeaux 2008, p. 342.

14 لم يتفق الفقهاء بشأن شرعية الإجهاض، بعضهم يعتمد على الحديث النبوي لإباحته إلى نهاية الشهر الرابع (120 يوما) Cette même position est adoptée dans un commentaire de la Déclaration du Caire sur les droits de

de Dieu au 120^{ème} jour de la fécondation¹, les autres au 42^{ème} jour de celle-ci². Certains autres militent en faveur de la protection de la vie de l'enfant à naître dès la conception³ arguant du fait que l'insufflation de l'âme est un mystère qui échappe à la connaissance des humains⁴. Ce courant de pensée considère que la personne humaine est une fusion de corps et d'âme⁵. Cela nous rappelle en quelque sorte le débat qui animait la philosophie grecque concernant l'animation médiate ou l'animation immédiate de l'être humain⁶.

30. Assurément, l'âme n'est pas l'affaire du droit, il ne peut pas la saisir. Cependant, l'on se limite à affirmer que la vie a un caractère sacré, car tout être humain a un droit de vivre, donc le droit de garder sa vie, car la vie est un don de Dieu, non pas des personnes⁷. L'enfant à naître doit être protégé dans son existence, dans ce qu'il a de biologique, son corps. Il nous doit de le respecter en tant

l'Homme en Islam, voir, S.A ALDEEB ABU-SAHLIEH, *ibidem*.

1 أنظر، محمد سلام مذکور، الجنين والأحكام المتعلقة به في الفقه الإسلامي، الطبعة الأولى، نشر دار النهضة العربية، القاهرة 1969، ص. 305.

Voir, CORINE FORTIER, Le droit musulman en pratique : genre, filiation et bioéthique, Droit et cultures, Revue internationale interdisciplinaire, 2010, n°1, p. 32.

2 يعتمد المذهب الشافعي على حديث نبوي يذكر هذه المدة، فعن ابن أسيد الغفاري قال، سمعت سول الله صلى الله عليه وسلم يقول: « إذا مرَّ بالنطفة اثنتان وأربعون ليلة بعث الله إليها ملكاً فصورها وخلق سمعها وبصرها وجلدها ولحمها وعظامها ثمَّ يقول: أي ربِّ ذكر أم أنثى». أنظر، أبي عبد الله بن إدريس الشافعي، الأم، الجزء 5، طبعة بولاق، 1321 هـ ، الدار المصرية للتأليف والترجمة، ص. 143.

3 يمكن ذكر الإمام الغزالي، رغم كونه من فقهاء المذهب الشافعي أنظر، إحياء علوم الدين، الجزء 2، نشر الدار المصرية للتأليف والترجمة، ص. 735؛ نفس الموقف للمذهب المالكي، أنظر الدويدر مع حاشية الدسوقي (2- 237) المطبعة الأميرية؛ أنظر أيضا القوانين الفقهية لابن جزي، المطبعة الأميرية، ص. 235. أنظر أيضا، إبراهيم حقي، موقف الإسلام من الإجهاض- الإجهاض و تنظيم الأسرة، المؤتمر الإسلامي، الرباط من 24 إلى 29 ديسمبر 1971، نشر الدار المتحدة للنشر، بيروت 1973، ص. 429.

4 Toutefois ces *fuqahas* autorisent à titre exceptionnel l'avortement en cas de nécessité, voir, S.A ALDEEB ABU-SAHLIEH, Religion et droit dans les pays arabes, *op. cit.*, p. 345. Parmi les cas de nécessité certains citent le cas du viol ou de l'inceste. Voir, *ibid*, p. 346.

5 Voir, C. LOMBOIS, « La personne, corps et âme », in La personne humaine sujet de droit, *op. cit.*, p. 57 et s..

6 Ph. CASPAR, Penser l'embryon, d'Hippocrate à nos jours, Ed. Universitaires, Paris 1991, p.26 ; Voir aussi, R. ANDORNO, La distinction entre les personnes et les choses à l'épreuve de la procréation artificielles, *op. cit.*, p. 122. C'est aussi le cas de la théologie chrétienne. Voir sur la question, J. L. BAUDOIN et C. LABRUSSE-RIOU, Produire l'homme de quel droit ?, *op. cit.*, p. 204 ; V. SEBAG, Droit et bioéthique, Ed. Larcier, Bruxelles 2007, p. 77 ; E. DHONTE- ISNARD, L'embryon humain *in vitro* et le droit, *op. cit.*, p. 146 et s. ; N. MASSAGER, Les droits de l'enfant à naître, thèse publiée, Ed. Bruylant, Bruxelles 1997, p. 14 et s...

7 عبد الوهاب خلاف، علم أصول الفقه، نشر دار الحديث القاهرة 2002 ص. 232.

qu'êtré humain, c'est-à-dire dans son appartenance à l'espèce humaine.

31. Il est à noter que la jurisprudence Française dans l'arrêt « *Perruche* »¹ est allée à l'encontre de ces affirmations. En indemnisant le préjudice d'être né handicapé², elle a « *indirectement valorisé l'interruption de grossesse par rapport à la vie handicapée* »³. L'avortement était préférable à la naissance vivant. Le législateur français a mis rapidement un terme à cette jurisprudence par la loi du 4 Mars 2002⁴, dont l'article 1, alinéa 1, énonce que « *nul ne peut se prévaloir d'un préjudice du seul fait de sa naissance* ».
32. En droit tunisien, l'avortement est autorisée pendant les trois premiers mois de la grossesse, en cas de convenances personnelles, quoique soumises à certaines restrictions. Ainsi, le droit de la mère à l'avortement dans les trois premiers mois de la grossesse prime sur le droit à la vie de l'enfant à naître. Assurément, la loi réprime l'avortement délictueux. Il est évident que la permission demeure une exception au principe de l'interdiction. Ce texte de loi s'inscrit dans un programme de maîtrise de la reproduction. L'avortement peut être pratiqué durant toute la grossesse⁵ lorsqu'il y a un motif médical pour la mère, ou pour

1 Cassation Assemblée plénière 17 -11- 2000, J.C.P. 2000, II, 10438. Les faits d'espèces décèlent une faute de diagnostic prénatal. La mère étant atteinte de la rubéole, Le défaut d'information la empêché de recourir à l'avortement, alors, l'enfant est né avec un lourd handicap.. Voir aussi, Cass. Civ. 28-11- 2001, bull. civ. N° 16, J.C.P. 2001, II, 10018, conclusion J.SAINTE- ROSE, note F. CHABAS ; Voir aussi, C. LABRUSSE-RIOU, « L'indemnisation du handicap de naissance et la question d'eugénisme », Mélanges en l'honneur de Y. LAMBERT-FAIVRE et D.-C. LAMBERT, Ed. Dalloz, Paris 2002, p. 255 et s..

2 L'Assemblée plénière de la Cour de cassation a décidé « Dès lors que les fautes commises par le médecin et le laboratoire dans l'exécution des contrats formés avec Mme P' avaient empêché celle-ci d'exercer son choix d'interrompre sa grossesse afin d'éviter la naissance d'un enfant atteint d'un handicap, ce dernier peut demander la réparation du préjudice résultant de ce handicap et causé par les fautes retenues ». La même solution est retenue par la jurisprudence américaine, voir, A-C MERCIER JACQUEMONT, « L'action dite de « vie préjudiciable » (WRONGFUL LIFE) aux Etats-Unis », R.R.J. droit prospectif 2001, p. 1243 et s. Voir aussi, J. SAINTE-ROSE, « Le droit et la vie », *op. cit.*, p. 1334.

3 J. SAINTE ROSE, « les atteintes à l'enfant en formation et les sanctions pénales », *in* procréation et droits de l'enfant, *op. cit.*, p. 91 ; Dans le même sens, J. CARBONNIER, « Être ou ne pas être, sur les traces du non-sujet de droit », *in* Flexible droit, pour une sociologie du droit sans rigueur, 10^{ème} Ed. L.G.D.J. 2001, p. 240 ; G. MÉMÉTEAU, « L'action de vie dommageable », J.C.P. 2000, I, 279, p. 2279.

4 Loi du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé, J.O. 5 mars 2002, p. 4118. Voir, M. PARQUET, « Quelques réflexions à propos de l'évolution récentes du droit des personnes », Etudes offertes à C. LOMBOIS, Ed. Pulim, P.U. de Limoges, 2004, p. 388 et s..

Loi 65-24 du 1er juillet 1965, modifiée par le Décret-loi 73-2 du 26 septembre 1973, modifiant l'article 5*

l'enfant à naître. Ces cas se présentent lorsque la santé de la mère est mise en péril, ou lorsque le *conceptus* est atteint d'une maladie grave¹.

33. Il est judicieux de mentionner que les termes « *équilibre psychique* » dont l'article 214 du Code pénal fait référence « *peut-être l'objet de nombreuses interprétations et de dérives* »². Le vocabulaire employé n'est pas neutre. Reste aussi à signaler que la loi est muette sur l'accord du père, l'avortement est soumis à la décision de la femme³, qui est autonome.
34. Cela ne semble pas être en harmonie avec la Convention sur les droits de l'enfant ratifiée par la Tunisie en 1991. Le préambule de cet instrument proclame que « *l'enfant a besoin de protection avant comme après la naissance* ». *A priori*, l'interruption volontaire de grossesse n'est pas admissible⁴.
35. Cette permission à interrompre la grossesse est une atteinte à une vie humaine à l'instar de l'infanticide ou l'homicide⁵. Le droit à la vie d'un être humain

214 du Code pénal. En outre, l'avortement est permis « *lorsque la santé de la mère risque d'être compromise par la continuation de la grossesse* ». Ces dispositions ont été modifiées par la loi n° 57 du 19 novembre 1973 qui dispense de la condition d'avoir au moins cinq enfants pour effectuer l'interruption de la grossesse. Cette loi a prévu que « *postérieurement aux trois mois, l'interruption de la grossesse peut aussi être pratiquée, lorsque la santé de la mère ou son équilibre psychique risquent d'être compromis par la continuation de la grossesse ou encore lorsque l'enfant à naître risquerait de souffrir d'une maladie ou d'une infirmité grave* ». Le droit Tunisien défend ainsi le droit de femme à la maîtrise de son corps.

A. AOUIJ- MRAD, « La protection juridique de l'embryon mal formé », *op. cit.*, p. 644 et s.. 1* Il est à noter que certains auteurs français ont critiqué la loi Veil du 17-1-1975 sur l'avortement, même s'il est dit thérapeutique, dans ce sens G. MÉMÉTEAU, propose « de remplacer cette disposition de mort sélective par des mesures d'aides et d'accueil », G. MÉMÉTEAU, « Proposition de la loi relative à la protection de l'enfant et de la femme », in *Liber amicorum* M.Th. MEULDERS- KLEIN, *op. cit.*, p480. B. HAMZA et S. BEN GHACHEM, « le diagnostic anténatal, aspects cliniques, éthiques 2* et juridiques », in *Droit et vie, Actualités juridiques tunisiennes*, n° 13, 1999, p. 94 ; Voir sur le droit Français, Ph. PEDRO, « Le statut juridique de l'embryon et du fœtus humain en droit comparé », *Semaine juridique* 1991, doctrine 3483, p. 27..

Voir sur le droit Français, M. FABRE-MAGNAN, « Avortement et responsabilité médicale », 3* R.T.D.Civ. 2001, p. 289 ; C. LABRUSSE-RIOU et F.BELLIVIER, « Les droits de l'embryon et du fœtus en droit privé », *op. cit.*, p. 591.

4 Il est à signaler que lors de la ratification de ladite convention, le ministre de la jeunesse et de l'enfance a déclaré que « le préambule de la convention [...] ne peut être considéré comme un obstacle à la juridiction tunisienne quant à l'interruption volontaire de grossesse ».

أنظر مداوالات مجلس النواب، جلسة يوم الثلاثاء 26-11-1991، الرائد الرسمي لجمهورية التونسية 1991، ص 120.

5 Voir, F. TERRE et D. FENOUILLET, *Droit civil, Les personnes, La famille, Les incapacités*, 7^{ème} Ed.

innocent est inviolable¹. Même les actes médicaux sur l'enfant conçu ne sont légitimes qu'en cas de besoin pour la sauvegarde de sa vie. Le droit de naître est un droit fondamental, car l'enfant à naître est un porteur de vie comme tout être humain. Or, on n'a pas le droit de supprimer une vie humaine.

36. L'on constate ainsi, que la mère et son embryon se voient en situation conflictuelle, la loi doit assurer l'équilibre entre les droits antagonistes², ceux de la mère et ceux de l'enfant à naître. elle doit préserver un droit basique, le droit à la vie, d'autant plus que la loi est en face d'une personne humaine vulnérable, dont le sort est entre les mains de la mère³. L'avortement est une atteinte à la vie de l'embryon. Il ne doit pas être considéré comme un droit⁴ pour la mère, mais plutôt une permission à son égard, à la fois limitée et exceptionnelle.
37. Quid de la faute d'imprudence causant la mort de l'enfant à naître *in utero*, peut-elle être qualifiée d'homicide involontaire⁵ au cas où sa mère a survécu? IL est communément admis que l'homicide consiste en la destruction d'une vie humaine⁶. Si l'embryon est considéré comme personne humaine, alors, « sa destruction relève de l'homicide volontaire ou involontaire »⁷.
38. La cour de cassation Tunisienne a eu l'occasion de statuer sur des faits d'espèces où il ya eu une négligence constatée de la part de l'équipe médicale. Ce qui a causé d'une part, la mort l'embryon et d'autre part, la nécessité de l'ablation de l'utérus de la mère. La cour de cassation s'est abstenue de relever l'infraction d'homicide involontaire⁸. En revanche, elle a qualifié le

Précis Dalloz, Paris 2005, p.24.

1 En droit musulman, l'acte délictueux qui provoque la mort de l'enfant à naître est qualifié comme homicide, nonobstant que l'acte soit volontaire ou involontaire.

2 C. LABRUSSE-RIOU et F.BELLIVIER, « Les droits de l'embryon et du fœtus en droit privé », *op. cit.*, p. 590.

3 Voir, A. AOUIJ-MRAD, « Droit à la vie, droit à la mort », *in* Droit et vie, *op. cit.*, p.129.

4 A. LAUDE, B. MATHIEU et D. TABUTEAU, Droit de la santé, Ed. P.U.F. 2007, p. 572.

5 Article 216 du Code pénal.

6 Voir, R. MELE et A. VITU, Traité de droit criminel, droit pénal spécial, par A. VITU, Ed. Cujas, Paris 1982, p. 1353, n° 1692 et s..

7 J. BONNEAU, note sous cass. crim. Du 30-6-1999, Gaz. Pal., 1999- 2, sommaire et décisions, p. 19 ; Th. PECH, « La dignité humaine du droit à l'éthique de la relation », *in* le corps humain saisi par la justice ; Dalloz, hors série justices, 2001, p. 95.

8 La cour de cassation française a rejeté l'application de l'infraction d'homicide involontaire à l'égard

fait incriminé de blessures involontaires sur le corps de la mère¹. Le droit pénal incrimine le coupable seulement pour blessures involontaires non pas pour homicide². Le droit pénal considère l'embryon comme partie des entrailles de sa mère³.

39. Hormis ce droit à l'avortement, le droit tunisien semble protéger le droit à la vie de l'enfant conçu. L'article 9 du Code pénal suspend l'application de la peine capitale à la femme enceinte jusqu'à sa délivrance. Parfois sa protection est indirecte comme les besoins alimentaires. En effet, une lecture combinée des articles 35 et 38 du Code du Statut Personnel montre qu'en cas de divorce de la mère enceinte, le père doit subvenir à ses besoins alimentaires jusqu'à l'accouchement⁴. En outre, la législation sociale protège la femme enceinte⁵, la vie de l'embryon est à sauvegarder.
40. De même, la jurisprudence a donné gain de cause au père affecté par la mort de son fils non encore né suite à un accident survenu à sa femme enceinte. La Cour de cassation, dans un arrêt du 21-5-2003, a affirmé la certitude du préjudice dont est atteint le père⁶. Elle a cassé la décision des juges de fonds

de l'embryon se basant sur l'interprétation stricte de la loi pénale, Cass. Crim. 30 juin 1999, D. 1999, p. 710, note D. VIGNEAU ; Cassation assemblée plénière 29 juin 2001, J.C.P. 2001, II, 10569, note M.-L. RASSAT. Pour une critique de cette solution, voir, J.SAINTE-ROSE, « Droit et vie », op ; cit., p. 1138.

* 1 قرار تعقيبي جزائي عدد 49263 مؤرخ في 18 أفريل 1995، ن. ص. 197.

2 Il est à signaler que certains rites du droit musulman, envisagent une compensation financière en cas de faute entraînant la mort de l'embryon, c'est une sorte de « *diyya* » nommé « *ghurra* », voir :

حسني هيكل، النظام القانوني للإنجاب الصناعي بين القانون الوضعي والشريعة الإسلامية (دراسة مقارنة)، نشر دار الكتب القانونية، القاهرة 2007، ص. 441 وما بعدها. أحمد محمد علي داود، الحقوق المتعلقة بالتركة بين الفقه والقانون، الطبعة الثانية غير مؤرخة، نشر مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ص. 539.

3 J. H. ROBERT, « Les techniques bio-médicales en face du droit pénal, Arch. Ph. Du droit », 1991, T. 36, p. 81. G. ROUJOU DE BOUBÉE, « Grandeur et décadence de l'interprétation stricte (très brèves observations à propos de l'homicide par imprudence du fœtus) », Mélanges, M. GOBERT, Ed. Economica, Paris 2004, p. 195. Voir, arrêt Ass. Plén. 29 juin 2001, D. 2001, p. 2917, note Y. MAYAUD ; Cass. crim. 4 mai 2004, D. 2004, p. 3097, note J. PRADEL.

4 Ces dispositions trouvent leur origine dans le coran « Si elles sont enceintes, pourvoyez à leurs besoins jusqu'au moment de leur accouchement ».

5 Voir les articles 20 al.2 ; 68-3 et 94-10 du code de travail.

قرار تعقيبي مدني عدد 13911، مؤرخ في 1-1-1987، ن. ص. 36.

6 قرار تعقيبي مدني عدد 23406، مؤرخ في 5-5-2003، غير منشور أكدت فيه « الضرر المعنوي المطلوب التعويض عنه مرجعه يتجسم في انتكاس الرجاء وخيبة الأمل فالوالد على وجه الخصوص كان يأمل أن يرزق ابنا يكون له قرة عين ونورا يضئ حياته وعونا حين يكون في حاجة إليه فانعدام الأمل وخيبة الرجاء يجسم ضررا معنويا

qui ont refusé l'indemnisation du préjudice moral, motif pris du caractère hypothétique de ce préjudice étant donné que l'enfant pourra naître mort. Sur un second pourvoi en cassation, la haute juridiction a réaffirmé sa position en déclarant la certitude du préjudice¹ subi par le père et par le frère suite à la perte de l'embryon². La Cour de cassation s'est attardée sur la description du chagrin et le manque que le père et le frère endurent par la disparition du compagnon qu'ils désiraient³.

41. Mais si l'enfant à naître a des droits en tant que personne humaine, il n'en demeure pas moins qu'il a aussi un droit au respect de la dignité.

2-Droit à la dignité

42. Le principe du respect de la dignité de la personne humaine est placé au cœur du débat relatif au statut de l'enfant à naître. Ce droit à la dignité se manifeste à un double point de vue : par le rejet de l'instrumentalisation de l'enfant à naître et par la protection de celui-ci lorsqu'il décède.

43. Le rejet de l'instrumentalisation de l'enfant à naître découle de la loi du 7 aout 2001, qui rappelle solennellement le principe du respect de la dignité humaine. La dignité est « *un attribut de l'être humain* »⁴, elle protège la personne humaine

يضني الأب ويقض مضجعه .»

« Le préjudice moral dont il est exigé sa réparation, trouve sa cause dans la déception particulièrement du père, qui avait espéré qu'il aura un fils qui lui sera très cher, une lumière qui éclaire sa vie et qui l'aide en cas de besoin. Le manque d'espoir, la déception présente le préjudice moral »

Cité par D. KHAZRI, Le préjudice par ricochet en matière de responsabilité civile, *op. cit.*, (annexe n° 37).

1 Cass. civ. n°5482 du 7-2-2005, R.J.L., mars 2006, p.179 et s.

2 Cet arrêt affirme le principe de la réparation du préjudice du père, du frère et des proches du fait du décès du fœtus, l'on déduit implicitement une reconnaissance de la personnalité juridique au fœtus. C'est ce que prône « la majorité de la doctrine qui considère que le fœtus a la personnalité juridique, toutefois elle est limitée et conditionnée », voir, F.E. BEN MAHMOUD, Commentaire de l'arrêt de la cour de Cass. civ., n°5482 du 7-2-2005, R.J.L., mars 2006, p. 186 et 187.

3 Cass. civ. n°5482 du 7-2-2005, R.J.L., mars 2006, p.179 et s.

« إنَّ الفاجعة التي أصابت والد الجنين بوفاة هذا الأخير تمثل ضرا ثابتا وحالا ومباشرا إذ أنه رزي في فلذة الكبد قبل أن ترى النور وأصيب بخيبة الأمل في أن يبشر به وليدا ويهدده رضيعا ويتخذة رفيقا عند بلوغه سنَّ الشباب وملكنا وعمادا له في شيخوخته فإذا هو يتجرَّع مرارة الشكل ويرى ثمرة فؤاده تُقصف وتُواري التراب فهو الكظيم يلحد بعضه بعضا.»

4 F. BORELLA, « Le concept de dignité de la personne humaine », in *Éthique, droit et dignité de la personne*, sous la direction de Ph. PEDROT, *op. cit.*, p. 38 ; B. JACKSON, « La dignité de la personne humaine », R.G.D.M. 2000, p. 67 ets..

dans son essence. L'on constate l'émergence d'une « quatrième génération des droits de l'homme : ceux qui doivent protéger la dignité humaine de certains abus de la science »¹. La réglementation de la procréation médicalement assistée illustre cette logique de protection. En effet, l'embryon ne peut être conçu *in vitro*² que dans le cadre et selon les finalités de la médecine de la reproduction et ce, afin de répondre aux besoins des couples stériles ou infertiles dans le lien du mariage³. Partant de la divergence du cadre dont se trouve celui qui a été conçu *in utero* de celui conçu *in vitro*, le législateur était conscient de l'importance de réguler les comportements vis-à-vis de ce dernier, car l'enfant conçu *in utero* bénéficie d'une protection naturelle du fait de son existence au sein maternel. Cette exigence est renforcée par l'interdiction de concevoir des embryons à des fins commerciales ou industrielles ou dans un but d'eugénisme⁴, ou à des fins d'expérimentation ou de recherche⁵. Cela décèle le renforcement de la protection préconisée.

44. La loi de 2001 a condamné certaines pratiques qui outrepassent ce qui est conforme à la dignité de la personne humaine. Cela reflète la détermination du législateur à incriminer la transgression des règles « *d'éthique biomédicale* »⁶. Toutefois, si la loi du 7 août 2001 proscriit toute recherche sur les embryons surnuméraires⁷, le principe a été assoupli par la même loi. En effet, l'article 10 tolère, à titre exceptionnel, les actes thérapeutiques sur l'embryon et ce, pour une finalité strictement médicale. L'étude sur l'embryon est permise sous la réunion de trois conditions cumulatives : l'embryon ne doit pas subir d'atteintes, la finalité doit être thérapeutique tout en recueillant l'accord des parents⁸. Ces études doivent « *présenter un avantage direct pour l'embryon et contribuer à améliorer les techniques d'assistance médicale à la procréation* »⁹. La portée

1 S. MARCUS HELMONS, « La quatrième génération des droits de l'homme », in *Mélanges en hommage à P. LAMBERT*, Ed. Bruylant, Bruxelles 2000, p. 551 ; Voir aussi, S. HAMROUNI, *Le droit International à l'épreuve de la bioéthique*, thèse, *op. cit.*, p. 80 et s..

2 Loi n° 2001-93 du 7 août 2001, J.O.R.T. n° 63, 07 août 2001, pp. 2025-2027.

3 L'art 13 de la loi 7 août 2001.

4 L'art 7 de la loi 7 août 2001.

5 L'art 9 de la loi 7 août 2001.

6 H. OBERDORFF, « La dignité de la personne humaine face aux progrès médicaux », in *Mélanges en l'honneur du professeur G. PEISER*, Ed. P.U.G. 1995, p. 338.

7 A. SERIAUX, propose une solution qui consiste « à obliger la mère des embryons surnuméraires à porter ceux-ci les uns après les autres pour les mettre au monde », *Les personnes*, *op. cit.*, p. 77.

8 Article 11, paragraphe 4.

9 D. TERRE, *Les questions morales du droit*, Ed. P.U.F., Paris 2007, p.71.

de ces conditions consiste à démontrer le rejet de toute réification de l'enfant à naître, ou de se servir de lui dans un but qui lui est étranger. Cela est corroboré par la prohibition du clonage humain reproductif ou même thérapeutique. Dans ce cadre, l'article 8 de ladite loi interdit « *le recours aux techniques de clonage* ». C'est la condamnation de la création d'êtres humains génétiquement identiques, nonobstant la production des cellules souches embryonnaires¹. Ces cellules sont aptes à se transformer en n'importe quel type cellulaire. Ainsi, l'embryon est considéré comme « *une réserve de cellules, de tissus et d'organe prélevables pouvant être greffés sur un autre être humain* »². Mais le risque est de faire de l'embryon un matériel de laboratoire³. En dépit des résultats escomptés de la recherche sur les cellules souches embryonnaires⁴, les atteintes qu'elle porte à la dignité humaine suffisent à la condamner fermement⁵.

45. Il ressort de cette analyse que toute instrumentalisation de l'être humain est vouée à l'échec. La protection de la vie humaine ne peut être mise en balance avec des arguments qui relèvent en définitive d'un *utilitarisme scientifique*⁶.
46. Au surplus, la loi de 2001 exclut tout recours au don de gamètes⁷, au don d'embryon et à la gestation pour autrui⁸. La procréation assistée est pratiquée

1 Une cellule souche est « une cellule qui est capable de se multiplier à l'identique (on dit indifférenciées) ou de se transformer en n'importe quel type cellulaire spécialisé de l'organisme humain. Ces cellules souches peuvent donc être prélevées sur l'embryon et se multiplier en laboratoire pour des objectifs de recherche ». Voir, M. ADJIMAN, « Cellules souches, clonage, quels enjeux, in procréation et droits de l'enfant », sous la direction de G. TEBOUL, *op. cit.*, p. 210 et s..

2 Ph. OLIVIERO, « La notion de « pré-embryon » dans la littérature politico-scientifique », *op.cit.*, p. 89 ; A. SERIAUX, « Le principe d'ordre public de l'indisponibilité du corps humain », in le droit, la médecine, et l'être humain, propos hétérodoxes sur les enjeux vitaux du XXI siècle, Ed. P.U. d'Aix- Marseille 1996, p. 147 et s..

3 A. ALTAVILLA, « L'Europe face à la recherche sur les cellules souches, enjeux éthiques et juridiques », R.G.D.M. 2004, n° 14, p. 162 et s..

4 N.M. LE DOUARIN et C. PUIGELIER, « L'expérimentation à partir des cellules souches embryonnaires humaines », J.C.P., 2002, Ed. G. I,127.

5 Voir, A. BERTRAND- MIRKOVIC, La notion de personne. Etude visant à clarifier le statut juridique de l'enfant à naître, *op. cit.*, p. 62 et s..

6 C. PUIGELIER, « De la conscience de la science par le droit », *Revue générale de droit médical*, n°11, 2003, p.214.

7 L'art. 14 de la loi de 2001. Cela se situe dans le prolongement de l'interdiction édictée par l'article 5 de la loi du 25 Mars 1991 relative au prélèvement d'organes, J.O.R.T. 1991, n° 22, p. 467, qui dispose « est strictement interdit le prélèvement sur des personnes vivantes ou décédés, d'organes de reproduction porteurs de gènes d'hérédité et ce en vue d'une greffe ». Voir, sur la doctrine qui conteste le don de gamètes: A. SERIAUX, « Droit naturel et procréation artificielle. Quelle jurisprudence », D. 1985, chron. X ; P. KAYSER, « Les limites morales et juridiques de la procréation artificielle », D. 1987, chron. XXXV.

8 L'article 15 de la loi du 7 août 2001. Egalement, on peut fonder la prohibition sur le principe de

au sein du couple, elle ne doit pas troubler la filiation. En outre, la paternité post-mortem est rejetée¹.

47. Le respect du droit à la dignité se manifeste non seulement à travers le rejet de l'instrumentalisation de l'enfant à naître mais, aussi lorsqu'il décède.
48. Une fois expulsé du sein de sa mère, l'enfant à naître ne doit pas être considéré comme un déchet hospitalier. Le droit tunisien n'a pas une solution unique pour le devenir de l'avorton. En effet, un arrêté émanant du secrétariat d'Etat de l'intérieur et celui de la justice en date du 12-12-1965² régleme la limite de poids et d'âge, qui mènent les médecins à traiter l'embryon comme déchets ou comme un mort né. S'il atteint le poids de 500 grammes, ou l'âge de 22 semaines, il est considéré comme ayant l'âge de viabilité. Dans ce cas, il est déclaré au registre d'état civil afin d'être enterré. Le comité national d'éthique médicale, dans son avis n°6 du 20 septembre 2007, a considéré qu' « *il n'est pas éthiquement admissible que des embryons, des fœtus ou des enfants mort-nés, puissent être assimilés à des simples «pièces anatomiques», de «déchets hospitaliers», de «produits innommés» ou de «débris humains» et être mélangés à des membres amputés ou autres viscères* »³. Il a précisé que « *lorsqu'il s'agit d'un fœtus ou d'un enfant mort né, qu'il s'agit d'un être humain devant être traité avec toute la considération qui lui est due* ». Le comité a proposé la nécessité « *de prendre des dispositions particulières pour permettre aux familles éprouvées par ces interruptions spontanées de grossesse de donner, à leur souhait, une sépulture à des fœtus n'ayant pas atteint le seuil légal de viabilité* ». Il a ajouté qu' « *on doit penser sur le plan légal, à introduire la possibilité de délivrer un acte d'enfant sans vie*⁴. Pour les

l'indisponibilité du corps humain (l'article 62 du C.O.C.). Le droit Français autorise le don de gamètes et le don d'embryon, cependant il interdit la gestation pour autrui. Voir, A. BÉNABENT, Droit civil, la famille, 11^{ème} Ed. Litec, Paris 2003, p. 369 et s.

1 L'art. 4 de la loi de 2001 qui exige que les membres du couple soient vivants. Sur l'insémination post-mortem », voir, J. FLAUSS-DIEM, « Insémination post-mortem, droit Anglais et droit Communautaire », in *Liber amicorum* M.Th. MEULDERS- KLEIN, *op. cit.*, p. 217 et s. ; *contra*, G. MÉMÉTEAU, « Proposition de la loi relative à la protection de l'enfant et de la femme », in *Liber amicorum* M.Th. MEULDERS- KLEIN, *op. cit.*, p. 491; D. BAKOUCHE, « Le transfert d'embryon post mortem », *Mélanges*, M. GOBERT, *op. cit.*, p ; 153 et s..

*2 منشور كاتبى الدولة للدخالية والعدل عدد 85، مؤرخ في 12-12-1965. أنظر، صالح بوسطعة، الوسيط في قانون الحالة المدنية، نشر المطبعة الرسمية للجمهورية التونسية 2010 ص. 213.

3 Avis n°6 du 20 septembre 2007, sur « La gestion de tissus d'embryons, de fœtus et de corps d'enfants morts- nés ou décédés au cours de la période néonatale ».

4 Sur cette question en Droit français, Voir, I.CORPART, « Le fœtus mort, enfant de personne », in *Mélanges* en

enfants nés morts avant le seuil de viabilité ». La réglementation en vigueur doit prendre en considération la vie humaine de l'embryon¹.

49. Il ressort de cette analyse que l'enfant à naître est une personne humaine, les insuffisances concernant sa protection ne préjugent pas sa nature juridique; au contraire, on doit inciter le législateur à accroître la protection de ses droits extrapatrimoniaux liés à son humanité, droits qui sont distincts de ses droits patrimoniaux. C'est ainsi que la loi reconnaît à l'enfant à naître une personnalité juridique potentielle.

II-Statut d'une personne juridique potentielle :

50. La personnalité juridique est un attribut de la loi qui permet à son titulaire l'action sur la scène juridique². L'existence de l'enfant à naître dans la cavité utérine ne lui permet pas d'avoir réellement cette personnalité. Néanmoins, par cette existence, il est susceptible de devenir titulaire de certains droits patrimoniaux. Par le jeu d'une anticipation, la loi lui octroie une capacité juridique potentielle, donc éventuelle. Etant titulaire de certains droits patrimoniaux, l'enfant à naître a une capacité de jouissance réduite (A) et conditionnée (B).

A –Capacité de jouissance réduite :

51. La capacité de l'enfant à naître est une capacité de jouissance³, il est apte à avoir des droits. La reconnaissance de certains droits patrimoniaux au profit de l'enfant à naître est l'œuvre de dispositions légales expresses (1).

l'honneur du Doyen G. WIEDERKEHR, De code en code, Ed. Dalloz, Paris 2009, p. 133 et s..

1 En droit musulman l'embryon est traité comme un mort- né ayant un droit à l'enterrement. Bien que les opinions des différents rites sont divergents: certains estiment que si le fœtus naît mort, « il faut le nommer, le laver, le mettre dans une étoffe, réciter la prière sur lui et l'enterrer ». Pour d'autres, l'accomplissement de ces règles doit être réservé au mort né de quatre mois et plus chez qui (selon les Hadiths du Prophète) l'âme a été insufflée. Pour d'autres enfin, « il ne faut ni le laver, ni le nommer, ni réciter la prière sur lui », mais seulement le mettre dans un linceul et l'enterrer. Voir, S. ALDEEB ABU-SAHLEH, *op. cit.* p. 320 – p. 327 et p. 356.

أنظر، محمد سلام مذکور، الجنین والأحكام المتعلقة به في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص. 305 وما بعدها.

2 J.M. TRIGEAUD, « La personne », Arch. Ph. Dr, T. XXXIV, 1989, p. 103 ; J.-L. AUBERT et E. SAVAUX, Introduction au droit et thèmes fondamentaux, *op. cit.*, p. 193, n° 189; J.P. GRIDEL, Notions fondamentales de droit et droit français, *op. cit.*, p. 30.

3* محمد الشرفي وعلي المرزغني، أحكام الحقوق، دار الجنوب للنشر 1995 ص. 141 عدد 170.

La capacité de jouissance est « l'aptitude à jouir des droits », voir, G. CORNU, Droit civil, introduction, les personnes, les biens, *op. cit.* p. 210.

L'assimilation de sa situation à celle d'un enfant né est effectuée à travers la technique de la fiction¹. Pour sa part, la jurisprudence a étendu le domaine de cette fiction notamment pour la réparation du préjudice subi par l'enfant à naître (2).

1-Droits reconnus par le législateur

52. C'est en vertu d'une fiction que l'enfant à naître bénéficie de certains droits. À travers cette fiction, la loi « *considère comme existante une situation manifestement contraire à la réalité* »². La mise en œuvre de la fiction se réalise par un mécanisme d'assimilation³. Le statut d'un enfant non encore né sera confondu avec l'enfant déjà né. La fiction se présente comme un moyen délibéré afin d'atteindre un but bien déterminé⁴. La finalité est de permettre de corriger « *par quelque utile infraction au réel ce que pourrait avoir d'injuste les hasards de la vie* »⁵. C'est une règle *ad favorem*⁶, l'équité se verra le fondement de cette fiction.
53. En effet, la loi attribue à l'enfant à naître une capacité de jouissance réduite aux seuls avantages. L'influence du droit musulman est nette, il lui reconnaît

1 La fiction est un procédé de technique juridique, « *par lequel on considère comme existante une situation manifestement contraire à la réalité et qui permet d'en déduire des conséquences juridiques différentes de celles qui résulteraient de la simple constatation des faits* », J.-L. BERGEL, Théorie générale du droit, 4^{ème} Ed. Dalloz, Paris 2004, p. 325 ; Voir aussi, G. WICKER, Les fictions juridiques, contribution à l'analyse de l'acte juridique, *op. cit.*, p. 11 et s..

2 R. GUILLIEN et J. VINCENT, Termes juridiques, Lexique, 10^{ème} Ed. Dalloz, 1995.

3 R. DEKKERS, La fiction juridique, Etude de droit romain et de droit comparé, Paris 1935, p. 38, n° 58.

4 R. DEKKERS, La fiction juridique, *op. cit.*, p. 47, n° 74 ; A. RICHARD, « Le statut successoral de l'enfant conçu », *op. cit.*, p. 1380.

5 A. SERIAUX, « *Infans conceptus* », remarques sur un univers juridique en mutation, in Le droit, la médecine et l'être humain, propos hétérodoxes sur quelques enjeux vitaux du XXI^{ème} siècle, Ed. P.U. d'Aix- Marseille, 1996, p. 55.

6 Voir, G. MARTY et P. RAYNAUD, Les personnes, T. 1, 2^{ème} Volume, 2^{ème} Ed. Sirey, Paris 1976, p. 14 ; H.L. et J. MAZEAUD et F. CHABAS, Leçons de droit civil, Les personnes, 8^{ème} Ed. Monchrétien, par F. LAROCHE – GISSEROT, Paris 1997, p. 10 ; V. V. VOISIN, « La notion d'accueil d'embryon contraire à l'intérêt de l'enfant : pour une proposition de requalification », R.R.J., Droit prospectif, 2004- 3, p. 1755.

cette capacité¹ dénuée de toutes obligations². C'est ainsi que, l'article 147 du Code du statut personnel lui octroi le droit à l'héritage³. L'enfant posthume fait, ainsi, partie, d'une manière provisoire, des héritiers du decujus⁴. Il est réputé comme héritier potentiel puisque l'existence « *a son principe dans la conception* »⁵. Parfois, il y'aura partage, dans d'autres cas, il y'aura sursis au partage. Tout dépend de la situation successorale de l'enfant à naître⁶, s'il couvre partiellement ou totalement les autres héritiers.

54. Il peut également recevoir un legs, en vertu de l'article 184 du Code du Statut Personnel, le conceptus devant exister lors du testament; condition à laquelle la Cour de cassation tunisienne s'en tient fermement⁷. Le legs n'est valable qu'à une personne déterminée⁸, la conception suffit pour être réputé comme

1 Voir

عبد الوهاب خلاف، علم أصول الفقه، نشر دار الحديث القاهرة 2002 ص. 158. يذكر أن «أهلية الوجوب ثابتة لكل إنسان سواء أكان ذكراً أم أنثى وسواء أكان جنيناً أم طفلاً... لأنها مبنية على خاصية فطرية في الإنسان، فكل إنسان أياً كان له أهلية وجوب لأن أهليته للوجوب إنسانيته»؛ أنظر في نفس الاتجاه، محمد أبو زهرة، أصول الفقه، نشر دار الفكر العربي، القاهرة، غير مؤرخ، ص. 307.

2 Voir

محمد أبو زهرة، أصول الفقه، نشر دار الفكر العربي، القاهرة، غير مؤرخ، ص. 309؛ عبد الوهاب خلاف، علم أصول الفقه، المرجع السابق، ص. 159؛ نور الدين مختار الخادمي، تعليم علم الأصول، نشر مكتبة العبيكان، الرياض 2002 ص. 108 وما بعدها.

3 L'article 147 dispose : « Il sera prélevé sur la succession, en raison de l'existence parmi les héritiers, d'un enfant à naître, une part supérieure à celle devant revenir à un seul enfant du sexe masculin ou à celle revenant à un enfant du sexe féminin, s'il a vocation à la succession ou s'il couvre partiellement les autres héritiers. Mais s'il les couvre totalement, toute la succession devra être réservée et ne sera pas partagée ».

4 Voir

الشيخ يوسف ابن الحاج فرج بن يوسف، الموارد الشرعية والوصية ومجلة الأحوال الشخصية، نشر دار الميزان للنشر سوسة ص. 302؛ محمد المهدي قريميط، الجنين في القانون المدني التونسي، مذكرة للإحراز على شهادة الدراسات المعمقة، كلية الحقوق والعلوم الاقتصادية بسوسة، 1991-1992 ص. 40.

5 C. DEMOLOMBE, Cours de Code Napoléon, XIII, traité des successions, T. 1, Livre 3, Ed. Librairie A. Durant, L'hachette et Cie, Paris 1857, p. 243.

6 Voir les articles 147 et 148 du C.S.P.

7 أنظر قرار تعقيبي عدد 10059 مؤرخ في 26 ماي 1974، ن. م. ت. 1975، عدد 3 و 4 و 5، ص. 25، منشور أيضاً بشرية محكمة التعقيب 1974، ج. 2، 17. قضى « وحيث أن الوصية وقع إتمامها في 25 نوفمبر 1957 وأن الطاعنة وُلدت في 24 ماي 1962 فهي حينئذ لا وصية لها لعدم توفر الشروط التي اقتضاها أحكام الفصل 184 إذ العبرة بتواجد الحمل عند الإيضاء وولادته في غضون مدة من ذلك التاريخ أقصاها عام غير المتوقر في حقها ولا التفات إلى تاريخ وفاة الموصي».

8 أحمد فراج حسين، أحكام الوصايا والأوقاف في الشريعة الإسلامية، نشر دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية 1998، ص. 99.

existent. En outre le legs ne peut pas excéder le tiers du patrimoine du *decurus*¹. De surcroît, il peut être désigné comme bénéficiaire d'une stipulation pour autrui en vertu des articles 38 du Code des Obligations et des Contrats² et 39 du code des assurances. CARBONNIER disait « *le droit subjectif crée ici son propre sujet* »³ par la technique de la fiction.

55. Concernant la donation, le droit tunisien est muet, la raison en est la négation de la capacité d'exercice à l'enfant à naître. Le contrat de donation nécessite l'acceptation, donc une manifestation de volonté émanant d'une personne jouissant de la capacité d'exercice⁴. Cependant, l'article 210 alinéa trois prévoit la possibilité de révoquer la donation « *en cas de survenance au donneur, après la donation d'un enfant encore vivant au moment de la révocation* ». De la sorte, l'intérêt de l'enfant à naître sera préservé par la possibilité de l'obtention d'un jugement en révocation de la donation⁵.

56. Quant au droit musulman la position des « *fuqahas* » divergent⁶. Ceux qui lui reconnaissent le droit de recevoir une donation exigent qu'elle soit acceptée par le tuteur de l'enfant à naître⁷. Cela nous rappelle le curateur au ventre,

1 L'article 179 du C.S.P.

2 L'article 38 du C.O.C. énonce « Néanmoins, on peut stipuler au profit d'un tiers, même indéterminé, lorsque telle est la clause d'une convention à titre onéreux que l'on fait soi-même ou d'une libéralité que l'on fait au promettant ».

3 J. CARBONNIER, « Être ou ne pas être, sur les traces du non-sujet de droit », *op. cit.*, p. 238.

4 Voir, K. MZIOU, « Succession et libéralités », *Juris-Classeur, législation comparée, Tunisie, Fasc.-2, 8, 1997, n° 184.*

La capacité d'exercice « est l'aptitude à exercer soi-même un droit ». Voir, G. CORNU, *Droit civil, introduction, les personnes, les biens, op. cit.* p. 210.

5 أنظر حكم ابتدائي صادر عن المحكمة الابتدائية بزغوان عدد 1653 مؤرخ في 22 جانفي 1988 (حكم غير منشور) قضي «حيث ثبت من أوراق القضية أن الواهب أنجب بنتا...مازال على قيد الحياة...وحيث أن قيام المدعي بطلب الرجوع في عقد الهبة بناء على إنجابه بنتا بعد الهبة متجه قانونا وتعين الحكم بالرجوع فيها». دُكر من طرف، هدى العياري، عقد الهبة، مذكرة للإحراز على شهادة الدراسات المعمقة في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية بتونس 1997-1998، ص. 187.

En droit français la révocation s'opère de plein droit, voir, A. RICHARD, « Le statut successoral de l'enfant conçu », *op. cit.*, p. 1389.

6 حسني هيكل، النظام القانوني للإنجاب الصناعي بين القانون الوضعي والشريعة الإسلامية (دراسة مقارنة)، نشر دار الكتب القانونية، القاهرة 2007، ص. 74 وما بعدها.

7 حسني هيكل، النظام القانوني للإنجاب الصناعي بين القانون الوضعي والشريعة الإسلامية، المرجع السابق، ص. 74 وما بعدها. أنظر في هذا الصدد ما تنص عليه المادة 513 من قانون الموجبات اللبناني بأن «الهيئات التي تمنح للأجته في الأرحام يجوز أن يقبلها الأشخاص الذين يمثلونهم».

institution de l'ancien droit français¹.

57. Certes, ces droits patrimoniaux permettent d'anticiper sur sa future personnalité juridique. En ce sens, la vieille maxime romaine « *infans conceptus* »² lui permet la sauvegarde de ses droits³. Il est considéré comme né chaque fois qu'il s'agit de son intérêt. Pour sa part, la jurisprudence a élargi le domaine de cette fiction afin de préserver ses intérêts.

2-La consécration jurisprudentielle de la réparation du préjudice au profit de l'enfant à naître

58. Dans l'optique de garantir les droits de l'enfant à naître, la jurisprudence a connu une évolution allant du refus⁴ jusqu'à la consécration⁵ de la réparation du préjudice causé suite au décès accidentel du père. Il est réputé être une victime par ricochet par rapport à la victime principale. L'enfant à naître subi un préjudice réfléchi. Celui-ci consiste en « *un dommage propre à une victime médiate causé en répercussion d'un dommage initial subi par une victime initiale* »⁶.

59. Ce préjudice comporte deux volets : l'un est extrapatrimonial dit aussi d'affection, l'autre est patrimonial. Outre le préjudice matériel, l'enfant à naître subira une souffrance morale, car il ne peut pas entretenir des relations affectives avec le géniteur décédé.

Comme motif de refus, la jurisprudence s'est basée sur l'inconscience du nouveau

1 L'institution fut supprimé par la loi du 14 décembre 1964, voir, . J.-B. DONNIER, « Successions, Qualités requises pour succéder, capacité de succéder », Juris-Classeur Civil, 2002, art. 725 à 529-1, fasc. 10, n° 60 ; A. RICHARD, « Le statut successoral de l'enfant conçu », *op. cit.*, p. 1410.

2 « *Infans conceptus pro nato habetur quoties de commodis ejus agitur* », . ROLAND et L. BOYER, Adages du droit français, 3^{ème} Ed. Litec, paris 1992, § 162, p. 331.

3 La jurisprudence Française la élevé au rang d'un principe général de droit. Voir, Cass. Civ. 10-12-1985, Bull. Civ., I, n° 339 ; D. 1987, p. 449, note G. PAIRE ; R.T.D.Civ. 1987, p. 305, Obs. J. MESTRE ; RAYMOND, « Le statut juridique de l'embryon », Gaz.pal. 24-4-1993, doctri. 525.

Arrêt refusant la réparation : Cass. civ., n°6022 du 3-3-1982, Bull.C.Cass. II, p. 326 ; Cass. civ., 4* n°4882 du 20-5-1982, Bull.C.Cass. III, p. 210 ; Cass. civ. n° 37313 du 22-3-1993, Bull.C.Cass., p.337. Arrêt consacrant la réparation : Cass. civ., n°15101 du 3-4-1986, Bull.C.Cass. I. p. 229 ; Cass. 5* civ., n°52752 du 4-6-1987, Bull.C.Cass. I, p. 228 ; Cass. civ., n°52752 du 4-6-1993, Bull.C.Cass. I. p. 228 ; Cass. civ., n°5957 du 9-2-2001, (inédit).

Voir, Y. LAMBERT- FAIVRE, De la responsabilité encourue envers les personnes autres que 6* la victime initiale, le problème dit du « dommage par ricochet » Thèse Lyon, 1959, p. 2.

né, puisque lors de la survenance du dommage, il est encore dans le sein de sa mère¹. En effet, il ne ressentira ni douleur ni tristesse suite à la mort de son géniteur². Ce courant jurisprudentiel retient la même solution concernant la réparation du préjudice subi par un enfant en bas âge. Cette tendance jurisprudentielle prête le flanc à la critique, du fait que la conscience ne figure pas parmi les éléments constitutif du dommage³, d'autant plus qu'elle réduit à néant le caractère certain du préjudice futur. D'aucuns doutent que le préjudice éprouvé est certain, bien qu'il soit qualifié comme préjudice futur. Cela n'a pas empêché certains juges de fond à persister dans leur refus⁴.

60. Le fait d'attribuer une indemnisation au profit de l'enfant à naître est, certainement, provoquant. *A priori*, les droits que lui confère la loi sont « *des droits précis et déterminés* »⁵. La fiction dont il s'agit est spéciale, limitée à sa propre logique et finalité. Les droits reconnus à l'embryon sont soumis⁶ à la règle de l'article 540 du Code des obligations et des contrats⁷, « *de ce fait, il est légitime de douter de la possibilité de reconnaître à l'embryon des droits autres que ceux expressément permis par le législateur* »⁸.

61. Or, le dynamisme du droit nécessite une interprétation prenant en considération toute la construction intellectuelle du système juridique. Cette interprétation « *tient compte de la ratio- legis et aux objectifs poursuivis dans un système de*

* 1 قرار تعقيبي عدد 60927 مؤرخ في 25 مارس 1999 غير منشور قضت فيه بأن « الفتاة ولدت بعد وفاة والدها و أنها لم تشعر بالأسى و الحزن على فراق والدها الأمر الذي يجعل أسباب التعويض عن الضرر الأدبي لم تستوجب لانعدام المشاعر.»

Arrêt refusant la réparation : Cass. civ. n° 37313 du 22-3-1993, BCC civ, p.337 ; Cass. civ., 2* n°4882 du 20-5-1982, Bull. C.Cass. III. P. 210 ; Cass. civ., n° 60929.97 du 25-3-1999. Cité par **D. KHAZRI**, Le préjudice par ricochet en matière de responsabilité civile, Mémoire pour l'obtention du D.E.A. en Science Juridiques Fondamentales, Faculté des sciences juridiques, politiques et sociales de Tunis, 2002-2003, (annexe n° 15).

3 **M. BACACHE-GIBEILI**, « Droit civil, les obligations, la responsabilité civile extracontractuelle », sous la direction de **Ch. LARROUMET**, 1^{ère} Ed. Economica et Delta, Paris 2007, p. 341.

4 Exemple : Cour d'appel de Sfax n° 60483 du 12-6-2002 (inédit) du fait de sa mort », Cité par **D. KHAZRI**, Le préjudice par ricochet en matière de responsabilité civile, *op. cit.*, (annexe 13)

5 **M.K.CHARFEDDINE**, L'embryon: sujet ou objet ?, *op. cit.*, p. 78.

6 **M.K.CHARFEDDINE**, *ibidem*.

7 L'article 540 dispose « Les lois restrictives et celle qui font exception aux lois générales ou à d'autres lois ne doivent pas être étendus au-delà du temps et des cas qu'elles expriment ».

8 **M.K.CHARFEDDINE**, *ibidem*.

droit déterminé »¹. L'on devrait prévaloir l'esprit du système pour atténuer la rigueur de l'interprétation stricte des exceptions. C'est la *ratio legis* qui sert de fondement à la protection des droits pécuniaires de l'enfant à naître.

62. Pour sa part, le Doyen GENY admet l'interprétation large de la fiction, en tenant compte de la finalité et de l'utilité² de celle-ci, « *c'est-à-dire des éléments qui ont présidé à son institution* »³. Dans le cas de figure, il s'agit de l'intérêt de l'enfant à naître. La ratio- initiale de cette fiction consiste en la reconnaissance de la personnalité de l'enfant à naître chaque fois qu'il s'agit de son intérêt. Cet intérêt commande d'appréhender l'existence du posthume avant la survenance de l'accident provoquant la mort de son père.
63. Il n'est pas étonnant alors que la jurisprudence élargisse la fiction de l'attribution de la personnalité juridique à l'embryon pour l'appliquer à d'autres cas non prévus par la loi. Elle a évolué vers une admission de plus en plus large de son droit à la réparation. Dès lors, il est considéré parmi les victimes, et une créance de réparation naîtra dans son patrimoine.
64. La motivation retenue pour la réparation du préjudice subi par l'embryon du fait de la perte de son père est le manque de tendresse lorsqu'il grandira, le chagrin qu'il ressentira⁴, ainsi que la privation des subsides permettant sa survie dans l'avenir. Ce préjudice est futur mais il est qualifié de certain, tant qu'aucun doute ne règne sur sa survenance. À aucun moment, ce préjudice ne peut s'inscrire dans la catégorie du dommage consécutif à une perte de chance. Celle-ci se caractérise par le caractère hypothétique du dommage, une part d'aléa laisse subsister une incertitude sur sa réalisation. L'on relève que la Cour de cassation évoque parfois la perte de chance d'assistance⁵ que subira l'enfant à naître suite au décès accidentel de son père. Or, le dommage

1 J.L.BERGEL, *Théorie générale du droit*, 4^{ème} Ed. Dalloz, Paris 2003, p. 269.

2 F. GENY, *science et technique*, T.3, *op. cit.*, p.378 ; M.J. JAMBU-MERLIN, « *Essai sur la rétroactivité dans les actes juridiques* », R.T.D.Civ. 1948, p. 299.

3 J.SCHMIDT- SZALEWSKI, « *Les fictions en droit privé* », Arch. Ph. Du droit, 1975, T. 20, p. 288.

4 Voir, Cass. Civ. n° 15308 du 13-4-1988, R.J.L. 1990, n° 12, p. 61; Cass. Civ. n° 41486 du 17-1-1994, B.C.C. civ. 1994, p. 399; Cass. Civ. n° 52752 du 4-6-1996, B.C.C. civ. 1996, p. 228; Cass.civ. n° 19230.2002 du 19 - 9- 2002, (inédit), Cité par D. KHAZRI, *Le préjudice par ricochet en matière de responsabilité civile*, *op. cit.*, (annexe n° 18). Voir, F. E. BEN MAHMOUD, *Commentaire de l'arrêt de la cour de Cassation, civile, n° 5482du 7-2-2005*, R.J.L., mars 2006, p. 186 et s.

5 Cass. Civ. n° 15101 du 3-4-1986, R.J.L. 1988 n° 3, p. 53.

subi n'est pas éventuel c'est-à-dire hypothétique¹, il est au contraire, certain, malgré sa réalisation future. Dès lors, ce dommage sera indemnisable, car « *il apparaît comme la prolongation directe et probable d'un état de chose actuel qu'il est susceptible d'une évaluation immédiate* »². Le préjudice futur n'est qu'une prolongation certaine d'un préjudice actuel.

65. La prise en compte de ces préjudices invite les juges à prévoir ce qui se serait produit en l'absence du fait illicite, cette présentation tient compte des événements les plus probables, tout ce qui aurait été vécu par la victime. L'indemnisation rétablira l'équilibre détruit par le fait illicite.
66. Cette capacité de jouissance de l'enfant à naître est non seulement réduite, elle est aussi conditionnée.

B- Capacité de jouissance conditionnée :

67. La capacité de jouissance de l'enfant à naître n'est acquise définitivement qu'avec la naissance vivant (1). Outre cette condition, et afin de recevoir ses droits successoraux, l'enfant à naître devra naître pendant la période légale de la conception (2).

1-La naissance vivant

68. Ce n'est qu'à la naissance, et à la seule condition de naître vivant, que l'être humain acquiert la personnalité juridique, même si cette vie n'a duré que quelques instants. Le critère de vie fait défaut s'il décède, soit au sein maternel, soit lors de l'accouchement. Il est alors qualifié de mort-né, considéré comme s'il n'a jamais existé³. La protection instaurée en sa faveur ne prend effet qu'avec la naissance vivant⁴.

69. Le critère de vie suffit à lui seul pour doter le nouveau né de la personnalité juridique, peu importe le seuil de viabilité qu'il en a. En revanche, le Code civil français exige que le nouveau né soit vivant et viable⁵ « *vivus et perfectus* ». La

1 Ph. LETOURNEAU et L. CADIET, Droit de la responsabilité, Ed. Dalloz, Paris 1998, p. 212, n° 666.

2 Ph. LETOURNEAU et L. CADIET, Droit de la responsabilité, *op. cit.*, p. 212, n° 667, une formule proche de celle utilisée par la Cour de Cassation française dans un arrêt de principe. Voir, Cass. civ. 1-6-1932, Sirey 1933, I, p. 49, note H. MAZEAUD.

3 J.-B. DONNIER, « Qualités requises pour succéder, capacité de succéder », *Juris-Classeur Civil, op. cit.*, n° 50.

4 J.-B. DONNIER, « Qualités requises pour succéder, capacité de succéder », *op. cit.*, n° 46; G. RAYMOND, « Le statut juridique de l'embryon », *op.cit.*, p. 524.

5 Article 25-2° du code civil ; Voir, PH. SALVAGE, « La viabilité de l'enfant nouveau-né », *op.cit.*,p. 725.

viabilité, « *c'est-à-dire apte à vivre* »¹, est un critère qui n'a pas les faveurs de l'opinion doctrinale majoritaire².

70. La solution retenue en droit tunisien trouve son origine dans le droit musulman, lequel droit retient le critère de la vie : il s'inspire des paroles du prophète « *dés qu'il apparaissait, le nouveau né succède* »³. Le nouveau né doit respirer hors la cavité utérine⁴. Son statut définitif est subordonné à sa naissance vivant.
71. La Cour d'appel de Sfax, dans un arrêt inédit, s'est basée sur un rapport médical pour énumérer quelques signes de vie tels que les cris, la respiration spontanée, les mouvements des muscles et le battement cardiaque⁵.
72. Pour sa part, l'Organisation Mondiale de la Santé a considéré que la naissance vivant consiste en « *l'expulsion ou l'extraction complète du produit de la conception hors du corps de la mère, qu'elle qu'était la durée de la gestation, lorsque après cette séparation, celui-ci respire ou donne tout autre signe de vie* »⁶. Donc la naissance vivant est le seuil le plus significatif car le plus visible, ce fait établit l'existence certaine et permet de chasser toutes les incertitudes de la gestation⁷. Pour cette raison, il demeure le critère de l'acquisition de la personnalité juridique.

1 Sur les critères de viabilité, voir, P. SALVAGE, « La viabilité de l'enfant nouveau-né », *op. cit.*, p. 725 ; C. PHILIPPE, « La viabilité de l'enfant nouveau-né », D. 1996, chron. p. 29 ; A. BELAUD GUILLET, « Le statut du fœtus ex utero : du droit à la vie au droit sur la vie », L.P.A. 16 septembre 1998, p. 8.

2 Voir, Y. H. LELEU, Droits des personnes et des familles, *op. cit.*, p. 32 ; X. LABBÉE, Condition juridique du corps humain avant la naissance et après la mort, *op. cit.*, p.23 ; G. MÉMÉTEAU, « Vie biologique et personnalité juridique », *op. cit.*, p. 47 et s. ; A. BERTRAND- MIRKOVIC, La notion de personne, *op. cit.*, p. 309 et s

3 « إذا استهّل المولود ورث ».

4 محمد الشرفي وعلي المرزغني، أحكام الحقوق، دار الجنوب للنشر 1995 ص. 137 عدد 165.
5 قرار صادر عن الدائرة الجنائية لمحكمة الاستئناف بصفاقس تحت عدد 5724 مؤرخ في 4 جوان 1990 (غير منشور) ذكرت فيه أنّ علامات الحياة بالنسبة للوليد هي « الصياح ، التنفس التلقائي، الحركة العضلية، دقات القلب». ورد ذكره من قبل، أمال المسعودي، الإجهاض وحق الجنين في الحياة، مذكرة لنيل شهادة الدراسات المعمقة في العلوم الجنائية، كلية الحقوق والعلوم السياسية بتونس 1997- 1998، (الملحق).

6 Définition cité par, I. ARNOUX, Les droits de l'être humain sur son corps, P.U. de Bordeaux, 2003, p. 58.
7 شمس الدين السرخسي، المبسوط، 30، الطبعة الأولى نشر مطبعة السعادة ، غير مؤرخ، ص. 51 يذكر « إنّما اشتراطنا في التوريث انفصال الولد حيّاً لأن حاله عند موت المورث لا يمكن معرفته حقيقة و لكن اذا انفصل حيا كان ذلك دليلاً للحياة يومئذ. و تحرّكه في البطن غير معتبرا...أما إذا انفصل واستهّل فهو دليل حياته».

Dans le sens, A. RICHARD, « Le statut successoral de l'enfant conçu », *op. cit.*, p. 1367.

73. Cette fiction de la personnalité juridique de l'enfant à naître « *consiste à modifier la date des effets logiques produit par la mise en œuvre du concept. La date normale est, parfois, retardée et, parfois, anticipée* »¹. Car cette fiction repose sur « *une manipulation du temps* »². Dès lors, l'on peut se demander s'il s'agit d'une anticipation sur la personnalité juridique ou, au contraire, d'un retard qui a pour effet de faire rétroagir cette personnalité au jour de la conception par le fait de la naissance vivant.
74. Deux séries d'explications sont apparues. Un premier courant doctrinal retarde l'attribution de la personnalité juridique à la naissance. En effet, ce courant estime que la naissance du conceptus est considérée comme étant une condition suspensive de son statut définitif³. Si cette condition se réalise, autrement dit si le conceptus naît vivant, il acquiert la personnalité juridique. La réalisation de cette condition produit un effet rétroactif : on considère que le nouveau-né a la personnalité juridique non pas du jour de la naissance mais plutôt le jour où a eu lieu la conception⁴. La fiction fait donc remonter la personnalité au jour de la conception⁵, « *il est considéré comme sujet à une époque ou il ne l'était pas encore* »⁶. Cette rétroactivité est constructive.
75. Un deuxième courant doctrinal défend la thèse de l'anticipation, thèse qui repose sur la réalité de l'existence de l'enfant à naître⁷. L'anticipation se caractérise « *par le fait que la situation [juridique], bien que formée, a un*

1 J.SCHMIDT- SZALEWSKI, Les fictions en droit privé, Arch. Ph. Du droit, 1975, T. 20, p. 282.

2 N. MASSAGER, Les droits de l'enfant à naître, *op.cit.*, p. 26.

3 C.LABRUSSE-RIOU et F.BELLIVIER, « Les droits de l'embryon et du fœtus en droit privé », *op.cit.*, p. 584.

4 X. LABBÉE, Respect et protection du corps humain. L'enfant conçu, Juris-Classeur, *op. cit.*, n° 45 et s. ; C. LABRUSSE-RIOU et F.BELLIVIER, *ibidem* ; A. RICHARD, « Le statut successoral de l'enfant conçu », *op. cit.*, p. 1369.

5 J. HAUSSER, « *Infans conceptus pro nato non habetur* », R.T.D.Civ. 1994, p. 831.

6 *op. cit.*, n° 43 et s..

A. BERTRAND- MIRKOVIC, La notion de personne. Etude visant à clarifier le statut juridique de l'enfant à naître, *op. cit.*, p. 281.

7 N. MASSAGER, Les droits de l'enfant à naître, *op. cit.*, p. 26 ; I. ARNOUX, Les droits de l'être humain sur son corps, *op. cit.*, p. 57 ; G. CORNU, Droit civil, introduction, les personnes, les biens, *op. cit.*, p. 204, n° 462 ; R. ANDORNO, La distinction entre les personnes et les choses à l'épreuve de la procréation artificielles, *op. cit.*, p. 157 ; V. VOISIN, « La notion d'accueil d'embryon contraire à l'intérêt de l'enfant : pour une proposition de requalification », *op.cit.*, p. 1756.

contenu incomplet tant que l'élément futur n'est pas réalisé »¹. De la sorte, l'enfant à naître est réputé déjà né, « sous une condition résolutoire de ne pas naître vivant »². La personnalité ne prendra son plein essor que par son apparition sur la scène vivante. Cette analyse a le mérite de prendre en considération l'existence prénatale. L'anticipation ne porte que sur la naissance non pas sur l'existence.

- 76.** Cette thèse a eu la faveur du législateur dans l'article 184 du Code du Statut Personnel, lequel article se prononce sur la validité du testament si l'enfant conçu naît vivant dans les délais prévus par la loi. Cet article ajoute que « *dans ce cas, et à partir du décès du testateur et jusqu'à l'accouchement, les fruits feront l'objet de mesures conservatoires* ». Donc, il s'agit d'un germe de droit protégé par anticipation. Les professeurs Charfi et Mezghani estiment que « *la loi prend en considération l'attribution anticipée de la personnalité juridique* »³. De la sorte, tous les droits reconnus à l'enfant à naître prendront leur plein effets « *même s'ils sont appelés à disparaître rétroactivement* »⁴ si la grossesse échoue. En l'absence de vie c'est l'échec de l'anticipation, il s'opère un anéantissement rétroactif de la personnalité juridique. Cette rétroactivité est destructive. L'on est en mesure d'affirmer que « *la naissance marque un seuil qualitatif. C'est de cela que tient compte, au fond, l'anticipation* »⁵.
- 77.** L'enfant à naître a une personnalité juridique potentielle, qui devient complète lorsqu'il naît vivant. Mais faut-il encore que la naissance ait lieu pendant la durée prévue par la loi

2-La naissance pendant la période légale de la conception

- 78.** Pour pouvoir acquérir des droits successoraux, le nouveau né doit être conçu

1 J.-C. HALLOUIN, L'anticipation, contribution à l'étude de la formation des situations juridiques, Thèse Poitiers, 1979, p. 443..

2 J.-B. DONNIER, « Successions, Qualités requises pour succéder, capacité de succéder », *op. cit.*, n° 50 ; N. MASSAGER, Les droits de l'enfant à naître, *op. cit.*, p. 30.

3 محمد الشرفي وعلي المزغني، أحكام الحقوق، دار الجنوب للنشر 1995 ص. 142 عدد 171.

Dans le même sens, J. GAUDEMET, Droit privé romain, Collection Domat droit privé, Ed. Monchrétien, 1998, p. 24.

4 N. MASSAGER, Les droits de l'enfant à naître, *op. cit.*, p. 32 ; Voir aussi, A. RICHARD, « Le statut successoral de l'enfant conçu », R.R.J., Droit prospectif, 2001, p.1399.

5 J.-C. HALLOUIN, L'anticipation, contribution à l'étude de la formation des situations juridiques, *op. cit.*, p. 405.

dans les délais prévus en droit successoral¹. Le législateur accorde une importance à l'existence. La preuve de la conception doit être établie, c'est un fait juridique. En effet, l'article 149 du Code du Statut Personnel dispose qu'« *en cas de contestation au sujet de la grossesse, il sera fait appel à des spécialistes* ».

79. Pour bénéficier du legs, il faut prouver que le nouveau-né était conçu à la date du testament². Et pour avoir une vocation successorale, il doit exister au moment du décès du decujus, car c'est l'instant de l'ouverture de la succession³, par application de l'adage « *le mort saisi le vif* ». Le droit tunisien précise la durée maximale de la conception. Il distingue entre deux hypothèses. D'une part, lorsque l'auteur de la succession est son père, le posthume doit naître « *dans un délai ne dépassant pas un an à partir du jour du décès, ou en cas de divorce, du point de départ de la retraite légale de la femme* »⁴. Ce délai long est prévu à titre de précaution à fin de garantir la filiation légitime de l'enfant à naître⁵. D'autre part, lorsque l'auteur de la succession n'est pas son père, l'article 150, alinéa 2 du C.S.P. prévoit deux délais : si l'enfant à naître est l'œuvre d'un époux séparé, le délai maximum est d'un an ; s'il est l'œuvre de parents encore unis par les liens du mariage, le délai maximum est de 270 jours à compter de la mort de l'auteur⁶. Le législateur a voulu mettre en échec toute grossesse intentionnelle en vue de faire bénéficier le nouveau né de l'héritage⁷. D'autant plus qu'il n'ya pas un besoin de précaution par l'allongement de la

1 L. MILLIOT et F. BLANC, Introduction à l'étude du droit musulman, 2^{ème} Ed. Sirey, Paris 1987, p. 487 ; K. MZIOU, Succession et libéralités, *op. cit.*, n° 86.

2 L'article 184 du C.S.P. décide « *Est valable le testament fait en faveur d'un enfant déjà conçu à la date du testament* ».

3 L'article 85 du C.S.P. dispose « *La succession s'ouvre par la mort de l'auteur, même si celle-ci est constatée judiciairement et par l'existence réelle de l'héritier après la mort dudit auteur* ». Voir, K. MZIOU, Succession et libéralités, *op. cit.*, n° 80 et s..

4 L'article 150 al. 1 du C.S.P.

5 أحمد محمد علي داود، الحقوق المتعلقة بالتركة بين الفقه والقانون، الطبعة الثانية غير مؤرخة، نشر مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ص. 539.

6 الشيخ يوسف ابن الحاج فرج بن يوسف، الموارث الشرعية والوصية ومجلة الأحوال الشخصية، المرجع السابق، ص. 321 يذكر أنه « *إذا جاءت ولادته بعد الأيام 270 من تاريخ وفاة المورث فلا يرثه للشك في وجوده ببطن أمه وإمكانية حدوثه بعد وفاة المورث، ولا يرث مع الشك* ».

7 K. MZIOU, Succession et libéralités, *op. cit.*, n° 86.

محمد الشرفي وعلي المزغني، أحكام الحقوق، دار الجنوب للنشر 1995 ص. 145 عدد 175.

période de grossesse car sa filiation légitime est certaine¹.

- 80.** L'enfant posthume doit établir « l'antériorité de sa conception sur le décès du *decujus* »². Si la fécondation est réalisée *in vitro*, la date de la conception sera certaine. Dans le cas contraire, si elle est réalisée *in utero*, l'établissement de la preuve s'avère parfois difficile, vu l'incertitude qui règne sur la détermination exacte de la conception. Celle-ci « est un fait d'ordre intime...elle ne se révèle pas immédiatement : même à la mère, la nature ne fait que des demi-confidences »³. Cette difficulté est surmontée par des présomptions légales qui partent de la naissance, fait connu, pour remonter à la date de la conception fait inconnu. Ce sont les articles 69 et 71 du Code du statut personnel qui fixent la période légale de grossesse. Elle se situe entre deux délais minimum et maximum allant du sixième mois à partir de la consommation du mariage jusqu'à un an après l'absence ou le décès du mari ou la date du divorce. Cette faveur ne laisse pas penser que le posthume est à l'abri absolu de la vérité biologique, car « au contentieux, le principe de vérité reprend son empire »⁴.
- 81.** Les présomptions établies en sa faveur sont simples, elles sont susceptibles de preuves contraires « par tous modes de preuve, prévue en la matière par la loi »⁵, notamment lorsque la conception a eu lieu à un moment se situant en dehors des délais fixés par la loi.
- 82.** L'on constate qu'un lien solide est entretenu entre la dévolution légale et l'établissement de la filiation légitime de l'héritier potentiel. En effet, l'article 72 du Code du statut personnel affirme que « la rupture de la filiation paternelle exclue l'enfant de la parenté sanguine et abolit son droit ...à la succession »⁶. De même, le bénéfice de l'allongement de la période de la conception prévue dans l'intérêt de l'enfant posthume est mis en échec par la rupture du lien de la filiation légitime.

1 أحمد محمد علي داود، الحقوق المتعلقة بعين التركة بين الفقه والقانون، الطبعة الثانية، نشر مكتبة الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن غير مؤرخ، ص. 539.

2 A. RICHARD, « Le statut successoral de l'enfant conçu », *op. cit.*, p. 1367.

3 J.HAUSSER et D.HUET-WEILLER, Traité de droit civil, sous la direction de J.GHESTIN, La famille, Ed. L.G.D.J., Paris 1989, p. 231.

4 G.CORNU, Droit civil, la famille, 9^{ème} Ed. Montchrestien, Paris 2006, p. 334.

5 L'article 75 du C.S.P.

أنظر قرار تعقيبي عدد 32117 مؤرخ في 16 فيفري 1993، م. ق. ت. 1994، عدد 1، ص. 94.

6 Le droit Tunisien n'a pas encore consacré l'égalité des filiations. L'enfant naturel ne bénéficie pas des mêmes prérogatives successorales de l'enfant légitime. Voir, loi du 28-10-1998.

83. Il est judicieux de rappeler que le recours à la congélation des embryons fécondés en éprouvette permet de retarder la naissance. Dans ce cas, à partir de quelle date commence la période de la conception, est ce de la fécondation ou de l'implantation de l'embryon dans l'utérus maternel ?

Un Tribunal français a statué sur la question, il a pris en considération le jour de la fécondation *in vitro*¹. La solution a été critiquée par la doctrine², car la congélation d'embryon *in vitro* entraînera un retard de la grossesse. Or, la période de celle-ci est fixée par la loi, et ne peut pas durer des années. Alors, il est plus logique de fixer la date de la conception, en cas de congélation d'embryon, au « *jour de l'implantation de l'embryon et non pas celui de sa fécondation* »³.

84. Pour conclure, nous pouvons affirmer que l'une des principales caractéristiques du vingt et unième siècle est la puissance des technologies scientifiques, qui a permis d'affirmer l'humanité de l'enfant à naître. Ces découvertes « *ont provoqué des remises en questions des présupposés moraux et philosophiques auxquels se réfèrent les êtres humains* »⁴. On doit donc se résoudre à respecter le droit à la vie et à la dignité de l'enfant à naître, celui-ci n'est qu'un maillon dans la chaîne de l'humanité « *comme l'homme le traitera, l'homme se traitera lui-même* »⁵.

1 Tribunal de grande instance d'Angers 10-11-1992, D. 1994, somm., p. 30, obs. X. LABÉÉ.

2 X. LABÉÉ, Observation sous Tribunal de grande instance d'Angers 10-11-1992, *op. cit.* ; X. LABBÉE, « Respect et protection du corps humain. L'enfant conçu », *Juris-Classeur, op. cit.*, n° 50.

3 X. LABBÉE, *ibid.*

*4 M.S.JEAN, « Introduction », *in* Généticisation et responsabilités, Actes du septième séminaire d'experts Franco-québécois de l'institut international de recherche en éthique biomédicale qui s'est tenu à l'Université René- Descartes, Paris V, les 5 et 6 décembre 2007, Ed. Dalloz, Paris 2008, p. 5.

*5 D. FOLSCHIED, « L'embryon, ou notre plus-que prochain, Ethique, la vie en question », *op. cit.*, p. 43.