

Regards croisés  
sur l'influence de l'âge  
en sciences humaines et sociales

## Collection « Recherches en Gestion »

Dirigée par Luc Marco

*Apprentissages, stratégies et compétitivité sur la longue durée. L'étonnante histoire d'Eurocopter*, Marc-Daniel Seiffert, Préface de Jean-Claude Tarondeau, 2008.

*Les courants actuels de recherche en marketing. Synthèses et perspectives*, sous la direction de J.-M. Décaudin, J.-F. Lemoine et J.-F. Trinquecoste, 2006.

*Les coûts des maisons de retraite*, Hien et Miyako Bui Quang, 2008.

*Design et marketing : fondements et méthodes*, sous la direction de Jean-Pierre Mathieu, 2007.

*L'entrepreneur français, modèle pour le XXI<sup>e</sup> siècle*, Karine Goglio-Primard, 2007.

*Histoire managériale du Bazar Bonne-Nouvelle, galeries marchandes à Paris, 1835-1863*, Luc Marco, 2009.

*Inefficiency et dynamique des marchés financiers*, F. Jawadi, J.-M. Sahut, 2009.

*Le management de la diversité. Enjeux, fondements et pratiques*, sous la direction d'Isabelle Barth et de Christophe Falcoz, 2007.

*Méthodes et thématiques pour la gestion des risques*, sous la direction de Bernard Guillon, 2008.

*Morale industrielle et calcul économique dans le premier XIX<sup>e</sup> siècle. L'économie industrielle de Claude-Lucien Bergery, 1787-1863*, François Vatin, 2007.

*Nouvelles avancées du management*, sous la direction de Luc Marco, 2005.

*La presse et les périodiques techniques en Europe, 1750-1950*, sous la direction de Patrice Bret, Kostas Chatzis et Liliane Pérez, 2009.

*La publicité paneuropéenne*, sous la direction de Sylviane Toporkoff et Jean-Jacques Croutsche, 2006.

*Regards actuels sur la société contemporaine. La pensée de Georg Simmel*, sous la direction d'Isabelle Barth, 2009.

*Risque : formalisations et applications pour les organisations*, sous la direction de Bernard Guillon, 2007.

**sous la direction de**

**Olivier Droulers**

Professeur des Universités en Sciences de Gestion, Université de Rennes I

**Emmanuel-Pie Guiselin**

Doyen honoraire de la Faculté de Droit,  
des Sciences Economiques et de Gestion de Vannes,  
Maître de conférences en droit public à l'Université de Bretagne-Sud

# **Regards croisés sur l'influence de l'âge en sciences humaines et sociales**

*Ouvrage publié avec le concours  
de l'Institut de Recherche sur les Entreprises et les Administrations (EA n°4251)*

L'HARMATTAN

© L'HARMATTAN, 2010  
5-7, rue de l'École-Polytechnique ; 75005 Paris

<http://www.librairieharmattan.com>  
[diffusion.harmattan@wanadoo.fr](mailto:diffusion.harmattan@wanadoo.fr)  
[harmattan1@wanadoo.fr](mailto:harmattan1@wanadoo.fr)

ISBN : 978-2-296-13236-8  
EAN : 9782296132368

## Liste des auteurs

Manuelle AQUILINA

*Maître de conférences en histoire contemporaine  
à l'Université Catholique de l'Ouest*

Abder BENBOUJA

*Maître de conférences en sciences de gestion à l'Université de Bretagne-Sud  
IUT de Vannes, Département Gestion des Entreprises et des Administrations*

Caroline CHABAULT

*Maître de conférences en droit privé à l'Université de Bretagne-Sud  
IUT de Vannes, Département Gestion des Entreprises et des Administrations*

Christophe COURBAGE

*Directeur de recherche, Association de Genève  
Association Internationale pour l'Étude de l'Économie de l'Assurance*

Leïla DAMAK

*Maître de conférences en sciences de gestion à l'Université de Bretagne-Sud  
IUT de Vannes, Département Techniques de Commercialisation*

Florence DOUGUET

*Maître de conférences en sociologie à l'Université de Bretagne-Sud*

Olivier DROULERS

*Professeur des Universités en sciences de gestion à l'Université de Rennes 1*

Marc DUMAS

*Maître de conférences en sciences de gestion  
à l'Université de Bretagne Occidentale*

Thierry FILLAUT

*Professeur des Universités en histoire contemporaine  
à l'Université de Bretagne-Sud*

Christilla GLASSON

*Maître de conférences en droit privé à l'Université de Bretagne-Sud*

Emmanuel-Pie GUISELIN

*Doyen honoraire de la Faculté de Droit, des Sciences Économiques  
et de Gestion de Vannes*

*Maître de conférences HDR en droit public à l'Université de Bretagne-Sud*

Nolwenn HENAFF

*Docteur en sciences de l'information et de la communication  
Université de Bretagne-Sud*

Sophie LACOSTE-BADIE

*Maître de conférences en sciences de gestion à l'Université de Rennes 1*

Peggy LARRIEU

*Maître de conférences en droit privé et sciences criminelles  
à l'Université de Bretagne-Sud*

Claire MAHÉO

*Maître de conférences en sciences de l'information et de la communication  
à l'Université Catholique de l'Ouest*

Nolwenn ROUDAUT

*Maître de conférences en sciences économiques  
à l'Université de Bretagne-Sud*

Alain VILBROD

*Professeur des Universités en sociologie  
à l'Université de Bretagne Occidentale*

## Sommaire

<i>Avant-propos</i> Par Olivier DROULERS et Emmanuel-Pie GUISELIN	9
<b>Première Partie : L'ÂGE, VARIABLE JURIDIQUE DU SUJET DE DROIT</b>	17
Chapitre 1 <sup>er</sup> - <i>L'influence de l'âge : l'apparition du sujet de droit ou la naissance juridique de la personne</i> Par Caroline CHABAULT-MARX	19
Chapitre 2 - <i>Les jeunes et l'Université : de l'influence de l'âge sur le principe de participation</i> Par Emmanuel-Pie GUISELIN	49
Chapitre 3 - <i>La modulation du droit pénal en fonction de l'âge des personnes</i> Par Peggy LARRIEU	87
Chapitre 4 - <i>Une protection juridique rénovée pour les personnes âgées</i> Par Christilla GLASSON	111
<b>Deuxième Partie : L'ÂGE, FACTEUR DU POSITIONNEMENT SOCIÉTAL DE LA PERSONNE</b>	141
Chapitre 5 – <i>Les acteurs de santé publique face à un comportement d'un autre âge : le « boire jeune » en France pendant le second XX<sup>e</sup> siècle</i> Par Thierry FILLAUT	143
Chapitre 6 – <i>Les blogs : un dispositif communicationnel à usage variable suivant les âges. Le cas des jeunes skyblogueur et d'hommes politiques expérimentés</i> Par Nolwenn HENAFF	169
Chapitre 7 – <i>Âge, conditions de travail et santé</i> Par Marc DUMAS	203

Chapitre 8 – <i>L’assurance et la couverture des soins de dépendance. Une analyse empirique pour la France</i> Par Christophe COURBAGE et Nolwenn ROUDAUT	225
Chapitre 9 – <i>Les multiples dimensions du rôle des infirmières libérales dans la prise en charge à domicile des personnes âgées dépendantes</i> Par Florence DOUGUET et Alain VILBROD	249
<b>Troisième Partie : L’ÂGE, DETERMINANT DES COMPORTEMENTS DU CONSOMMATEUR</b>	277
Chapitre 10 - <i>La réciprocité dans le processus d’apprentissage entre parents et enfants en matière de consommation</i> Par Abder BENBOUJA	279
Chapitre 11 - <i>Préférence de Design de produit et Corps du consommateur : étude de l’influence de l’âge sur la préférence d’une forme similaire ou complémentaire</i> Par Leïla DAMAK	313
Chapitre 12 - <i>Les distorsions de la mémoire en publicité : impact de l’âge sur les erreurs mnésiques</i> Par Olivier DROULERS	337
Chapitre 13 – <i>La conception des publicités télévisées pour les seniors : état de l’art et observation des pratiques</i> Par Sophie LACOSTE-BADIE	351
Chapitre 14 – <i>Comportement des consommateurs seniors en e-tourisme : état de l’art et perspectives de recherche</i> Par Manuelle AQUILINA et Claire MAHÉO	385

# Avant-propos

## L'âge aux confluent des sciences humaines et sociales

Olivier DROULERS,  
Professeur en sciences de gestion à l'Université de Rennes 1  
&  
Emmanuel-Pie GUISELIN,  
Doyen honoraire de la Faculté de Droit,  
des Sciences Économiques et de Gestion de Vannes,  
Maître de conférences en droit public à l'Université de Bretagne-Sud

« Regards croisés sur l'influence de l'âge en sciences humaines et sociales ». Le titre peut surprendre. Dans quelle mesure l'âge et la mesure de son influence peuvent-ils constituer un objet de recherche fédérant des chercheurs qui, pour appartenir au domaine des sciences humaines et sociales, n'en sont pas moins divers par leur origine et par leur formation universitaire ? C'est pourtant à cette question que le présent ouvrage entend répondre.

D'abord, au regard de l'importance du concept. Une fois sa catégorie sociale mentionnée, et pour ceux qui sont dans la vie active, une fois sa profession précisée – ou une situation de sans emploi –, tout individu se caractérise avant tout par son âge. Mais, au-delà de cette caractérisation personnelle, ce sont désormais les institutions et les organismes de toutes sortes, structurant la vie en société, dans la sphère publique comme dans la sphère privée, qui prennent davantage en considération l'âge. Il est vrai que, de tout temps, le législateur avait intégré ce paramètre, l'âge des différentes majorités, civile mais aussi politique, constituant l'une des clefs d'entrée principale dans l'appréhension du sujet de droit. Mais dans bon nombre d'autres champs disciplinaires, tel celui des sciences de gestion, et singulièrement celui du marketing, on évoquait l'individu sans véritablement l'identifier par rapport à son âge. De plus en plus, désormais, l'individu est apprécié, non en fonction d'un stéréotype, désincarné, mais en fonction de ses caractéristiques propres ; l'âge constituant à cet égard un vecteur privilégié d'analyse.

Ensuite, au regard d'une rencontre entre cet objet d'analyse et les enseignants-chercheurs d'un Laboratoire pluridisciplinaire, l'Institut de Recherche sur les Entreprises et les Administrations (IREA). Reconnue équipe d'accueil par le Ministère de l'Enseignement supérieur et de la recherche, ce Laboratoire associe, pour l'essentiel, des juristes, privatistes et

publicistes, des économistes et des gestionnaires. Laboratoire pluridisciplinaire par excellence, un des seuls qui, en France, fait se rencontrer les différents champs d'études et les méthodes d'approche de chercheurs relevant des deux premiers groupes de sections du Conseil national des universités – groupe 1 et groupe 2<sup>1</sup> –, l'IREA était le catalyseur pertinent pour un objet d'analyse tel que l'âge. Onze de ses membres ont été très vite séduits par la proposition qui leur a été faite de travailler sur l'influence de l'âge dans le domaine des sciences humaines et sociales. Parmi eux, quatre juristes, une économiste, une historienne, deux spécialistes en sciences de l'information et de la communication et trois gestionnaires. D'autres chercheurs ou enseignants-chercheurs, provenant pour la plupart de laboratoires de recherche du grand ouest, devaient bientôt les rejoindre, au regard de l'intérêt suscité par l'objet d'analyse. Deux sociologues, deux gestionnaires, dont un spécialiste des ressources humaines, mais aussi un historien et un directeur de recherche d'une association internationale ayant pour principal objet d'étude l'économie de l'assurance rejoignirent l'équipe de chercheurs. Soit, au total, pas moins de dix-sept chercheurs et enseignants-chercheurs, représentant sept champs disciplinaires.

Toutefois, les conditions pour avoir une approche transversale et renouvelée de l'âge et de son influence n'étaient pas acquises avec la seule réunion de l'équipe de chercheurs. L'enthousiasme est une chose. Mais sans approche scientifique un projet de recherche ne peut aboutir. Il a d'abord fallu donner des pistes de recherche, et aiguiller les chercheurs de telle façon que les principaux champs d'analyse fussent couverts, et, à défaut de pouvoir l'être tous, le soient de façon étroitement complémentaire. Apprécier, mesurer l'influence de l'âge : l'objet scientifique de l'ouvrage a été ensuite rappelé en permanence aux chercheurs impliqués dans un projet dont la préparation s'est étalée sur plus de deux années. Afin de vérifier la fidélité des auteurs à la démarche scientifique, chaque contribution, rendue anonyme, a été soumise à deux lecteurs, à l'instar de ce qui peut se pratiquer dans les revues à comité de lecture.

Pour autant, il a été tenu compte des méthodes propres de recherche des uns et des autres. L'objet d'analyse unique n'a pas emporté l'uniformité des approches. Cette uniformité aurait, au demeurant, bridé la richesse potentielle des contributions et leur capacité à éclairer le concept de l'âge dans les différentes thématiques qu'elles ont abordées. On ne demande pas à un gestionnaire de réfléchir, tel un juriste, à partir d'une analyse juridique des textes de droit et de la jurisprudence. Inversement, on ne demande pas au juriste de privilégier à tout coup les démarches expérimentales et la méthodologie d'enquête et de recueil de « récits de vie » qui sont souvent

---

<sup>1</sup> Le groupe 1 couvre les sections 01 à 04 : droit privé et sciences criminelles ; droit public ; histoire du droit et science politique ; le groupe 2 comprend les sections 05 (sciences économiques) et 06 (sciences de gestion).

mises en œuvre par les gestionnaires spécialistes en marketing, par les sociologues ou par les spécialistes en sciences de l'information et de la communication. Chaque auteur a donc été respecté dans ses méthodes de recherche, y compris quand elles se développaient sous des angles différents au sein d'une même contribution : tel le juriste s'interrogeant sur l'influence de la jeunesse de la population étudiante sur l'appréhension par le législateur du principe de participation promu depuis 1968 au sein des Universités, recherche nécessitant une analyse des textes, mais aussi une approche de sociologie administrative.

Chaque auteur a aussi été respecté dans les canons de présentation formelle qui sont les siens. Au juriste, parfois rejoint par l'historien, ses plans binaires et ses dispositifs fournis de notes de bas de page, parfois complétés, en fin de contribution, par une série de références bibliographiques. Au gestionnaire, au sociologue, au spécialiste des sciences de l'information et de la communication, des développements le plus souvent structurés en subdivisions nombreuses. Une présentation des concepts et des problématiques de recherche est souvent suivie d'un exposé de la méthodologie de la recherche et de ses résultats ; ceux-ci font ensuite l'objet d'une discussion, avant que le chercheur ne marque la portée de la recherche, ses apports et ses limites, tout en concluant par l'ouverture de voies nouvelles de recherche. À ces chercheurs également, une méthode propre de référencement, le plus souvent dans le corps des développements – de préférence à l'utilisation du dispositif de notes de bas de pages –, ainsi qu'un recours presque systématique à l'appareil bibliographique en fin de contribution.

Aussi, la direction scientifique de l'ouvrage a pris le parti de respecter la diversité des méthodes d'approche scientifique et de présentation formelle, tout en assurant autant qu'il était possible, lors des phases de relectures, l'harmonisation des présentations.

Après plus de deux ans de mûrissement, les quatorze contributions rassemblées dans le présent ouvrage éclairent le concept de l'âge d'un jour nouveau et renouvelé ; elles en permettent surtout une approche éminemment transversale, conforme à la logique scientifique transdisciplinaire du principal Laboratoire de rattachement des chercheurs : l'Institut de Recherche sur les Entreprises et les Administrations. Naturellement, les contributions ont été ordonnées en trois domaines où l'étude de l'influence de l'âge a révélé sa force et sa pertinence dans l'interdisciplinarité. Il nous est apparu logique, en effet, de considérer l'influence de l'âge sur l'individu en tant que sujet de droit, en tant que personne positionnée dans la société et en tant que consommateur. Au regard de ces trois qualités : sujet de droit, individu dans la société et consommateur, l'âge et la mesure de son influence paraissent constituer un vecteur d'analyse pertinent.

L'âge peut d'abord être appréhendé comme *variable juridique du sujet de droit*. De sa naissance à sa mort, le sujet de droit est en effet caractérisé par son âge ; cet âge pouvant influencer sur la détermination par le législateur du régime juridique applicable. Dans une première contribution, *Caroline Chabault-Marx* pose la question de la nature et du régime juridique des êtres vivants mais non encore nés et même nés vivants mais non viables. En apportant une réponse nuancée, fonction de l'âge de ces êtres et de leur stade de développement, elle permet d'approcher l'apparition du sujet de droit ou la naissance juridique de la personne. Considérant, en second lieu, une population jeune, celle des étudiants, *Emmanuel-Pie Guiselin* s'est proposé de mesurer l'impact de la jeunesse de cette population sur l'appréhension par le législateur du principe de participation. Voulu par le Général de Gaulle après les événements de mai 1968, et mis en œuvre dans l'Université française depuis la loi Edgar Faure du 12 novembre 1968, ce principe de participation est censé permettre aux étudiants un dialogue avec les autres composantes de la communauté universitaire, les enseignants-chercheurs en premier lieu, au sein des différentes instances statutaires. Dans quelle mesure la jeunesse des étudiants a-t-elle valorisé ou, au contraire, bridé l'expression institutionnelle de la participation ? Abordant dans le troisième chapitre une branche du droit dans son ensemble, *Peggy Larrieu* montre comment, et par touches successives, le droit pénal a été modulé en fonction de l'âge des personnes. Son étude fait apparaître que de nombreuses dispositions font référence à l'âge du délinquant ou de la victime, soit pour adoucir la répression, soit pour aggraver la sanction. Pour autant, si l'âge des mineurs est quantifié au travers de différents seuils d'âge, les seniors sont simplement intégrés dans un ensemble plus vaste, celui des personnes d'une vulnérabilité particulière. Clôturent cette première partie, le chapitre rédigé par *Christilla Glasson* expose la protection juridique rénovée dont font désormais l'objet les personnes âgées. Les différents dispositifs juridiques permettant de protéger les personnes vieillissantes sont passés en revue. Aux dispositifs anciens, telles la curatelle et la tutelle, des instruments juridiques plus novateurs sont venus s'ajouter, tel le mandat de protection future qui permet d'organiser à l'avance sa propre protection juridique.

Une impression d'ensemble se dégage nettement de cette première partie. Loin d'être désincarnée, l'intervention du législateur apparaît « humanisée » ; l'âge faisant figure *in fine* de vecteur privilégié d'une approche profondément humaine développée par le législateur, aujourd'hui plus encore qu'hier. Qu'il s'agisse de considérer l'être humain, au stade de sa conception ou de sa naissance, à un moment où sa fragilité se révèle avec une particulière acuité ; qu'il s'agisse d'intégrer les étudiants aux structures universitaires, par le principe de participation ; qu'il s'agisse encore de moduler le droit pénal en fonction de l'âge des personnes ; qu'il s'agisse enfin d'organiser la protection juridique des personnes âgées, le législateur,

tout en considérant des sujets de droit, révèle, par le vote de ses lois successives, un modèle d'humanité, mais aussi de citoyenneté. Non sans parfois quelques contradictions. Une précédente recherche a pu ainsi démontrer, en matière politique, que si le législateur avait souhaité intégrer davantage les jeunes à la vie politique – par l'abaissement continue de la majorité électorale et par le nivellement de l'âge d'éligibilité –, il avait en revanche maintenu la préférence aux plus âgés comme règle supplétive en cas d'égalité des suffrages entre les candidats arrivés en tête d'une élection<sup>2</sup>. L'âge apparaît donc bien comme une variable juridique pour approcher le sujet de droit, mais un sujet de droit intégré dans la société, dans la vie politique, doté d'une citoyenneté ; un sujet de droit plus ou moins fragile, et à considérer comme tel par le législateur.

La deuxième partie de l'ouvrage rassemble cinq contributions, qui, toutes, permettent de considérer l'âge *comme un facteur du positionnement sociétal de la personne*. Déjà présente en filigrane dans les interventions du législateur, cette approche se vérifie en premier lieu, sous la plume de *Thierry Fillaut*, dont la contribution permet d'apprécier le comportement des acteurs de la santé publique face au comportement d'un autre âge : celui des jeunes dans la consommation de boissons alcoolisées. Pour l'auteur, la vigueur de certaines prises de position est, au moins en partie, la conséquence d'un regard d'adulte sur un phénomène d'une autre tranche d'âge. Le phénomène d'alcoolisation massive des jeunes, il est vrai, interpelle doublement. Il semble rompre avec les tendances au long cours du boire dans le pays, en diminution constante ; par ailleurs, il met en question les stratégies préventives développées par les pouvoirs publics et les professionnels de la santé depuis le début des années cinquante. Dans le chapitre suivant, *Nolwenn Hénaff*, docteur en sciences de l'information et de la communication, appréhende les blogs en tant que dispositif communicationnel à usage variable selon les âges. En prenant appui sur le cas des jeunes skybloggers et sur celui d'hommes publics expérimentés, l'auteur montre comment l'usage et les pratiques du blogging en ligne varient sous l'influence de l'âge du créateur du blog. Son étude permet de vérifier la prévalence du critère de l'âge dans le rapport à soi et aux autres dans la blogosphère. La lecture de la contribution de *Marc Dumas* permet quant à elle d'appréhender les relations complexes entre âge, conditions de travail et santé. Fondée sur des résultats d'enquêtes et l'analyse d'études de cas, son étude montre que le salarié jeune comme le salarié vieillissant voient leur positionnement au monde du travail, mais aussi leur santé dépendre pour partie de leur âge. *In fine*, et comme le montre des mises en pratiques convaincantes, ce sont les entreprises qui sont appelées à intégrer

---

<sup>2</sup> V. E.-P. Guiselin, L'âge, variable juridique des élections politiques, *Revue du droit public*, 2009, n° 1, pp. 99-124.

une véritable politique d'âge en matière de conditions de travail, par exemple en améliorant les conditions de travail des seniors ou en aménageant la fin de leur trajectoire professionnelle.

Dans la suite de la deuxième partie, deux chercheurs en sciences économiques, *Christophe Courbage* et *Nolwenn Roudaut*, partant du constat du vieillissement des populations et de la faiblesse de la couverture publique du risque de dépendance, montrent le rôle plus important dévolu à l'assurance pour couvrir les soins de dépendance. L'utilisation d'une base de données leur permet de se livrer à une analyse empirique pour la France et de déceler que la demande d'assurance est avant tout motivée par des comportements d'altruisme : conserver l'héritage à transmettre, protéger financièrement les proches en cas de dépendance, mais aussi alléger la charge qui pèse ou qui pourrait peser sur les offreurs d'aide informelle. De façon étroitement complémentaire, deux sociologues, *Florence Douguet* et *Alain Vilbrod*, enseignant respectivement à l'Université de Bretagne-Sud et à l'Université de Bretagne Occidentale, s'attachent, une fois la dépendance advenue, à rendre compte du travail quotidien mené par les infirmières libérales auprès des personnes âgées fragilisées vivant à domicile. Fondée sur de nombreux entretiens, la contribution révèle tout à la fois les difficultés nombreuses rencontrées par les infirmières libérales dans l'exercice de leur activité – relations avec le patient et avec son entourage, conditions de coopération avec les autres professionnels du secteur gérontologique... –, mais aussi leur rôle pivot dans le maintien à domicile des personnes âgées dépendantes.

D'une certaine façon, ces deux derniers chapitres, mais aussi les trois premiers de la deuxième partie sont symptomatiques de l'importance de l'âge comme élément du positionnement de la personne dans la société, et ce, d'un double point de vue. Par son âge, présent ou à venir, l'individu est appelé à définir ou à anticiper un positionnement social, individuel ou collectif, le plaçant en situation d'affirmation – tels les jeunes face aux formes extralégales de participation universitaire, ou face à la consommation d'alcool –, de communication avec les autres – tels les jeunes skybloggers ou les hommes publics expérimentés –, ou de dépendance, prévue, puis subie, tels les travailleurs vieillissants, aux dernières étapes de leur parcours professionnels, ou les personnes âgées aux différents stades de leur vieillesse. D'un second point de vue, l'âge apparaît aussi comme un critère décisif de l'image que chaque tranche d'âge, en situation ou non d'activité, porte sur les autres. Tels les adultes face au « boire jeune », les jeunes face aux adultes ; tels les dirigeants d'une entreprise ou sa direction des ressources humaines à l'égard des travailleurs vieillissants ; telles les infirmières dans le regard qu'elles portent sur les personnes âgées dépendantes ayant fait le choix de rester à domicile le plus longtemps possible. Là encore, l'appréhension du critère de l'âge comme facteur du

positionnement sociétal de la personne révèle le sens des positions et des interconnexions qui s'opèrent au sein de la société, chaque tranche d'âge ne pouvant en définitive évoluer sans identification des autres.

L'influence de l'âge se retrouve enfin dans les comportements du consommateur, dont il semble être un des déterminants. Cinq contributions viennent éclairer cet aspect. Celle d'Abder Benbouja, en premier lieu, permet d'analyser la réciprocité dans le processus d'apprentissage entre parents et enfants en matière de consommation. Suivant un schéma classique, les parents sont les principaux agents de socialisation de l'enfant au sein de la cellule familiale. Mais, parvenu au stade de l'adolescence, l'enfant apparaît en mesure d'inverser le processus de socialisation, en portant à la connaissance de ses parents de nouvelles idées de nature à modifier leurs propres comportements de consommation. Dans le chapitre suivant, Leïla Damak se livre à une étude exploratoire de l'influence de l'âge sur la préférence d'une forme similaire ou complémentaire par rapport à celle du corps du consommateur. Elle choisit, pour étayer son analyse, de s'appuyer sur le choix par la femme de flacons de parfums. Olivier Droulers se penche ensuite sur l'influence de l'âge sur la mémorisation des marques présentes dans des annonces télévisées, en étudiant non pas la diminution des performances mémorielles, mais, suivant un schéma d'analyse renouvelé, l'accroissement avec l'âge du nombre de faux souvenirs.

Les deux dernières contributions de cette partie viennent apporter de précieux éclairages sur le comportement des consommateurs seniors. Sophie Lacoste-Badie présente d'abord un état de l'art de la recherche sur l'exécution des annonces publicitaires destinées aux seniors, puis une étude critique des déficits identifiés. Un travail minutieux d'observation, fondé sur une analyse du contenu de 140 annonces télévisées ciblant les seniors, lui permet de révéler une prise en compte seulement partielle des recommandations scientifiques par les publicitaires. L'ouvrage se conclut avec un chapitre rédigé par Manuelle Aquilina et par Claire Mahéo ; il présente un état de l'art des recherches en marketing sur le comportement des consommateurs seniors dans le secteur du e-tourisme, et en particulier leur perception vis-à-vis des sites web institutionnels de tourisme.

Quelle que soit, en définitive, la catégorie de consommateur concernée, plusieurs ayant été identifiées ici – adolescents, parents, femmes, jeunes et moins jeunes, seniors – il apparaît bien que l'âge ne peut plus être ignoré dans la perception des comportements des consommateurs. Que ces comportements s'apprécient au titre d'une démarche individuelle et parfois intime de consommation, telle la femme privilégiant, en fonction de son corps et de son âge, une forme de flacon de parfum ; qu'ils s'apprécient dans un jeu d'influence réciproque, tel le processus de socialisation inversée décrit par Abder Benbouja ; qu'ils soient l'enjeu de démarches publicitaires visant telle ou telle catégorie de la population, sur des supports anciens ou

nouveaux de communication, on a là autant d'exemples où l'âge du consommateur influe directement ou indirectement sur une décision individuelle ou collective d'achat. Si cette dimension n'est pas encore suffisamment prise en compte, comme en témoignent les annonces publicitaires faites à l'intention des seniors, nul doute que les recherches, comme celles entreprises par cet ouvrage, ne fassent bouger les lignes à l'avenir, en aidant à une appréhension toujours plus fine du comportement du consommateur.

Au-delà de la diversité des champs disciplinaires couverts, c'est, au total, un tout très cohérent qui ressort de ces *Regards croisés sur l'influence de l'âge en sciences humaines et sociales*. Juristes, gestionnaires, économistes, historiens, sociologues, spécialistes des sciences de l'information et de la communication nous révèlent deux enseignements principaux. En premier lieu, l'âge contribue à situer l'homme au sein de la société. Tour à tour sujet de droit, consommateur ou personne évoluant dans la société, l'être humain voit sa situation pour partie dictée ou conditionnée par son âge. Ce n'est, bien sûr, pas le seul facteur de positionnement – la catégorie sociale, la plus ou moins grande étendue du cercle familial, la fortune des individus en sont d'autres – ; mais c'est un des principaux facteurs. En second lieu, les quatorze contributions réunies révèlent, plus fondamentalement encore, une communauté de vie, avec ses maillages multiples. Qu'il s'agisse des relations juridiques, des relations sociales, des modes de communication, des comportements de consommation, l'âge apparaît comme un vecteur privilégié d'approche, mais aussi de compréhension des relations humaines de tous ordres qui font une société et qui révèlent son humanité. C'est peut-être là l'humble mérite de cet ouvrage : contribuer à notre propre connaissance, personnelle et collective, pour nous aider à mieux vivre ensemble, les uns dépendants des autres, les uns apportant aux autres. Telles ces infirmières présentes chaque jour auprès des personnes âgées qui ont fait le choix de rester à leur domicile, pour finir de vivre leur humanité.

Première Partie :

**L'ÂGE, VARIABLE JURIDIQUE  
DU SUJET DE DROIT**



## L'influence de l'âge : l'apparition du sujet de droit ou la naissance juridique de la personne

Caroline CHABAULT-MARX

*Maître de conférence en droit privé, Université de Bretagne-Sud  
IUT de Vannes, Département Gestion des Entreprises et des Administrations  
Institut de Recherche sur les Entreprises et les Administrations  
(EA, n° 4251)*

*Résumé : Notre système juridique connaît depuis l'origine une summa divisio : les personnes et les choses ou les sujets de droit et les objets de droit. Il est ainsi divisé en deux modes irréductibles et il n'existe pas de troisième catégorie. Plus précisément, l'être humain n'est juridiquement pris en considération qu'à partir du moment où il naît vivant et viable et l'on pourrait même reculer cette appréhension jusqu'à l'information du public, soit lors de la déclaration à l'état civil, dans les trois jours de l'accouchement. Dès lors, se pose la question de la nature (et donc du régime) juridique des êtres vivants mais non encore nés et même nés vivants mais non viables. Sont-ils pour autant des choses ? La réponse est incontestablement négative et c'est justement l'écoulement du temps qui va permettre de nuancer cette réponse, permettant avec l'aide de la biologie de préciser le sort de ces êtres en fonction de leur âge et de leur stade de développement.*

*Summary: Our legal system has known originally a summa divisio: people and things or legal subjects and objects of law. It is thus divided into two irreconcilable modes and there is no third category. More specifically, the human being is legally considered that from the moment he is born alive and viable and you could even extend this apprehension to the moment when the public is informed, i.e. at the registry office within three days from birth. Therefore, the question arises of the nature (and therefore the legal system) for living persons but not yet born and even living persons but not viable. Are they necessarily things? The answer is clearly negative and it is precisely the passage of time that will help to qualify this answer with the help of biology in order to clarify the fate of these persons according to their age and stage of development.*

De tout temps, les *personnes* ont juridiquement été distinguées des *choses*. Cette *summa divisio* serait antérieure au II<sup>e</sup> siècle de notre ère et

remonterait à l'époque de Cicéron qui l'aurait lui-même empruntée aux Grecs<sup>1</sup>. L'univers juridique se trouverait ainsi constitué de deux modes d'être irréductibles, sans lesquels le système en entier ne serait même pas concevable<sup>2</sup>.

Il en ressort que cette distinction est si fondamentale que nul n'oserait aujourd'hui en nier l'utilité, puisqu'elle constitue le fondement de toute classification. Elle se retrouve ainsi dans chacune des branches du droit et spécialement dans celles du droit privé, puisque le Code civil de 1804 est lui-même divisé en trois premiers livres intitulés : « Des personnes », « Des biens et des différentes modifications de la propriété » et « Des différentes manières dont on acquiert la propriété ». Le lien est fait : la personne n'existe que par les pouvoirs qu'elle exerce sur les choses et, inversement, un *objet* n'est juridiquement reconnu que parce qu'il peut être appréhendé par un *sujet*. En ce sens, les droits réels sont opposés aux droits personnels et les actions réelles aux actions personnelles. Le droit réel se définit comme celui qui donne à une personne un pouvoir direct et immédiat sur une chose<sup>3</sup> (*jus in re* ou *reale*), sans avoir à faire intervenir de tiers, tandis qu'un droit personnel, ou droit de créance (*jus in personam* ou *obligatio*), implique, au contraire, une relation entre deux sujets, l'un actif et l'autre passif, le créancier et le débiteur. Parmi les premiers, certains sont considérés comme accessoires et sont qualifiés de sûretés réelles, alors qu'il existera des sûretés personnelles. Réapparaît par conséquent, mais au second degré, la distinction entre les personnes et les choses. Par conséquent, l'action en justice sera réelle ou personnelle, selon la nature du droit exercé : l'action est réelle, lorsqu'elle met en œuvre un droit réel, et personnelle, lorsqu'il s'agit d'un droit personnel. La distinction entre les personnes et les choses se retrouve encore dans la théorie générale des obligations, quand on étudie les moyens de transférer une créance : on parle de subrogation personnelle si une personne, ayant désintéressé le créancier à la place du débiteur, se trouve subrogée dans les droits du premier. Il y a ainsi substitution de personne dans un rapport d'obligation. Telle est la situation de l'établissement de crédit qui prend en charge une partie du prix d'acquisition d'un véhicule par un particulier à un concessionnaire automobile : le prêteur de fonds est subrogé dans les droits et actions du vendeur, de sorte qu'il pourra se prévaloir du privilège dont bénéficiait ce dernier auprès de l'acquéreur. En revanche, la subrogation est réelle lorsqu'une chose en remplace une autre dans un patrimoine. Il est par exemple admis, en présence d'une clause de réserve de propriété, que la créance du prix de revente des biens vendus par

---

<sup>1</sup> V. R. Andorno, *La distinction juridique entre les personnes et les choses à l'épreuve des procréations artificielles*, LGDJ, 1996, p. 4.

<sup>2</sup> *Ibid.*, p. 3.

<sup>3</sup> *Lexique des termes juridiques*, D., 16<sup>e</sup> éd., 2007 ; *Dictionnaire du vocabulaire juridique*, sous la direction de R. Cabrillac, Litec, 2002.

le débiteur, soumis à une procédure collective, à un sous-acquéreur se trouve subrogée, dans son patrimoine, aux marchandises. Et il en est de même en cas de perte, due à un incendie, des biens livrés sous le bénéfice d'une même clause : l'indemnité d'assurance versée est subrogée aux premiers. Toujours dans le même ordre d'idées, la théorie générale des obligations protège la personne dont le consentement se trouverait vicié, tandis que la responsabilité du vendeur est susceptible d'être engagée en cas de défauts affectant la chose. Dans le premier cas, la victime peut invoquer une erreur, un dol ou un fait de violence en intentant, dans un délai de cinq ans, une action en nullité de l'acte. Dans le second cas, l'acheteur agira à bref délai en garantie des vices cachés. Enfin, la personne possède un état ou un meuble, selon que l'on s'attache à son identification sociale ou à la composition de son patrimoine. L'une de ces propositions permet l'établissement d'un lien de filiation, l'autre protège le possesseur de bonne foi. Dans les deux hypothèses, il est nécessaire d'interpréter un faisceau d'attitudes, mais l'une concerne le comportement d'un parent à l'égard d'un enfant, l'autre celui d'un individu vis-à-vis d'un bien. Les exemples pourraient être multipliés<sup>4</sup>. Le Code pénal réprime différemment les crimes et les délits contre les personnes des infractions commises contre les biens. Le Nouveau Code de procédure civile édicte que la compétence territoriale dépend de la domiciliation du défendeur, éventuellement de celle du demandeur, mais parfois du lieu de situation de l'immeuble en matière réelle immobilière et on peut encore penser que l'insaisissabilité a une nature réelle, parce qu'elle affecte directement la chose, tandis que l'immunité est davantage personnelle, puisqu'elle s'attache à la personne de son bénéficiaire.

*A priori*, cette classification entre les objets et les sujets est donc alternative : si une entité ne peut être qualifiée de *personne* ou de *sujet de droit*, catégorie fermée bénéficiant d'un statut protecteur, c'est qu'elle est une *chose* ou un *objet de droit*. Tout être distinct du vide est ou bien une personne ou bien une chose<sup>5</sup>. Pourtant, des doutes demeurent quant à l'apparition de l'individu au sens biologique du terme sur la scène juridique. À partir de quand, de quel moment, la personne humaine est-elle prise en considération par le droit ? Quel âge doit-elle avoir pour exister juridiquement ? La philosophie classique, celle du Code civil, ne semble conférer la qualité de *personne* qu'aux êtres humains vivants à la condition qu'ils naissent viables, peu important par ailleurs le degré de conscience atteint chez eux puisque les incapables sont des sujets de droit, mais le législateur ne s'est guère préoccupé de définir la vie (ni d'ailleurs la mort). Il

---

<sup>4</sup> Le mot « régime » n'est employé que pour une chose, la personne ou les êtres humains bénéficiant d'un « statut » ; v. M.-L. Rassat, note sous Cass. Ass. Plén., 29 juin 2001, *JCP* 2001.II.10569 rap. P. Sargos et concl. J. Sainte-Rose.

<sup>5</sup> A. David, *Structure de la personne humaine, limite actuelle entre la personne et la chose*, PUF, 1955, p. 44.

apparaît pourtant que, même si cette prise en considération juridique de la personne doit être reculée jusqu'au moment de la déclaration de sa naissance à l'état civil, l'être vivant non né ne peut être purement et simplement traité comme une chose. Le régime juridique des objets de droit ne lui est pas applicable.

C'est la raison pour laquelle après avoir étudié, dans une première partie, la condition juridique de l'enfant conçu et dénoncé les incertitudes du droit positif (parce que les données de la biologie moderne ne sont pas toujours en parfaite adéquation avec celles de notre système juridique), il nous appartiendra de démontrer, dans une seconde partie, que le fœtus d'un certain âge peut apparaître comme une véritable *personne* au sens juridique du terme, le fœtus plus jeune pouvant au moins se voir reconnaître la qualité de *sujet de jouissance*, parce qu'il suffit de constater qu'il possède des facultés émotionnelles, la faculté de souffrir ou de profiter d'un avantage (d'éprouver un bien-être) et qu'il se trouve en cette qualité protégé par le droit ou la norme juridique.

## I. L'enfant conçu non sujet de droit

Selon la théorie classique, tous les êtres humains, sans exception aujourd'hui (depuis l'abolition de l'esclavage et de la mort civile) sont des *sujets de droit*. Mais il faut préciser : tout homme est *personne* depuis l'époque de son accession à la vie jusqu'à la disparition de celle-ci. Autrement dit, le droit ne s'attache qu'à l'individu *vivant*. La notion de *sujet de droit* est ainsi matérialisée et le corps humain fait la personne. Or, cette constatation élémentaire va susciter des difficultés : si la qualité de sujet de droit ou de personne est naturellement attribuée à l'individu vivant, l'existence ou la vie de celui-ci doit être délimitée ; de quand à quand l'homme est-il titulaire de droits subjectifs ? Plus précisément, quand la vie commence-t-elle ? L'étude de cette question va en réalité permettre de dénoncer les incertitudes auxquelles conduit la reconnaissance de l'homme en tant que sujet naturel de droit<sup>6</sup> (A) et d'apporter une réponse à la question de savoir si ces impasses peuvent ou non créer des non-sujets de droit. À partir de quand l'enfant conçu mais non encore né peut-il être considéré comme possédant l'aptitude générique à devenir sujet ? (B).

---

<sup>6</sup> Le droit ayant pour objet d'organiser la vie en société, c'est-à-dire notamment de définir le statut des personnes et de réglementer les relations qui s'établissent entre elles, le premier destinataire de ce droit a été l'homme ainsi considéré comme personne ou sujet. Et il est sujet *naturel* de droit, parce qu'il est un individu capable de pensée et de conscience, un être doué de raison et de volonté. Tel est le résultat d'une doctrine humaniste, rationaliste et individualiste, ayant son origine dans le courant stoïcien, philosophie reprise et amplifiée à la fois par le christianisme et le siècle des Lumières. V. B. Edelman, *Sujet de droit et technoscience*, in *Archives de philosophie du droit*, tome XXXIV, *Le sujet de droit*, Sirey, 1989, p. 169.

## *A/ Les incertitudes*

Ces incertitudes découlant de la confrontation entre les données biologiques (1) et les postulats juridiques relatifs à l'apparition de la vie humaine (2), il convient de les exposer avant d'envisager les propositions doctrinales (3).

### *1/ Le commencement de la vie « biologique »*

La qualité de sujet de droit ou de personne étant conditionnée par une existence biologique, par la constatation d'un support matériel, le corps humain, il est nécessaire de savoir à partir de quand l'individu est vivant<sup>7</sup>. La biologie moderne enseigne que la vie préexiste à la naissance, constatant notamment que l'œuf fécondé, le zygote ou « cellule œuf », est la toute première cellule diploïde d'un individu contenant tout le matériel génétique nécessaire à l'édification et au maintien de l'être vivant, résultat de la fusion d'un gamète mâle et d'un gamète femelle à l'instant même de la rencontre ovule-spermatozoïde, donc de la conception<sup>8</sup>. Et tout le monde s'accorde aujourd'hui pour considérer la conception biologique comme le commencement d'un nouvel être vivant<sup>9</sup>. Ainsi, dès le tout premier instant de la vie, l'embryon contient les quarante quatre chromosomes vecteurs de ses propres qualités, et les deux chromosomes sexuels – XX ou XY – déterminant son genre. Cette affirmation pourrait, au premier abord, nous apparaître évidente et élémentaire. En effet, les échographies et diagnostics prénatals, l'écoute des battements cardiaques après seulement huit semaines d'aménorrhée, les précautions de vie dont est susceptible de s'entourer la femme enceinte (régime alimentaire, pratiques sportives, addictions nocives à la santé...) et aussi le débat qui entoure l'interruption volontaire de grossesse, dénoncée par certains comme un crime, prouvent bien que, pendant un certain nombre de mois, une vie en abrite une autre. Cependant, en ce qui concerne l'instant de l'acquisition de la personnalité juridique, laquelle devrait être calquée sur l'accession à la vie, le droit positif ne se montre pas aussi précis.

---

<sup>7</sup> Il n'est pas inutile de rappeler, sans pour autant être exhaustif, que cette détermination du commencement de la personnalité juridique conditionnera le règlement de certaines questions telles que l'avortement, l'assistance médicale à la procréation, les expérimentations pratiquées sur les embryons et les fœtus et même la maternité de substitution à nouveau sujet de discussion : v. A. Mirkovic, *La maternité pour autrui*, rapport d'information de la commission des lois du Sénat n° 421, 25 juin 2008, *D.* 2008, p. 1944 ; M. Bandrac, G. Delaisi de Parseval et V. Depadt-Sebag, *Repenser la prohibition de la gestation pour autrui ?*, *D.* 2008, p. 434.

<sup>8</sup> V. rap. P. Sargos, sous Cass. Ass. Plén., 29 juin 2001, *op. cit.*

<sup>9</sup> R. Andorno, *La distinction juridique entre les personnes et les choses à l'épreuve des procréations artificielles*, thèse préc., p. 124, n° 206.

## 2/ Le commencement de la vie « juridique »

Le système juridique français se trouve schématiquement divisé en trois tendances : acquisition de la personnalité à la naissance seulement, dès la conception ou, enfin, à partir de la présence d'un fœtus viable. Le Code civil, en premier lieu, ne s'attache qu'à la naissance, semblant ignorer presque totalement la vie *in utero*. L'article 16, introduit par la loi n° 94-653 du 29 juillet 1994 relative au respect du corps humain, dispose bien que « la loi assure la primauté de la personne, interdit toute atteinte à la dignité de celle-ci et garantit le respect de l'être humain dès le commencement de sa vie », mais force est de constater que cet instant n'est pas défini par le législateur<sup>10</sup>. Et, si le Code civil énonce encore que la convention portant sur la procréation ou sur la gestation pour le compte d'autrui est nulle<sup>11</sup>, ou qu'il suffit d'être conçu pour être capable de recevoir entre vifs ou par testament<sup>12</sup>, ou de succéder *ab intestat*<sup>13</sup>, il ne prend finalement l'individu en considération qu'à partir du moment où la naissance de celui-ci est déclarée à l'officier d'état civil. Les droits civils et la nationalité des sujets, décrits par les deux premiers titres du Livre premier du Code civil consacré aux « Personnes », ne présentent en réalité d'intérêt que si la déclaration de naissance est faite dans les trois jours de l'accouchement<sup>14</sup>. L'être né devient alors pour le droit une personne ou un sujet de droit ; il apparaît sur la scène juridique par sa naissance<sup>15</sup>, et c'est la raison pour laquelle cet événement important doit être porté à la connaissance du public. D'ailleurs, si la déclaration n'a pas lieu dans le délai légal, la naissance ne pourra être établie qu'en vertu d'un acte solennel, c'est-à-dire un jugement. Enfin, le Code civil contient une série de dispositions relatives aux déclarations proprement dites, quant à leur auteur et quant à leur contenu<sup>16</sup> et l'article R. 654-4 du Nouveau Code pénal réprime les manquements à ces dispositions. Mais le système retenu par le législateur français n'est pas aussi simple car, en plus d'être *vivant* – ce qui sera le cas s'il a respiré –, l'être humain doit être né

---

<sup>10</sup> Un parallèle est ici à faire avec l'événement qui met fin à la personnalité juridique, c'est-à-dire la mort, v. C. Chabault, *De la distinction entre les personnes et les choses : pour une proposition de nouvelles définitions*, thèse La Rochelle, 1997, n° 42.

<sup>11</sup> C. civ., art. 16-7.

<sup>12</sup> Au moment de la donation ou à l'époque du décès du testateur, *ibid.*, art. 906. Et l'article 961 prévoit aussi que la révocation pour survenance d'enfant après la donation pourra avoir lieu « encore que l'enfant du donateur ou de la donatrice fût conçu au temps de la donation ».

<sup>13</sup> *Ibid.*, art. 725.

<sup>14</sup> *Ibid.*, art. 55. Sur le mode de calcul du délai, v. décret n° 60-1265 du 25 novembre 1960.

<sup>15</sup> L'attribution de la qualité de *sujet de droit* ou de *personne* est effectivement indépendante du degré de conscience atteint chez l'individu, la personnalité juridique se définissant comme l'aptitude générique à recevoir des droits et des obligations.

<sup>16</sup> C. civ., art. 55 et s.

*viable*<sup>17</sup>, c'est-à-dire physiologiquement capable de survivre. Même si la jurisprudence récente – suivie par le législateur<sup>18</sup> – se montre plus souple quant aux conditions d'établissement d'un acte d'enfant sans vie sur les registres de décès de l'état civil pour tout fœtus né sans vie à la suite d'un accouchement<sup>19</sup>, il ne s'agit pas *a priori* de faire entrer sur la scène juridique un individu dont on sait qu'il n'y fera qu'une brève apparition. C'est la raison pour laquelle on admet qu'une déclaration de naissance à l'officier d'état civil n'est pas nécessaire si le nouveau-né n'est pas viable ou ne présente pas, au moins, les conditions de la viabilité. En ce sens, et s'agissant des actes de décès, l'article 79-1 du Code civil évoque bien clairement la notion de viabilité en énonçant que « lorsqu'un enfant est décédé avant que sa naissance ait été déclarée à l'état civil, l'officier de l'état civil établit un acte de naissance et un acte de décès sur production d'un certificat médical indiquant que l'enfant est né vivant et *viable* et précisant les jours et heures de sa naissance et de son décès ». Il y a ici attestation du décès d'un sujet de droit et, à cet égard, la loi s'en remet à un certificat médical indiquant la naissance d'un enfant vivant et viable. Cependant, toujours dans l'idée de souligner le caractère complexe du droit positif, il ne sera pas toujours nécessaire que l'enfant conçu soit né pour jouir de la personnalité juridique, notamment pour hériter selon les règles de la dévolution légale ou des libéralités<sup>20</sup>. Et c'est ici que la maxime générale issue du droit romain selon laquelle *infans conceptus pro nato habetur quoties de commodis ejus agitur*<sup>21</sup> trouve sa pleine consécration, le Code civil édictant alors des présomptions à partir de la naissance pour déterminer le moment de la conception : ainsi, selon l'article 311, « 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 » et « la conception est présumée avoir eu lieu à un moment quelconque de cette

---

<sup>17</sup> Cette condition supplémentaire est essentiellement précisée en matière successorale, puisque les articles 906 et 725 du Code civil l'exigent pour donner plein effet à une donation ou à un testament et à la dévolution légale, et en matière de filiation, puisque l'article 318 dispose « qu'aucune action n'est reçue quant à la filiation d'un enfant qui n'est pas né viable ».

<sup>18</sup> Deux décrets et deux arrêtés du 20 août 2008 prévoient désormais la possibilité d'établir un acte d'enfant sans vie à la demande des familles concernées et sur production d'un certificat médical mentionnant les heure, jour et lieu de l'accouchement. Les textes envisagent également la mention d'un prénom sur le registre de l'état civil ainsi que sur le livret de famille, mais énoncent que « pour autant, aucune filiation n'est établie » ; v. site *Internet Lexis Nexis, Dépêches JurisClasseur - Actualité*, 25 août 2008.

<sup>19</sup> C. Cass., 6 février 2008 (trois arrêts), *JCP* 2008.II.10045 note G. Loiseau ; *D.* 2008, p. 1862 notes D. Vigneau et G. Roujou de Boubée ; F. Rome, Lorsque l'enfant paraît..., *D.* 2008, p. 681 ; P. Chauvin et C. Creton, Chronique de la Cour de cassation, Première Chambre civile, *D.* 2008, p. 638 ; v. *infra*.

<sup>20</sup> C. civ., art. 725 et 906.

<sup>21</sup> « L'enfant conçu est tenu pour né chaque fois qu'il y va de son avantage ».

période, suivant ce qui est demandé dans l'intérêt de l'enfant ». Le droit fait *comme si* l'enfant conçu était né, en fonction de ses intérêts, pour lui accorder des droits, mais l'application de la maxime romaine sera toujours subordonnée à l'exigence que l'enfant naisse *vivant et viable*.

### 3/ Les propositions doctrinales

C'est sans doute à ces « flottements » de la loi, qui tout en accordant la primauté à la naissance ne dénie pas toute réalité à la vie *in utero*, que la doctrine a tenté de remédier en proposant d'autres solutions<sup>22</sup>. Mais nombre d'auteurs approuvent d'abord la philosophie du Code civil. C'est ainsi que Monsieur Xavier Labbé s'attache à la naissance, en considérant que le corps humain, avant celle-ci, ne peut être regardé comme une personne même conditionnelle, et retient la notion d'objet mobilier corporel « personne par destination » pour l'élément du corps de la mère dont le régime juridique est à rattacher à celui du droit à l'intégralité physique de la femme<sup>23</sup>. Nous nous permettrons toutefois d'être plus nuancé en ce qui concerne l'opinion du Doyen Jean Carbonnier, et ce en considération de certaines expressions employées par l'auteur : « par l'accouchement, dont la section du cordon ombilical marque le terme, l'enfant, jusque-là *pars viscerum matris*, devient une personne *distincte* ; de même, c'est par la naissance et à la naissance que *s'exteriorise* l'aptitude à être sujet de droit »<sup>24</sup>. En définitive, cette tendance considère que l'homme n'est homme et individu qu'à partir du moment où il peut mener une vie indépendante, ou bien dès qu'il peut avoir une vie relationnelle.

D'autres auteurs<sup>25</sup>, retenant un critère biologique ou le *fait génétique*<sup>26</sup>, préconisent de reconnaître la personnalité juridique à l'être non-né dès l'instant de sa conception<sup>27</sup> : parce qu'il est humain en devenir, l'embryon

---

<sup>22</sup> V. A. Batteur, *Droit des personnes et de la famille*, LGDJ, 2003, p. 57, n° 102 ; C. Chabault, *De la distinction entre les personnes et les choses*, *op. cit.*, p. 35 ; v. rap. P. Sargos, sous Cass. Ass. Plén., 29 juin 2001, *op. cit.*

<sup>23</sup> X. Labbé, *Condition juridique du corps humain avant la naissance et après la mort*, PU Lille, 1990. Cette « personne par destination » est distinguée par l'auteur des produits de la conception séparés du corps de la mère (placenta, embryon expulsé mort) ou produits nécessaires à la conception séparés de leur fournisseur (gamètes, embryon congelé), lesquels seront des biens, objets d'un droit de propriété particulier, c'est-à-dire d'un droit réel mais non absolu.

<sup>24</sup> *Droit civil, Introduction, Les personnes, La famille, l'enfant, le couple*, PUF, coll. Quadriga, 2004, p. 394, n° 205.

<sup>25</sup> C. Chabault, *op. cit.*, p. 36.

<sup>26</sup> A. Giudicelli, *Génétique humaine et droit : À la redécouverte de l'homme*, thèse Poitiers, 1993, p. 65.

<sup>27</sup> Et cette proposition n'est pas nouvelle, car, lors des travaux préparatoires du Code civil, G.-A. Chabot de l'Allier déclarait déjà que « l'enfant existe réellement dès l'instant de sa

doit être traité tout de suite comme tel, et il est encore soutenu que l'œuf fécondé contient dès l'origine, même au premier stade du développement, toutes les caractéristiques de la personne humaine<sup>28</sup>. La jurisprudence ne semble d'ailleurs pas insensible à cette idée<sup>29</sup>. Cette conception paraît alors respecter le principe du nécessaire respect de la vie et de la personne humaine inscrit dans la Déclaration universelle des droits de l'homme, de même que les principes selon lesquels les enfants ont besoin d'une protection et de soins particuliers en raison de leur dépendance physique et morale, que ce soit avant ou après leur naissance, figurant dans la Déclaration des droits de l'enfant des Nations Unies du 20 octobre 1959 et dans la Convention internationale relative aux droits de l'enfant signée à New York le 26 janvier 1990 ; principes encore rappelés par le Pacte international relatif aux droits civils et politiques du 19 décembre 1966 et par la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme de 1950, lesquels affirment que le droit à la vie de toute personne doit être protégé par la loi à partir de la conception. Ensuite, les opinions divergent selon que l'enfant conçu est une personne *potentielle* – selon le Comité national d'éthique – ou une personne *conditionnelle*. Mais, peu importe, « les deux procédés servent la même fin : que, dès la conception, le petit d'homme trouve sa place marquée dans la société »<sup>30</sup>.

Enfin, une troisième tendance souhaite attribuer la qualité de personne ou de sujet de droit à l'enfant qui est conçu depuis « un certain temps ». Autrement dit, « entre la simple conception d'un être et son installation dans la vie de manière à en parcourir normalement le cycle, il existe des états intermédiaires à propos desquels on doit se demander si les conditions de la personnalité sont ou non réunies »<sup>31</sup>. Une distinction est alors opérée entre l'embryon et le fœtus, et seul le fœtus viable se verrait accorder la personnalité juridique. Cette dernière analyse, plus proche de la réalité biologique et plus protectrice des droits de l'être vivant, paraît devoir être retenue, et faire l'objet d'un développement plus précis.

---

conception », cité in G. Memeteau, La situation juridique de l'enfant conçu, de la rigueur classique à l'exaltation baroque, *RTDC* 1990, p. 611.

<sup>28</sup> C. Chabault, *op. cit.*, p. 36.

<sup>29</sup> Trib. Corr. Bobigny, 22 novembre 1972, *GP* 1972, 2, 890 : cet enfant est « une personne humaine en devenir juridiquement protégée dès la conception » ; Toulouse, 21 septembre 1987, *D.* 1988, 184 note D. Huet-Weiller : « Attendu que le droit essentiel qui leur appartient de préserver est celui de l'enfant à naître qui dès sa conception, c'est-à-dire dès la formation de l'embryon, possède pleinement, en virtualité tout au moins, tous les attributs de la personne humaine... »

<sup>30</sup> R. Thery, La condition juridique de l'embryon et du fœtus, *D.* 1982, chr., p. 231.

<sup>31</sup> P. Salvage, La viabilité de l'enfant nouveau-né, *RTDC* 1976, p. 730.

## B/ Le fœtus viable, sujet de droit ?

Ne pouvant être considéré comme un simple *objet* (1), le fœtus doit être considéré comme un *sujet*, mais à partir de quel moment (2) ?

### I/ Le fœtus, un être humain apte à vivre

La même entité biologique étant amenée à se développer en principe sans rupture jusqu'à la naissance, nous nous proposons cependant de délimiter un seuil, au cours de cette vie intra-utérine, à partir duquel l'enfant conçu pourra être considéré comme une *personne* à part entière. Il ne peut d'abord être considéré comme une simple *chose*<sup>32</sup> jusqu'à sa naissance par le seul fait qu'il participe à l'espèce et à la nature humaines et nous condamnons ainsi la philosophie du Code civil, même si elle se trouve parfois corrigée par le mécanisme d'une fiction de naissance. L'enfant conçu vit *in utero*, et s'il peut arriver qu'il naisse vivant mais non-viable ou qu'il vienne au monde mort-né, on ne peut effacer cette brève accession à la vie : « la mort n'est pas rétroactive ! »<sup>33</sup> Mais il ne serait peut-être pas pour autant opportun de lui reconnaître la qualité de sujet de droit dès sa conception<sup>34</sup>. Deux considérations doivent, à notre avis, être prises en compte et cumulées.

En premier lieu, la loi n'attribue la qualité de *sujet* qu'à l'être *vivant* qui est en même temps *humain*, ce qui l'oblige d'ailleurs à recourir à la fiction pour attribuer la personnalité juridique à des entités abstraites, des personnes morales telles que les sociétés ou associations. Autrement dit, l'enfant conçu pourrait devenir une *personne* à partir du moment où, d'abord, on reconnaît en lui les caractères distinctifs du genre humain, ce qui paraît correspondre médicalement, mais non génétiquement il est vrai, au troisième mois de gestation. Au-delà de ce stade, l'embryon devient fœtus.

Mais, en second lieu, l'apparition de la nature humaine du produit de la conception doit ensuite s'accompagner d'une autre qualité démontrant son aptitude générique à devenir sujet : sa viabilité. L'être vivant apparaît donc pleinement sur la scène juridique à partir de l'instant où l'on reconnaît en lui la *nature humaine* et où l'on sait qu'il est *viable*. Le fœtus viable devient ainsi *personne* ou *sujet de droit* et l'attribution de la personnalité juridique intervient, sans qu'il soit nécessaire de recourir à la fiction, en amont de la naissance, mais en aval de la conception, à un moment qui doit maintenant être précisé.

---

<sup>32</sup> Pour un parallèle avec la protection juridique des animaux, J. Sainte-Rose, L'enfant à naître : un objet destructible sans destinée humaine ?, *JCP* 2004.I.194.

<sup>33</sup> G. Memeteau, La situation juridique de l'enfant conçu, de la rigueur classique à l'exaltation baroque, *op. cit.*, p. 621.

<sup>34</sup> C. Chabault, *préc.*, p. 39.

## 2/ Le fœtus, un sujet à six mois de gestation

Retenant les enseignements de la biologie, de la physiologie et de l'anatomie, le droit a souligné deux critères essentiels permettant de conclure à une aptitude à la vie. Il s'agit de la « maturité suffisante » et de la « bonne conformation » ou d'une « bonne organisation physique ». La première serait entendue comme « l'état résultant du développement suffisant d'un être pour lui permettre de survivre » et, la seconde, comme l'état « résultant de la constitution, de l'organisation du corps humain de nature à permettre la vie ». Mais il est acquis que ces deux qualités peuvent se combiner avec d'autres indices, par exemple un poids et une ossification raisonnables<sup>35</sup>. La référence au sixième mois de gestation, lequel marquerait le passage à la viabilité, ce seuil rejoignant l'apparition des signes distinctifs de l'espèce humaine avec notamment celle du système nerveux, pourrait alors se fonder sur les données évolutives de la science médicale, mais aussi sur l'article 311 du Code civil lorsqu'il énonce, de manière à pouvoir établir la filiation légitime d'un enfant, que celui-ci est présumé avoir été conçu pendant la période qui s'étend du trois centième au cent quatre-vingtième jour, inclusivement, avant la naissance. La loi présume des délais minimum et maximum de gestation et, même « si la preuve contraire est recevable » pour combattre cette présomption, il ne faut pas en déduire que le critère de la viabilité s'en trouve fragilisé. Si l'on peut en déduire que l'être dont la gestation a été supérieure à cent quatre vingt jours est probablement viable, alors que celui dont la gestation a duré moins de cent quatre-vingt jours ne l'est vraisemblablement pas, il ne s'agit pas d'affirmations catégoriques. Au contraire, ces propositions doivent être nuancées – les données scientifiques ne sont-elles pas en perpétuelle évolution ? – : c'est ainsi que la viabilité pourrait être présumée à partir du cent quatre-vingtième jour ; l'aptitude à la vie serait la règle, l'inaptitude l'exception. Cette présomption serait identique à celle pesant sur les enfants nés vivants et cette allégation serait conforme aux avancées de la médecine et de la biologie. Et si jamais cette qualité n'était pas en réalité atteinte malgré l'écoulement du délai, on pourrait imaginer que ce soit à celui qui nierait les droits du fœtus viable, devenu personne, de prouver grâce aux critères étudiés, son inaptitude à la vie, de même que le « défendeur » de l'enfant conçu pourrait apporter la preuve que la viabilité a été atteinte plus tôt : s'agissant d'un fait juridique, la règle de preuve applicable serait celle de la liberté – tout mode de preuve légal et loyal serait admis –, la question relevant bien entendu de l'appréciation souveraine des juges du fond. Mais il faut maintenant

---

<sup>35</sup> Jean-Baptiste Donnier, Successions – Qualités requises pour succéder – Capacité de succéder, *Jurisclasser Civil*, Art. 725 à 729-1 : L'Organisation Mondiale de la Santé a notamment souligné deux seuils incontournables, soit 22 semaines d'aménorrhée et un poids minimal de 500 grammes, en deçà desquels la viabilité ne saurait être acquise.

souligner que ce seuil de la viabilité n'est pas la frontière entre la « personne » et la « chose ». Au fœtus *sujet de droit*, qui est viable et qui révèle *de visu* sa nature humaine, quel que soit par ailleurs son mode de conception, ne s'oppose pas l'embryon ou le fœtus *chose*. Nous démontrerons au contraire que l'enfant conçu non encore personne est au moins *sujet de jouissance* bénéficiant à ce titre d'une protection parce que, vivant, il est capable de souffrir ou de profiter d'un avantage, d'éprouver un bien-être et donc capable d'être destinataire du droit objectif.

## II. L'enfant conçu sujet de jouissance

Certains êtres humains vivants sont, à notre sens, incontestablement des *sujets de jouissance*, même s'ils ne sont pas pour autant qualifiés de *sujets de droit*, simplement parce qu'il leur manque une qualité, il est vraie essentielle, c'est-à-dire la viabilité. Il s'agit précisément de l'enfant conçu non encore viable (A) et de l'enfant né vivant mais non-viable (B). Le droit positif n'accorde la personnalité juridique aux personnes physiques qu'à la condition qu'elles naissent vivantes et viables ; cependant, ces êtres humains atteints d'une déficience sont indubitablement pris en considération par la norme juridique, parce qu'ils sont capables de souffrir ou d'éprouver un bien-être, précisément afin d'assurer leur protection justifiée par leurs facultés émotionnelles.

### A/ L'enfant conçu non personne à part entière

Nous avons énoncé que l'enfant conçu ayant atteint le seuil de la viabilité, en principe au bout de six mois de gestation, était une personne à part entière, tout en soulignant que cette limite n'était pas une frontière entre la *chose* et la *personne* : au fœtus *sujet de droit*, qui est viable et qui révèle *de visu* sa nature humaine ne s'oppose pas l'embryon ou le fœtus *chose*<sup>36</sup>. Qu'en est-il alors de la condition juridique de ce dernier ? L'embryon ou le fœtus non encore viable est véritablement un sujet de jouissance, et cette démonstration peut s'opérer à partir d'une simple constatation : en effet, il devient aujourd'hui évident que, si la maxime d'origine romaine selon laquelle *infans conceptus pro nato habetur quoties de commodis ejus agitur* a permis de reconnaître conditionnellement des droits patrimoniaux (surtout

---

<sup>36</sup> D. Folscheid, L'embryon ou notre docte ignorance, in *L'embryon humain, approche multidisciplinaire*, Actes du Colloque des 9 et 10 novembre 1995, CRJO, *Economica*, 1996, p. 27 : « Devons-nous vraiment convoquer la science pour admettre que cet extraterrestre est un terrestre en général et un humain en particulier, alors que nous connaissons intuitivement la réponse, à savoir que l'embryon est des nôtres, ne serait-ce que parce que nous sommes tous d'ex-embryons qui ont réussi ? »

successoraux<sup>37</sup>) à l'enfant conçu, il n'en reste pas moins que celle-ci, et la fiction juridique qu'elle met en œuvre, sont désormais inutiles pour lui attribuer des droits extrapatrimoniaux. Il suffit de considérer que l'enfant conçu, en tant que projet de personne humaine<sup>38</sup>, est *vivant* dès la conception. Bien sûr, l'octroi de droits patrimoniaux a lui-même fait l'objet d'un élargissement notamment jurisprudentiel – en matière surtout d'assurance, de rente en cas d'accident du travail<sup>39</sup> ou de réparation d'un préjudice corporel<sup>40</sup> –, mais cela paraît bien peu par rapport à la réalité d'un faisceau de droits de la personnalité : ces avantages se retrouvant en matière de filiation (1) et face aux sciences médicales (2).

### *1/ L'enfant conçu et la filiation*

La qualité de *sujet de jouissance* de l'enfant simplement conçu, non personne à part entière, en droit de la filiation, apparaît à notre sens plus précisément au travers de deux questions : la reconnaissance prénatale (a) et la possession d'état (b).

#### a) La reconnaissance prénatale

Nonobstant la règle selon laquelle l'enfant conçu ou né pendant le mariage a pour père le mari<sup>41</sup>, l'embryon ou le fœtus non encore viable peut faire l'objet d'une reconnaissance auprès de l'officier civil ou dans un acte authentique, et ce depuis l'époque du Code Napoléon. « Rien ne s'oppose », en effet, pour reprendre les propos de Baudry-Lacantinerie<sup>42</sup>, « à ce qu'un

---

<sup>37</sup> Mais aussi sociaux, car certains droits ouverts par le droit contemporain bénéficient directement ou indirectement à l'enfant en formation, et ce dès sa conception : congé maternité, protection de la femme enceinte en matière de licenciement, protection de la femme engagée dans un protocole de fécondation *in vitro*, versement d'allocations dès le premier jour du troisième mois de grossesse... Il faut aussi souligner que l'article 227-12 du Code pénal incrimine celui qui dans un but lucratif ou par don, promesse, menace ou abus d'autorité provoque l'abandon d'un enfant né ou à naître.

<sup>38</sup> A. Kahn, *Quelle dignité pour l'embryon humain ?*, in *L'embryon humain, approche multidisciplinaire*, *op. cit.*, p. XIV.

<sup>39</sup> V. notamment les arrêts *Hérauval* du 4 janvier 1935 (*Bull. civ.*, n° 4) – par lesquels la Cour a décidé « qu'un enfant, simplement conçu au moment de l'accident mortel de travail survenu à son père mais né après, était en droit de percevoir la rente liée à cet accident » – et l'arrêt *Ségiers* du 10 décembre 1985 (*Bull. civ.* 1, n° 339), selon lequel les magistrats ont affirmé que « la détermination des enfants à naître vivant au foyer doit être faite en se conformant aux principes généraux du droit... pour attribuer un capital décès stipulé dans un contrat d'assurance à des jumeaux conçus au moment de la mort de l'assuré et nés par la suite ».

<sup>40</sup> La chambre criminelle de la Cour de cassation prend effectivement en compte la vie intra-utérine en reconnaissant que le fœtus peut être victime de blessures involontaires, *in concl.* J. Sainte-Rose sous Cass. Ass. Plén., 29 juin 2001, *op. cit.*

<sup>41</sup> C. civ., art. 312.

<sup>42</sup> *Traité théorique et pratique de Droit civil, Des personnes*, tome 4, 3<sup>ème</sup> éd., 1907, p. 603.

enfant naturel soit reconnu pendant qu'il est encore dans le sein de sa mère ». Par cet acte juridique unilatéral, le déclarant avoue sa paternité ou sa maternité, parfois dans la crainte d'un décès : « le père peut songer à faire une semblable reconnaissance en prévision du cas où il viendrait à mourir avant la naissance de l'enfant, et la mère en prévision du cas où elle succomberait dans les douleurs de l'enfantement »<sup>43</sup>. Et l'article 316 du Code civil, dans sa rédaction actuelle, a entériné cette possibilité en affirmant que la filiation peut être établie « par une reconnaissance de paternité ou de maternité, faite *avant* ou après la naissance » ; cette pratique intervenant souvent et, malheureusement, à propos de conflits de paternités, de spectacle scandaleux d'un enfant réclamé par plusieurs pères ; mais il s'agit d'une réalité dont la validité est depuis longtemps admise unanimement par la jurisprudence et la doctrine. Cette reconnaissance anticipée confère alors à son auteur certaines prérogatives de l'autorité parentale et elle produit, à notre avis, ses conséquences dès la conception, ayant un caractère déclaratif, sans qu'il y ait lieu d'avoir recours à une fiction de naissance. La Cour d'appel de Paris, dans un arrêt du 13 novembre 1990, n'a d'ailleurs pas été insensible à cette idée en énonçant que « l'ordre des reconnaissances anticipées ne peut être annulé par une fiction juridique consistant à dire que ces reconnaissances sont considérées comme faites simultanément le jour de la naissance, ce qui est contraire à la réalité des faits »<sup>44</sup>. Dans le même sens, la Cour de cassation a affirmé, dans un arrêt du 7 avril 2006, au visa des articles 7-1 de la Convention internationale des droits de l'enfant et des articles 335, 336, 341, 348-1, 352 du Code civil, que lorsqu'un enfant est né sous X, alors qu'il a été identifié par son père à une date antérieure au consentement à l'adoption, la reconnaissance prénatale ayant établi la filiation paternelle de l'enfant avec effet au jour de sa naissance, le Conseil de famille des pupilles de l'État, informé de cette reconnaissance, ne peut plus consentir valablement à l'adoption de l'enfant, car ceci relève du seul pouvoir paternel<sup>45</sup>. Enfin, il apparaît que la reconnaissance prénatale concernerait aujourd'hui 58 % des naissances hors mariage<sup>46</sup>.

## b) La possession d'état

S'agissant ensuite de la possession d'état, toujours en matière de conflits de filiations, notamment en présence d'un enfant adultérin *a matre*, il est également acquis que la possession d'état est un moyen d'établir une

---

<sup>43</sup> *Ibid.*, p. 604.

<sup>44</sup> D. 1991, I.R. 8.

<sup>45</sup> Revue *Droit de la famille*, juin 2006, comm. J. Murat.

<sup>46</sup> *Ibid.*, décembre 2006, Alerte 96 : entre 1974 et 2004, le nombre de reconnaissances prénatales serait passé de 6 900 à 211 800.

filiation. Selon l'article 311-1 du Code civil, celle-ci « s'établit par une réunion suffisante de faits qui révèlent le lien de filiation et de parenté entre une personne et la famille à laquelle elle est dite appartenir » et « les principaux de ces faits sont : que cette personne a été traitée par celui ou ceux dont on la dit issue comme leur enfant et qu'elle-même les a traités comme son ou ses parents ; que ceux-ci ont, en cette qualité, pourvu à son éducation, à son entretien ou à son installation<sup>47</sup> ; que cette personne est reconnue comme leur enfant, dans la société et par la famille ; qu'elle est considérée comme telle par l'autorité publique<sup>48</sup> ; qu'elle porte le nom de celui ou ceux dont on la dit issue »<sup>49</sup>. Enfin, le dernier alinéa précise que « la possession d'état doit être continue » et l'article 311-2 ajoute qu'elle doit aussi être « paisible, publique et non équivoque ». Il ressort de ces dispositions légales que c'est de la réunion d'un ensemble d'éléments de fait concordants – la liste légale n'étant qu'indicative – que se dégage la possession d'état, à condition qu'ensuite, pour produire effet (présomption de filiation), celle-ci ne soit pas viciée, par exemple instable ou discontinue. Or, il nous faut justement souligner que des éléments anténataux sont parfois pris en compte par la jurisprudence pour établir, une fois cet enfant né, sa paternité. « L'enfant non né, simplement conçu et en voie de gestation étant pleinement sujet de droit, les circonstances antérieures à sa naissance peuvent être prises en considération pour déterminer l'existence de la possession d'état légitime »<sup>50</sup>. Ainsi, la Cour de cassation, dans un arrêt du 14 février 2006<sup>51</sup>, a annulé la reconnaissance paternelle faite par un tiers et a écarté sa demande de contestation de la paternité du mari, au motif que l'enfant avait une possession d'état d'enfant légitime *anténatale* et postnatale conforme à son acte de naissance<sup>52</sup>. En effet, avant cette reconnaissance, le père légitime connaissait parfaitement la grossesse de sa femme et avait considéré l'enfant à naître comme le sien, celui-ci étant présenté tant à la

---

<sup>47</sup> Ces deux premières propositions désignent le *traitement* ou *tractatus*, soit l'élément le plus révélateur du lien de filiation, parce que le plus riche, le plus dense et donc le plus probant. Il désigne tous les actes concourant à l'entretien de l'enfant : éducation et même installation dans la vie active. V. F. Granet-Lambrechts, *Filiation – Dispositions générales – Preuves et présomptions*, *Juris-Classeur Civil*, art. 310-3 à 311-2.

<sup>48</sup> Il s'agit ici (3° et 4°) de la *fama* ou de la *réputation* : c'est l'aspect social de la filiation, la situation de l'enfant aux yeux des tiers (voisins, commerçants du quartier...), de la société et de l'autorité publique (enseignants de l'école fréquentée par l'enfant, agents de la commune...).

<sup>49</sup> Le *nomen*, c'est-à-dire le *nom* : le nom porté par l'enfant peut être le signe de son appartenance à une famille.

<sup>50</sup> Rouen, 21 novembre 1979, *D.* 1981, p. 30 note D. Huet-Weiller.

<sup>51</sup> Cass. Civ. 1, 14 février 2006, *Juris-Data* n° 2006-032181.

<sup>52</sup> Une possession d'état a même été réduite à des éléments exclusivement anténataux, dans une affaire particulière où la paternité était médicalement certaine et où le père était décédé accidentellement avant la naissance de jumeaux, v. TGI Nanterre, 8 juin 1988, *D.* 1988, p. 400 note D. Huet-Weiller.

famille qu'aux tiers comme étant celui du couple<sup>53</sup>. Dans le même sens, les juges ont pu relever que la possession d'état avait été continue pendant le cours de la gestation, marquée par l'attente heureuse de la naissance et le choix commun d'un prénom rappelant l'ascendance hellène<sup>54</sup>. Le comportement du père pendant la grossesse peut encore faire échec à une légitimation adoptive<sup>55</sup>. Enfin, le législateur a tenu compte de cette situation, car il prévoit aujourd'hui expressément à l'article 317 du Code civil – depuis le 1<sup>er</sup> juillet 2006, date d'entrée en vigueur de la réforme de la filiation opérée par l'ordonnance du 4 juillet 2005 – la possibilité de délivrer un acte de notoriété<sup>56</sup> constituant une possession d'état prénatale, lorsque le parent prétendu est décédé avant la déclaration de naissance de l'enfant. Autrement dit, un acte de notoriété peut en de telles circonstances suffire à prouver la possession d'état prénatale, qui, du fait du décès prématuré d'un parent, permettra d'établir la filiation à l'égard du défunt selon un procédé simple, non coûteux et rapide<sup>57</sup>. Il en résulte que la possession d'état prénatale est aujourd'hui une réalité, tout simplement parce que les éléments de la définition communément admise peuvent s'appliquer à l'enfant seulement conçu et à naître.

## 2/ L'enfant conçu face aux sciences médicales

La qualité de sujet de jouissance de l'embryon ou du fœtus non encore viable apparaît aussi incontestablement face au pouvoir médical. Parce qu'il est *vivant*, cet être humain en devenir est capable de souffrir et enclin à se développer pleinement. On ne peut donc le traiter purement et simplement comme une chose. Il fait alors l'objet d'une protection par le législateur, et

---

<sup>53</sup> Préc. De fait, une possession d'état d'enfant légitime paisible et sans ambiguïté s'était ainsi constituée avant la reconnaissance, puis s'était poursuivie de façon continue pendant plusieurs années après la naissance de l'enfant.

<sup>54</sup> TGI Paris, 13 mai 1975, *D.* 1975, p. 597 note D. Huet-Weiller et sur appel Paris, 5 février 1976, *JCP* 1976.II.18487 note J. Grosliere et *D.* 1976, p. 573 note G. Paire : dès le début de la grossesse, les époux P. eurent le comportement habituel des futurs père et mère, comme l'attestent de nombreuses lettres des deux familles ou d'amis du couple ; N.P. a entrepris lui-même, ou avec sa femme, les déclarations ou démarches nécessaires ; tous deux se sont occupés de l'achat d'un berceau et de la confection du trousseau de l'enfant attendu ; ils ont fait part à leurs proches de leur attente, notamment à l'occasion de vacances passées en Grèce dans la famille du mari ; c'est encore celui-ci qui conduisit la mère à la maternité, y remplit les papiers d'usage et paya les factures.

<sup>55</sup> Cass. Civ. 1, 6 juillet 1960, *JCP* 1960.II.11815 note A. Rouast et *D.* 1960, p. 510 note G. Houlleaux.

<sup>56</sup> Cet acte, délivré par le juge d'instance, pourra cependant faire l'objet d'une contestation judiciaire, de sorte que la filiation sera établie par jugement.

<sup>57</sup> V. F. Granet-Lambrechts, Etablissement de la filiation par la possession d'état constatée dans un acte de notoriété, *Juris-Classeur Civil*, art. 317.

ceci précisément en matière d'interruption volontaire de grossesse (a) et de recherche (b).

a) L'interruption volontaire de grossesse

L'article L. 2211-1 du Code de la santé publique dispose que « la loi assure la primauté de la personne (...) et garantit le respect de l'être humain dès le commencement de sa vie » et qu'il ne saurait être porté atteinte à ce principe, selon l'article L. 2211-2, « qu'en cas de nécessité et selon les conditions définies par la loi ». La disparition anticipée de l'être humain en devenir est donc un fait tout à fait *exceptionnel*, et ne doit en aucun cas constituer un moyen de régulation des naissances<sup>58</sup>, et ce qu'il s'agisse d'une interruption pratiquée avant la fin de la douzième semaine de grossesse ou d'une interruption de grossesse pratiquée pour motif médical. L'interruption volontaire de grossesse pénalement réprimée demeure donc la règle, les exceptions restant d'interprétation stricte.

C'est ainsi que la femme enceinte que son état place dans une *situation de détresse* peut demander à un médecin l'interruption de sa grossesse, laquelle ne peut être pratiquée qu'avant la fin de la douzième semaine de grossesse – cette hypothèse vise donc bien l'embryon puisque les douze semaines équivalent à trois mois de gestation, il s'agit donc de « l'avant-fœtus », puisque celui-ci apparaît à partir justement du troisième mois – mais celle-ci ne peut être opérée que par un médecin et ne peut avoir lieu que dans un établissement de santé, public ou privé, ou dans le cadre d'une convention conclue entre le praticien et un tel établissement<sup>59</sup>. Cette pratique est donc strictement réglementée : il ne s'agit pas d'une opération bénigne et toute une procédure doit ensuite être respectée, pour s'assurer, sous peine de sanctions pénales, de l'intégrité du consentement de la mère<sup>60</sup>. Bien sûr, l'intervention pratiquée, même si elle aboutit au résultat recherché, pourra toujours fournir l'occasion d'engager la responsabilité du médecin ou de l'établissement aux conditions du droit commun, mais il faut noter que la venue au monde d'un enfant, donc en cas d'échec de l'interruption de grossesse, n'est pas un préjudice réparable<sup>61</sup>. Enfin, et surtout, le personnel

---

<sup>58</sup> C. santé publ., art. L. 2214-2.

<sup>59</sup> *Ibid.*, art. L. 2212-2.

<sup>60</sup> *Ibid.*, art. L. 2212-3 et s. À notre avis, c'est encore la vie du fœtus qui est elle-même protégée à travers tous ces entretiens, conditions de fond à l'avortement : première visite où le médecin informe la femme enceinte des méthodes médicales et chirurgicales et des risques et des effets secondaires potentiels et lui remet un dossier-guide ; consultation préalable ; confirmation écrite de la demande d'interruption que le médecin ne peut accepter qu'après l'expiration d'un délai d'une semaine suivant la première demande... On peut penser que cette procédure à deux phases rendue obligatoire par le législateur a un but dissuasif.

<sup>61</sup> C. action soc. et fam., art. 114-5.

médical et paramédical peut toujours opposer une clause de conscience et refuser de pratiquer ou de concourir à l'interruption de grossesse<sup>62</sup>.

Les mêmes observations en faveur d'une reconnaissance légale d'un droit à naître – nous souhaitons effectivement souligner que la loi reconnaît la qualité de *personne humaine en devenir* à l'embryon car l'avortement n'est qu'une *faculté*<sup>63</sup> et non un droit – peuvent être faites à propos de l'interruption de grossesse justifiée par *un motif médical*, soit en raison de la santé de la mère, soit en raison de celle de l'enfant. Si celle-ci peut intervenir à « toute époque », sans condition de délai donc, alors que d'autres exigences sont à rapprocher de celles existant en matière d'interruption de grossesse pour situation de détresse<sup>64</sup>, nous ne pensons pas que cette absence de limitation dans le temps de l'intervention soit condamnable, puisqu'il n'y a certainement plus de place, dans cette hypothèse, pour une volonté discrétionnaire. Il s'agit ici, en application de la règle de la raison proportionnée, de sauver une vie, même si c'est au détriment d'une autre, autrement dit d'un véritable état de nécessité. D'après, en effet, l'article 122-7 du Code pénal, la personne qui, face à un danger actuel ou imminent, qui menace elle-même ou autrui, accomplit un acte nécessaire à la sauvegarde de la personne n'est pas pénalement responsable, sauf en cas de disproportion entre les moyens employés et la gravité de la menace. Nous retrouvons bien en l'espèce les conditions constitutives de l'état de nécessité, c'est-à-dire l'exigence d'un danger actuel et d'un acte justifié.

D'abord, selon l'article L. 2213-1 du Code de la santé publique, la poursuite de la grossesse doit mettre en péril *grave* la santé de la femme ; il ne peut donc pas s'agir d'un état pathologique bénin ; et l'interruption de grossesse est encore permise lorsqu'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. La loi vise donc le cas où l'enfant conçu souffre d'une anomalie mentale ou physique sans aucun espoir de guérison. Il en ressort qu'il existe bien un danger et que celui-ci présente la caractéristique d'être actuel ou imminent, puisque, finalement, la

---

<sup>62</sup> C. santé publ., art. L. 2212-8.

<sup>63</sup> Tout dépend alors des convictions de chacun ou du sentiment qu'il a de sa situation de détresse, puisqu'il peut s'agir d'une notion toute subjective. Il faut donc faire appel à la responsabilité de chaque femme et à sa propre éthique ou conscience. Nous rappellerons les propos de J. Carbonnier, lequel pensait au sujet de la conception française du mariage que « chaque être humain a la responsabilité non seulement de son propre bonheur, mais de sa propre moralité. La liberté est pour les autres, le devoir moral n'est que pour moi », *in* Terre et ciel dans le droit français du mariage, *Etudes en l'honneur de G. Ripert*, 1950, p. 345, cité *in* J. Rubelin-Devichi, Le droit et l'interruption de grossesse, *Les Petites Affiches*, 7 juin 1996, n° 69, p. 20.

<sup>64</sup> Notamment en ce qui concerne le praticien, l'établissement lieu de l'intervention et les obligations postérieures à visée informative, précisément en matière de régulation des naissances au profit de la mère, ou administratives à des fins statistiques par lesquelles le médecin déclare l'intervention pratiquée au médecin inspecteur régional de la santé.

décision de mettre fin à la grossesse se prendra au moment du diagnostic révélant le péril.

Ensuite, il s'agit dans tous ces cas d'une interruption de grossesse nécessaire, dans la mesure où cet acte est le seul à permettre de sauver la santé de la mère et où l'affection qui atteint l'enfant est incurable. Mais, bien sûr, le consentement de la première demeure requis, ce qui répond encore à la définition de l'état de nécessité, puisque celle-ci conserve son libre arbitre. Même si l'appréciation du motif thérapeutique relève exclusivement du pouvoir médical (la loi exigeant quant à son évaluation une attestation établie par une équipe pluridisciplinaire comprenant au moins trois personnes dont deux médecins), c'est bien réellement la femme enceinte qui prend la décision de l'interruption de grossesse. Il s'agit donc bien, encore une fois, de commettre un fait exceptionnel, puisque préjudiciable à un être humain vivant, qu'il soit pleinement *sujet de droit*<sup>65</sup> ou *sujet de jouissance*<sup>66</sup>, et incriminé pour la même raison, pour faire face à un danger mortel ou particulièrement grave. L'interruption de grossesse pour motif médical répond donc bien à la définition du fait justificatif qu'est l'état de nécessité, c'est-à-dire « l'état d'une personne qui, tout en gardant sa liberté de décision, n'a d'autre moyen, pour échapper à un danger qui la menace ou menace autrui, que de commettre une infraction qui peut atteindre un tiers innocent »<sup>67</sup>. Et, finalement, il serait cruel de poser la question d'une hiérarchie de valeur des deux êtres humains en présence, puisque si les deux biens sont de valeur sensiblement égale, il paraît logique d'admettre la justification car il n'y a pas disproportion<sup>68</sup>.

## b) La recherche

S'agissant ensuite de la recherche, la qualité de *sujet de jouissance* de l'embryon et du fœtus non encore viable peut encore se retrouver en matière médicale à travers l'expérimentation et, plus précisément, les diagnostics. Il faut alors distinguer entre le diagnostic pratiqué sur l'embryon *in utero* et celui effectué sur l'embryon *in vitro*, c'est-à-dire entre le diagnostic prénatal et le diagnostic préimplantatoire ou biologique.

Dans la mesure où l'enfant conçu sujet de jouissance, parce qu'il est vivant, est capable de souffrir et de se développer pleinement, il faut noter que le *diagnostic prénatal* est aujourd'hui couramment pratiqué, qu'il s'agisse de déceler une anomalie morphologique, une maladie génétique ou

---

<sup>65</sup> On pense ici à la mère et au fœtus viable.

<sup>66</sup> Ce qu'est l'embryon ou le fœtus non encore viable.

<sup>67</sup> Bouzat et Pinatel, *Traité de droit pénal et de criminologie*, cité in E. Clavel, La clause de conscience du médecin dans la loi du 17 janvier 1975 relative à l'interruption volontaire de grossesse, *JCP* 1978.I.2915.

<sup>68</sup> J. Pradel, *Droit pénal général*, Cujas, 1994, p. 383, n° 350.

chromosomique actuelle ou une prédisposition à développer une maladie dans le futur. C'est ainsi d'ailleurs que son champ d'application s'est considérablement développé, puisqu'il a d'abord permis de détecter la trisomie 21, avant de s'étendre aux maladies chromosomiques et autres troubles métaboliques, malformations morphologiques puis, enfin, repérage de la myopathie de Duchenne et de la mucoviscidose<sup>69</sup>. Actuellement, cette pratique est spécialement prévue et réglementée par l'article L. 2231-1 du Code de la santé publique, qui dispose ainsi qu'il s'agit, à travers elle, de « détecter *in utero* chez l'embryon ou le fœtus une affection d'une particulière gravité ».

Bien sûr, les avancées de la médecine et de la biologie en ce domaine peuvent être synonymes de progrès, mais il nous faut insister sur les dangers d'une telle intervention en raison d'une éventuelle dérive eugénique<sup>70</sup>, puisque souvent les techniques utilisées permettent de connaître le potentiel génétique de l'embryon. Effectivement, si la détection précoce d'une maladie ou d'une anomalie peut présenter l'intérêt d'un traitement et d'une guérison rapides, il faut néanmoins lutter contre les risques de suppression d'enfants « pour simples convenances personnelles ». Nous pouvons toutefois affirmer que le législateur, conscient de ces risques, a bel et bien choisi de protéger l'embryon, parce que *projet de personne humaine*, notamment en délimitant le but assigné au diagnostic, limité aux graves anomalies : il ne s'agit pas, par exemple, de déterminer le sexe de l'enfant. Il existe donc des conditions de forme, mais aussi, et il faut insister sur ce point, des conditions de fond, car si malgré les risques que comporte le diagnostic anténatal à la fois pour la mère et pour son futur enfant, sa licéité n'a jamais été violemment discutée, son but doit être surtout thérapeutique, après avoir été informatif. Et l'interruption de grossesse pour motif médical ne doit encore ici répondre qu'à l'état de nécessité. Envisagé dans cette perspective, le diagnostic prénatal est bien une mesure de protection de l'embryon *sujet de jouissance*.

Dans le cadre de la surveillance de la grossesse, d'abord, des examens sont légalement prévus<sup>71</sup>, mais les dépistages de maladie doivent être prescrits. Ils le seront d'ailleurs plus facilement, lorsque le diagnostic anténatal sera tout particulièrement nécessaire, en raison d'un antécédent au sein du couple ou d'une pathologie présentée par un enfant déjà né de celui-ci. Le diagnostic prénatal doit ainsi être précédé d'une consultation médicale adaptée à l'affection recherchée<sup>72</sup> et sa pratique ne pourra pas s'effectuer

---

<sup>69</sup> D. Le Breton, L'embryon médicalement assisté, in *L'embryon humain, approche multidisciplinaire*, préc., p. 12.

<sup>70</sup> L'article 16-4 du Code civil prévoit cependant que « toute pratique eugénique tendant à l'organisation de la sélection des personnes est interdite ».

<sup>71</sup> C. santé publ., art. L. 2122-1.

<sup>72</sup> *Ibid.*, art. L. 2131-1.

n'importe où, mais, au moins en ce qui concerne les analyses de cytogénétique et de biologie, dans des établissements publics de santé et des laboratoires d'analyses de biologie médicale agréés. Par ailleurs, la loi a prévu la création de centres pluridisciplinaires de diagnostic prénatal au sein d'organismes et d'établissements de santé publics et privés à but non lucratif. Le législateur a donc confié les pratiques de diagnostic anténatal aux médecins, son souci étant de donner à la femme ou au couple qui consulte des garanties de fiabilité du diagnostic et de compétence de ceux qui ont à le poser. L'autorisation donnée aux établissements publics de santé et aux laboratoires d'analyses de biologie médicale, pour la pratique d'examen biologiques, n'est pas exclusive d'un retrait – temporaire ou définitif – en cas d'infraction constatée aux dispositions législatives ou réglementaires. Et, si le retrait ne peut en principe intervenir qu'après un délai d'un mois suivant une mise en demeure, l'autorisation peut, en cas de violation grave, être suspendue sans délai à titre conservatoire<sup>73</sup>. Enfin, le Code pénal réprime le fait de procéder au diagnostic anténatal sans avoir reçu cet agrément : selon l'article 511-20, l'infraction est punie de deux ans d'emprisonnement et de 30 000 euros d'amende.

Le diagnostic anténatal n'est donc pas un acte bénin, qui s'effectue de manière banalisée, et doit aussi répondre à des conditions de fond. Outre l'exigence du consentement de la femme enceinte, des obligations incombent au praticien, telles que l'obligation d'informer celle-ci des risques encourus par l'utilisation de certaines techniques de diagnostic, et la responsabilité de ce dernier serait évidemment engagée en cas de pratique non conforme aux règles de l'art ou d'abstention délictueuse. Mais, surtout, le diagnostic prénatal doit être envisagé comme ayant un rôle à la fois informatif et thérapeutique, car il n'y a pas de raison d'exclure l'embryon ou le fœtus non encore viable de la médecine et de le priver du droit d'être soigné. Il s'agit d'abord, selon la loi, de détecter une anomalie ou pathologie. Grâce aux avancées techniques, il est permis de s'enquérir de l'état de santé de l'embryon *in utero*, mais ceci, à notre sens, dans un but exclusivement thérapeutique si la recherche est positive. Un traitement approprié devra être mis en œuvre *in utero* par des substances médicamenteuses (troubles du rythme cardiaque du fœtus) ou par des transfusions dans les vaisseaux ombilicaux. Toutefois, le plus souvent, les malformations seront traitées après la naissance, précédées éventuellement d'interventions palliatives *in utero* (par exemple, en cas d'obstruction des voies urinaires ou de hernies diaphragmatiques). Mais l'avortement ne doit être que la solution de dernier recours, et ne doit pas être le signe « d'une intolérance à toute altération des normes fonctionnelles ou morphologiques de l'humain normal »<sup>74</sup>.

---

<sup>73</sup> *Ibid.*, art. L. 2131-3.

<sup>74</sup> D. Le Breton, préc., p. 15.

Le *diagnostic préimplantatoire ou biologique* est, quant à lui, d'appréhension plus délicate, puisqu'il concerne l'embryon humain *in vitro*. Selon, en effet, l'article 2131-4 du Code de la santé publique, le diagnostic biologique est « effectué à partir de cellules prélevées sur l'embryon *in vitro* ». Autrement dit, il s'agit d'abord d'obtenir un embryon *in vitro* conçu par une technique de fécondation *in vitro* afin d'y rechercher ensuite, à titre exceptionnel, une maladie génétique d'une particulière gravité, reconnue comme incurable au moment du diagnostic. Une telle pratique est alors réservée aux couples qui, du fait de leur situation familiale, ont une forte probabilité de donner naissance à un enfant atteint d'une telle pathologie. Le diagnostic préimplantatoire ou biologique est donc un acte médical d'une gravité nettement supérieure à celle du diagnostic prénatal effectué sur l'embryon *in utero*. Il n'est plus question, finalement, d'un but exclusivement thérapeutique, car nous pouvons penser que le praticien ne procédera pas à l'implantation de l'œuf en cas de diagnostic positif, mais nous pouvons aussi imaginer l'immense souffrance d'un couple confronté à la perte d'un enfant malade après seulement quelques mois de vie. Est-ce alors le couple qui est protégé par cette pratique ou l'embryon *sujet de jouissance*? Certains auteurs arguent des conditions de vie future des enfants<sup>75</sup>. Il n'est pas non plus certain, en définitive, que l'implantation d'un embryon aboutira à une naissance. Le débat étant extrêmement délicat, et finalement pluridisciplinaire, car nous pouvons souligner l'interférence de la religion de chacun ou même celle de la morale, nous voudrions simplement remarquer que la technique, encore une fois, est strictement réglementée, afin de ne pas dévier vers un véritable tri eugénique. En ce sens, la loi prévoit qu'un médecin exerçant son activité dans un centre de diagnostic prénatal pluridisciplinaire autorisé doit attester que le couple répond bien aux conditions exigées et que le diagnostic ne peut être effectué que lorsqu'a été préalablement et précisément identifiée, chez l'un des parents, ou l'un de ses ascendants immédiats dans le cas d'une maladie gravement invalidante, à révélation tardive et mettant prématurément en jeu le pronostic vital, l'anomalie ou les anomalies responsables d'une telle maladie<sup>76</sup>. Evidemment, est exigé le consentement écrit des deux membres du couple à la réalisation du diagnostic, lequel ne peut avoir pour objet que de rechercher l'affection ainsi que les moyens de la prévenir et de la traiter<sup>77</sup>. Il semblerait

---

<sup>75</sup> *Ibid.*, p. 14 : « L'enfant qui naît avec une malformation est l'objet incessant de regards, de jugements, d'une muette interrogation. Il ne peut guère s'engager dans une pratique sportive et il est marginalisé dans ses loisirs, ou lors des cours d'éducation physique de sa classe. Sans cesse il est contraint d'expliquer pourquoi il ne peut courir, ou si mal, avec si peu d'élégance, ou pourquoi telle particularité le caractérise... Il doit composer avec la douleur, de longues périodes d'immobilisation, de mise à l'écart, souffrir de voir ses amis du même âge mener une vie dont il est simple spectateur ».

<sup>76</sup> C. santé pub., art. L. 2131-4.

<sup>77</sup> *Ibid.*

donc malgré tout que le législateur garde l'espoir d'une finalité thérapeutique, laquelle marque indubitablement la volonté de protéger les conditions de développement de l'embryon, en tout cas d'y veiller dans un sens favorable ou bénéfique.

### ***B/ L'enfant né vivant mais non viable***

Cet enfant né vivant mais non viable doit pouvoir bénéficier d'un statut juridique (1) car il n'est pas une chose (2).

#### *1/ La nécessité d'un statut juridique*

Nous avons rappelé le principe selon lequel le droit objectif n'accorde la personnalité juridique aux personnes physiques qu'à la condition qu'elles naissent *vivantes et viables*, le degré de conscience atteint chez elles important peu. Aussitôt, nous l'avons assorti de correctifs : d'une part, l'enfant conçu et viable mérite d'être qualifié de *sujet de droit* ; d'autre part, l'être non né en deçà de six mois de gestation doit supporter la qualification de *sujet de jouissance*. On ne saurait en effet les distinguer en opposant une chose à une personne. En conséquence, compte tenu de ces considérations, il apparaît que le statut juridique de l'enfant né vivant mais non viable soulève des interrogations plus délicates. En effet, d'un côté, celui-ci ne peut être totalement assimilé à une personne, puisqu'il n'a pas atteint le seuil de la viabilité. Toutefois, et d'un autre côté, sa classification parmi les choses ne respecterait qu'insuffisamment la dignité humaine. Evidemment, le Code civil lui dénie la personnalité juridique. À cet égard, les articles 725 et 906 disposent que l'enfant qui n'est pas né viable ne peut succéder *ab intestat*, ni recevoir entre vifs ou par testament. Dans le même sens, l'article 318 déclare irrecevable toute action judiciaire qui aurait pour finalité d'établir sa filiation.

Pourtant, l'enfant né vivant mais non viable nous semble digne d'une attention particulière. On ne saurait, à notre avis, envisager la question des *personnes* sans préciser son statut, et ce pour une raison évidente : nous avons vu que la viabilité était une notion aux contours mal définis ou fragilisée. Autrement dit, nous pensons pouvoir affirmer que l'enfant né vivant, mais ne présentant pas la qualité d'être apte à la vie doit être pris en considération par la norme juridique par la simple considération selon laquelle sa condition physiologique est susceptible d'être incertaine et de susciter plusieurs diagnostics. Dans le même ordre d'idées, il ne faut pas oublier que les données de la science sont par définition susceptibles d'évolution dans un esprit essentiellement de progrès. Enfin, nous avons imaginé, lorsqu'il s'agissait d'ériger l'enfant conçu depuis six mois en *sujet de droit*, d'établir un système de présomptions en soulignant que la doctrine

et la jurisprudence considèrent, en présence d'un enfant né vivant, que le juge peut fonder une présomption simple de viabilité sur cette manière d'être, car la viabilité est l'état ordinaire et normal des nouveau-nés vivants<sup>78</sup>. Il appartiendrait alors à celui qui dénie cette condition d'en apporter la preuve contraire, par tous moyens et notamment par expertises médicales prenant la forme d'autopsies. Cette observation permet en réalité de justifier notre intention de compter l'enfant né vivant mais non viable parmi les *personnes*, car ce serait dans l'hypothèse opposée traiter différemment l'être humain selon le seuil de développement biologique<sup>79</sup>. Il faut maintenant étayer cette idée, en démontrant que ce nouveau sujet n'est pas complètement inconnu du législateur.

## 2/ La certitude d'une non-chose

Au lieu de développer la liste des articles du Code civil qui lui refusent toute prétention, il est plutôt opportun d'étudier dans quel cas il mérite l'attention. Nous prendrons deux exemples : l'état civil et l'état de santé.

*L'état civil.* D'abord, il est certain que l'accession à la vie d'un tel enfant doit – aujourd'hui d'avantage – être portée à la connaissance du public. En effet, si l'article 79-1 du Code civil exige en son premier alinéa un certificat médical indiquant que l'intéressé est né vivant et viable pour que l'officier d'état civil dresse l'acte de naissance et l'acte de décès d'un enfant mort avant que sa naissance lui ait été déclarée, cela ne signifie pas *a contrario* qu'il ignorera toute existence – même momentanée – d'un être non viable ou du moins pour lequel aucun certificat ne se prononce sur cet état. Au contraire, le second alinéa du même article impose à l'officier d'état civil un acte d'enfant sans vie, lequel sera inscrit à sa date sur les registres de décès, en énonçant les jour, heure et lieu de l'accouchement, et même les prénoms et noms, dates et lieux de naissance, professions et domiciles des père et mère et, s'il y a lieu, ceux du déclarant. En outre, il est essentiel de noter que « l'acte ne préjuge pas de savoir si l'enfant a vécu ou non ; tout intéressé pourra saisir le tribunal de grande instance à l'effet de statuer sur la question ».

Nul ne peut donc soutenir que le législateur a estimé qu'il était plus simple de ne pas tenir compte de cette vie aussi brève, qui ne pouvait durer, car ces dispositions le démontrent : toute apparition même momentanée sur la scène juridique doit pouvoir être connue de tous et est en outre susceptible de justifier un intérêt d'agir en justice et de saisir le tribunal de grande

---

<sup>78</sup> C. Philippe, La viabilité de l'enfant nouveau-né, *D.* 1996 Chr., p. 30.

<sup>79</sup> De même que nous ne pouvons nous résoudre à assimiler à des cadavres les individus plongés dans un coma dépassé sous prétexte qu'ils sont « mourants », v. C. Chabault, *op. cit.*, p. 329.