



# **ANNALES DE L'UNIVERSITE MARIEN NGOUABI**

---

***Sciences Juridique et Politique***

---

Volume 22, Numéro spécial

**ANNEE: 2022**

**ISSN : 1815 – 4433   -   [www.annalesumng.org](http://www.annalesumng.org)**

**Indexation : Google Scholar**

# ANNALES DE L'UNIVERSITE MARIEN NGOUABI *SCIENCES DE LA SANTE*



VOLUME 22, NUMERO SPECIAL, ANNEE: 2022

[www.annalesumng.org](http://www.annalesumng.org)

## SOMMAIRE

**Directeur de publication**  
G. ONDZOTTO

**Rédacteur en chef**  
J. GOMA-TCHIMBAKALA

**Rédacteur en chef adjoint**  
D. E. EMMANUEL ADOUKI

**Comité de Lecture :**  
J.M. BRETON (Pointe-à-Pitre)  
J. ISSA SAYEGH (Abidjan)  
E.J. LOKO-BALOSSA (Brazzaville)  
F. M. SAWADOGO (Ouagadougou)  
YAO- NDRE (Abidjan)

**Comité de Rédaction :**  
D. E. EMMANUEL ADOUKI  
(Brazzaville)  
G. MOYEN (Brazzaville)

**Webmaster**  
R. D. ANKY

**Administration - Rédaction**  
Université Marien Ngouabi  
Direction de la Recherche  
Annales de l'Université Marien  
Ngouabi  
B.P. 69, Brazzaville – Congo  
E-mail: [annales@umng.cg](mailto:annales@umng.cg)

**ISSN : 1815 - 4433**

- 1 La décision de constitutionnalité gémellaire**  
EMMANUEL ADOUKI D. E.
- 28 L'occupation continue du territoire palestinien par l'État d'Israël**  
PAYIMA LOMBOBO H.
- 49 La définition du terrorisme par le tribunal spécial pour le Liban (TSL).**  
EMMANUEL ADOUKI D. E., NGAPELA J.
- 73 Le statut juridique de l'enfant conçu en droit congolais**  
ONGAGNA P.



## **LE STATUT JURIDIQUE DE L'ENFANT CONÇU EN DROIT CONGOLAIS**

*ONGAGNA P.*

*Faculté de Droit*

*Université Marien N'Gouabi*

*Brazzaville – République du Congo*

---

### **RESUME**

*Le statut juridique de l'enfant conçu n'a jamais été clairement établi en droit. Ni le législateur ni la jurisprudence ne le définissent pas. Conformément à la règle infans conceptus, l'enfant conçu bénéficie des droits patrimoniaux, sous la condition suspensive de naître vivant et viable. Pour la majorité de la doctrine, ce droit à la succession et aux libéralités est insuffisant à lui conférer la personnalité juridique avant sa naissance. D'aucuns militent au contraire pour la reconnaissance de cette personnalité avant la naissance. Confronté à ce dilemme, le droit congolais ne parvient pas, en l'état actuel des choses, à déterminer le statut juridique de l'enfant conçu. En matière patrimoniale, il est traité comme personne simplement potentielle. Dans le domaine extrapatrimonial, l'incertitude de sa protection pénale a laissé croire à une partie de la doctrine qu'il était réduit à une simple chose.*

*La raison de ces flottements et de cette indétermination se trouve être la remise en cause des principes protecteurs de l'être humain et leurs fondements éthiques. Quoique l'évocation du caractère sacré de la personne humaine ne soit pas absente du droit congolais, celui-ci ne met pas suffisamment l'accent sur la suprématie de l'être humain, sur le respect de son intégrité physique et son respect dès le commencement de sa vie. D'où la banalisation dans la conscience collective du phénomène de l'avortement et le recul de la valeur de la vie, alors que les données scientifiques sur son commencement militent en faveur d'une reconnaissance de la nature humaine de l'embryon ou du fœtus.*

---

**Mots-clés :** *Enfant conçu, statut juridique, embryon, fœtus, droit congolais, protection patrimoniale, protection extrapatrimoniale, principes protecteurs, fondements éthiques, personnalité juridique, personne potentielle, infans conceptus,*

---

---

### **ABSTRACT**

*The legal status of the conceived child has never been clearly established in law. Neither the legislator nor the case law define it. In accordance with the infans conceptus rule, the conceived child benefits from patrimonial rights, under the suspensive condition of being born alive and viable. For the majority of the doctrine, this right to inheritance and liberalities is insufficient to confer legal personality before its birth. On the contrary, some argue for the recognition of this personality before birth. Faced with this dilemma, Congolese law does not manage, in the current state of things, to determine the legal status of the conceived child. In patrimonial matters, he is treated as a simply potential person. In the extra-patrimonial field, the uncertainty of its criminal protection led part of the doctrine to believe that it was reduced to a simple thing.*

*The reason for these hesitations and this indetermination happens to be the questioning of the protective principles of the human being and their ethical foundations. Although the evocation of the sanctity of the human person is not absent from Congolese law, it does not sufficiently emphasize the supremacy of the human being, respect for*

*his physical integrity and his respect from beginning of his life. Hence the trivialization in the collective consciousness of the phenomenon of abortion and the decline in the value of life, while the scientific data on its beginning militate in favor of recognition of the human nature of the embryo or fetus.*

---

**Mots-clés:** *Conceived child, legal status, embryo, fetus, Congolese law, patrimonial protection, extrapatrimonial protection, protective principles, ethical foundations, legal personality, potential person, infans conceptus*

---

## INTRODUCTION

L'étude de l'enfant conçu, notamment celle de son statut juridique, est inséparable de celle de l'histoire du droit des personnes physiques, non seulement parce que l'une renvoie à l'autre, mais aussi et surtout parce que l'histoire du droit des personnes physiques est ponctuée par des épisodes de discriminations et d'exclusions qui expliquent, à bien des égards, les difficultés auxquelles se trouve confrontée la construction du statut juridique de l'enfant conçu.

On rappellera à cet effet que tous les êtres humains, du seul fait de leur existence, par-delà leur diversité, ont des droits, « *des droits innés, des droits inhérents à notre être, indissolublement liés à notre existence, chevillés à notre corps, et nous sentons bien que, dans cette perspective universaliste, tout être humain a, naturellement, de naissance, les mêmes droits* »<sup>1</sup>. Cette aspiration sur la base de laquelle le droit civil donne aux personnes physiques un statut juridique est incontestablement la revendication profonde et principale de notre époque. Elle nous vient en ligne droite de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 et de la Déclaration universelle des droits de l'homme du 10 décembre 1948 : « *Tous les hommes naissent libres et égaux en droits* »<sup>2</sup>. Mais, force est de reconnaître qu'il n'en a pas toujours été ainsi. L'évolution du droit civil des personnes est

marquée par un double mouvement aux aspirations diamétralement opposées.

Le premier mouvement est celui de la négation des fondements même du droit des personnes. Il a consacré l'exclusion de plusieurs catégories de personnes humaines du champ du droit, pour en faire des non-sujets de droits<sup>3</sup>. L'esclave était considéré comme la figure par excellence du non-sujet de droit, depuis le droit romain jusqu'à la période de l'esclavage et de la traite négrière, avant son abolition. Tout au long de cette période, le statut juridique de l'esclave était celui d'une chose, propriété de son maître, sans personnalité juridique<sup>4</sup>. Le code noir, très peu connu des nouvelles générations, l'avait solennellement proclamé dans son fameux article 44 en ces termes : « *Déclarons les esclaves être meubles et comme tels entrer en la communauté...* »<sup>5</sup>. Meuble, l'esclave pouvait être considéré comme un immeuble par destination quand il était affecté à une plantation<sup>6</sup>.

Sous un angle différent, l'institution de la mort civile, conséquence de certaines condamnations à des peines criminelles, était destinée à priver certaines personnes humaines, fictivement considérées comme mortes, de la personnalité juridique, pour en faire des non-sujets de droit.

De ces non-sujet de droit l'énumération pourrait être assez étendue. Indiquons simplement qu'après des siècles de revendications légitimes, ces discriminations ne sont plus qu'un

1 G. CORNU, *Droit civil. Les personnes*, Montchrestien, 13<sup>e</sup> éd., 2007, n°4, p.11.

2 Art. 1<sup>er</sup> de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, et art. 1<sup>er</sup> de la Déclaration universelle des droits de l'homme du 10 décembre 1948.

3 J. CARBONNIER, « Scolie sur le non-sujet du droit : L'esclavage sous le régime du code civil », in *Flexible droit. Pour une sociologie du droit sans rigueur*, L.G.D.J., 10<sup>e</sup> éd., 2001, p.247 ; *Droit civil*, T.1, Les personnes, PUF, 2000, n°3, p.16.

4 J. CARBONNIER, *Flexible droit*, op.cit., p.251. Pour un aperçu général sur la question, v°. Droits – revue française de théorie, de philosophie et de culture juridique, T.51, « L'esclave : la question de l'homme », histoire, religion, philosophie, droit/2 ; L. ESTEVE, *Montesquieu, Rousseau, Diderot : du genre humain au bois d'ébène. Les éléments du silence du droit naturel*, éd. UNESCO, 2002.

5 L. SALA-MOLINS, *Le code Noir ou le calvaire de Canaan*, Quadrige/PUF, 2003 ; *L'Afrique aux Amériques. Le code Noir espagnol*, PUF, 1992

6 J. CARBONNIER, *Droit civil. Les personnes*, op.cit., p.16.

douloureux souvenir historique. L'esclavage fut aboli dans un temps voisin de l'abolition de la mort civile<sup>7</sup>.

Un rapide regard sur le droit de la famille nous renseigne sur l'histoire de personnalité juridique *a minima* de la femme mariée, naguère frappée d'incapacité, ne s'expliquait autrement que par des considérations sexistes. Il a fallu, là aussi, des décennies de lutte, de revendications féministes pour parvenir à l'égalité civile dans le mariage<sup>8</sup>.

Si le premier mouvement a eu pour but la privation ou la restriction de la personnalité juridique, le deuxième s'inscrit dans la perspective inverse, celle de l'extension de cette personnalité au-delà de la personne humaine. Pareille extension n'est concevable qu'au prix d'une dissociation entre la notion de personne juridique et celle de personne humaine. La personne juridique « *est une fiction juridique devant permettre l'établissement de rapports juridiques en tant que sujet ; elle est une notion dogmatique et fonctionnelle. La personne humaine est une réalité biologique et sociale qui s'impose au droit ; elle est une notion plus statique et "métajuridique"* »<sup>9</sup>. Certes, « *la personne humaine constitue un support privilégié de la personnalité juridique. Mais la personnalité juridique n'est pas l'apanage des seuls êtres humains et peut être conférée à des groupements, telle une association ou une société commerciale* »<sup>10</sup>. Les personnes

morales sont, de longue date déjà, des entités dotées de la personnalité juridique.

Cette revendication a atteint son paroxysme, mais sans y aboutir pour le moment, avec une flambée de revendications qui, pour compréhensibles qu'elles puissent paraître, n'en demeurent pas moins extravagantes et portent en elle les germes d'une remise en cause de la personne humaine en tant que valeur suprême. La condition de l'animal cristallise ces revendications<sup>11</sup> alors que le statut juridique de l'enfant conçu demeure extrêmement précaire. En effet, jusqu'à une époque relativement récente, l'animal faisait encore partie des meubles par nature<sup>12</sup>.

Élément du patrimoine, il est cessible et transmissible comme les autres meubles. Mais depuis quelques décennies, un courant doctrinal encouragé par une conception particulièrement extensive des droits de l'homme a pris fait et cause pour la condition animale. Les revendications portant sur la cause animale sont telles que des éminents auteurs n'hésitent plus à évoquer « l'ébranlement des certitudes humaines »<sup>13</sup>. Sous l'égide de l'UNESCO, la Déclaration Universelle des Droits de l'Animal a été proclamée le 15 octobre 1978 à la Maison de l'UNESCO par la Ligue internationale des droits de l'animal et révisée en 1989<sup>14</sup>. Dès le préambule, le texte affirme que « tout être vivant possède des droits naturels et que tout animal doté d'un système nerveux possède des droits particuliers ». L'article 8 du texte va jusqu'à

7 L'abolition de l'esclavage est généralement datée du décret Schœlcher du 27 avril 1848. Mais rien n'est moins sûr. En 1860, la traite continuait clandestinement en Amérique dans quinze Etats. Jusqu'en 1861, la traite française continuait pourvoir les Antilles et la Réunion. V° L. SALA-MOLINS, *Le code Noir*, op.cit., p.17. Quant à la mort civile, elle fut abolie par la loi française du 31 mai 1854. V° G. CORNU, op.cit., n°10, p.21.

8 J. CARBONNIER, *Droit civil. Introduction. Les personnes, la famille, l'enfant, le couple*, Vol. I, Quadrige/PUF, 2004, n°268-273, pp.497-508.

9 F. ROUSSEAU, « La personnalité juridique », in *Droits de la personnalité*, ss dir. J.-Ch. SAINT-PAU, Lexis Nexis, 2013, p.57 et s., n°98.

10 J. ROUSSEAU, op.cit., ibid.

11 J. P. MARGUENAUD, « L'animal sujet de droit ou la modernité d'une vieille idée de René Demogue », *RTD civ.*2021, p.591.

12 M. DELMAS-MARTY, *Vers une communauté de valeurs ? Les forces imaginantes du droit*, T. IV, Seuil, 2011, p.259.

13 M. DELMAS-MARTY, op.cit., ibid.

14 Code de l'animal, ss dir. J.-P. MARGUENAUD et J. LEROY, Lexis Nexis, 1<sup>ère</sup> éd., 2018, pp.1-3.

définir comme « génocide » tout acte « compromettant la survie d'une espèce sauvage, et toute décision conduisant à un tel acte ». L'ancien article 528 du code civil français qui classait l'animal dans la catégorie des meubles par nature a été aboli pour laisser place à un ensemble de règles qui lui confère désormais un statut supérieur aux autres biens. L'article 515-14 dispose : « *Les animaux sont des êtres vivants doués de sensibilité* », avant de tempérer pour reconnaître que « *sous réserve des lois qui les protègent, les animaux sont soumis au régime des biens* ». La protection s'est renforcée par des dispositions du code pénal qui regroupent diverses infractions volontaires et involontaires.

C'est ainsi que l'article 521-1 du code pénal français punit les auteurs de sévices graves ou d'acte de cruauté envers les animaux. Au sein de la doctrine, le professeur Jean-Pierre MARGUENAUD s'est distingué en envisageant clairement de reconnaître à l'animal domestique, apprivoisé ou tenu en captivité, une personnalité juridique<sup>15</sup>. Quoique ce mouvement rencontre une farouche

opposition au sein de la doctrine<sup>16</sup>, et au niveau de la jurisprudence<sup>17</sup>, les défenseurs de la cause animale considèrent que la personnification de l'animal finira par s'imposer, ne serait-ce que sur le modèle de la personnalité juridique des personnes morales<sup>18</sup>.

Au-delà de l'animal, ce sont les créations artificielles qui frappent aux portes de la personnalité juridique. En quête d'un statut juridique pour les robots, le Parlement européen a adopté le 16 février 2017 un « cadre législatif » les concernant, envisageant de leur conférer une personnalité juridique qui permettrait d'engager leur responsabilité civile en cas de dommage causé à un tiers<sup>19</sup>. Le sujet suscite déjà de vives réactions<sup>20</sup>, et nous nous alignons sur la position de ceux qui s'opposent vigoureusement à cette tentation pour affirmer que pareille proposition « relève de la pathologie juridique voulant mettre du droit partout »<sup>21</sup>

En l'état actuel des connaissances scientifiques et technologiques au Congo, le droit congolais échappe encore à ces

15 J.-P. MARGUENAUD, *L'animal en droit privé*, (Thèse, Limoge), PUF, 1992 ; « La personnalité juridique des animaux », D.1998, chron. p.205 ; « L'animal dans le nouveau code pénal », D.1995, chron. p.187.

16 Ph. MALAURIE, *Droit des personnes*, op.cit., n°1, pp.21-23 ; G. CORNU, *Droit civil. Introduction. Les personnes. Les biens*, 12<sup>e</sup> éd., Montchrestien, 2005, n°915 ; A. M. SOHM-BOURGEOIS, « La personnification de l'animal, une tentation à repousser », D.1990, chron. p.33.

17 Cons. D'Etat, 17 avril 1963, D.1963, p.459, note P. ESMEIN (interdiction d'inhumer le chien Félix dans une sépulture de famille) ; Civ.1<sup>ère</sup>, 17 novembre 1964, J.C.P1965.II.14000 (les juges ont considéré comme un symptôme de démence un bail de nourriture en faveur de deux chats) ; Paris, 5 juin 1991, D.1991.IR.188 (où le chien n'a pas été considéré comme un enfant commun des époux en cours de procédures de divorce). Sur ce rappel, V°. J. CARBONNIER, *Droit civil. Vol. 2, Les biens. Les obligations*, Quadriga/PUF, 2004, n°887, p.1866.

18 M. DELMAS-MARTY, op.cit., p.262.

19 Ph. MALAURIE, op.cit., n°2.

20 G. LOISEAU, « La personnalité juridique des robots : une monstruosité juridique », JCP

2018.I.597 ; G. LOISEAU et M. BOURGEOIS, « Du robot en droit à un droit des robots », JCP 2014.I.1231 ; A. BENSOUSSAN, « Droit des robots : science-fiction ou anticipation ? », n°28, 30 juillet 2015 ; A. MENDOZA-CAMINADE, « Le droit confronté à l'intelligence artificielle des robots : vers l'émergence de nouveaux concepts juridiques ? », D.2016, p.445 ; N. NEVEJANS, « La légalité des robots de guerre dans les conflits internationaux », D.2016, p.1273.

21 Ph. MALAURIE, op.cit., 24. L'auteur reconnaît à juste titre qu'« il est trop tôt pour établir un statut juridique des robots et de l'intelligence artificielle, car on n'en connaît pas les besoins, la nature et les effets, tout au plus pourrait être envisagé un "droit souple" souvent qualifié d'"éthique" qui serait flexible, notamment en matière de responsabilité civile qui, pour les robots, serait inspiré de la responsabilité civile du fait des produits défectueux » ; A. BENSOUSSAN et L. PUIGMAL, « Le droit des robots ? quelle est l'autonomie de décision d'une machine ? quelle protection mérite-t-elle ? », in Vers de nouvelles humanités ? l'humanité juridique face aux nouvelles technologies, Arch. phil. dr., T.59, Dalloz, 2017, p.165.

bouleversements, ce qui ne constitue nullement un obstacle pour aborder le problème du statut juridique de l'enfant conçu en rapport avec ces évolutions. Le débat sur cette question s'inscrit en contrepoint dans le sillage de cette évolution du droit qui a refusé, à une époque, de reconnaître le statut de personne à une catégorie d'êtres humains, alors qu'elle semble ouvrir la porte à d'autres créatures qui ne le méritent pas mieux que l'enfant conçu dont le statut juridique est extrêmement discuté.

Le problème du statut juridique de l'enfant conçu n'est certes pas un thème, nouveau. La doctrine française fait d'ailleurs remarquer, qu'« *en réalité, ce n'est pas l'apanage de notre époque, que d'avoir abordé cette question. Elle en renouvelle les termes, mais ne l'invente pas. Nous avons hérité de la pensée romaine la règle "infans conceptus", sur laquelle on a glosé des commentaires classiques, des théories qui ont longtemps paru suffisantes et qui présentaient l'avantage de la logique et du bon sens* »<sup>22</sup>. Mais, sa modernité évidente explique son renouvellement quasi permanent pour une raison essentielle. Si le vieux thème connu depuis le droit romain suscite toujours autant d'attrait, c'est parce que l'évolution des sciences et de la technologie remet sans cesse en cause les préceptes connus et acquis de longue date sur la conception et la procréation. Le contexte congolais marqué par un retard des connaissances dans le domaine des sciences biomédicales confère à ce sujet une connotation toute particulière.

L'on doit cependant reconnaître d'entrée de jeu que le statut juridique de l'enfant conçu qui divise la doctrine a déjà fait couler beaucoup d'encre sans que l'unanimité ne se dégage sur la question.

Les positions sont irréductibles. Chacun campe sur la sienne<sup>23</sup>, de telle sorte que la question, aux allures d'une aporie, donne l'impression de se dérober sans cesse à la raison humaine pour relever refuge dans le mystère de la Création. Ni le législateur ni la jurisprudence ne se prononcent clairement pour reconnaître à l'enfant conçu soit le statut de chose, soit le statut de personne. Pour des raisons de rapprochement dues au fait colonial, les données du problème sont quasi identiques en France et au Congo, à quelques différences près tenant à l'évolution scientifique et technologique et à l'organisation des institutions<sup>24</sup>.

Le Vocabulaire Juridique de l'Association Henri CAPITANT définit l'enfant conçu comme « *un enfant engendré mais non encore né, à qui est reconnue la personnalité juridique, dans la mesure de son intérêt* »<sup>25</sup>. On y perçoit une allusion à peine voilée au célèbre adage « *infans conceptus pro nato habetur quoties de commodis ejus agitur* ». L'enfant conçu est considéré comme né chaque fois qu'il y a avantage pour lui, ou, chaque fois qu'il y va de son intérêt. Formuler de la sorte, cet adage est source de nombreuses difficultés. Les études qui lui sont consacrées n'ont jamais permis de déterminer, de manière précise, le statut juridique de l'enfant conçu.

22 G. MEMETEAU, « La situation juridique de l'enfant conçu. De la rigueur classique à l'exaltation baroque », Rev.trim.dr.civ.1990, p.611 et s., spéc. p.612.

23 Pour un rappel de ces controverses sur lesquelles nous reviendrons, V° J. CARBONNIER, *Droit civil. Les personnes*, op.cit., n°15-16 (Etat des questions).

24 A la différence du Congo, la France dispose d'un cadre institutionnel chargé de formuler des avis, d'informer et de conseiller le Gouvernement et le Parlement en matière d'éthique et de biomédecine :

le Comité consultatif national d'éthique pour les sciences de la vie et de la santé, l'Agence de la biomédecine et l'Office parlementaire d'évaluation des choix scientifiques et technologiques.- V° V.Y. BUFFELAN- LANORE et V. LARRIBAU-TERNEYRE, *Droit civil. Introduction – Biens – Personnes – Famille*, 22<sup>e</sup> éd. Sirey, 2021-2022, par V. LARRIBAU – TERNEYRE, p.375.

25 *Vocabulaire juridique, Association Henri CAPITANT*, ss dir. G. CORNU, 10<sup>e</sup> éd., PUF, 2014, V° Enfant conçu.

Quant à la jurisprudence, elle manque de netteté<sup>26</sup>.

Ce sujet est riche de nuances qui imposent le rappel d'au moins deux distinctions au stade de la conception. La première est celle qui met l'accent sur la différence entre l'embryon et le fœtus. Sous l'angle du droit civil, l'embryon humain désigne « *le produit de la conception humaine pendant les trois premiers mois de la vie utérine* »<sup>27</sup>. Le fœtus est, quant à lui, « *le produit de la conception humaine après les trois premiers mois de la vie utérine au moment où se dessinent les caractères spécifiques de la vie humaines* »<sup>28</sup>. La seconde distinction sépare l'embryon *in vitro* conçu suivant des procédés propres à la procréation médicalement assistée hors de l'utérus et l'embryon *in utero* qui est le produit de la fécondation naturelle à l'intérieur de l'utérus. Dans le cadre de notre étude, le concept d'enfant conçu désigne ces deux réalités.

Le but de cette réflexion n'est pas simplement de rechercher le statut ou la nature juridique de l'enfant conçu. Nous avons déjà indiqué que le droit congolais ne le considère ni comme une chose, ni comme une personne à part entière dans la mesure où la reconnaissance de ses droits est soumise à la condition suspensive de naître vivant et viable. C'est un statut précaire que le silence du législateur autorise de considérer comme tel.

L'évolution de la jurisprudence française susceptible de nous éclairer conforte cette idée de l'incertitude du statut de l'enfant conçu traité tantôt comme une

chose, tantôt comme une personne<sup>29</sup>. Cette position étant connue, elle mérite simplement des éclaircissements substantiels. La seule question qui mérite de retenir principalement notre attention est celle de savoir quelles sont les causes qui expliquent cette incertitude du statut juridique de l'enfant conçu en droit congolais ?

Comme toutes les questions qui touchent à la personne humaine ce sujet est de ceux qui suscitent de vives passions ; il est au cœur des grands enjeux de société. Les nombreux intérêts qui s'y attachent sont à la fois théoriques et pratiques.

Au plan théorique, il importe de rappeler que la question de l'enfant conçu est la caisse de résonance à partir de laquelle on perçoit l'écho des enjeux d'ordre moral, religieux, philosophique et éthique. Nous souscrivons à l'observation suivant laquelle « *la question du statut juridique de l'enfant à naître soulève les passions les plus vives car... elle confronte les convictions philosophiques, éthiques, religieuses les mieux arrêtées et les principes juridiques les mieux enracinés à de nouvelles découvertes scientifiques rendant plausible la réalisation des désirs les plus secrets et des expériences les plus étonnantes. Elle constitue donc une des questions les plus épineuses qui puissent être posées au droit actuel...* »<sup>30</sup>. Notre époque, plus que toute autre, est celle de la remise en cause des paradigmes<sup>31</sup>. Rarement l'homme a vu peser sur lui autant de menaces liées aux progrès scientifiques et technologiques : menaces relatives aux technologies de l'information et de la

26 V° A-M. LEROYER, « Infans conceptus et le préjudice et le préjudice de l'enfant à naître », *RTD civ.* 2021, p.105.

27 *Lexique des termes juridiques*, 2018-2019, Dalloz, ss dir. S. GUINCHARD et Th. DEBARD, V° Embryon.

28 *Lexique des termes juridiques*, op.cit., V° Fœtus.

29 Sur cette évolution à laquelle nous consacrerons des développements substantiels, V° G. CORNU, *Droit civil. Les personnes*, op.cit., n°8, pp.15-19.

30 J.-P. MARGUENAUD, « La personnalité juridique du fœtus humain », in *Personnes et famille*, Hommage à J. POUSSON-PETIT, Presses Universitaires de Toulouse 1 Capitole, 216, p.139.

31 Le transsexualisme et le mariage entre personnes de même sexe, tous deux des comportements contrenature, quoiqu'on dise, ne sont que quelques unes des illustrations d'un bouleversement plus profond et inquiétant.

communication sur nos libertés individuelles, menaces des sciences biologiques et médicales sur l'espèce humaine, etc. Bien malin qui croit à la fin des tentatives de transformation de l'être humain par clonage ou d'autres procédés eugéniques, tant il est vrai que les appétits des apprentis sorciers sont loin d'être assouvis. Les menaces qui pèsent directement sur l'embryon témoignent de cette « folie scientifique ». Face à ces menaces, il est donc temps de rappeler avec force la juste place de l'homme et de tracer au cordeau, inlassablement, la ligne de démarcation qui le sépare du reste de la création. Aussi, *« il nous faut inventer le droit du vivant humain en devenir de manière telle que la possibilité de la personne ne dépende plus seulement d'un vouloir humain non référé à des normes porteuses de sens et de valeurs. Car c'est la dignité humaine qui, tout entière, est en cause, dans ce que l'on fait du plus petit d'entre nous, de ce minuscule, que nous avons tous été et sans lequel nous ne serions pas »*<sup>32</sup>.

Au plan pratique, outre l'opposition entre partisans et opposants à l'avortement, c'est la question de la dévolution successorale au sein des familles qui est en jeu. Au-delà, c'est le corps médical, praticiens hospitaliers (gynécologues obstétriciens, sages femmes) qui a intérêt à ce que soit clairement défini le statut de l'enfant conçu pour lui apporter assurance et sécurité dans l'exercice de sa profession. La reconnaissance du statut de personne à l'enfant conçu pourra alimenter le contentieux de la responsabilité civile et pénale en cas de faute sur l'embryon ou le fœtus.

Au regard de la question posée, on fera observer que l'incertitude ou la précarité du statut juridique de l'enfant conçu en droit congolais est la résultante

d'un facteur qui relève de l'ordre axiologique du droit : la remise en cause des principes protecteurs de la personne humaine et de leur fondement éthique. Cette remise en cause provoquée par un affaiblissement des valeurs morales et philosophiques sur la vie humaine alimente inconsciemment les controverses sur la protection patrimoniale de l'enfant conçu (I) et sur sa protection extrapatrimoniale (II).

## **I. LA REMISE EN CAUSE DES PRINCIPES PROTECTEURS DE L'ENFANT CONÇU EN MATIÈRE PATRIMONIALE**

Constitué par un ensemble de règles, le régime juridique de l'enfant conçu en droit congolais n'en demeure pas moins une affirmation des fondements et des principes qui ont inspiré ces règles positives. Dans le cadre de la présente réflexion, ces principes méritent d'être mis en relief (A). Les auteurs hostiles à la reconnaissance de la personnalité juridique de l'enfant conçu les ont souvent contestés, entraînant dans le sillage de leurs critiques la précarité de son statut (B).

### **A. L'affirmation des principes**

Contrairement aux idées couramment véhiculées et enseignées, la maxime *infans conceptus* n'est pas le seul principe qui gouverne le statut juridique de l'enfant conçu, ni en droit français ni en droit congolais. Le premier principe qui le régit a un champ bien plus large qui couvre, l'être humain en général et non pas seulement une séquence de son développement ou de sa vie. Ce principe est celui de la suprématie de la personne humaine. Le respect de l'être humain dès le commencement de sa vie ne constitue que l'une des nombreuses déclinaisons de l'affirmation de cette valeur suprême sans laquelle toute référence à la protection

32 J.-L. BAUDOIN et Mme LABRUSSE-RIOU, cité par G. MEMETEAU, op.cit., p.611. C'est nous qui soulignons.

juridique de l'enfant conçu serait un non-sens. L'une et l'autre doivent être appréhendées dans le rapport dialectique du principal et de l'accessoire, ce qui autorise de les rappeler dans la même rubrique (1) pour mieux comprendre leur transposition dans les textes (2).

### 1. Le principe de la suprématie de la personne humaine et son respect dès le commencement de la vie

L'on rappellera, avant d'insister sur le droit congolais, que le principe de la suprématie de la personne humaine consacre « *sa valeur éminente* »<sup>33</sup> de celle-ci, sa dignité et son respect qui s'impose dès le commencement de sa vie.

A en croire la doctrine, la primauté de la personne humaine « *n'est pas seulement une valeur que la loi affirme, mais une hiérarchie qu'elle établit. Relativement à quoi ? Il n'est pas interdit de penser que le primat appartient à la personne dans toutes les échelles de valeurs : relativement aux choses, il règne sur la distinction des personnes et des biens ; relativement aux personnes morales, il exalte la prééminence de la personne physique ; plus globalement, dans le concert des intérêts, il donne la priorité à la protection de l'être humain contre tout ce qui le menace, non seulement les maux millénaires de la violence et de la misère, mais parfois les forces même du progrès qui bousculent sa fragilité. C'est l'une des préoccupations de la bioéthique devant les avancées de la science* »<sup>34</sup>.

Cette ligne de démarcation justifie le fait que la personnalité juridique soit

l'apanage de la personne humaine, à l'exception toutefois de son extension aux personnes morales, mais à l'exclusion des animaux. N'ayant pas de personnalité juridique, ceux-ci ne peuvent, par exemple, recevoir de libéralités. La jurisprudence française annule les legs faits à des chats, des chiens ou des chevaux<sup>35</sup>.

La dignité est un attribut de la personne humaine, « *l'affirmation de son éminente valeur* »<sup>36</sup>. C'est à la suite d'une longue et lente évolution que ce concept a acquis ses lettres de noblesse en droit<sup>37</sup>. Il importe de rappeler avec la doctrine qu'en matière civile, le développement de la notion de dignité est sous la dépendance de deux idées. D'abord, sa protection est assurée par le droit objectif. C'est l'article 16 du code civil français qui édicte un interdit : « *La loi interdit toute atteinte à la dignité de la personne* ». Le conseil constitutionnel reconnaît « la sauvegarde de la dignité de la personne contre toute forme d'asservissement et de dégradation... » comme « un principe à valeur constitutionnelle »<sup>38</sup>. La dignité de la personne humaine, on y reviendra, « est l'objet direct d'une norme de droit objectif. Il n'existe pas de droit subjectif à la dignité. C'est la loi qui la protège, qui en impose le respect, garantie immédiate et directe acquise de *plano* »<sup>39</sup>. Ensuite, « la dignité est une directive en ce sens qu'elle est ce qu'il convient de faire respecter chez l'homme en tant que tel, « *ce que la condition humaine postule et exige, en elle-même, pour chacun : liberté, identité, pudeur, honneur, quant à soi* »<sup>40</sup>. On en déduit que tous les individus sont égaux en dignité : « *la dignité de la personne* »

33 G. CORNU, *Droit civil, Les personnes*, op.cit., n°5.

34 G. CORNU, op.cit., n°5, pp.13-14, note n°1. C'est l'auteur qui souligne.

35 Ph. MALAURIE, op.cit., p.22, note n°4.

36 G. CORNU, op.cit., n°12.

37 C'est par la loi française du 29 juillet 1994 relative au respect du corps humain que le concept a été introduit dans l'article 16 du code civil français.

Il a ensuite reçu, suivant le mot de G. CORNU (ibid), « l'onction originelle et quasi- baptismale du Conseil constitutionnel, consulté à cette occasion, le 27 juillet 1994 ».

38 Cons. Const. 27 juillet 1994, D. 1995, p.237, note MATHIEU ; som. p.299, obs. L. FAVOREU.

39 G. CORNU, op.cit., ibid.

40 G. CORNU, op.cit., n°12, p.25.

*humaine et le respect en chaque personne de son humanité »<sup>41</sup>.*

De cette valeur suprême de la personne humaine découle les autres principes protecteurs qui n'en constituent que les diverses déclinaisons, les multiples applications : le respect de l'intégrité physique, la non-patrimonialité du corps humain, de ses éléments et de ses produits, etc., qui ne sont rien d'autres que des périphrases pour évoquer le caractère sacré du corps humain.

C'est dans la logique de la primauté de la personne que le respect de l'être humain est garanti dès le commencement de sa vie. Pour certains auteurs cet engagement solennel de la société contient l'affirmation de trois principes auxquels souscrivons : « 1. *Que l'embryon humain appartient au genre humain – être humain, non pas chose, ni animal ; 2. Qu'il est humain dès sa conception, non sa naissance – laquelle n'ajoute rien à son humanité. L'être est dans l'œuf, en œuf et en vie – la vie ne commence pas à la naissance ; la femme qui a conçu ne porte ni la mort ni le néant ; sauf accident, il y a la vie en elle ; 3. Que, dès le commencement de la vie, la loi garantit son respect »<sup>42</sup>.*

Le droit des personnes s'inspire de ces principes qui lui donnent une assise solide. Ils ont trouvé un accueil favorable en droit congolais.

## 2. La traduction légale des principes

Les nombreux instruments juridiques internationaux dûment ratifiés par le Congo mettent l'accent sur la valeur de la personne humaine et sur sa dignité, conformément au préambule de la Déclaration universelle des droits de l'homme : « ... les peuples des Nations Unies ont proclamé à nouveau leur foi...

dans la dignité et la valeur de la personne humaine... ». La formule est reprise quasi systématiquement par la plupart des textes internationaux en matière des droits de l'homme. Il en est ainsi, entre autres, de la Convention des Nations Unies relative aux droits de l'enfant. En écho à la législation internationale, l'article 8 de la Constitution du 25 octobre 2015 dispose : « La personne humaine est sacrée et a droit à la vie ».

Grace au code de la famille institué par la loi n°073/84 du 17 octobre 1984, l'adage *infrans conceptus* a été consacré par le législateur congolais<sup>43</sup>. Dès les premières lignes de son préambule, ce code affirme que « *la personne humaine est sacrée, elle est sujet de droit jusqu'à sa mort à partir de sa conception pourvu qu'elle naisse vivante et viable* ». L'article 1<sup>er</sup> est en partie en contradiction avec cette disposition dans la mesure où il ne vise plus la conception pour être sujet de droit, mais la naissance : « *la personne humaine est sujet de droit de sa naissance à sa mort* ». Le lecteur sera toutefois rassuré par les dispositions de l'article 2 qui réintroduisent l'enfant conçu, dans des termes tels que ce texte apparaît comme une reprise, mot pour mot, de la traduction française de l'adage *infrance conceptus* : « *L'enfant dès qu'il est conçu est réputé né toutes les fois que son intérêt l'exige, pourvu qu'il naisse vivant et viable* ». L'article 4 du code revient sur la sacralisation de la personne humaine en ces termes : « *Toute personne humaine est sacrée. Elle possède des droits et jouit des libertés garanties par la Constitution* ». L'article 5 fixe les bornes en mettant hors du commerce les droits de la personnalité : « *Les droits de la personnalité et les libertés garanties par la loi sont hors du commerce* ».

L'impératif absolu de la sacralisation de la vie est profondément

41 Ibid.

42 G. CORNU, op.cit, n°8, p.16.

43 *Codes d'Audience. Recueil de codes et textes usuels de la République du Congo Brazzaville,*

Ministère de la Justice ; Ed. GIRAF et Agence intergouvernementale de la francophonie, 2001, p.33.

encré dans la tradition judéo-chrétienne. Nul ne peut disposer : ni de la sienne, ni de celle d'autrui. Le législateur français a entendu, par les lois sur la bioéthique, régler les problèmes épineux touchant aux fondements de la vie et de la morale<sup>44</sup>. Il a inscrit dans le marbre de la loi des principes philosophiques. A titre de comparaison, nous rappellerons les dispositions de l'article 16 du code civil français aux termes duquel « *La loi assure la primauté de la personne, interdit toute atteinte à la dignité de celle-ci et garantit le respect de l'être humain dès le commencement de sa vie* ».

Avec la notion de dignité, on est parti d'un principe idéal pour en faire un principe de droit positif. La doctrine évoque la « juridicisation » du principe pour rappeler sa réception en droit : « Depuis longtemps inspiratrice transcendante de maintes règles, l'éminente dignité de la personne humaine est elle-même devenue, par focalisation, l'objet immanent et ciblé de dispositions expresses de droit civil et de droit constitutionnel »<sup>45</sup>. Mais son rayonnement est beaucoup plus vaste<sup>46</sup>.

C'est donc la vie qui gouverne la personnalité juridique, de son commencement à sa fin. Mais cette affirmation de principe ne suffit à elle seule à assurer un statut juridique à l'enfant conçu. Il est essentiel de préciser le moment à partir duquel et sous quelle condition un être est reconnu en vie, et donc comme une personne. Le droit congolais, fondé sur les principes protecteurs de la personne humaine, n'apporte pas de réponse satisfaisante. La reconnaissance de la vie et l'acquisition de la personnalité remontent à la conception, mais elles sont subordonnées

à la condition que l'enfant naisse vivant et viable. Le problème n'est pas réglé pour autant. Cette reconnaissance sous condition exclut d'emblée l'acquisition automatique de la personnalité juridique à l'enfant conçu, ce qui conduit à le traiter, en fonction des circonstances, tantôt comme une chose, mais pas vraiment, tantôt comme une personne, mais une personne imparfaite, potentielle<sup>47</sup>.

La démarche consistant à la reconnaissance de la personnalité juridique en fonction des principes protecteurs de la personne humaine, en particulier le principe du respect de l'être humain dès le commencement de la vie, ne suscite guère l'adhésion de tous. Les querelles de la doctrine et le silence du législateur ont conduit à la précarité du statut juridique de l'enfant conçu.

## **B- L'incertitude du statut juridique de l'enfant conçu**

Le statut de l'enfant conçu s'enlise dans les querelles doctrinales qui n'ont conduit jusqu'alors qu'à l'impasse (1). Faute d'unanimité et en l'absence d'une intervention du législateur, le recours aux données scientifiques pourrait peut-être permettre de dégager un critère susceptible de servir de fondement à un statut plus sûr (2).

### **1- L'impasse des controverses doctrinales**

Dans sa grande majorité, la doctrine souligne que le point de départ de la personnalité juridique est la naissance : « *c'est par la naissance et à la naissance*

44 Ph. MALAURIE, op.cit, n°7, p.32.

45 G. CORNU, op.cit, n°12.

46 Dans le code pénal français, plusieurs infractions spécifiques sont regroupées sous la dénomination générique d'« atteintes à la dignité de la personne ». Cette rubrique hétéroclite regroupe, les discriminations, la traite des êtres humains, la dissimulation forcée du visage, le proxénétisme et les infractions assimilées, le recours à la prostitution,

l'exploitation de la mendicité, les conditions de travail et d'hébergement contraire à la dignité de la personne, le travail forcé et la réduction en servitude, etc.

47 Nous voici dans la fable de la chauve-souris. Chez les oiseaux elle est rejetée parce qu'elle est une bête à poils avec des dents ; chez les animaux elle est exclue de leur communauté à cause de ses ailes qui font d'elle une bête volante.

que s'extériorise l'aptitude à être sujet de droit »<sup>48</sup> ; « en droit français comme dans d'autres droits, le principe est celui de l'acquisition de la personnalité juridique par la naissance »<sup>49</sup>. En dépit de l'importance et de la force de ce principe, il n'existe aucun texte en droit civil congolais qui le consacre explicitement. Mais, en réalité, ce principe n'est pas totalement absent car il ressort implicitement de certaines dispositions du code de la famille. L'article 458 interdit à un enfant qui n'est pas né vivant de recevoir une succession. Toutefois, on le sait, ce principe est assorti de deux conditions sans lesquelles il ne peut trouver application. La naissance n'est source d'acquisition de la personnalité que dans la mesure où l'enfant naît vivant et viable. L'acquisition des droits subjectifs semblerait donc être subordonnée à la naissance.

Une application rigoureuse d'un tel principe conduirait fatalement à la négation de la protection des intérêts patrimoniaux de l'enfant conçu avant sa naissance, puisque par hypothèse la personnalité juridique ne lui est pas encore reconnue. C'est à juste titre, pensons-nous, qu'une partie de la doctrine conteste le bienfondé de ce principe. Elle estime que l'attribution de la personnalité juridique dépend, avant toute chose, de la vie humaine : « *La personnalité juridique est reconnue par la loi civile à tout être humain. Elle lui vient avec la vie. Fondé sur la nature, sur la biologie, le droit civil répond ici aux exigences de la vie, il l'entérine : c'est la vie qui réclame, qui exige dès qu'elle existe et tant qu'elle dure d'être reconnue. Fort de la conformité à la nature (au droit naturel), ce principe de droit positif gouverne l'acquisition et la perte de la personnalité juridique* »<sup>50</sup>. C'est

donc à tort que certains auteurs soutiennent la thèse suivant laquelle « *la personnalité juridique est toujours un don de la loi, quel qu'on soit le bénéficiaire* »<sup>51</sup>. Contre cette thèse ou doit rappeler avec force que « *la loi consacre la personnalité juridique. Mais elle ne l'attribue pas, elle la reconnaît... ce qui est sûr, c'est que la personnalité juridique des personnes physiques ne relève pas du bon vouloir du législateur. Ce n'est une création arbitraire. On pourrait encore dire, qu'à proprement parler, la loi n'institue pas la personne, elle sanctionne sa personnalité, en couronnant une exigence de nature* »<sup>52</sup> ; « *la personnalité juridique n'est pas une construction artificielle, mais la consécration légale d'une donnée naturelle... [elle] n'est pas un don de la loi (qu'il dépendrait de celle-ci d'accorder ou de retirer à qui elle veut, quand elle veut) mais, pour chacun et pour la vie de chacun, une exigence naturelle, commune et viagère en quelque sorte* »<sup>53</sup>. Les principes qui gouvernent la protection de la vie humaine relèvent de l'ordre naturel des choses : « *la vie humaine existe bien avant la naissance. C'est pourquoi il serait possible d'anticiper l'acquisition de la personnalité juridique, afin de la conférer à l'enfant à naître* »<sup>54</sup>. C'est dans ce sens que doivent être compris les textes en matière de succession qui font de l'enfant conçu un héritier à part entière, conformément au célèbre adage *infans conceptus pronato habetui quoties de commodis ejus agitur*.

On évoquera d'abord, à titre de comparaison, l'article 725 du code civil française relatif aux qualités requises pour succéder qui dispose : « *Pour succéder, il faut exister à l'instant de l'ouverture de la succession ou, ayant déjà été conçu, naître viable* »<sup>55</sup>. A ce texte il faut adjoindre les

48J. CABONNIER, *Droit civil. Les personnes*, op.cit, n°13.

49 F. ROUSSEAU, op.cit, n°s102-103.

50 G. CORNU, op.cit., n° 6.

51 H. et L. MAZEAUD, J. MAZEAUD et F. CHABAS, *Leçons de droit civil*. T I, 2<sup>e</sup> vol. *Les personnes. La personnalité. Les incapacités*, 3<sup>e</sup> éd., Par F. LAROCHE-GISSEROT, Montchrestien,

1997, n° 757 ; Cl. NEYRINCK, « L'embryon humain : une catégorie juridique à dimension variable », D. 2003, p.841 et s., spéc., p.842.

52G. CORNU, op.cit. ibid.

53 G. CORNU, op.cit., n°6, pp.14-15.

54F. ROUSSEAU, op.cit., n°105.

55 C'est noms qui soulignons.

deux premiers alinéas de l'article 906 du même code relatif à la capacité de disposer ou de recevoir par donation entre vifs ou par testament : « *Pour être capable de recevoir entre vifs, il suffit d'être conçu au moment de la donation. Pour être capable de recevoir par testament, il suffit d'être conçu à l'époque du décès du testateur...* »<sup>56</sup>.

Le rapprochement de ces deux textes montre bien que « celui qui est conçu est une personne susceptible de recevoir entre vifs. C'est une personne vivante »<sup>57</sup>. La propriété est un droit que l'on peut acquérir par succession ou par libéralité. Or, « *seules les personnes sont titulaires de droits, et celui de recevoir en est un parmi d'autres, qui suppose un titulaire* »<sup>58</sup>, qui n'est autre que l'enfant conçu au regard des dispositions qui viennent d'être rappelées. La pertinence de ce syllogisme conduit à admettre que le législateur a pris part sur la qualité juridique de l'enfant conçu : cet être humain peut déjà être titulaire de droits... son existence physique le fait compter parmi les héritiers de ses parents au même titre que ses aînés<sup>59</sup>. C'est à ce titre que le Professeur Ch. MBA-OWONO rappelle opportunément « *l'acquisition de la personnalité par anticipation* »<sup>60</sup>. Il nous paraît nécessaire d'y insister. « *Dès le moment de sa conception, l'enfant conçu est sujet de droit, sa vie est celle d'un être humain et doit être respectée en tant que telle... le droit à la vie est garanti dès la*

*conception et, l'enfant à naître jouit de la personnalité juridique* »<sup>61</sup>.

La conformité du droit congolais à ce principe ne fait aucun doute. En proclamant le caractère sacré de la personne humaine, le préambule du code de la famille rappelle qu'« elle est sujet de droit... à partir de sa conception ». Suivant l'article 2 de ce code, « l'enfant dès qu'il est conçu est réputé né toutes les fois que son intérêt l'exige... », autrement dit, il est assimilé à une personne née et, à ce titre, dotée de la personnalité juridique. L'on prétend souvent qu'il s'agit d'une fiction. En réalité, ce n'est que l'application de la théorie juridique à la réalité<sup>62</sup> dans des multiples circonstances. Une ancienne jurisprudence française affirme que l'enfant conçu peut être reconnu avant la naissance<sup>63</sup>. Cette prise en considération de son statut de personne humaine par le législateur constitue le fondement principal sur lequel repose ses droits patrimoniaux. C'est ainsi qu'un arrêt de la Cour de cassation en date du 8 mars 1939 avait décidé d'étendre la qualité d'enfant légitime à un enfant conçu avant la célébration du mariage de ses parents et lui avait reconnu des droits patrimoniaux. Il avait affirmé que l'enfant conçu avant le mariage né après la célébration, était légitime dès sa conception, et avait donc, en cas d'accident du travail mortel survenu à son père avant sa naissance alors qu'il était conçu, droit aux rentes d'accidents du travail, alors réservés aux enfants légitimes<sup>64</sup>. La légitimité d'un enfant né dans le mariage

56 C'est nous qui soulignons.

57 G. MEMETEAU, « La situation juridique de l'enfant conçu. De la rigueur classique à l'exaltation baroque », Rev. crim. dr. civ. 1990, p.611 et s., spéc. p.614.

58 G. MEMETEAU, op.cit., ibid.

59 Ibid.

60 Ch. MBA-OWONO, *Précis de Droit Civil gabonais. Les personne- les incapacités*, Dianoïa-Paris, 2019, n°17, p.23.

61 G. MEMETEAU, op.cit., p.615.

62 G. MEMETEAU, op.cit., p.614.

63 Cass.civ. 16 décembre 1811, S.1809-1811.I.433, cité par Ph. MALAURIE, op.cit., n°9, p.35, note

n°27. Il est intéressant de noter à quel point l'enseignement de l'Eglise catholique reste particulièrement attaché à cette conception du commencement de la vie : « L'être humain doit être respecté et traité comme une personne dès sa conception, et donc dès ce moment on doit lui reconnaître les droits de la personne, parmi lesquels en premier lieu le droit inviolable de tout être humain innocent à la vie », Congrégation pour la doctrine de la foi, Rome 1987, cité par Ph. MALAURIE, op.cit., n°9, p.34, note n°21.

64 Cass. ch. Réunies, 8 mars 1939 (affaire veuve HERANVAL), DC 1941, p.37 ; S.1941.I.25, note H. BATIFFOL.

remontait donc à la conception même antérieure au mariage. Dans un arrêt du 10 décembre 1985, la haute juridiction française a pris en compte l'enfant conçu parmi les bénéficiaires d'une rente de majoration de capital décès : « *A violé le principe selon lequel l'enfant conçu est réputé né chaque fois qu'il y va de son intérêt, la Cour d'appel qui a écarté, pour le calcul de la majoration d'un capital-décès, les enfants simplement conçus* »<sup>65</sup>. Récemment, la chambre criminelle de la Cour de cassation a admis, pour la première fois, le préjudice moral par ricochet de première de l'enfant conçu en raison du décès accidentel de son père avant sa naissance : « *l'absence de S...Q... auprès de son fils G... sera toujours ressentie douloureusement par l'enfant qui devra se contenter des souvenirs de sa mère et de ceux de ses proches pour connaître son père et construire son identité, et que G... souffrira de l'absence définitive de son père qu'il ne connaîtra jamais, toute sa vie* »<sup>66</sup>.

De ce point de vue le code congolais de la famille se présente comme un véritable outil de protection des intérêts patrimoniaux de l'enfant conçu. En matière de succession l'article 458, al.2 dispose : « L'enfant dès qu'il est conçu peut succéder s'il naît vivant ». Les articles 769, 770 et 787 le comptent parmi les bénéficiaires de libéralités. Les dispositions de l'article 639 font de lui l'un des bénéficiaires de l'assurance sur la vie : « est considérée comme faite au profit de bénéficiaires déterminés l'assurance vie souscrite par le cocontractant au profit soit de ses enfants et descendants nés ou à naître... ».

Le principe dégagé à partir de la règle *infans conceptus* comporte toutefois une condition fondamentale : les intérêts patrimoniaux de l'enfant conçu ne lui sont

acquis que sous la condition qu'il naisse vivant et viable. Cette condition est interprétée par une partie de la doctrine comme un obstacle à l'acquisition de la personnalité juridique de l'enfant conçu avant la naissance. Sur cette question deux positions se dégagent au sein de la doctrine.

La première position, radicale, consiste à traiter l'embryon comme une chose. Certains auteurs estiment en effet que la reconnaissance de la personnalité juridique à l'embryon découle d'une confusion entre la personne juridique et la personne humaine. Ils mettent un accent particulier sur ces deux notions. De cette distinction il résulte que le principe d'acquisition de la personnalité juridique à la naissance est pleinement justifié, dans la mesure où « *la personnalité juridique n'a pas vocation à consacrer l'existence d'un être humain mais à permettre l'affirmation de l'autonomie d'un individu sur le terrain du droit* »<sup>67</sup>. L'on explique en ce sens que la fonction de la personnalité juridique est de permettre des échanges juridiques avec d'autres personnes. Or l'enfant à naître, par la dépendance étroite qu'il entretient avec sa mère, n'a aucune existence autonome qui lui permettrait de concevoir sa participation au commerce juridique<sup>68</sup>. A ce stade il ne remplit aucune condition liée à la résidence, au nom et à la filiation<sup>69</sup>. Cette absence d'autonomie juridique coïncide avec l'absence d'autonomie biologique, puisque c'est à la naissance que l'enfant conçu se détache du sein de sa mère. Jusqu'à la naissance, il n'est qu'un *pars viscerum matris*, comme pensaient les Romains, autrement dit un morceau des entrailles de sa mère. C'est ainsi que certains auteurs ne

65 Cass. Civ, 1ere, 10 décembre 1985, Defrénoi, 1986, p.668, note G. PAIRE.

66 Crim. 10 novembre 2020, Rév. trim. dr. civ., 2021, p.105, obs. A.M. LEROYER ; AJ. fam. 2020, p.679, obs. L. MARY ; AJ. pénal 2021, p.31, note, Y. MAYAUD.

67 P. ROUSSEAU, op.cit., n°106.

68 Ibid.

69 X. LABBEE, « L'enfant conçu n'est pas un échancier d'aliments », D.1999, p.177 ; CL. NEIRINCK, « L'embryon humain : une catégorie juridique à dimension variable », D. 2003, p.841.

lui attribuent ni plus ni moins que le statut d'une chose<sup>70</sup>.

La seconde position se montre plus nuancée. Elle ne conteste pas radicalement la personnalité juridique de l'enfant conçu mais la reconnaît sous certaines conditions. Pour certains auteurs français, les droits patrimoniaux de l'enfant conçu ne souffrent aucune contestation : « l'enfant simplement conçu peut héritier ou recevoir des libéralités, voire acquérir des droits... mais l'effet (de la maxime *infans conceptus* s'arrête là. Non seulement il ne saurait être partie à une opération juridique mais sa pré-personnalité exclut qu'il ne puisse supporter des obligations »<sup>71</sup>. Si la rétroactivité de la personnalité juridique à la date de la conception au profit d'un enfant né vivant et viable est évoquée, c'est pour affirmer que cette personnalité n'est acquise que sous la condition suspensive de naître. C'est ainsi que l'on a avancé l'idée d'une personnalité conditionnelle pour reconnaître que la naissance est la condition d'acquisition de la personnalité. Par conséquent, puisque la personnalité de l'enfant conçu est soumise à la condition de naître vivant et viable, on a fini par considérer que « l'embryon ou le fœtus doit être reconnu comme une **personne potentielle** qui est ou a été vivante et dont le respect s'impose à tous »<sup>72</sup>. L'affirmation conduit à admettre que l'embryon est un « *participant au moins virtuel du genre humain et que les grandes dimensions de la personne existent à l'état latent comme des virtualités en attente d'accomplissement ..., une représentation anticipée d'une personne psychosociale dont l'édification a commencé* »<sup>73</sup>.

Tout en proclamant le caractère sacré de la personne humaine, le droit congolais participe en même temps, implicitement, à cette remise en cause des principes de suprématie et de dignité de

l'être humain qui constituent, au fond, les fondements même de la protection de l'enfant conçu. Tous les textes du code de la famille qui protègent ses intérêts patrimoniaux - article 2, 458- al.2, 639- al. 2, 769- 770 et 787- soumettent cette protection à la condition que l'enfant naisse vivant et viable. Ils s'inscrivent ainsi dans la logique du courant doctrinal qui considère l'enfant conçu comme un être jouissant d'une personnalité simplement conditionnelle. Une analyse des textes sus-mentionnés permet d'affirmer qu'en droit congolais la naissance demeure donc l'élément primordial de l'acquisition de la personnalité, ce qui ne s'oppose pas, par ailleurs, à sa rétroactivité dans l'intérêt patrimonial de l'enfant.

Dans ce débat où chacun campe sur sa position, au détriment du statut de l'enfant conçu, les lumières de la science pourraient certainement ouvrir un horizon favorable à la reconnaissance inconditionnelle du statut juridique de l'enfant à naître.

## 2- Le recours aux données scientifiques

La recherche du statut juridique de l'enfant conçu par le biais des données scientifiques conforte l'observation du Doyen CARBONNIER sur le rapport du droit des personnes avec la biologie qui reste à jamais, plus que par le passé, d'actualité. Pour l'éminent auteur, « *Le droit des personnes, corps présent, a d'indéniables rapports avec la biologie qui, en quelques décennies, l'a ébloui de révélations de plus en plus spectaculaires... C'est une opinion répandue que le droit doit, à peine d'inadaptation, prendre rapidement en charge les nouveautés de la science... La biologie moderne démontre...que la vie commence dès*

70 CL.NEIRINCK, op.cit., p.845.

71 J. HAUSER, « Les bonnes de la personnalité juridique en droit civil ». *Dr. fam.* 2012, n°9.

72G. MEMETEAU, op.cit, p.616.

73Ibid.

*l'instant de la fécondation »<sup>74</sup>. Cet appel à la lumière des sciences est largement répandu dans la mesure où il est considéré comme la clef de la reconnaissance de la personnalité juridique de l'enfant conçu, susceptible de lui assurer la protection de ses droits patrimoniaux. Les partisans de la protection juridique de l'enfant conçu ne manquent pas d'y insister : « Les sciences biomédicales modernes nous enseignent que, dès la fécondation, la même entité va se développer sans rupture, en principe pendant 9 mois, jusqu'à cette naissance qui paraissait demeurer l'instant d'acquisition de la personnalité complète... Ce que l'on constate est un processus de développement constant et sans rupture à partir des premières cellules. Ce qui va ainsi croître et se perfectionner ne changera pas de nature... Il y a une vie qui apparaîtra plus tard avec une figure d'homme, et qui n'est pas confondue avec celle de la mère : sinon, Comment comprendre la fécondation in vitro ? »<sup>75</sup>.*

Quelle que soit la force des thèses développées, qui ne manquent pas de pertinence, pour contester la personnalité juridique de l'enfant conçu, l'on doit se pénétrer de cette évidence scientifique suivant laquelle dès la conception, « la vie existe, on la constate, le diagnostic prénatal la révèle, avec ses forces et ses lacunes. Elle se déroule comme un continuum de la conception à la naissance. Elle appelle protection »<sup>76</sup>. Grâce à l'observation de l'embryon et du fœtus par les procédés scientifiques et technologiques, l'idée de vie fictive de l'enfant conçu « se trouve largement dépassée par celle de vie réelle. Ainsi la pratique des dernières techniques d'examen, notamment l'échographie, a permis de mettre en évidence l'existence des

*fonctions particulières du fœtus : on peut entendre son cœur battre un mois et demi après la conception ; la rétine est prête à jouer son rôle de photorécepteur dès la deuxième moitié de la gestation ; les pores du goût sont en place dès la 12<sup>e</sup> semaine ; la déglutination existe et varie selon le produit injecté dans le liquide amniotique, de telle sorte que le "goût" existe chez le fœtus, il est, aussi, sensible à des simulations tactiles, et à différents mouvements de la mère (respiration, toux, rire, etc. ; son audition, en fin de gestation, est très comparable à celle du nouveau-né »<sup>77</sup> Après avoir assisté à une séance d'échographie, le Substitut du Procureur général de la Cour d'appel de Paris, auteur de ces descriptions que nous reprenons ici à notre compte, témoigne et fait part de son émerveillement en ces termes : « Il nous a été permis...d'assister à une séance, d'échographie dans une clinique parisienne. Nous avons pu constater "le mouvement d'un fœtus de cinq mois, et la vie de l'infans conceptus ne nous paraît plus être le résultat d'une simple fiction »<sup>78</sup>.*

Ces techniques permettent aujourd'hui de détecter les maladies de l'embryon. Tel est le rôle du diagnostic prénatal. Celui-ci vise à détecter une affection susceptible de justifier, le cas échéant, une interruption thérapeutique de grossesse. Il « s'entend des pratiques médicales, y compris l'échographie obstétricale et fœtale, ayant pour but de détecter in utero chez l'embryon où le fœtus une affection d'une particulière gravité »<sup>79</sup>.

Pour le médecin qui le traite, l'enfant conçu est un patient comme les autres<sup>80</sup>. Le diagnostic prénatal peut comporter des risques d'erreur. Comme

74 J. CARBONNIER, *Droit Civil*, T 1, *Les personnes, Personnalité, incapacités, personnes morales*, op.cit., n°3 p.17. L'auteur rappelle ce rapport pour stigmatiser l'autorisation de l'interruption volontaire de grossesse (IVG). « Cette vérité, jetée dans le droit, dit-il, aurait impliqué l'interdiction radicale de l'IVG, sauf aveu d'homicide ».

75 G. MEMETEAU, op.cit., p.619.

76 Ibid., p.622.

77 G. PAIRE, note ss. cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 10 décembre 1985, préc., p.670.

78 G. PAIRE, op.cit., p.671.

79 Art. L.2131-1., CSP français.

80 F. BONNEAU, « L'embryon ? Un patient », *Gaz Pal* 2002, Doctr., p.265.

pour les malades ordinaires, la responsabilité civile du médecin peut être engagée en cas de faute ayant causé directement un handicap à l'enfant<sup>81</sup>.

Le commencement de la vie dès la conception n'est donc pas une affirmation abstraite. C'est cette vie dès le commencement que le droit congolais protège, par des dispositions légales qui garantissent la protection patrimoniale de l'enfant conçu.

C'est sur le fondement des données scientifiques, embryonnaires à l'époque du code civil napoléonien en 1804, que la durée de la grossesse est fixée entre le 300<sup>e</sup> et le 180<sup>e</sup> jour avant la naissance de l'enfant. Cette durée de la présomption de la conception est reprise par l'article 229 du code congolais de la famille aux termes duquel « la loi présume que l'enfant a été conçu pendant la période qui s'étend du trois-centième au cent quatre-vingtième jour, inclusivement avant la date de la naissance ».

81 Y. BUFFELAN-LANORE et V. LARRIBAU-TERNEYRE op.cit., n°2224-2226. Le problème s'est également posé lorsque l'erreur de diagnostic n'a pas permis de détecter une anomalie de l'embryon ou du fœtus qui aurait permis aux parents de recourir à l'interruption de grossesse, pour éviter la naissance d'un enfant handicapé. Dans un arrêt célèbre connu sous le nom de l'affaire PERRUCHE, la Cour de cassation avait admis la réparation du préjudice subi par les parents du fait de la naissance d'un enfant handicapé, mais également la réparation du préjudice subi par l'enfant : Cass. ass. plén., 17 novembre 2000, JCP 2000. II .10438, Concl. J. SAINTE-ROSE, Rapp. P. SARGOS, note, F. CHABAS ; D.2001, p.332, note D. MAZEAUD. Arrêt très commenté- J. SAINTE-ROSE, « La réparation du préjudice de l'enfant empêché de ne pas naître handicapé », D.2001, p.316 ; B. EDELMAN, « L'arrêt "PERRUCHE" : une liberté pour la mort ? », D.2002, Chron. p.2349 ; J.-L. AUBERT, « Indemnisation d'une naissance handicapée qui, selon le choix de la mère, n'aurait pas dû être », D.2001, chron., p.489 ; Y. SAINT-JOURS, « Handicap congénital- Erreur de diagnostic prénatal-Risque thérapeutique sous-jacent », D.2001, Chron. p.1263 ; L. AYNES,

Convaincus des lumières de la science, certains auteurs en ont tiré profit en faveur de la condition de l'animal et s'étonnent de ce que le droit civil des personnes n'en ait pas fait autant pour l'enfant conçu. Pendant que l'on s'égare dans les tergiversations pour « la reconnaissance de la personnalité juridique du fœtus humain renvoyée au calendes grecques »<sup>82</sup> cette reconnaissance est acquise pour le « fœtus animal ». L'explication en est simple.

Les nouvelles connaissances scientifiques ont mis en évidence « la capacité des animaux à éprouver et à exprimer la douleur, de la souffrance, de l'angoisse et un dommage durable »<sup>83</sup>. Ces animaux sont les céphalopodes et les « formes fœtales des mammifères, car certaines données scientifiques montrent que ces formes, dans le dernier tiers de leur période de développement, présentent un risque accru d'éprouver de la douleur, de la souffrance et de l'angoisse qui peut affecter négativement leur développement ultérieur »<sup>84</sup>. Il apparaît clairement, en droit français tout au moins, que les formes

« Préjudice de l'enfant handicapé : la plainte de Job devant la Cour de cassation », Rev. trim. dr. civ. D.2001, Chron. p.492 ; M. FABRE-MAGNAN, « Avortement et responsabilité médicale », Rev. trim. dr. civ. 2001, p.285 ; B. MARKSINIS, « Réflexion d'un comparatiste anglais sur et à partir de l'arrêt PERRUCHE », Rev. trim. dr. civ. 2001, p.77 ; Ph. JESTAZ, « Une question d'épistémologie - à propos de l'affaire PERRUCHE », Rev. trim. dr. civ. 2001, p.547. Malgré les critiques unanimes de la doctrine, la Cour de cassation a confirmé cette jurisprudence - Cass. ass. plén., 13 juillet 2001, JCP 2001. II.10601, Concl. J. SAINTE-ROSE, note F. CHABAS ; Dr. fam. 2001, Chron. p.24, obs., P. MURAT. La loi du 4 mars 2002 relative au droit des malades et à la qualité du système de santé a mis en terme à cette jurisprudence et à la discussion- V° Y. BUFFELAN-LANORE et V. LARRIBAU - TERNEYRE, op. cit., n° 2225.

82 J.-P. MARGUENAUD, « La personnalité juridique du fœtus humain », in personne et familles, hommage à F. POUSSON-PETIT, Presses Universitaires de Toulouse 1 Capacité, 2016, p.139 et s.,

83 J.-P. MARGUENAUD, op.cit., p.146.

84 Ibid., p.147.

foétales des mammifères sont juridiquement mieux protégées que les enfants à naître.

Forts de ces avancées scientifiques, ces mêmes auteurs estiment que la distinction entre l'embryon et le fœtus commande la reconnaissance de la personnalité juridique de l'enfant conçu. Cette position intermédiaire admet la personnalité juridique de l'enfant conçu au stade du fœtus et propose de la refuser au stade embryonnaire : « *On pourrait se demander si les temps ne sont pas venus d'opérer entre l'embryon et le fœtus une ferme distinction qui conduirait à accorder à celui-ci la personnalité juridique que l'on continuerait à refuser à celui-là* »<sup>85</sup>.

Cette question n'échappe pas au droit congolais dans la mesure où la pratique de l'échographie est très répandue quoiqu'elle reste encore confrontée à quelques difficultés liées à la formation de ceux qui ont la charge de l'appliquer. Au regard de cette technique, la distinction entre l'embryon et le fœtus semble aisée à établir. Le seul problème auquel le droit congolais est encore confronté, comme le droit français, est celui de la détermination de la date exacte du commencement de la vie. Si les données scientifiques permettent d'établir avec certitude le commencement de la vie au stade de la conception, elles n'ont pas toujours suffisamment élucidé l'épineux problème de la date exacte de ce début de la vie. La distinction entre l'embryon et le fœtus ne permet pas de la fixer. La question est d'autant délicate que la protection de l'embryon *in vitro* conservé en dépend. Elle constitue l'une des sources de la remise en cause des principes protecteurs de l'enfant conçu dans le domaine extrapatrimonial.

## II- LA REMISE EN CAUSE DES PRINCIPES PROTECTEURS DE L'ENFANT CONÇU DANS LE DOMAINE EXTRAPATRIMONIAL

La protection extrapatrimoniale de l'enfant conçu vise sa vie et plus largement son intégrité physique. En droit congolais, cette protection extrapatrimoniale est tout aussi incertaine qu'en matière patrimoniale. Elle est assurée essentiellement par les dispositions répressives dont l'effectivité est si incertaine qu'elle a fait perdre à l'enfant conçu une protection digne de ce nom. Cette difficulté est accentuée par les progrès scientifiques et technologiques relatives à la procréation médicalement assistée qui, à bien des égards, a conféré à l'embryon le statut d'une chose. Les menaces qui pèsent sur la vie et l'intégrité de l'enfant à naître visent à la fois l'enfant conçu par la fécondation naturelle ou artificielle mais gisant dans le sein de la mère (A), et celui conçu par la procréation artificielle et conservé *in vitro* (B).

### A. L'enfant conçu *in utero*

L'enfant conçu peut faire l'objet d'atteintes visant sa vie, ou son intégrité physique. En droit congolais la protection contre ces atteintes est principalement assurée par l'incrimination de l'avortement. Mais les difficultés de son application ont inéluctablement contribué à son affaiblissement (1). Ces difficultés sont encore plus graves lorsque la mort de l'enfant conçu est la conséquence directe des coups et blessures involontaires d'un tiers. Cette hypothèse a donné lieu à une controverse qui n'épargne pas le droit congolais (2).

#### 1- La Protection relative de la vie de l'enfant conçu *in utero* par la répression de l'avortement

En droit congolais l'incrimination de l'avortement prévue à l'article 317 du code pénal qui dispose à son premier alinéa : « Quiconque par aliments, breuvages, médicaments, manœuvres, violences, ou par tout autre moyen aura procuré, tenté de procurer l'avortement

85 J.-P. MARGUENAUD, op.cit., p.140.

d'une femme enceinte ou supposée enceinte, qu'elle ait consenti ou non, sera puni d'un emprisonnement d'un an à cinq ans... ». Cette peine et celle d'amende prévue à cet effet sont portées au double dans l'hypothèse où l'avortement sera pratiqué dans les conditions d'exercice illégal de la médecine. L'auto-avortement par la femme enceinte ou supposée enceinte est puni d'une peine d'emprisonnement de six mois à deux ans.

Au regard de l'échelle des peines, l'avortement en droit congolais comporte un double régime : l'avortement simple qui est un délit, et l'avortement aggravé qui constitue un crime. La question essentielle ici est celle de savoir à l'égard de qui l'avortement est puni : la femme enceinte ou l'enfant conçu ? De la réponse apportée à cette question dépend le sort de la vie de l'enfant à naître.

L'analyse des dispositions pénales qui viennent d'être rappelée laisse apparaître que l'avortement est le fait d'empêcher un enfant de naître. C'est une infraction contre l'enfant. Dans le code pénal congolais, il figure dans le chapitre consacré aux crimes et délits contre les personnes. Dans ce cas, il porte donc nécessairement atteinte à deux valeurs sociales essentielles protégées par le droit pénal au titre des infractions contre les personnes : la vie et l'intégrité physique de l'enfant conçu. L'avortement constitue une atteinte à ces deux valeurs. Les rares décisions des juridictions répressives congolaises en la matière confirment cette analyse. Dans un jugement correctionnel en date du 21 décembre 2015, le Tribunal de Grande Instance de Brazzaville avait décidé qu'« *il ya en effet avortement, au sens de la loi, toutes les fois que, par un procédé artificiel quelconque, la grossesse, se trouve interrompue... ; Que de telles manœuvres démontrent l'intention coupable du prévenu, qui agissait en*

*connaissance de ce qu'il commettait le délit d'avortement, tant et si bien que dans ses agissements le but recherché était ce résultat* »<sup>86</sup>. Le respect de la vie et de l'intégrité physique de l'enfant à naître sont donc au centre de la protection extrapatrimoniale en matière d'avortement. Cependant, cette position ne fera pas oublier que l'article 317, al. 1<sup>er</sup> du code pénal congolais punit également l'avortement d'une femme supposée enceinte. En l'absence d'une grossesse établie, c'est la santé de la femme qui ainsi visée. Cette autre réalité de la répression de l'avortement est la preuve que celui-ci n'est toujours pas fondée sur la protection de la vie et de l'intégrité physique de l'enfant conçu. L'intégrité physique de la femme est donc également un facteur déterminant.

D'autres considérations rentrent également en ligne de compte et contribuent sinon à la remise en cause des principes qui sous-tendent la répression de l'avortement, du moins à leur altération dans les esprits. En effet, à l'instar de certaines infractions tel que l'adultère, l'histoire de l'avortement est ponctuée par une correctionnalisation qui témoigne d'un affaiblissement certain du respect de la vie et de l'intégrité physique de l'enfant conçu. Le code pénal congolais hérité de la colonisation est riche d'enseignement en ce sens. L'on fera remarquer que l'histoire du délit d'avortement est celle d'une atténuation progressive de la répression, marquée ensuite par une dépénalisation de plus en plus caractérisée<sup>87</sup>. Initialement l'avortement était puni de la réclusion criminelle. C'est une loi française de 1923 qui l'a correctionnalisé, dans le souci d'éviter les acquittements trop souvent prononcés par les Cours d'assises. Un ancien décret-loi du 29 juillet 1939 avait créé un fait justificatif en faisant disparaître la répression de l'avortement lorsque la continuation de la grossesse mettait en péril la vie de la mère. C'était déjà l'apparition de

86TGI. Brazzaville, 21 décembre 2015, Répertoire n°158. Inédit.

87 Sur ce rappel historique- V° J. PRADEL et M. DANTI-JUAN, *Droit pénal spécial*, op.cit., n°31.

la notion de l'avortement thérapeutique<sup>88</sup>. Entre 1955 et 1960, alors que le Congo était encore sous administration coloniale, le mouvement de la libéralisation de l'avortement prenait son ampleur, jusqu'à l'aboutissement de la loi Simonne VEIL du 17 janvier 1975 sur l'interruption volontaire de grossesse (IVG)<sup>89</sup>. Dans sa philosophie, cette loi n'apparaît pas comme une remise en cause du principe du respect de la vie et de l'intégrité physique de l'enfant conçu. Ce texte, obtenu avec difficultés dans une France catholique et politiquement ancrée à droite, répondait non seulement à la revendication de la libéralisation de l'avortement, mais il était surtout fondé sur la nécessité de répondre à l'appel de détresse de nombreuses femmes qui, pour des considérations sociologiques, psychologiques, économiques et familiales, ne pouvaient laisser poursuivre l'évolution de leur grossesse<sup>90</sup>. Le célèbre texte commence par rappeler que « la loi garantit le respect de tout être humain dès le commencement de la vie et qu'il ne saurait être porté atteinte à ce principe qu'en cas de nécessité et selon les conditions définies par la présente loi ».

Mais l'évolution ne s'est pas arrêtée là ; elle a poursuivi son cours jusqu'à la dépénalisation de l'avortement. Désormais, tout au moins en droit français, le principe de la licéité de l'avortement est acquis. La jurisprudence l'a consacré. Pour la Cour européenne des droits de l'homme, la liberté d'avorter est une liberté fondamentale tirée de la Convention européenne des droits de l'homme<sup>91</sup>. De son côté, le Conseil constitutionnel a décidé que

la liberté de la femme d'avorter devient une exigence à valeur constitutionnelle fondée sur l'article 2 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen<sup>92</sup>.

La Chambre criminelle de la Cour de cassations confirme, pour sa part, que l'action des associations dont l'objet statutaire comporte la défense des droits des femmes « *inclut nécessairement la défense des droits des femmes à accéder à la contraception et à l'avortement* »<sup>93</sup>.

Dans le cadre de l'aménagement de la loi sur l'interruption volontaire de grossesse en France, le législateur est intervenu dans trois cas : il y a donc fait justificatif par la permission de la loi. Le premier cas est celui de l'auto-avortement. La femme peut, en toute liberté, interrompre sa grossesse<sup>94</sup>. Le deuxième cas est celui de l'avortement pratiqué avant la fin de la douzième semaine. Sous le régime du texte originel de la loi VEIL, la licéité de l'avortement supposait une situation de détresse dans laquelle était placée la femme enceinte. Le législateur a supprimé cette condition en décidant que l'interruption est licite dès lors que l'intéressé « *ne veut pas poursuivre une grossesse* »<sup>95</sup>. Il y a fort à craindre, dans ces conditions, que la liberté de la femme et son droit à disposer de son corps ne deviennent un alibi commode pour porter atteinte à moindre coût au principe du respect à la vie dès son commencement. Le troisième cas d'avortement est l'avortement thérapeutique, autorisé à toute étape de la grossesse « *si deux médecins attestent, après examen et discussion, que la poursuite de la grossesse met en péril grave*

88 J. PRADEL et M. DANTI-JUAN, op.cit. n°31.

89 J. PRADEL et M. DANTI-JUAN, op.cit. n°31.

90 L'on se souvient des nombreuses réactions suscitées par un jugement du Tribunal correctionnel de Bobigny qui avait relaxé une adolescente qui s'était faite avorter « en raison de contrainte d'ordre moral, familial et social auxquelles elle n'a pu résister » et n'avait prononcer qu'une peine de principe contre sa mère. Trib. Corr. Bobigny, 22 novembre 1972, Gaz. Pal. 1972. II. 890.

A. DECOCQ, Commentaire de la loi du 17 janvier 1975, Rev. sc. crim. 1975, p.725, et 1980, p.734.

91 C.E.D.H., septembre 2002, BOSO c/Italie, Rev. trim. dr. civ. 2003, p.371, obs. J.-P. MARGUENAUD.

92 Cons. const. 27 juin 2001, cité par J. PRADEL et M. DANTI-JUAN, op.cit., ibid., note n° 4.

93 Crim. 27 novembre 1996, cité par J. PRADEL et M. DANTI-JUAN, op.cit, ibid.

94 J. PRADEL et M. DANTI-JUAN, op.cit., n°31.

95 Ibid., p.51.

*la santé de la femme ou qu'il existe une forte probabilité que l'enfant à naître soit atteint d'une affection d'une particulière gravité reconnue comme incurable au moment du diagnostic »<sup>96</sup>.*

Ce troisième cas est de loin préférable aux deux premiers cas, dans la mesure où il ne repose pas sur les caprices de la libre disposition de son corps par la femme.

D'une exception à l'autre, le droit français a réduit à peau de chagrin le champ de la répression de l'avortement. Son interdiction revêt désormais un caractère résiduel. Les poursuites pour avortement deviennent rarissime<sup>97</sup>. L'incrimination se réduit désormais à quelques cas que l'on pourrait ramener à deux hypothèses. La première est celle de l'article 223-10 du code pénal français qui réprime l'interruption de grossesse sans le consentement de l'intéressé. La seconde est prévue par les articles L.2222-2 et L.162-2 du code de santé publique français. Ce texte réprime certains cas d'interruption de grossesse pratiqués avec le consentement de l'intéressé mais dans des conditions telles qu'aucune règle n'a été respectée. Il s'agit notamment de l'interruption pratiquée après la douzième semaine sans qu'elle soit justifiée par un motif thérapeutique, de l'interruption pratiquée par une personne qui n'est pas médecin et de celle pratiquée dans un lieu autre qu'un établissement d'hospitalisation.

Si le droit congolais n'a pas encore atteint pareil niveau de dépénalisation de l'avortement, certains faits marquants méritent d'être relevés. On fera d'abord remarquer, du point de vue de la correctionnalisation, que l'avortement, nous l'avons relevé, est un délit, sauf

exception tenant au concours réel de qualifications ou à la récidive.

L'on retiendra ensuite qu'il n'existe pas un cadre légal réglementant l'interruption volontaire de grossesse au Congo. C'est donc dans un vide juridique total que les centres hospitaliers se livrent à la pratique de l'avortement, sans contrôle des pouvoirs publics. Le recours à l'avortement clandestin est très fréquent, avec des conséquences sur la santé de la femme. Dans ces conditions, il est impossible de disposer de données sur les raisons du recours à l'avortement, quoi qu'il soit tentant de mettre en avant les motifs économiques, sociaux et familiaux. Il reste à indiquer, enfin, que la rareté des poursuites pour avortement est susceptible d'être interprétée comme un signe de la banalisation d'un phénomène qui relève plus de la tolérance culturelle que de la loi. L'indifférence qui l'accompagne témoigne de l'affaiblissement de la conscience collective et du recul du respect de la vie. Bien souvent l'avortement ne fait l'objet de poursuite que dans l'hypothèse où la santé de la femme est en péril à la suite de l'administration de produits dangereux.

En définitive, par l'incrimination de l'avortement, le droit congolais affirme son attachement au respect des principes protecteurs de l'enfant conçu. Mais le problème de l'avortement n'épuise pas l'ensemble des difficultés relatives à sa protection pénale. L'une des questions très controversée est celle de l'homicide de l'embryon ou du fœtus.

## **2- La controverse sur la protection pénale de l'enfant conçu en cas d'homicide**

La controverse doctrinale sur la protection pénale de l'enfant conçu éclaire d'un jour nouveau les difficultés de sa

96 Ces dispositions relèvent du code de santé publique français- J. PRADEL et M. DANTI-JUAN, op.cit., n°s31-34. Pour une étude détaillée – V° Y.

BUFFELAN - LANORE et V. LARRIBAUTERNEYRE, op.cit., n°2220 et s.

97J. PRADEL et M. DANTI-JUAN, op.cit, ibid., p.53.

protection extrapatrimoniale de l'enfant conçu. Elle met davantage en évidence la remise en cause profonde du principe du respect de la vie dès son commencement. Cette controverse qui a divisé la doctrine française en deux camps diamétralement opposés intéresse de près le droit congolais dans la mesure où celui-ci est attaché à ce principe.

Le problème à aborder ici est différent de celui de l'avortement qui, lui, consiste à empêcher la naissance d'un enfant. Comme il a été indiqué, la répression de ce comportement laisse est assortie d'une exception notoire : l'interruption volontaire de grossesse.

Mais l'atteinte à la vie de l'enfant conçu ne se limite pas à cette hypothèse. Elle peut intervenir à la suite d'actes de violence exercés par un tiers sur la femme enceinte. La question qui se pose est celle de savoir si l'auteur de ces violences peut être poursuivi pour meurtre ou pour homicide involontaire ? La jurisprudence française est divisée. Alors que les juridictions du fond se prononcent en faveur de l'application de l'homicide involontaire, la Cour de cassation s'y oppose fermement. Pour la haute juridiction française, l'enfant conçu n'ayant point de personnalité juridique, sa vie ne saurait bénéficier de l'onction du droit pénal. Quelques arrêts méritent d'être rappelés à cet effet.

L'un des arrêts intéressants est celui de la Cour d'appel de Lyon en date du 13 mars 1997 dont voici brièvement les faits. Mme Thi-Nho Vo, réfugiée vietnamienne résidant à Lyon, s'était présentée à l'hôpital afin d'y subir la visite médicale de son 6<sup>e</sup> mois de grossesse. Le médecin qui

l'examinait l'a confondue avec une autre patiente, Mme Thi Thanh Van Vo. Trompé par cette erreur sur la personne, le médecin avait percé la poche des eaux de la femme enceinte venue pour la visite médicale alors qu'il croyait enlever le stérilet de Mme Thi Thanh Van Vo. Le liquide amniotique perdu au moment de cet accident n'ayant pu se reconstituer, la poursuite de la grossesse était devenue impossible et il avait fallu l'interrompre. La Cour d'appel de Lyon, ayant observé que le fœtus en parfaite santé et âgé de 20 à 24 semaines, était probablement viable, avait condamné le médecin à 6 mois d'emprisonnement avec sursis pour homicide involontaire<sup>98</sup>. La Chambre criminelle de la Cour de cassation a cassé cet arrêt, au nom du principe d'interprétation stricte de la loi pénale, parce que l'homicide peut être seulement perpétré sur un être humain revêtu de la personnalité juridique qu'aucun texte ne lui reconnaît avant la naissance<sup>99</sup>.

Cet arrêt avait ainsi porté un coup d'arrêt fatal à une longue tradition jurisprudentielle protectrice de l'enfant conçu en cas d'accident mortel et « *plongé l'enfant à naître dans le néant pénal quel que soit son niveau de développement* »<sup>100</sup>. Dans un autre arrêt tout aussi célèbre, l'Assemblée plénière de la Cour de cassation a conforté cette position. Elle a décidé, en effet, que « *le principe de la légalité des délits et des peines qui impose une interprétation stricte de la loi pénale, s'oppose à ce que l'incrimination prévue par l'article 221-6 du code pénal réprimant l'homicide involontaire d'autrui, soit étendu, au cas de l'enfant à naître dont le régime juridique relève de textes particuliers sur l'embryon ou le fœtus* »<sup>101</sup>. Désormais fixée, cette jurisprudence a

98 CA Lyon, 13 mars 1997, D. 1997, p.557, note S. SEVERIN ; JCP 1997. II.22955, note FAURE ; C. PUGELIER, « L'homicide involontaire d'un fœtus », Dr. pénal, chron., n°22.

99 Crim. 30 juin 1999, D. 1999, p.710, note D. VIGNEAU ; D. 2000, Som. com., p.27, Y. MAYAUD.

100 J. SAINTE-ROSE, « Une dépénalisation jurisprudentielle : l'enfant à naître ne peut jamais être victime d'un homicide », Dr. fam 2015, p.25 et s, spéc., p.27, n°5.

101 Cass. ass. plén., 29 juin 2001, Rapp. P. SARGOS ; Concl. J. SAINTE-ROSE, av. gén., JCP 2001. II. 10569, note M.-L. RASSAT ; D. 2001, chron. 2907, J. PRADEL.

suscité une véritable pluie de critiques de la doctrine quasi unanime<sup>102</sup>. Nous n'en retiendrons que celles ayant un rapport avec notre réflexion.

On a reproché à cette jurisprudence, entre autres, une interprétation peu convaincante de l'article 221-6 du code pénal français sur les atteintes involontaires à la vie. Contrairement à la thèse suivant laquelle l'enfant conçu n'a pas d'existence autonome, on a fait remarquer à juste titre que *« les progrès de l'embryologie et de l'échographie ont mis en évidence qu'en symbiose avec celle de sa mère, il possède une individualité biologique propre, preuve irréfutable de son altérité ; la femme enceinte porte en elle une autre vie »*<sup>103</sup>. Par conséquent, *« l'homicide étant classiquement défini comme la destruction d'une vie humaine, on ne voit pas pourquoi cette incrimination ne s'appliquerait pas à l'enfant à naître lorsque, en l'absence de fait justifiant légal, il est privé de vie par la faute caractérisée ou délibérée d'une tierce personne. Le cas présent entre bien dans les prévisions de la loi. D'autant plus que l'article 221-6 se trouve dans une section du code pénal significativement intitulée, "des atteintes à la vie" »*<sup>104</sup>. C'est aussi avec pertinence qu'on a souligné que *« pour le médecin qui le soigne, le fœtus est un patient à part entière, distinct de la femme qui le porte. Notre époque a vu l'essor de la thérapie fœtale et de la chirurgie pratiquée in ou ex utero »*<sup>105</sup>. L'exigence de la personnalité juridique comme critère de protection pénale de l'enfant conçu a été également remis en cause : *« la personnalité n'est pas une condition de la protection pénale de l'humain. C'est de toute évidence à l'être de chair et de sang, à la personne biologique ou physique que le code pénal accorde sa protection sous*

*l'angle des violences même les plus légères... La qualité d'être humain de l'enfant à naître n'est pas à démontrer »*<sup>106</sup>.

La position de la Cour de cassation va à l'encontre de l'évolution scientifique et technologique *« De nos jours, l'enfant attendu que l'imagerie médicale permet de contempler et de sexuer très tôt, à qui un prénom est donné avant sa naissance est déjà un membre de la famille... »*<sup>107</sup>.

En refusant d'accorder au fœtus la protection pénale qu'il mérite, la haute juridiction française a fait le choix de la réification de l'enfant conçu, au mépris des principes protecteurs de la vie humaine : *« la négation de l'homicide... qui transforme l'enfant à naître en objet destructible est humainement et socialement inacceptable car elle l'infériorise par rapport aux animaux domestiques, apprivoisés ou en captivité dont la vie est pénalement protégée mais qui font toujours partie des biens meubles ou immeubles par destination quoiqu'une loi récente ait reconnu qu'ils sont des êtres vivants doués de sensibilité »*<sup>108</sup>. En l'état actuel du droit français, une femme enceinte victime d'un accident qui perd à la fois son enfant conçu et un animal de compagnie, elle pourra obtenir, outre les dommages-intérêts, la condamnation pénale du responsable de l'accident pour la mort de l'animal ; la mort de l'enfant ne donnera lieu qu'à un dédommagement ! La comparaison est d'autant choquante que les lois sur l'environnement et sur l'animal sont plus protectrices. Les fervents partisans de la cause animale en font l'aveu<sup>109</sup>. L'article L. 415-3 du code français de l'environnement punit de peines correctionnelles la destruction, même involontaire, non

102 J. SAINTE-ROSE, « L'enfant à naître : un objet destructible sans destinée humaine », JCP 2004. I.197 ; « Une dépénalisation jurisprudentielle : l'enfant à naître ne peut jamais être victime d'un homicide », op.cit. ; G. CORNU, *Droit civil. Les personnes*, op.cit., n°8, pp.17-19.

103 J. SAINTE-ROSE, op.cit., n°7, p.28.

104 Ibid., n°8.

105 J. SAINTE-ROSE, op.cit., n°10, p.29.

106 Ibid., n°28.

107 Ibid.

108 Ibid., n°31.

109 J. MARGENAUD, op.cit, p.142.

seulement de spécimens mais aussi des nids et des œufs d'un nombre important d'espèces animales sauvages que l'on entend préserver. La doctrine indique, non sans humour mais avec gravité, que « *contrarier par mégarde le "projet parental" d'un crapaud vert, d'une pie grièche, d'une couleuvre vipérine ou d'un papillon votral, pour ne citer que ceux-là, est passible de 6 mois d'emprisonnement tandis que causer la mort d'un fœtus, serait-il sur le point de naître et quelle que soit la gravité de la faute commise, ne relève que du droit commun de la responsabilité civile* »<sup>110</sup>.

En droit pénal congolais, l'article 319 du code pénal sur l'homicide, les blessures et les coups involontaires est formulé dans des termes tels qui pourrait, pensons-nous, trouver application dans l'hypothèse où la mort du fœtus a été causée par la maladresse ou l'imprudence d'un tiers : « *Quiconque, par maladresse, imprudence, inattention, négligence ou inobservation des règlements, aura commis involontairement un homicide ou en aura été involontairement la cause, sera puni d'un emprisonnement de trois mois à cinq ans* ». Contrairement à l'article 221-6 du code pénal français, ce texte ne vise pas la mort d'autrui. Il permet ainsi d'éviter le débat sur l'autonomie biologique de l'enfant conçu par rapport à sa mère. Dans ces conditions, il suffit de prouver d'abord comme le font les juges du fond en France, que le fœtus était en parfait état de santé, et établir ensuite le lien de causalité entre la faute du tiers et la mort du fœtus. Pour qu'il en soit ainsi, il suffit de pénétrer l'esprit de l'article 319 précité pour comprendre que le législateur congolais n'a pas visé une catégorie spécifique de victime au détriment d'autres. Le caractère humain de l'enfant conçu autorise une application des

dispositions répressives relatives à l'homicide, aux blessures et aux coups involontaires, dans un système pénal où la répression de l'avortement ne connaît pas d'exception ou de fait justificatif à l'instar de l'interruption volontaire de grossesse.

C'est à la lumière de la procréation artificielle, notamment la conception *in vitro* que l'on appréhendera davantage la remise en cause des principes protecteurs de la vie de l'enfant conçu.

### B- L'enfant conçu *in vitro*

« Quand la raison n'a point de frein l'erreur n'a point de bornes »<sup>111</sup>. Plus de deux siècles après, l'enseignement de PORTALIS est toujours dans l'air du temps. A la fin du XIX<sup>e</sup> siècle, PONSARD, à l'instar de PORTALIS qui n'était pas notre contemporain, rappelait cet avertissement dans un vers d'une réalité profonde : « *Lorsqu'on franchit la borne, il n'est plus de limites* »<sup>112</sup>. La mise en garde avait déjà été formulée par RABELAIS : « *Science sans conscience n'est que ruine de l'âme* »<sup>113</sup>.

Les progrès scientifiques et technologiques dans le domaine de la procréation médicalement assistée constituent à notre époque la caisse de résonance de ces interpellations. Ces progrès considérables de la biologie médicale, riches de bienfaits, ouvrent aussi la porte aux manipulations génétiques et à l'eugénisme et créent donc une menace pour l'intégrité de l'espèce humaine dès le commencement de la vie, remettant ainsi en cause les principes protecteurs de l'enfant conçu. Face à cette menace, le législateur français a réagi par une série de lois bioéthiques pour placer la personne humaine à l'abri de la déshumanisation dès le stage de la conception. Cette protection

110 J. SAINTE-ROSE, « L'enfant à naître : un objet destructible sans destinée humaine », op.cit, n°8.

111 PORTALIS, cité par J. SAINTE-ROSE, « Une dépénalisation jurisprudentielle : l'enfant à naître ne

peut jamais être victime d'un homicide », op.cit., p.35.

112 PRONSARD, cité par P. BOUZAT, Rev.sc.crim., 1992, p.86.

113 F. RABELAIS, *Pantagruel*, 1532, chap. 8, p.31.

est d'une importance particulière lorsque la conception est l'œuvre d'une fécondation *in vitro*. Toutefois, les digues de ce cadre légal n'ont pas été suffisamment solides et ont cédé sous la pression de la demande scientifique et médicale relative à la recherche sur l'embryon. Le législateur a fini par ouvrir quelques brèches qui ont conduit à des manipulations plus poussées sur l'embryon. La rigueur de l'encadrement juridique (1) a été mise à rude d'épreuve et a fini par céder devant quelques tempéraments (2).

### 1- La rigueur de l'encadrement juridique de l'embryon *in vitro*

L'encadrement juridique de l'«embryon *in vitro* repose sur des principes fondamentaux éthiques qui commandent toutes les dispositions du code civil français ainsi que celles du code de santé publique en la matière<sup>114</sup>. Parmi ces principes figure celui du respect de l'intégrité de l'espèce humaine. On n'omettra pas de rappeler, une fois de plus, les dispositions de l'article 16 du code civil sur le principe de la primauté de la personne humaine, le respect de sa dignité et le respect de l'être humain dès le commencement de sa vie. Ce principe est complété par les principes d'intégrité du corps humain, de non-patrimonialité, de la nécessité du consentement et de l'anonymat du donneur. Aux termes de l'article 16-1 du code civil français, « *Chacun a droit au respect de son corps. Le corps humain est*

*inviolable. Le corps humain, ses éléments et ses produits ne peuvent faire l'objet d'un droit patrimonial* ». En droit congolais, ce texte trouve son équivalent dans le préambule du code de la famille qui consacre le principe de la sacralisation de la personne humaine : « La personne humaine est sacrée... ». Cette formule de synthèse que nous rappelons à nouveau regroupe les trois principes énoncés par le code civil français qui président la protection de la personne.

Ces principes sont généraux ; ils protègent toute personne contre toute atteinte, conformément à la maxime latine *Noli me tangere* (ne me touche pas) qui en exprime la quintessence. Revêtus du caractère d'ordre public, « ils défient toute convention contraire, frappée de nullité absolue. Assortis d'un éventail de sanctions qui prend un air comminatoire, ils sont tout spécialement placés sous vigilance judiciaire. Erigé en gardien du corps humain..., le juge peut prescrire toutes mesures propres à empêcher ou faire cesser une atteinte illicite au corps humain ou des agissements illicites portant sur des éléments ou des produits de celui-ci »<sup>115</sup>.

Les éléments et produits du corps humain correspondent à une distinction médicale. Les éléments comprennent les organes, les tissus et les cellules du corps humain, alors que les produits sont

114 La législation française en matière d'éthique et de biomédecine est placée sous le contrôle et l'appréciation de trois institutions qui pourraient inspirer le droit congolais : le Comité consultatif national d'éthique (CCNE) pour les sciences de la vie et de la santé, l'Agence de la biomédecine et l'Office parlementaire d'évaluation des choix scientifiques et technologiques. Créé par le Président. F MITTERAND en 1983, le Comité consultatif national d'éthique est compétent pour connaître des questions de société soulevées par les progrès de la connaissance dans le domaine de la biologie, de la médecine et de la santé. L'Agence de la biomédecine est compétente dans les domaines de la greffe, de la reproduction, de l'embryologie et de

la génétique gamine. Ses missions recouvrent la participation à l'élaboration de la réglementation, l'information du Gouvernement et du Parlement, la promotion de la qualité et de la sécurité sanitaires et la recherche médicale et scientifique, l'évaluation et le contrôle des activités médicales et biologiques. L'Office parlementaire d'évaluation des choix scientifiques et technologiques, créé par la loi n°83-609 du 8 juillet 1983 a pour mission d'informer le Parlement des conséquences des choix à caractère scientifique et technologique afin d'éclairer ses décisions – V°. Y. BUFFELAN-LANORE et V. LARRIBAU- TERNEYRE, op.cit, p.375.

115 G. CORNU, op.cit, n°15, p.30.

essentiellement constitués par les gamètes et le sang<sup>116</sup>.

Actuellement, le principe protecteur des éléments et produits du corps humain est celui de la non-patrimonialité. Même séparés du corps humain, ces « pièces détachées »<sup>117</sup> de G. CORNU ne sont pas des éléments du patrimoine. L'article 16-5 du code civil le rappelle avec force : « les conventions ayant pour effet de conférer une valeur patrimoniale au corps humain, à ses éléments ou à ses produits sont nulles ». Ces éléments « appellent un respect comparable à celui qu'exige le corps humain et ce non seulement parce que l'acte même qui les sépare du corps touche directement celui-ci, mais parce que, **même séparés du corps, ils gardent l'empreinte de leur humanité** »<sup>118</sup>. L'on s'accordera sans difficulté avec la doctrine pour reconnaître que « **la non-patrimonialité des éléments et produits du corps humain est l'affirmation radicale de leur non-animalité (ce ne sont pas des quartiers de bête) et de leur non-matérialité pure et simple (ce ne sont pas de banales substances physico-chimiques. La mémoire de leur humanité leur est indéfectiblement attachée** »<sup>119</sup>.

L'on est tenté d'étendre ce raisonnement à l'embryon *in vitro*, qui n'est ni un élément ni un produit du corps humain, mais un produit de la fécondation de gamètes qui, elles, sont des produits du corps humain. Sa conception et son existence extra utérines semblent expliquer les atteintes auxquelles il est exposé. Il importe de rappeler que le respect et la

protection qu'il appelle sont incontestablement liés à son humanité, une humanité qui doit lui être reconnue autant qu'il l'est pour les éléments et les produits du corps humain dont il est issu.

On connaît cependant les tempéraments dont souffre le principe de l'inviolabilité du corps humain. L'article 16-3 du code civil français qui édulcore ce principe dispose : « Il ne peut être porté atteinte à l'intégrité du corps humain qu'en cas de nécessité médicale pour la personne ou à titre exceptionnel dans l'intérêt thérapeutique d'autrui »<sup>120</sup>. La souplesse de la législation dont ce texte n'en est que la synthèse répond aux multiples exigences de la condition humaine dans sa fragilité. De cette souplesse ou cette flexibilité, le Doyen CARBONNIER a tiré un implacable enseignement : « Le droit est trop humain pour prétendre à l'absolu de la ligne droite »<sup>121</sup>. Il faudrait cependant craindre que la souplesse ou la flexibilité juridique, appliqué à l'embryon conçu *in vitro* ouvre la porte aux excès redoutables.

Deux lois françaises de 1994 dites de bioéthique constituent le socle de la protection<sup>122</sup>. Ces textes soumettent la conception de l'embryon *in vitro* à des conditions qui trouvent leur fondement dans les principes relatifs au respect de la suprématie de la personne humaine. La condition fondamentale est celle de la nécessité d'un projet parental. Les embryons ne peuvent être conçus *in vitro* que dans le cadre d'un projet parental. Cette condition est présentée comme de nature à assurer « la protection de l'embryon et à

116 Ibid., p.31.

117 G. CORNU, op.cit, n°16, p.33.

118 G. CORNU, op.cit, ibid. C'est nous qui soulignons.

119 Ibid. C'est nous qui soulignons.

120 Soumises à certaines conditions liées essentiellement au consentement de l'intéressé, les atteintes exceptionnelles au corps humain prennent plusieurs formes : V°. G. CORNU, op.cit., n°17-33, pp.34-48

121 J. CARBONNIER, *Flexible droit*, op.cit, p.8. (Préface de la première édition).

122 Loi n°94-653 du 29 juillet 1994 sur le respect du corps humain à l'origine des principes fondamentaux inscrits dans le code civil, et la 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, dont les dispositions sont transposées dans le code de santé publique. Elles ont subi des révisions successives dont la dernière remonte au 2 août 2021- V° Y. BUFFELAN- LANORE et V. LARRIBAU-TERNEYRE, op.cit., p.367.

éviter son instrumentalisation »<sup>123</sup>. Par conséquent, la loi prohibe la conception d'embryon *in vitro* à des fins commerciales ou industrielles. Ils ne peuvent non plus être conçus à des fins de recherche ou même à des fins thérapeutiques, sauf exception, nous dit-on, très rigoureusement encadrée et qui s'inscrit dans un projet parental<sup>124</sup>. L'une des interdictions la plus forte vise le clonage, prohibé, en principe, sous toutes ses formes<sup>125</sup>. Aux termes de l'article 16-4 du code civil, « Est interdite toute intervention ayant pour but de faire naître un enfant génétiquement identique à une autre personne vivante ou décédée ». L'article L.215-4 du code de santé publique interdit aussi bien le clonage reproductif que le clonage à des fins thérapeutiques ou de recherche, de même que le clonage à des fins commerciales ou industrielles. Dans le but de renforcer la protection de l'intégrité de l'espèce humaine, l'article L.215-5 du même code interdit la création d'embryons transgéniques obtenu par des manipulations génétiques censées permettre une amélioration de la race humaine, mais qui donneraient ainsi prise au développement des pratiques eugéniques. Est également interdite la création d'embryons chimériques qui résulteraient de l'implantation dans un embryon humain des cellules animales.

L'attention portée à ces questions est loin d'être anodine. Elle ne saurait s'expliquer autrement que par le respect dû à tout être humain dès le commencement de la vie. Ces évolutions auxquelles le droit congolais n'est pas encore confronté ont valeur de source d'inspiration sur la notion

de commencement de la vie inscrite dans son corpus législatif.

Fondé sur des principes éthiques solides et irréprouchables, le chemin qui conduit à la conception de l'embryon *in vitro* est pavé de bonnes intentions. Toutefois, les principes qui viennent d'être énoncés supportent des tempéraments qui, si l'on n'y prend garde, remettraient en cause le principe du respect de la vie dès son commencement.

## 2. Les tempéraments

Le statut juridique de l'embryon *in vitro* est bien plus difficile à déterminer que celui de l'embryon *in utero*. Le Conseil constitutionnel a estimé que « le principe du respect de tout être humain dès le commencement de la vie n'était pas applicable aux embryons *in vitro* »<sup>126</sup>. Exclu de toute humanité par la jurisprudence constitutionnelle, sa protection n'est pas non plus garantie de manière absolue par les principes qui gouvernent sa conception. Les tempéraments apportés à ces principes l'exposent aux atteintes multiples. Celles-ci peuvent être classées en deux catégories : les unes portent sur la destruction de l'embryon, les autres l'exposent à des manipulations ou à son utilisation à des fins de recherche scientifique ou thérapeutique. Ces exceptions ne peuvent se réaliser sans une idée, même en fine pointe, d'anéantissement du caractère humain de l'embryon *in vitro*.

Du point de vue de la destruction, la question s'est posée au sujet de ce que l'on a dénommé les embryons surnuméraires

123 Y. BUFFELAN – LANORE et V. LARRIBAU-TERNEYRE, op.cit., n°2200.

124 Ibid.

125 Le clonage, on le sait, permet la procréation d'un embryon par reproduction d'une cellule prélevée sur un être vivant, même adulte, dont le matériel génétique a été placé directement dans un ovule sans noyau. On produit ainsi un nouvel individu génétiquement identique à partir d'un unique individu. Ces expériences soulèvent de graves

problèmes éthiques. Elles ont eu lieu dans les domaines végétal et animal. L'on se souvient de la naissance de la brebis Dolly en Ecosse en juillet 1996 et de celle, en France, de la génisse Marguerite en 1998. - A. DORSNER-DOLIVET, « De l'interdiction du clonage à la réification de l'être humain. Loi n°2004-800 du 6 août 2004 », JCP 2004.I.172

126 Cons const. 27 juillet 1994, D. 1995, p.237, note B. MATHIEU.

pour désigner l'excédent d'embryons prélevés lors d'une fécondation *in vitro*. Les techniques médicales actuelles imposent la fécondation de plusieurs ovocytes, ce qui rend nécessaire la conservation d'un certain nombre d'embryons dont l'avenir est incertain. Le législateur français a prévu que « les membres du couple peuvent consentir par écrit à ce que soit tentée la fécondation d'un nombre d'ovocytes pouvant rendre nécessaire la conservation d'embryons, dans l'intention de réaliser ultérieurement leur projet parental. Dans ce cas, ce nombre est limité à ce qui est strictement nécessaire à la réussite de l'assistance médicale à la procréation compte tenu du procédé mis en œuvre. Une information détaillée est remise aux membres du couple... sur les possibilités du devenir de leurs embryons conservés qui ne feraient plus l'objet d'un projet parental ou en cas de décès de l'un des membres du couple »<sup>127</sup>. La décision de mettre fin à la conservation des embryons, autrement dit de procéder à leur destruction, intervient dans trois hypothèses. D'abord en cas de renonciation au projet des membres du couple, puisque le processus d'assistance médicale à la procréation ne peut plus se poursuivre. Enfin, lorsqu'un diagnostic anténatal a été effectué et a révélé une anomalie génétique responsable d'une maladie d'une particulière gravité<sup>128</sup>.

Il n'en fallait pas plus à ceux qui contestent la personnalité juridique de l'enfant conçu pour y voir les signes d'une réification de l'embryon : « Tout comme la notion de personne, le mot chose est pris dans son sens juridique abstrait. Il ne doit pas choquer. La chose est caractérisée par une existence matérielle propre- ici des cellules humaines - considérée sous le rapport du droit ou comme objet de droits. Par exemple, la conception des embryons *in*

*vitro* relève de la technique contractuelle. Il n'est pas choquant d'affirmer que l'embryon est juridiquement une chose, mais il appartient au législateur de définir la valeur et donc la protection que la société doit accorder à cette chose humaine. En effet, toutes les choses ne sont pas traitées de manière identique. Certaines sont plus protégées que d'autres. Or, il est très difficile de décrire avec netteté et cohérence la protection juridique reconnue à l'embryon. En effet, celle-ci varie en fonction du regard qu'on lui porte ; elle varie également dans le temps et en fonction de son utilité espérée »<sup>129</sup>.

La chose paraît d'autant vraie aux yeux de ces auteurs que l'embryon conçu ne présente pas suffisamment de garantie d'avenir. Repoussant l'embryon *in vitro* en dehors des frontières de la personnalité, ils estiment que « l'embryon *in utero* est engagé dans un processus dont le temps est programmé et dans un développement prévu, c'est donc plus l'anticipation que la destination qui pourrait ici être invoquée sur l'avenir où elle est plus lointaine puisque le processus de développement n'est pas engagé. Le législateur français des différentes lois bioéthiques n'a pas ignoré cette possibilité de classement puisque dans la question délicate des embryons surnuméraires, il a construit la *surmma divisio*, entre ceux que l'on pourra détruire – après un certain délai – et ceux qu'on conservera, sur la notion de “projet parental”. Ceux qui ne font pas l'objet de ce type de projet pourront être détruits après un certain temps »<sup>130</sup>.

L'arrêt du projet parental ouvre la voie non seulement à la destruction des embryons surnuméraires, mais également à la recherche sur l'embryon et à la conception d'embryons à des fins

127 Art. L. 2141-3, al., 2 C.S.P. français.

128 Art. L. 2141-4, al. 3 ; L. 2131-4, CSP français

129 Cl. NEIRINCK, op.cit., p.846, note n°17. L'auteur explique que l'embryon est conçu à partir d'une convention passée entre les futurs parents et le Centre d'assistance médicale à la procréation. Celle-

ci est assimilable à un contrat d'entreprise dans lequel les médecins sont garants de la qualité sanitaire de l'embryon.

130 J. HAUSER, « Les bornes de la personnalité juridique en droit civil », op.cit., n°30-31.

thérapeutiques. La porte a été poussée par le législateur français : « une recherche ne peut être menée qu'à partir d'embryons conçus *in vitro* dans le cadre d'une assistance médicale à la procréation qui ne font plus l'objet d'un projet parental et qui sont proposés à la recherche par le couple... ou le membre survivant du couple dont ils sont issus »<sup>131</sup>. Dans une vue plus large, on retiendra que le droit français autorise des recherches sur les embryons et sur les cellules souches<sup>132</sup>.

La question du clonage a également fait l'objet d'une ouverture. Dans son évolution la plus récente, la législation française maintient l'interdiction du clonage, mais elle subit désormais quelques entorses. Il est admis que les protocoles de recherche puissent être menés, ayant pour objet l'insertion de cellules souches pluripotentes humaines dans un embryon animal dans le but de son transfert chez la femelle<sup>133</sup>. Ce recul notable est intervenu au sujet des embryons animaux est une atteinte au principe de la dignité humaine, à l'intégrité de l'espèce humaine et au patrimoine génétique<sup>134</sup>.

Toujours à titre exceptionnel, on a admis également la conception d'embryons à des fins thérapeutiques au profit d'un enfant déjà né. L'hypothèse se présente pour les parents qui ont un premier enfant atteint d'une maladie génétique incurable et mortelle. Le but pour ses parents est de mettre en route une nouvelle grossesse par procréation médicalement assistée. A la naissance, l'enfant servira de donneur potentiel à son aîné, par le prélèvement de quelques cellules sur son cordon ombilical, à la condition que le diagnostic

préimplantatoire établisse que l'embryon est compatible. Les avis sont partagés sur la question. En fonction du point de vue auquel on se place, on parle de « bébé médicament » ou d'enfant sauveteur<sup>135</sup>.

Ces tempéraments apportés aux principes protecteurs de l'embryon conçu *in vitro*, si nécessaires qu'ils puissent paraître dans certains cas, constituent, qu'on le veuille ou non, un recul sur le terrain du respect de l'être humain dès le commencement de la vie.

Loin d'être l'apanage des sociétés les plus avancées, la question de l'enfant conçu *in vitro* intéresse le droit congolais, en dépit du contexte national marqué par un retard des connaissances scientifiques et technologiques dans le domaine de l'assistance médicale à la procréation. En l'absence d'un cadre juridique dans ce domaine et de données officielles sur le recours à ces techniques par les couples congolais en difficulté de procréation, il y a fort à parier que la procréation médicalement assistée exerce un attrait inconstatable sur ces couples en difficulté. L'évocation de cette question dans la présente réflexion ne relève, pensons-nous, ni de l'absurde, ni de la fiction. En l'état actuel des choses, les statistiques sur ceux qui ont eu recours à cette technique à l'étranger relèvent encore des secrets d'alcôves et des intimités familiales, soigneusement et jalousement gardés.

## CONCLUSION

L'étude du statut juridique de l'enfant conçu a révélé trois faiblesses du droit congolais sur la question. La première

131 Art. L. 2141-4, L.2131-4 et L. 2141-3, CSP français.

132 Y. BUFFELAN-LANORE et V. LARRIBAU-TERNEYRE, op.cit, n°2204. Les cellules souches pluripotentes humaines sont définies comme « des cellules qui ne proviennent pas d'un embryon et qui sont capables de se multiplier indéfiniment ainsi que de se différencier en tous les types de cellules qui

composent l'organisme »- art. L.2151-7-1 CSP français.

133 Y. BUFFELAN-LANORE et V. LARRIBAU-TERNEYRE, op.cit, ibid.

134 Certains parlementaires français sont de cet avis - Y. BUFFELAN-LANORE et V. LARRIBAUD – TERNEYRE, op.cit, n°2174.

135 Y. BUFFELAN-LANORE et V. LARRIBAU-TERNEYRE, op.cit., n°2213.

est relative à l'insuffisance du cadre législatif. Les dispositions du code de la famille ne peuvent conférer un statut juridique clairement défini à l'enfant conçu. Elles se contentent de rappeler le principe général de l'adage *infrans conceptus* (art. 2) et les droits patrimoniaux dont bénéficie à ce titre l'enfant conçu en matière de successions et de libéralités (art. 458, 739, 769-770, 787 et 639). Ces textes ne sont pas nature à apporter une réponse sans équivoque à la question de savoir si l'enfant conçu est une personne ou une chose. Outre les premières dispositions du préambule du code de la famille et l'article 8 de la Constitution qui proclament le caractère sacré de la personne humaine, il n'existe aucune autre disposition légale qui fait référence aux principes protecteurs de la personne humaine applicables à l'enfant conçu. A titre de comparaison, le code civil français comporte un chapitre consacré au « respect du corps humain » (art. 16 à 16-9) qui contient la plupart des dispositions relatives aux principes protecteurs de la personne. L'éventail de ces textes permet d'élargir le champ d'analyse en dépassant le cadre classique, par trop restreint, de la règle *infans conceptus pro nato habetur quoties de commodis ejus agitur*. Le cadre normatif congolais actuel sur l'enfant conçu est dépourvu en grande partie de fondements éthiques.

Le Congo ne dispose pas non plus d'un code de santé publique qui pourrait légaliser et organiser, à titre exceptionnel évidemment, l'interruption volontaire de grossesse tout en garantissant le principe du respect de la vie dès son commencement. Une réforme en profondeur du code de la famille, de même qu'une législation sur l'interruption volontaire de grossesse est vivement souhaitable.

La deuxième lacune est liée à l'inexistence d'un cadre institutionnel chargé de mener des réflexions sur les différentes questions éthiques. Le champ est vaste. Sur le problème de l'enfant conçu, on

pense à la contraception, aux grossesses précoces et indésirées, à la détresse des femmes en situation économique et sociale précaire, etc.

A côté de cette lacune, il convient de rappeler une troisième, relative à l'insuffisance d'un cadre scientifique susceptible d'édifier les décideurs publics sur les grandes orientations scientifiques et les problèmes éthiques susceptibles d'en découler. La question du commencement de la vie, éminemment scientifique, en dépend. En l'état actuel des choses, il paraît difficile, pensons-nous, d'élaborer un statut juridique crédible de l'enfant conçu sans être suffisamment édifié sur les caractéristiques biologiques de l'embryon ou du fœtus et sur les manifestations tangibles de la vie à son commencement. L'accès aux connaissances scientifiques et technologiques avancées est la seule voix d'amélioration de notre approche sur l'enfant conçu, sous réserve d'un encadrement juridique qui permettrait d'en limiter les excès. En attendant, il est possible de construire un statut juridique spécifique à l'enfant conçu qui s'appuie, d'une part, sur les techniques de l'échographie et de l'imagerie médicale disponible au Congo et, d'autre part sur les données scientifiques disponibles au sujet du commencement de la vie. Ces données susceptibles de déterminer le caractère humain de l'enfant conçu permettront l'élaboration d'un statut juridique de l'enfant conçu qui le placera à l'abri de toute tentation à la réification. Le législateur est appelé à faire preuve d'anticipation avant d'être rattrapé par les avancées scientifiques sur l'embryon conçu *in vitro* qui ne feront que compliquer le problème. Mme Mireille DELMAS-MARTY faisait remarquer que « l'innovation juridique devient nécessaire face aux progrès des connaissances scientifiques et à l'accélération des innovations technologiques. Nécessaire pour permettre au droit ... d'anticiper et pas seulement de

réagir quand il est déjà trop tard »<sup>136</sup>. Ce statut spécifique pourrait être conçu sur le modèle des incapacités, qui permettra à l'enfant conçu de bénéficier d'une personnalité juridique limitée dans son exercice. Avant sa naissance il fera ainsi l'objet d'une représentation légale pour la protection de ses intérêts patrimoniaux et extrapatrimoniaux.

L'enfant conçu n'est ni une chose, ni un animal. Nous récusons, par attachement à la valeur suprême de la personne humaine, un ordre juridique dans lequel l'être humain, même en gestation, arrive après l'animal et sa progéniture. La distinction entre la personne humaine et l'animal, et entre elle et les choses, est le fondement principal de notre civilisation. L'enfant conçu appartient à l'espèce humaine.

---

136M. DELMAS-MARTY, « Humanité, espèce humaine et droit pénal », *Rev.sc.crim.* 2012, p.495, et s., spéc., p.502.