

Droit civil – première année– Pr. D. Mainguy  
Introduction générale au droit, droit des personnes, droit de la famille

UNIVERSITE DE MONTPELLIER

FACULTE DE DROIT ET DES SCIENCES POLITIQUES

*Droit Civil*

*1ère année de droit*

**DROIT DES PERSONNES ET DE LA FAMILLE**

**(Licence 1, Semestre 2, Groupe A) – I (séances 1 à 3)**

– *Documents de travaux dirigés –*

**Daniel Mainguy, Professeur à la**  
*faculté de droit de Montpellier*

**Estelle Aldegheri**  
**Sacha Brunner**  
**Alice Caldumbide**  
**Camille Dutheil**  
**Benjamin Isorez**

– **2018-2019 –**

## SÉANCE 1 : LA PERSONNE PHYSIQUE : LA NAISSANCE

### Sommaire :

#### **1. Le statut de l'embryon**

- Crim, 25 juin 2002, n°00-81.359
- Ass. Plén., 29 juin 2001, n°99-85.973
- Avis n°113 CNE « Le transfert d'embryon post-mortem »

#### **2. L'interruption volontaire de grossesse**

- Civ. 1<sup>ère</sup>, 5 avril 2012, n° 11-14.856
- Civ. 1<sup>ère</sup>, 26 mai 2011, n°10-15.550
- Articles L.2211-1 à L.2212-10 du Code de la santé publique
- Historique de l'IVG en France

#### **3. Le préjudice de la naissance**

- Civ. 1<sup>ère</sup>, 16 janvier 2013, n° 12-14.020
- Civ. 1<sup>ère</sup>, 26 mars 1996 (Perruche I)
- Ass. Plén. 17 novembre 2000 (Perruche II)
- Civ. 1<sup>ère</sup>, 8 juillet 2008, n°07-12.159
- Ass. Plén. 13 juillet 2001 n°98-19.190
- Article 1<sup>er</sup> de la loi n° 2002-303 du 4 mars 2002
- CEDH, 6 octobre 2005, Affaire Maurice c. France
- Conseil constitutionnel, 11 juin 2010, n° 2010-2 QPC
- Civ. 1<sup>ère</sup>, 24 janvier 2006
- Civ. 1<sup>ère</sup>, 15 décembre 2011
- I. GALLMEISTER, « Enfant né handicapé : appréciation de la faute caractérisée », Dalloz actualité, 24 janvier 2013
- F. DEKEUWER-DEFOSSEZ, « Préjudice de naissance II : le retour... », Revue Lamy droit civil, n°83, 1<sup>er</sup> mai 2011

### TRAVAIL À EFFECTUER :

- Commentaire **rédigé** de l'arrêt (utiliser les informations recueillies grâce à la méthode Mousseron) : Ass. Plén., 13 juillet 2001, n°98-19.190
- Lecture des documents
- Analyse de tous les arrêts

## I. LE STATUT DE L'EMBRYON

---

### **Document 1 : Crim. 25 juin 2002, n° 00-81.359**

CASSATION PARTIELLE sans renvoi sur les pourvois formés par :

- le procureur général près la cour d'appel de Versailles,
- X....,

contre larrêt de ladite cour d'appel, 8e chambre, en date du 19 janvier 2000, qui, pour homicide involontaire, a condamné Y... à huit mois d'emprisonnement avec sursis, a dit constituée à l'encontre de X... l'infraction d'homicide involontaire, et a prononcé sur les intérêts civils.

LA COUR,

Joignant les pourvois en raison de la connexité;

Vu les mémoires en demande et en défense et le mémoire additionnel produits ;

Sur la recevabilité du mémoire additionnel :

Attendu que ce mémoire, déposé par l'avocat de X... le 29 mai 2002, après le dépôt du rapport du conseiller rapporteur, n'est pas recevable ;

Sur le moyen unique de cassation, proposé par le procureur général près la cour d'appel de Versailles, pris de la violation des articles 111-4, 319 et 221-6 du Code pénal, d'un défaut de base légale :

Sur le moyen unique de cassation, proposé pour X..., pris de la violation des articles 319 ancien, 111-4 et 221-6 du Code pénal, 1382 du Code civil, 470-1 du Code de procédure pénale, 485 et 593 du même Code, défaut de motifs et manque de base légale :

” en ce que larrêt attaqué, statuant sur l'action civile, a dit que les éléments constitutifs du délit d'homicide involontaire étaient réunis à l'encontre de X... et a condamné ce médecin, solidairement avec Y..., à payer à Z... des dommages et intérêts pour la perte de l'enfant qu'elle portait ;

” aux motifs qu'il est soutenu par le ministère public qu'il ne peut y avoir d'homicide involontaire du foetus, celui-ci ne devenant une personne humaine qu'après la naissance ; que s'il a pu être admis qu'une interruption involontaire de grossesse concernant un foetus dont la viabilité n'était pas démontrée avec certitude ne constituait pas un homicide involontaire, tel n'est pas le cas de l'espèce ; qu'en effet, l'enfant mort-né présentait lors de l'autopsie une taille de 50,5 cm et un poids de 2,5 kg ; qu'il ne comportait aucune lésion organique pouvant expliquer le décès ; que les stigmates évocateurs d'une anoxie in utero ont été expliqués par les deux experts précités ; que les photos jointes au dossier rapportent l'image d'un bébé parfaitement conformé ; que cet enfant était à terme depuis plusieurs jours et que, compte tenu de ce qui précède, si les fautes relevées n'avaient pas été commises, il avait la capacité de survivre par lui-même, disposant ainsi d'une humanité distincte de celle de sa mère ;

” et aux motifs que, si le jugement entrepris prononçant la relaxe du docteur X... est désormais définitif, il appartient à la Cour, en présence du seul appel de la partie civile, d'examiner si les éléments constitutifs du délit d'homicide involontaire étaient réunis à son encontre et de le condamner, le cas échéant, à des dommages et intérêts ; que, s'il résulte des conclusions du rapport de l'expert A... que “ si la surveillance de cette grossesse avait été faite dans des conditions correctes dans la semaine du 10 au 17 novembre 1991, des anomalies du bien-être foetal auraient été mises en évidence en permettant d'intervenir à temps, si une telle surveillance avait été pratiquée comme cela doit être en associant rythme cardiaque, amnioscopie, échographie, doppler obstétrical, des signes du mal-être foetal auraient pu être diagnostiqués et la décision d'intervenir aurait pu être prise ; il existe donc une responsabilité importante de l'équipe du docteur X... qui n'a pas appliqué les règles de l'art en matière de surveillance d'un terme dépassé ” ; que l'expert B... a relevé qu'il pouvait être reproché au docteur X... de ne pas avoir

intensifié la surveillance en fonction du temps qui passait puisqu'il augmentait les risques ; que des relevés quotidiens ou pluri-quotidiens auraient permis de déceler des anomalies et de hâter la date de l'extraction ; que, surtout, l'absence de concertation avec Y..., le 17 novembre 1991, et le fait de ne pas l'avoir jointe lui-même ce jour ont constitué une imprudence notoire ; qu'en s'abstenant d'ordonner les mesures de surveillance adéquates, le docteur X... ne s'est pas donné les moyens de prévenir le décès ; que les éléments constitutifs de l'infraction reprochée étaient bien réunis à son encontre ; que Y... et X... ayant contribué par leurs fautes respectives à la réalisation du dommage sont entièrement et solidairement responsables du préjudice résultant des infractions commises ; que les premiers juges ont fait une juste appréciation du préjudice concernant Z... elle-même ; que la Cour est en mesure de réduire à 15 000 francs le préjudice de sa fille mineure Valérie, âgée de six ans, au moment des faits " ;

" alors que, d'une part, bien que les poursuites pour homicide ou blessures involontaires aient été exercées à l'initiative du ministère public, les dispositions de l'article 470-1 du Code de procédure pénale ne sont pas applicables dès lors que les juges du second degré sont saisis du seul appel de la partie civile contre une décision de relaxe ; que l'application de cette disposition n'a pas été invoquée devant le Tribunal ; qu'en l'absence d'appel par le ministère public de la relaxe du docteur X... et de demande de Z..., devant les premiers juges, tendant à l'application de l'article 470-1 précité, la cour d'appel ne pouvait condamner le docteur X... à payer des dommages et intérêts à la partie civile ; qu'en statuant comme elle l'a fait, elle a violé les articles 470-1 du Code de procédure pénale et 1382 du Code civil ;

" alors que, d'autre part, les faits reprochés à un médecin qui a involontairement causé la mort d'un enfant à naître n'entrent pas dans les prévisions des articles 319 ancien et 221-6 du Code pénal, qui répriment les atteintes involontaires à la vie d'autrui ; qu'en jugeant que les éléments constitutifs du délit d'homicide involontaire étaient réunis à l'encontre du docteur X..., bien qu'elle avait constaté que l'enfant que portait Z... n'était pas

né viable, la cour d'appel a violé, outre les textes précités, l'article 111-4 du Code pénal ;

" alors que, subsidiairement, en se bornant, sur la surveillance de la grossesse, à rappeler les conclusions du rapport du professeur A..... et à noter que, selon l'expert B..., il pouvait être reproché au docteur X... de ne pas avoir intensifié la surveillance en fonction du temps qui passait et qui augmentait les risques sans répondre aux conclusions d'appel du docteur X... qui, rappelant les motifs du Tribunal, faisait valoir que jusqu'au 15 novembre 1991 l'état de l'enfant était satisfaisant, que les enregistrements du rythme foetal étaient normaux et rassurants, que le docteur B... avait indiqué qu'il n'y avait aucun élément déterminant permettant de fixer la césarienne un jour plutôt que l'autre et que les constatations du professeur A... étaient inexactes puisqu'il affirmait qu'aucune surveillance du rythme cardiaque n'avait été réalisée du 10 au 17 novembre 1991 bien que des enregistrements avaient été effectués les 11, 13 et 15 novembre 1991, la cour d'appel a entaché sa décision d'un grave défaut de motif ;

" alors que, également, en se bornant à affirmer l'absence de concertation entre le docteur X... et Y..., sans répondre au docteur X..., qui faisait valoir, dans ses écritures d'appel, qu'il n'avait aucune obligation de rester à la clinique le 17 novembre, qu'il avait confié à la sage-femme le soin de pratiquer les examens nécessaires et pouvait être joint à son domicile et qu'il appartenait à Y... de l'appeler en cas de besoin, la cour d'appel a, de nouveau, entaché sa décision de défaut de motifs ;

" et alors que, encore plus subsidiairement, le docteur B... a seulement relevé que des monitorings pratiqués tous les jours et non toutes les 48 heures auraient peut-être permis de diagnostiquer plus précocement un début de souffrance foetale ; que le dommage résultant de la faute imputée au médecin ne peut s'analyser que comme une perte de chance ; qu'en accordant à Z... l'indemnisation de son entier préjudice, la cour d'appel a alloué à la partie civile une réparation supérieure au préjudice effectivement subi et violé l'article 1382 du Code civil " ;

Les moyens étant réunis ;

Vu les articles 319 ancien, 221-6 et 111-4 du Code pénal ;

Attendu que le principe de la légalité des délits et des peines, qui impose une interprétation stricte de la loi pénale, s'oppose à ce que l'incrimination d'homicide involontaire s'applique au cas de l'enfant qui n'est pas né vivant ;

Attendu qu'il résulte de l'arrêt attaqué que Z..., dont la grossesse, suivie par X..., était venue à terme le 10 novembre 1991, est entrée en clinique en vue de son accouchement le 17 novembre ; que, placée sous surveillance vers 20 heures 30, elle a signalé une anomalie du rythme cardiaque de l'enfant à la sage-femme, Y..., laquelle a refusé d'appeler le médecin ; qu'un nouveau contrôle pratiqué le lendemain à 7 heures a révélé la même anomalie, puis l'arrêt total des battements du cœur ; que, vers 8 heures, X... a constaté le décès ; qu'il a procédé dans la soirée à l'extraction par césarienne d'un enfant mort-né qui, selon le rapport d'autopsie, ne présentait aucune malformation mais avait souffert d'anoxie ;

Attendu que, pour déclarer Y... coupable d'homicide involontaire et X..., qui a été relaxé par le tribunal correctionnel, responsable des conséquences civiles de ce délit, l'arrêt retient que le décès de l'enfant est la conséquence des imprudences et négligences commises par eux, le médecin en s'abstenant d'intensifier la surveillance de la patiente en raison du dépassement du terme, la sage-femme en omettant de l'avertir d'une anomalie non équivoque de l'enregistrement du rythme cardiaque de l'enfant ;

Que les juges, après avoir relevé que l'enfant mort-né ne présentait aucune lésion organique pouvant expliquer le décès, énoncent " que cet enfant était à terme depuis plusieurs jours et que, si les fautes relevées n'avaient pas été commises, il avait la capacité de survivre par lui-même, disposant d'une humanité distincte de celle de sa mère " ;

Mais attendu qu'en prononçant ainsi, la cour d'appel a méconnu les textes susvisés et les principes ci-dessus rappelés ;

D'où il suit que la cassation est encourue ; qu'elle aura lieu sans renvoi, dès lors que les faits ne sont susceptibles d'aucune qualification pénale ;

Par ces motifs :

CASSE ET ANNULE l'arrêt susvisé de la cour d'appel de Versailles, en date du 19 janvier 2000, en toutes ses dispositions en ce qui concerne X..., mais en ses seules dispositions pénales en ce qui concerne Y..., toutes autres dispositions étant expressément maintenues ;

DIT n'y avoir lieu à renvoi.

Publication : Bulletin criminel 2002 N° 144 p. 531

**Document 2 : Ass. Plén., 29 juin 2001, n°99-85.973**

Sur les deux moyens réunis du procureur général près la cour d'appel de Metz et de Mme X... :

Attendu que le 29 juillet 1995 un véhicule conduit par M. Z... a heurté celui conduit par Mme X..., enceinte de six mois, qui a été blessée et a perdu des suites du choc le foetus qu'elle portait ; que l'arrêt attaqué (Metz, 3 septembre 1998) a notamment condamné M. Z... du chef de blessures involontaires sur la personne de Mme X..., avec circonstance aggravante de conduite sous l'empire d'un état alcoolique, mais l'a relaxé du chef d'atteinte involontaire à la vie de l'enfant à naître ;

Attendu qu'il est fait grief à l'arrêt attaqué d'avoir ainsi statué, alors que, d'une part, l'article 221-6 du Code pénal réprimant le fait de causer la mort d'autrui n'exclut pas de son champ d'application l'enfant à naître et viable, qu'en limitant la portée de ce texte à l'enfant dont le cœur battait à la naissance et qui a respiré, la cour d'appel a ajouté une condition non prévue par la loi, et alors que, d'autre part, le fait de provoquer involontairement la mort d'un enfant à naître constitue le délit d'homicide involontaire dès lors que celui-ci était viable au moment des faits quand bien même il n'aurait pas respiré lorsqu'il a été séparé de la mère, de sorte qu'auraient été

violés les articles 111-3, 111-4 et 221-6 du Code pénal et 593 du Code de procédure pénale ;

Mais attendu que le principe de la légalité des délits et des peines, qui impose une interprétation stricte de la loi pénale, s'oppose à ce que l'incrimination prévue par l'article 221-6 du Code pénal, réprimant l'homicide involontaire d'autrui, soit étendue au cas de l'enfant à naître dont le régime juridique relève de textes particuliers sur l'embryon ou le foetus ;

D'où il suit que l'arrêt attaqué a fait une exacte application des textes visés par le moyen ;

PAR CES MOTIFS :  
REJETTE le pourvoi.

**Document 3 : Crim. 2 octobre 2007, n° 07-81259**

LA COUR DE CASSATION, CHAMBRE CRIMINELLE, en son audience publique tenue au Palais de Justice à PARIS, le deux octobre deux mille sept, a rendu l'arrêt suivant :

Sur le rapport de M. le conseiller BLONDET, les observations de la société civile professionnelle RICHARD, et de la société civile professionnelle DEFRENOIS et LEVIS, avocats en la Cour, et les conclusions de M. l'avocat général MOUTON ;

REJET du pourvoi formé par X... Gilles, contre l'arrêt de la cour d'appel de Bordeaux, chambre correctionnelle, en date du 18 janvier 2007, qui, pour blessures involontaires, l'a condamné à quatre mois d'emprisonnement avec sursis et a prononcé sur les intérêts civils ;

Vu les mémoires produits en demande et en défense ;

Sur le moyen unique de cassation, pris de la violation des articles 121-3, 222-19, alinéa 1er, 222-44, 222-46 du code pénal et 593 du code de procédure pénale, défaut de motifs et manque de base légale :

” en ce que l'arrêt attaqué a déclaré Gilles X... coupable du délit de coups et blessures involontaires ayant entraîné une incapacité totale de travail supérieure à trois mois et l'a

condamné à la peine de quatre mois d'emprisonnement avec sursis ;

” aux motifs propres que, sur l'application de l'article 222-19 du code pénal, les prévenus ne sauraient utilement faire plaider leur relaxe au motif que l'article 222-19 du code pénal serait inapplicable s'agissant d'un foetus, dès lors qu'il est établi que l'enfant Laura Z... est née vivante et présentait des lésions gravissimes entraînant une incapacité de travail supérieure à trois mois, dont l'origine est imputable à ceux qui n'ont pas pris les mesures permettant de les éviter, en commettant des fautes caractérisées exposant l'enfant à un risque d'une particulière gravité qu'ils ne pouvaient ignorer ; qu'à cet égard, la seule exigence de la loi est la constatation sur autrui, en l'espèce l'enfant vivant, d'une incapacité totale de travail supérieure à trois mois résultant d'actes ou d'abstentions commis selon les distinctions prévues à l'article 121-3 du code pénal sans que soit exigée une concomitance entre les faits reprochés et la manifestation de leurs conséquences sur la victime ; que, sur le lien de causalité, les experts, les docteurs D...et E..., ont dans un complément d'expertise examiné le dossier pédiatrique et les échographies transfontanelles et que rien ne leur a permis d'évoquer une pathologie anténatale ; que l'ensemble des experts, dont le professeur A...et Mme B..., considère qu'une césarienne pratiquée dans les premières heures de la garde de nuit du 17 février aurait permis la naissance d'un enfant ayant moins souffert de l'anoxie et aurait évité une part majeure des séquelles dont il a été atteint ; qu'ainsi, les abstentions et fautes commises au cours de la nuit du 17 février ont contribué à causer à l'enfant Laura Z... l'incapacité qu'elle subit (...) ; que le docteur X... était le médecin obstétricien de garde à la Fondation Bagatelle dans la nuit du 16 au 17 février 1999 ; que le docteur X... a déclaré que Nicole C...l'a appelé vers 1 heure pour lui dire qu'elle installait Anna Z... en salle de pré-travail et affirme qu'il ne connaît pas l'état de la patiente, mais reconnaît que Nicole C...lui avait dit qu'il y avait eu une rupture prématurée des membranes et une légère prématurité ; qu'il indique ne pas s'être déplacé après ce premier appel ; que le docteur X... indique qu'il n'a pas vu le monitoring du 16 février, que Nicole C...ne lui a parlé que de l'épisode de bradycardie, qu'elle l'a appelé à nouveau vers 3 heures du matin pour une autre patiente, qu'à cette occasion, elle lui a montré

le monitoring d'Anna Z... et que les tracés lui ont paru normaux ; qu'il précise plus tard qu'il y avait bien un tracé inquiétant, mais qu'il était suivi d'un tracé normal ; que, pour lui, il n'était pas nécessaire de faire une césarienne et soutient que la surveillance du monitoring est le travail de la sage-femme et que celle-ci n'avait qu'à l'appeler s'il y avait quelque chose d'anormal et qu'il serait intervenu de suite, d'autant qu'il dormait sur place, n'ayant quitté le service qu'à 8 heures 30 minutes ; qu'il est constant que le docteur X... savait par Nicole C...qu'Anna Z... présentait une rupture ancienne des membranes et qu'il y avait prématurité ; qu'il apparaît qu'il n'a pas consulté le dossier de la patiente afin d'évaluer la situation avec exactitude et ne reviendra pas la voir à l'issue de sa première visite, s'en remettant au contrôle de Nicole C..., alors qu'il résulte de l'expertise du professeur A...et de Mme B...que le docteur X... n'aurait jamais dû quitter la salle de naissance après l'appel de la sage-femme vers 2 heures 30 minutes et que la césarienne s'imposait sans ambiguïté ; que ce comportement établit à l'encontre du docteur X... une faute caractérisée exposant l'enfant à un risque d'une particulière gravité qu'il ne pouvait, en sa qualité de médecin, ignorer ; qu'en conséquence c'est à juste titre que les premiers juges ont retenu le docteur X... dans les liens de la prévention ;

" et aux motifs adoptés que, selon les experts, une césarienne pratiquée à 11 heures le 17 février 1999 n'aurait rien changé en raison du rythme cardiaque foetal plat et micro oscillant avant 11 heures, ce qui traduisait un état d'hypoxie sévère, d'autant plus que le liquide méconial s'était teinté ;

" 1°) alors que le principe de la légalité des délits et des peines, qui impose une interprétation stricte de la loi pénale, s'oppose à ce que le délit réprimant les coups et blessures involontaires causés à autrui ayant entraîné une incapacité totale de travail pendant plus de trois mois soit étendu au cas de blessures ayant causé au foetus une incapacité ; que la cour d'appel ne pouvait, dès lors, légalement condamner le docteur X... du chef de coups et blessures involontaires pour ne pas avoir apporté les soins nécessaires au foetus ;

" 2°) alors que, subsidiairement, en se bornant à affirmer, pour décider que le docteur X... avait commis une faute pénale, qu'il aurait dû pratiquer une césarienne dès 20 heures le 16

février 1999, sans rechercher, comme elle y était invitée, si à ce moment, il ignorait que l'accouchement présentait un caractère dystocique, la cour d'appel n'a pas légalement justifié sa décision ;

" 3°) alors que, à titre également subsidiaire, la cour d'appel ne pouvait se borner à affirmer, pour décider que le docteur X... avait commis une faute pénale, qu'il aurait dû réaliser une césarienne à 2 heures 30 minutes, sans rechercher, comme elle y était invitée, si la circonstance que le tracé du monitoring d'Anna Z... était redevenu normal à ce moment rendait le diagnostic difficile, de sorte que l'erreur de diagnostic effectuée par le docteur X... ne constituait pas une faute pénale ;

" 4°) alors que, très subsidiairement, le délit réprimant les coups et blessures involontaires causés à autrui ayant entraîné une incapacité totale de travail pendant plus de trois mois suppose l'existence d'un lien de causalité certain entre la faute et l'incapacité ; que le délit n'est pas constitué lorsque la faute a uniquement fait perdre au patient une chance d'éviter le dommage ; qu'en décidant néanmoins que le fait, pour le docteur X..., de s'être abstenu de réaliser une césarienne à 2 heures 30 minutes caractérisait le délit de blessures involontaires, après avoir pourtant constaté qu'une césarienne réalisée à ce moment aurait uniquement permis d'éviter à Laura Z... de subir une partie de ses lésions, la cour d'appel, qui n'a pas caractérisé un lien de causalité certain entre la faute reprochée au docteur X... et l'incapacité de Laura, n'a pas légalement justifié sa décision " ;

Attendu qu'il résulte de l'arrêt attaqué et des pièces de procédure qu'Anna Z... a accouché, le 17 février 1999, à 15 heures 45, dans le service gynécologique d'un établissement de santé, d'une enfant gravement handicapée, qui est atteinte d'une incapacité permanente évaluée à 90 % ; qu'à l'issue de l'information ouverte sur la plainte avec constitution de partie civile des parents, Gilles X..., médecin spécialisé en gynécologie et obstétrique, de garde dans l'établissement au cours de la nuit du 16 au 17 février 1999, a été renvoyé devant le tribunal correctionnel pour avoir involontairement causé, par imprudence, négligence et inattention, à Laura Z... des blessures ou lésions ayant entraîné une incapacité totale de travail supérieure à trois mois ;

Attendu que, pour déclarer le prévenu coupable, l'arrêt retient, par les motifs propres et adoptés, qu'il a quitté la salle de naissance, sans consulter le dossier de la parturiente, alors qu'il avait été informé par la sage-femme de la rupture prématurée des membranes, des anomalies du rythme cardiaque foetal montrées par le monitorage et de la prématuroité de l'enfant, ce qui aurait dû le conduire à pratiquer une césarienne le 17 février, entre 2 et 3 heures ; que les juges en concluent que

Gilles Verdier-Le-Gall a commis une faute ayant contribué à causer à l'enfant des lésions irréversibles dont les séquelles ont été constatées après la naissance ;  
Attendu qu'en l'état de ces énonciations, la cour d'appel a justifié sa décision ;  
D'où il suit que le moyen doit être écarté ;  
Et attendu que l'arrêt est régulier en la forme ;  
REJETTE le pourvoi ;

**Document 4 : Avis n°113 CCNE « Le transfert d'embryon post-mortem », 10 février 2011**

**COMITE CONSULTATIF NATIONAL D' ETHIQUE POUR LES SCIENCES DE LA VIE ET DE LA SANTE**

AVIS N°113

« La demande d'assistance médicale à la procréation après le décès de l'homme faisant partie du couple »

**Membres du groupe de travail**

Michaël AZOULAY Joëlle BELAISCH-ALLART Pascale COSSART Xavier LACROIX Chantal LEBATARD Danièle SIROUX (rapporteur) Claude SUREAU (rapporteur)

**Personnes auditionnées**

Madame Geneviève LOBIER et Monsieur François VERDIER, membres de la Fédération des associations de conjoints survivants

**La demande d'assistance médicale à la procréation après le décès de l'homme faisant partie du couple**

**CONTEXTE GÉNÉRAL.**

Avant le vote des lois dites « bioéthiques » du 29 juillet 1994, l'avis du CCNE avait été sollicité à plusieurs reprises au sujet de demandes de femmes souhaitant une insémination avec le sperme congelé de leur conjoint décédé ou le transfert post mortem d'embryons cryoconservés. Les tribunaux avaient eu, eux aussi, à se prononcer sur de telles situations et y avaient répondu de façon parfois contradictoire<sup>1</sup>.

La loi de 1994 mit un terme à ces hésitations en précisant que l'assistance médicale à la procréation (AMP) est destinée à répondre à la demande parentale d'un couple formé d'un homme et d'une femme qui « doivent être vivants »<sup>2</sup>. Le législateur désireux de privilégier un cadre familial traditionnel, exclut de l'accès à l'AMP les femmes seules, que ce soit au moment de la demande initiale ou en cours de procédure en cas de dissolution du couple, notamment, à la suite du décès de l'homme. La possibilité pour la femme ayant perdu son conjoint ou compagnon, de poursuivre seule un projet parental conçu à deux, en demandant une insémination ou le transfert d'un embryon post mortem, fût donc écartée. Le législateur ne suivit pas, en cela, la position du CCNE qui dans son **avis n° 40 du 17 décembre 1993**<sup>3</sup> considéra que, en cas de demande par la femme de transfert d'embryons post mortem, « il n'existe aucune raison convaincante de refuser a priori ce choix à la femme elle-même » et que « dans le cas où une FIV a été réalisée du vivant de l'homme et où les embryons ont été congelés...la disparition de l'homme ne fait pas disparaître les droits que la femme peut considérer avoir sur ces embryons qui procèdent conjointement d'elle et de son partenaire défunt...L'homme disparu, on ne voit pas qui ou quelle autorité pourrait in fine faire valoir sur les embryons des droits égaux ou supérieurs à ceux de la femme et s'opposer à son projet dûment éclairé et explicitement énoncé d'entreprendre une grossesse après transfert des embryons congelés ».

Par la suite, le CCNE confirma par deux fois sa position dans des avis rendus à l'occasion de la précédente révision de la loi de 1994<sup>4</sup>. Dans l'**avis n° 60 du 25 juin 1998**, reprenant l'argumentation développée dans son avis n°40, il considéra que « *Après décès du conjoint, le transfert d'un embryon congelé dans le cadre d'une assistance médicale à la procréation déjà engagée par le couple peut être effectué à la demande de la femme dans des conditions lui permettant de prendre sa décision*

<sup>1</sup> Décision du tribunal de grande instance de Créteil du 01/08/1984 ordonnant la restitution des paillettes de sperme congelé à la veuve (affaire Parpalaix) ; Décision contraire du tribunal de grande instance de Toulouse du 26/03/1991 dans une circonstance similaire. Reconnaissance, par le tribunal de grande instance d'Angers le 10/11/1992 de la filiation paternelle d'un enfant né après le transfert d'un embryon deux ans après le décès du père ; en sens contraire, refus d'un transfert par une décision du tribunal de grande instance de Toulouse du 11/05/1993, confirmé par la cour d'appel de Toulouse le 18/04/1994 qui ordonna la destruction des embryons conservés. La Cour de cassation annulera dans un arrêt du 09/01/1996 l'ordonnance de destruction des embryons mais rejetera pour le reste le pourvoi formé par la femme (affaire Pires).

<sup>2</sup> Article L. 2141-2 du code de la santé publique

<sup>3</sup> Avis n°40 du 17 décembre 1993 sur le transfert d'embryons après le décès du conjoint (ou du concubin).

<sup>4</sup> Avis n°60 du 25 juin 1998 sur le réexamen des lois bioéthique et Avis n°67 du 27 janvier 2000 sur l'avant-projet des lois de bioéthique

*avec toute l'indépendance nécessaire vis-à-vis de pressions psychologiques ou sociales* ». Le CCNE précisa sa position dans **l' avis n° 67 du 27 janvier 2000**, en proposant une nouvelle rédaction de l'article L.2141-2 alinéa 3 du code de la santé publique ainsi formulée : « *La dissolution du couple fait obstacle à l'insémination ou au transfert des embryons. Toutefois, le transfert des embryons conservés peut être réalisé si cette dissolution résulte du décès de l'homme et que celui-ci a expressément consenti de son vivant à la poursuite du processus d'assistance médicale à la procréation après son décès. Dans ces cas, le transfert des embryons ne pourra être réalisé qu'au minimum trois mois et au maximum un an après le décès. La femme doit pouvoir bénéficier d'un accompagnement psychologique* ».

Comme le CCNE dans ses avis précités, les différents rapports qui précédèrent les discussions parlementaires lors de la première révision de la loi de 1994, écartèrent l'éventualité d'une insémination ou d'une fécondation in vitro (FIV) avec le sperme congelé d'un conjoint décédé, tout en reconnaissant à la femme le droit de poursuivre le projet parental du couple en obtenant le transfert in utero de ses embryons cryoconservés<sup>5</sup>. Le projet de loi relative à la bioéthique voté en première lecture par l'Assemblée Nationale le 22 janvier 2002 reprit cette disposition<sup>6</sup>. Mais cette faculté fut supprimée dans la loi définitivement adoptée le 6 août 2004. Pour qu'il n'y ait aucune ambiguïté, la loi a même renforcé cette prohibition en ajoutant à l'article L. 2141-2 du Code de la santé publique un alinéa qui dispose de manière explicite : « *font obstacle à l'insémination ou au transfert des embryons, le décès d'un des membres du couple, le dépôt d'une requête en divorce ou en séparation de corps ou la cessation de la communauté de vie...* ».

Au moment de la révision de la loi du 6 août 2004, les différents rapports préparatoires publiés à ce jour<sup>7</sup> reviennent sur cette interdiction. Si aucun d'entre eux ne recommande la levée de l'interdiction de l'insémination ou de la fécondation in vitro post mortem, ils considèrent, à l'exception du rapport du Conseil d'Etat, que le

---

<sup>5</sup> Conseil d'Etat : « Les lois bioéthiques 5 ans après », janvier 1999, La Documentation française ; Office Parlementaire d'Evaluation des Choix Scientifiques et Technologiques, Rapport sur l'application de la loi N° 94- 654 du 29 juillet 1994 ; Rapport n°3528 du 01/01/2002 au nom de la Commission spéciale de l'Assemblée Nationale sur le projet de loi relatif à la bioéthique ; Rapport n°3525 du 09/01/2002 au nom de la Délégation aux droits des femmes de l'Assemblée Nationale.

<sup>6</sup> Le projet modifiait ainsi l'article L. 2141-2 du code de la santé publique : « L'assistance médicale à la procréation est destinée à répondre à la demande parentale d'un couple...L'homme et la femme formant le couple doivent être vivants, en âge de procréer, mariés ou concubins et consentant préalablement au transfert des embryons ou à l'insémination. La dissolution du couple fait obstacle à l'insémination ou au transfert des embryons. Toutefois, le transfert des embryons conservés peut être réalisé à la suite du décès de l'homme dès lors que celui-ci a donné par écrit son consentement à la poursuite du processus d'assistance médicale à la procréation dans l'éventualité de son décès. Cette faculté lui est présentée lorsqu'il s'engage dans le processus ; son consentement peut-être recueilli ou retiré à tout moment auprès du centre dont il relève. Le transfert d'embryons ne peut être réalisé qu'au minimum six mois et au maximum dix-huit mois après le décès. La naissance d'un ou de plusieurs enfants à la suite d'un même transfert met fin à la possibilité de réaliser un autre transfert. La femme doit bénéficier dans ce cadre d'un accompagnement personnalisé. Elle peut à tout moment exprimer, auprès du centre dont elle relève, son renoncement à la poursuite de ce transfert. Son mariage ou son remariage fait obstacle à la réalisation de ce transfert d'embryons ».

<sup>7</sup> Assemblée Nationale : Rapport n°2832 du 25/01/2006 de la mission parlementaire sur la famille et les droits des enfants ; Office parlementaire d'évaluation des choix scientifiques et techniques (OPECST) : Rapport sur la révision de la loi bioéthique, décembre 2008 ; Conseil d'Etat : Rapport sur la révision de la loi bioéthique, mai 2009 ; Assemblée nationale : Rapport d'information de la mission parlementaire sur la révision de la loi bioéthique, janvier 2010

transfert d'embryons post mortem pourrait être autorisé sous certaines conditions précises. Tous ces textes soulignent le dilemme éthique qui oppose le fait de faire naître délibérément un enfant orphelin de père, à la souffrance de la femme qui souhaite poursuivre le projet parental de son couple et qui n'a d'autre choix que la destruction des embryons ou le don à un autre couple. Cette impossibilité du transfert post mortem a même été qualifiée de « violence » par les citoyens des États généraux de la bioéthique pour qui « l'autorisation donnée à une femme de poursuivre une grossesse est apparue comme une évidence »<sup>8</sup>. Les conclusions des rapports favorables à la levée de l'interdiction du transfert d'embryon post mortem, subordonnent cette possibilité au consentement exprès donné par l'homme au cours de la procédure d'assistance médicale à la procréation. Ils préconisent d'enserrer cette pratique dans des délais respectant un temps de réflexion après le décès et une durée maximum pour ne pas trop éloigner de la disparition du père, la grossesse et la naissance d'un enfant.

C'est dans ce contexte que le CCNE a considéré devoir de se pencher à nouveau sur les aspects éthiques de la procréation médicalement assistée post mortem.

## I DIFFÉRENTS CAS DE FIGURES

### J Utilisation post mortem de sperme cryoconservé

Les demandes de procréation avec le sperme cryoconservé d'un homme décédé, peuvent être formulées par une femme, épouse ou concubine de cet homme, dans deux hypothèses : soit le sperme a été congelé dans le cadre d'une autoconservation préventive avant traitement potentiellement stérilisant, soit le sperme a été congelé dans le cadre d'une procédure d'assistance médicale à la procréation (AMP). Dans les deux cas il s'agit d'une AMP intraconjugale.

#### a) *Autoconservation préventive du sperme*

L'autoconservation du sperme des hommes devant subir un traitement médical risquant d'altérer leur fertilité a été pratiquée par les CECOS (Centre d'Études et de Conservation des Œufs et du Sperme) dès leur ouverture en 1973. Cette activité tout d'abord prévue par différents textes réglementaires, notamment les règles de bonnes pratiques en assistance médicale à la procréation, a été consacrée par la loi bioéthique de 2004<sup>9</sup>. A la date du 31 décembre 2006, les spermatozoïdes de 34 827 patients étaient conservés dans les CECOS<sup>10</sup>. Les règles de bonnes pratiques d'assistance médicale à la procréation précisent, dans le chapitre consacré à la conservation des gamètes et des tissus germinaux à usage autologue, que « *Toute personne devant subir un traitement présentant un risque d'altération de sa fertilité a accès aux informations concernant les possibilités de conservation de gamètes ou de*

---

<sup>8</sup> Rapport final des États généraux de la bioéthique, juillet 2009, annexe, p.14

<sup>9</sup> Art. L. 2141-11 du code de la santé publique : « En vue de la réalisation ultérieure d'une assistance médicale à la procréation , toute personne peut bénéficier du recueil et de la conservation de ses gamètes ou de tissus germinaux, avec son consentement et, le cas échéant, celui de l'un des titulaires de l'autorité parentale, ou du tuteur lorsque l'intéressé mineur ou majeur fait l'objet d'une tutelle, lorsqu'une prise en charge médicale est susceptible d'altérer sa fertilité, ou lorsque sa fertilité risque d'être prématurément altérée».

<sup>10</sup> Agence de la biomédecine : Bilan d'application de la loi de bioéthique, oct. 2008

*tissu germinal. Lorsque la conservation est réalisée dans le contexte d'une pathologie mettant en jeu le pronostic vital, le patient reçoit une information spécifique et ciblée*

». Ce texte précise également que le consentement doit être donné par écrit **et que la restitution ultérieure des paillettes n'est faite qu'au patient lui-même**. Chaque année, il est demandé au patient, qui lui seul peut exprimer sa volonté, s'il souhaite poursuivre ou non la conservation de ses paillettes. « ***En cas de décès, il est mis fin à la conservation*** ». <sup>11</sup>

Cette autoconservation préventive avant une thérapeutique ou une intervention potentiellement stérilisante telle qu'une chimiothérapie, une radiothérapie ou encore une chirurgie, peut être demandée indépendamment de tout projet précis et immédiat de procréation. Un long laps de temps peut, en effet, s'écouler entre la conservation du sperme qui peut intervenir alors que le patient est encore mineur et le moment où il souhaite l'utiliser pour une procréation. Mais l'autoconservation de sperme peut aussi être effectuée avec l'intention de mener à bien un projet d'enfant précis et déjà décidé par un couple.

La femme qui demande à bénéficier d'une insémination ou d'une fécondation in vitro post mortem avec le sperme autoconservé de son conjoint ou concubin décédé peut ainsi vouloir réaliser un projet auquel l'homme aura pris part et consenti de façon plus ou moins directe et explicite suivant les circonstances.

#### **b) Sperme cryoconservé dans le cadre d'une assistance médicale à la procréation**

Le sperme a pu être cryoconservé pour répondre à la demande parentale d'un couple. Selon les indications médicales posées pour pallier l'infertilité du couple, il est destiné à être utilisé soit pour une insémination artificielle, soit pour une fécondation in vitro selon la qualité du sperme autoconservé.

Dans le cas d'une insémination artificielle intra utérine, le sperme est habituellement recueilli et préparé en laboratoire le jour même de l'insémination. Mais il peut arriver que l'homme ne puisse être présent le jour prévu pour l'insémination et que son sperme soit congelé pour pallier cette absence.

Dans le cas d'une fécondation in vitro, celle-ci nécessite une stimulation ovarienne, une ponction des ovocytes et la fécondation par la mise en contact des gamètes selon un mode classique ou par la technique de l'ICSI (Intra Cytoplasmique Sperm Injection) qui consiste à injecter directement un spermatozoïde dans l'ovocyte à travers sa membrane plasmique. Lorsqu'une FIV est prévue, il peut également être nécessaire de congeler le sperme si son recueil ne peut avoir lieu le jour de la ponction des ovocytes, ou bien par crainte d'une détérioration d'un sperme déjà altéré justifiant d'une ICSI, ou encore parce que le conjoint craint de ne pas réussir à donner son sperme le jour de la ponction.

Le décès du conjoint peut survenir de façon imprévisible avant la tentative d'insémination artificielle ou de FIV. L'existence du projet parental ne peut alors être contestée puisque la procédure d'assistance médicale à la procréation est déjà engagée.

---

<sup>11</sup> Arrêté du 3 août 2010 relatif aux règles de bonnes pratiques cliniques et biologiques d'assistance médicales à la procréation, Ministère de la santé et des sports, J.O. du 11 septembre 2010

## 2 ) Transfert d'embryon post mortem :

Une assistance médicale à la procréation peut nécessiter une fécondation in vitro, soit en raison de la nature de l'infertilité du couple, soit pour éviter de transmettre à l'enfant une maladie d'une particulière gravité grâce à un diagnostic préimplantatoire (DPI) pratiqué sur l'embryon in vitro, soit encore parce qu'il est nécessaire de recourir à un don de gamètes. La

FIV implique la mise en place d'un dispositif relativement lourd et contraignant pour la femme. Elle doit, en effet, subir une hyperstimulation hormonale ainsi qu'un geste chirurgical sous anesthésie pour le prélèvement ovocytaire. Pour ne pas avoir à renouveler cette procédure en cas d'échec de la première tentative de grossesse, ou de souhait d'un nouvel enfant, le couple peut donner son accord par écrit pour que des ovocytes soient fécondés en nombre supérieur de façon à obtenir des embryons « surnuméraires » qui, s'ils sont de bonne qualité, seront cryoconservés en vue d'un transfert ultérieur<sup>12</sup>. Les deux membres du couple sont consultés chaque année sur leur souhait de conserver les embryons<sup>13</sup>.

Le décès de l'homme appartenant au couple peut intervenir à différents moments du processus de l'AMP avec FIV. Il peut se produire alors qu'aucun transfert in utero n'a encore pu aboutir à la naissance d'un enfant. Il se peut aussi qu'il intervienne après qu'un ou plusieurs enfants soient nés au sein du couple. Dans les deux cas, la femme qui souhaite, malgré le décès de son conjoint ou concubin, poursuivre le projet d'enfant de son couple en bénéficiant d'un transfert in utero des embryons cryoconservés, se heurte à la prohibition de la loi qui stipule que le décès de l'un des membres du couple met fin au projet parental.

\*\*\*

D'une façon générale, les différents cas de procréation post mortem envisagés présentent tous la particularité d'être exceptionnels. Le nombre potentiel de demande de transfert d'embryon post mortem ne semble pas dépasser un ou deux par an en France. Les demandes d'utilisation de sperme post mortem pourraient être plus nombreuses dans la mesure où elles peuvent être formulées à la suite d'une autoconservation de sperme avant traitement d'une maladie grave avec un risque vital pour le patient.

Une autre situation doit aussi être évoquée : celle du décès de la femme engagée

---

<sup>12</sup> Seuls 20 à 25% des couples pourront avoir des embryons susceptibles d'être congelés en fonction de leur aspect morphologique et de leur cinétique de clivage.

<sup>13</sup> Au 31/12/2006, 176 500 embryons congelés étaient conservés dans les centres d'AMP en France, ce qui ne signifie pas qu'ils étaient forcément des embryons « surnuméraires ». A cette date, 53% des couples avaient confirmé par écrit leur projet, 27% n'avaient pas répondu au courrier annuel ou étaient en désaccord et 20% avaient abandonné leur projet parental : Agence de la biomédecine, Bilan d'application de la loi bioéthique, oct. 2008

dans une procédure d'AMP avant que la transplantation d'un embryon n'ait pu aboutir à une naissance. Son conjoint qui voudrait poursuivre le projet parental du couple ne pourrait le faire qu'en recourant à une autre femme acceptant de porter cet embryon. Le CCNE s'étant prononcé en défaveur de cette pratique quelles qu'en soient les circonstances<sup>14</sup>, cette hypothèse ne sera pas traitée dans cet avis. Il ne sera pas question, non plus, du devenir des embryons congelés après séparation du couple qui relève d'une autre problématique.

## II PROBLÈMES ÉTHIQUES

### 1) Les objections éthiques à l' assistance médicale à la procréation post-mortem

La liberté de procréer fait partie intégrante de la protection de la vie privée qui est un droit fondamental<sup>15</sup>. Peut-on cependant considérer qu'il existe des raisons éthiques de limiter cette liberté, notamment lorsqu'elle s'exerce dans le cadre d'une assistance médicale à la procréation ? Dans le cas de l'utilisation du sperme congelé ou du transfert d'un embryon cryoconservé après le décès de l'homme faisant partie du couple, des objections peuvent, en effet, être soulevées au regard de l'intérêt de l'enfant, de l'intérêt de la mère et du point de vue de la société.

#### *a) L'intérêt de l'enfant.*

L'enfant qui naîtrait ainsi, serait privé de père ce qui constitue la privation d'un bien élémentaire pour un enfant. Cette situation délibérément programmée est différente de celles auxquelles on doit faire face a posteriori en cas de décès, de départ ou d'absence du père. Elle nous conduit à nous interroger sur le sens et la place de la paternité dans notre société et sur le risque d'un effacement du rôle du père. Mais il faut aussi prendre en considération le fait que l'enfant saura qui est son père, même si celui-ci est décédé, qu'il sera inscrit dans sa double filiation et aura sa place généalogique dans la lignée paternelle. Une autre crainte est que les circonstances d'une telle naissance ne fassent peser sur l'enfant le poids « d'être dans la position d'enfant né du deuil »<sup>16</sup> ce qui serait un facteur de déséquilibre ou de difficultés psychologiques. D'autres pourraient penser, à l'inverse, qu'il serait dans la position de l'enfant né malgré le deuil en permettant à la vie de surmonter la mort. Mais dans un cas comme dans l'autre, ce qui serait préjudiciable pour cet enfant serait d'être enfermé a priori dans une position prédéterminée et qu'on lui attribue un rôle, réel ou supposé, de substitut de l'homme décédé. L'enfant devrait, au contraire, être accueilli pour lui-même, et être conforté par le fait qu'il a été désiré par ses deux parents et qu'il a eu un père, même si celui-ci n'est plus là.

---

<sup>14</sup> Avis n°110 « Problèmes éthiques soulevés par la gestation pour autrui », 6 mai 2010

<sup>15</sup> Article 16 de la Déclaration universelle des droits de l'homme : « droit de se marier et de fonder une famille »

; Article 8 de la Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales : « Droit au respect de la vie privée et familiale » ; article 7 et 9 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne

: « droit au respect de la vie privée et familiale » et « « droit de se marier et de fonder une famille ».

<sup>16</sup> Cet argument est repris dans la plupart des thèses opposées à l'AMP post mortem, notamment par le Conseil d'Etat dans son rapport de mai 2009 précité.

Il ne faut cependant pas sous-estimer les difficultés que risqueraient de rencontrer ces enfants. Le témoignage de parents d'enfants privés de leur père ou de leur mère à la suite d'un décès fait état du poids de cette absence<sup>17</sup>. Selon leur expérience, même si les enfants orphelins savent qu'ils ont été conçus par un acte d'amour, ils ont toujours un manque et le sentiment d'être différents des autres, d'être à part. Lorsque la mère est enceinte au moment de la mort du père, les enfants ont du mal à accepter que celui-ci n'ait pas été là au moment de leur naissance et n'ait pas pu les connaître. Dès lors, comment leur expliquer et leur faire accepter le fait que leur père ait été déjà mort quand ils ont été conçus ? L'angoisse de la mort en général et surtout de celle de l'autre parent vivant est toujours très forte et risque d'être exacerbée par les circonstances particulières de cette naissance. La surprotection de l'enfant par la mère, l'idéalisat ion de l'image du père décédé, peuvent aussi être des facteurs de fragilité particulièrement sensibles au moment de l'adolescence. Enfin, toujours selon ce témoignage, il ne semble pas rare que les parents de la personne décédée refusent de voir leurs petits enfants parce qu'ils représentent un rappel douloureux de la perte de leur propre enfant.

**b) L'intérêt de la mère**

La situation d'une femme qui décide délibérément d'entreprendre une grossesse alors qu'elle vient de perdre son conjoint ou compagnon, est différente de celle que subit une femme qui est dans l'obligation d'élever seule son enfant à la suite du décès ou du départ du père de celui-ci. Cependant, cette décision de la femme de poursuivre le projet parental interrompu par le décès de son conjoint, est-elle toujours véritablement libre et éclairée alors qu'elle intervient en période de deuil ? En particulier, si une maladie a été la cause du décès, celui-ci a pu être précédé d'une période de grande souffrance morale et de fatigue physique intense dont la femme subit encore les répercussions. Son état de vulnérabilité à ce moment peut, notamment, la rendre particulièrement sensible aux pressions familiales, amicales, voire sociales. Elle peut ne pas avoir pleinement conscience des difficultés éventuelles qu'elle rencontrera en élevant seule un enfant, surtout si son environnement matériel et affectif n'est pas susceptible de la soutenir. Elle va être obligée de vivre sa grossesse seule alors qu'elle avait prévu de la vivre à deux, et sans pouvoir partager les décisions à prendre<sup>18</sup>.

**c) Le point de vue de la société**

La femme qui souhaite bénéficier d'une assistance médicale à la procréation post mortem, va devoir demander l'aide de la société en faisant appel au corps médical et en bénéficiant des prestations sociales. La question peut alors se poser de savoir si la

---

<sup>17</sup> Audition de deux membres de la FAVEC (Fédération des associations de conjoints survivants) le 18 novembre 2010. La FAVEC n'a pas pris position spécifiquement sur la question de la procréation post mortem.

<sup>18</sup> Comme toute femme élevant seule ses enfants, elle peut, par la suite, être confrontée à des difficultés comme la maladie ou la perte d'un emploi et être obligée d'y faire face seule si elle ne peut pas être aidée par son entourage. Les membres auditionnés de la FAVEC ont insisté sur la non reconnaissance de la condition d'orphelin et de parent veuf par la société, qui se traduit par une absence d'aide matérielle et morale, particulièrement lorsque le couple n'était pas marié.

société doit prêter son concours pour permettre la naissance délibérée d'un enfant orphelin de père et si elle devra en assumer les frais de la même façon que lorsque cette circonstance intervient fortuitement. Mais cet argument pourrait en partie être réfuté au cas où la femme demanderait à récupérer l'embryon ou les paillettes de sperme cryoconservés pour entreprendre, à ses frais, une grossesse médicalement assistée dans un pays qui l'autorise après le décès du conjoint.

Au-delà de l'aspect financier, la société ne peut pas rester indifférente au fait de favoriser la naissance d'un enfant dans un contexte qui peut lui être défavorable puisqu'il sera privé de père et que la monoparentalité est souvent un facteur de fragilisation, voire de précarisation des familles<sup>19</sup>. Cependant, une situation voulue et se présentant dans un contexte exceptionnel ne peut pas être assimilée systématiquement à des situations la plupart du temps subies, et qui représentent un phénomène de société dû à de multiples causes et répondant à des contextes socio-économiques divers.

Une autre objection, soulevée notamment par le Conseil d'État, est celle de l'opportunité d'une modification substantielle de notre droit pour répondre à des situations extrêmement rares. En effet, le droit de la filiation ainsi que le droit des successions devraient être adaptés pour prendre en compte la situation particulière d'un enfant dont la date de naissance se situerait en dehors de la période présumée de conception. Cependant les difficultés juridiques soulevées ne seraient pas un obstacle insurmontable comme l'ont montré diverses propositions de modification de la loi<sup>20</sup>. Le questionnement sur l'assistance médicale à la procréation après le décès de l'homme faisant partie du couple reste donc essentiellement **de nature éthique et non juridique**.

## 2 ) Différence entre utilisation post mortem de sperme cryoconservé et transfert d'embryon post mortem.

Les questions éthiques se posent-elles différemment selon qu'il s'agit d'une demande

---

<sup>19</sup> En ce sens : Rapport 2009-2010 de l'Observatoire National de la Pauvreté et de l'Exclusion Sociale et « Les familles monoparentales : des difficultés à travailler et à se loger », Enquêtes et études démographiques, Insee, 2008

<sup>20</sup> Selon l'article 311 du code civil : « 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 ».

Cette règle, lorsque le couple est marié, se combine avec la présomption de paternité à l'égard du mari, énoncée à l'article 312 du code civil : « L'enfant conçu ou né pendant le mariage a pour père le mari ». En cas de procréation post mortem la présomption de paternité sera écartée puisque l'enfant sera né plus de 300 jours après le décès du mari.

Lorsque le couple n'est pas marié, la filiation paternelle peut être établie, selon l'article 316 du code civil, « par la reconnaissance de paternité... avant ou après la naissance ». En cas de procréation post mortem, la reconnaissance, qui est un acte volontaire et personnel, ne pourra être effectuée par le père décédé. La reconnaissance prénatale prévue par la loi ne pourra non plus s'appliquer car elle ne peut concerner qu'un enfant déterminé et suppose donc une grossesse déjà commencée.

Le Conseil d'État dans son rapport de 1999 « Les lois bioéthiques : cinq ans après » avait proposé plusieurs modifications du code civil pour pallier ces difficultés tant en matière d'établissement de la filiation paternelle qu'en matière successorale. Ces modifications du code civil avaient été reprises par le projet de loi relative à la bioéthique voté en première lecture par l'Assemblée Nationale en 2002.

d'utilisation post mortem de sperme cryoconservé ou d'un transfert d'embryon post mortem? Le fait que la fécondation de l'ovocyte ait lieu avant ou après la mort de l'homme faisant partie du couple change-t-il la nature de la demande et de l'acte ainsi que ses conséquences? La garantie que l'homme a donné son consentement libre et éclairé à une éventuelle procréation posthume, a-t-elle la même force dans les deux cas ?

En Europe, les pays qui autorisent la procréation médicalement assistée post mortem ont estimé qu'il n'y avait pas lieu de faire une distinction entre utilisation du sperme cryoconservé et transfert d'embryon. C'est le cas de la Belgique, de l'Espagne, des Pays-Bas et du Royaume-Uni. Le Danemark, l'Italie et la Suisse interdisent, explicitement les deux pratiques. La loi allemande proscrit l'insémination post mortem, la cryoconservation des embryons n'étant, en principe, pas admise<sup>21</sup>.

**a) Conflit entre la volonté du couple de poursuivre son projet parental après la mort de l'homme et la responsabilité de faire naître un enfant orphelin de père.**

La procréation après le décès de l'homme s'inscrit-elle toujours dans le projet parental initial ou devient-elle le projet de la femme seule ? Pour certains, la mort marque la fin des projets. Pour d'autres, la conjugalité peut se poursuivre après la mort. Une œuvre commune peut être poursuivie après le décès d'un des membres du couple, de même que peuvent être réalisés des projets décidés en commun comme, par exemple, ceux relatifs à l'éducation des enfants. Mais un projet parental n'engage pas uniquement les deux membres du couple vis-à-vis l'un de l'autre. Leur responsabilité commune est aussi engagée vis-à-vis d'un tiers qui est l'enfant à venir. Une poursuite du projet parental post mortem ne peut donc être acceptable que si elle procède de la volonté des deux membres du couple qui y ont explicitement consenti<sup>22</sup>. Cela suppose une procédure de recueil du consentement avant le décès de l'homme. Sur un plan pratique, le consentement – révocable à tout moment – à une procréation post mortem pourrait être recueilli au moment de la congélation du sperme ou des embryons et être renouvelé annuellement au moment où les patients sont questionnés sur leur volonté de maintenir la cryoconservation. Dans le cas du transfert d'embryon, le consentement à la création d'embryons et à la congélation des embryons surnuméraires a déjà été donné au moment de la fécondation in vitro. Le projet parental est donc d'ores et déjà engagé et l'embryon existe du vivant des deux parents potentiels. Le consentement, en cas de décès, ne porterait donc que sur le devenir de l'embryon et sur l'acte clinique du transfert post mortem. Dans le cas de l'insémination ou de la FIV post mortem, le consentement à la fécondation n'aura pas pu être donné du vivant de l'homme bien que la volonté de s'engager dans un projet

---

<sup>21</sup> Document de travail du Sénat : L'accès à l'assistance médicale à la procréation, série Législation comparée, n°LC 193, janvier 2009.

<sup>22</sup> L'arrêté précité fixant les règles de bonne pratique d'assistance médicale à la procréation précise

que le consentement écrit du couple préalable à la mise en œuvre de l'AMP, doit être renouvelé avant chaque tentative de FIV et d'insémination artificielle intraconjugales ainsi que de transfert d'embryon.

parental ait déjà pu avoir été exprimée clairement et sans ambiguïté par les deux membres du couple. Le consentement recueilli préalablement au décès porterait donc sur la conception post mortem d'un embryon et non sur le devenir d'un embryon déjà existant.

Si l'on considère que ce qui doit primer, c'est la volonté du couple de poursuivre au-delà de la mort son projet parental – quel que soit son degré de réalisation – il n'y a pas lieu de faire une distinction entre l'utilisation du sperme cryoconservé et le transfert d'embryon post mortem. En effet, ce qui détermine l'existence d'un embryon plutôt que celle de paillettes de sperme cryoconservé, ce n'est pas l'état d'avancement du projet parental, mais l'indication médicale ayant nécessité une fécondation in vitro. Mais si l'on considère qu'un consentement à une procréation post mortem ne peut être valablement donné que si le projet parental a déjà été concrétisé par la fécondation d'un ovocyte, seul le transfert de l'embryon post mortem peut être envisagé. Cette position repose sur l'hypothèse d'une variation des projets dans le temps qui serait d'autant plus grande que le projet est moins structuré et abouti. Les cliniciens ont pu constater l'importance de cette variabilité liée à la variation psychologique due à la maladie et ceci particulièrement en contexte de fin de vie. Cependant, douter de la validité du consentement donné par un homme à l'utilisation de ses gamètes pour une fécondation après sa mort, peut être ressenti comme une grande violence. Cela peut être perçu comme une méconnaissance de l'état de détresse psychologique dans lequel se trouvent les couples en désir d'enfant et, en particulier, comme la négation du désir de l'homme de remédier à la souffrance de sa compagne de ne pouvoir devenir mère, en consentant à l'utilisation posthume de ses gamètes.

Dans les deux cas, la volonté du couple est confrontée de la même façon à l'intérêt de l'enfant. Que ce soit à la suite d'une utilisation de sperme post mortem ou d'un transfert d'embryon post mortem, l'enfant qui naîtra sera orphelin de père. Le fait que dans le cas d'un transfert d'embryon, la décision aura été de faire naître un enfant qui sera privé de père, alors que dans l'hypothèse d'une insémination post mortem, la décision aura été de concevoir un enfant qui sera privé de père, ne change pas la condition de l'enfant qui naîtra. Par ailleurs, le risque d'une éventuelle instrumentalisation de l'enfant dont la venue pourrait être souhaitée comme substitut à la perte du défunt, est le même dans les deux circonstances.

### ***b) Recul des limites de la vie.***

Toute l'évolution de la médecine montre que les progrès réalisés et les prouesses techniques visent la plupart du temps à faire reculer la frontière de la mort (les progrès de la réanimation et les greffes d'organes vitaux en sont des exemples). La procréation post mortem rendue possible par la cryoconservation du sperme, puis des embryons in vitro, pourrait être perçue comme une simple étape supplémentaire de cette évolution. Mais, à cet égard, les deux hypothèses – transfert d'embryon ou insémination post mortem – n'entraînent pas les mêmes effets. En cas d'insémination ou de FIV post mortem, l'enfant qui naîtra aura été conçu à un moment où son père était déjà mort depuis plus ou moins longtemps, ce qui symboliquement équivaut à

permettre à un mort de procréer. Dans le cas du transfert d'un embryon conçu du vivant du père, le futur enfant a déjà une forme d'existence procédant des deux membres du couple et on ne se heurte pas de front à la même incapacité de procréer d'un mort.

Cependant les limites entre la vie et la mort ne sont pas toujours aussi claires comme le montrent les demandes d'assistance à la procréation ante mortem qui sont plus courantes que les demandes post mortem. La possibilité d'autoconservation du sperme lorsqu'une prise en charge médicale est susceptible d'altérer la fertilité de l'intéressé, est souvent décidée dans le contexte d'une maladie grave, mettant en jeu le pronostic vital. Le couple peut alors être tenté de demander dans l'urgence une insémination lorsque le pronostic s'assombrit<sup>23</sup>.

Par ailleurs, la loi relative à la bioéthique de 2004 a consacré la possibilité de recourir à l'AMP lorsqu'elle a pour objet « *d'éviter la transmission à l'enfant ou à un membre du couple d'une maladie d'une particulière gravité* »<sup>24</sup>. Dans deux avis<sup>25</sup> précédant la loi de 2004, le CCNE s'était lui-même penché sur les problèmes éthiques posés par le désir d'enfant chez ces couples, et avaient émis des recommandations en faveur de leur prise en charge en AMP malgré le contexte d'incertitude pronostique qui pesait sur eux à cette époque<sup>26</sup>.

Dans certains cas, où la demande d'AMP est formulée par un couple dont les deux membres sont vivants, l'éventualité de faire naître un enfant qui sera orphelin de père, peut ainsi exister également. Il y a donc un certain paradoxe de la loi qui, d'une part, autorise et organise des pratiques permettant à des couples de procréer dans un contexte où le risque pour l'enfant d'être orphelin est théoriquement possible et qui d'autre part, interdit la procréation médicalement assistée post mortem, précisément, pour éviter la venue au monde d'un enfant orphelin. La naissance programmée d'un enfant orphelin de père est un argument qui ne peut donc suffire, à lui seul, à justifier l'interdiction de la procréation post mortem.

---

<sup>23</sup> Le président de la fédération française des CECOS, J.-L. Bresson a fait état de ses craintes, si le transfert devait être autorisé mais non l'insémination, que les couples demandent des FIV ante mortem, ce qui aurait aussi pour conséquence d'augmenter le stock d'embryons cryoconservés : Mission parlementaire d'information sur la révision des lois bioéthiques, 2010, T.2, p. 338. On pourrait craindre que la fécondation in vitro ne se transforme en une sorte d'assurance, non seulement contre la stérilité, mais aussi contre la fatalité entraînant la fin d'un projet parental en cas de décès. La FIV deviendrait ainsi le symbole du franchissement de deux limites : celle de l'impossibilité d'avoir un enfant en raison de sa stérilité, puis celle de l'impossibilité d'avoir un enfant après sa mort.

<sup>24</sup> Cette disposition concerne principalement les couples sérodifférents pour le VIH avec pour objectif la diminution du risque de contamination de l'autre membre du couple et de l'enfant à naître.

<sup>25</sup> Avis n°56 du 10 février 1998 sur les problèmes éthiques posés par le désir d'enfant chez des couples où l'homme est séropositif et la femme séronégative et avis n°69 du 8 novembre 2001 sur l'assistance médicale à la procréation chez les couples présentant un risque de transmission virale : réflexions sur les responsabilités.

<sup>26</sup> Le contexte n'est plus le même à l'heure actuelle. En effet, dans la pratique de l'AMP pour un couple dont l'un des membres est infecté par le VIH, les recommandations concernant les données viro-immunologiques de la personne infectée avant de réaliser l'AMP sont telles que la mise en œuvre d'un traitement antirétroviral autorise une espérance de vie sur le long terme proche de celle d'une population non infectée.

Plus généralement, la procréation dite ante mortem pose la question de la légitimité d'une intervention dans le choix d'un couple d'avoir un enfant alors que l'un des deux est atteint d'une pathologie mettant en jeu son pronostic vital à plus ou moins brève échéance. Elle met en évidence la difficulté de fonder une telle intervention sur la seule durée estimée du temps restant à vivre, toute limite fixée à cet égard ne pouvant être qu'arbitraire.

Mais ce qui distingue fondamentalement ces cas de procréation ante mortem, c'est que dans cette hypothèse, la temporalité des événements n'est pas bouleversée comme elle peut l'être par l'abolition du seuil entre la vie et la mort caractérisant la procréation post mortem. Cet élément est essentiel et suffit à différencier ces situations limites ante mortem, des situations procréatives post mortem.

### 3 Autorisation du transfert d'embryon post mortem.

Si les objections éthiques aux demandes de transfert d'embryons post mortem doivent être prises en considération, il existe également de fortes raisons éthiques pour que ces demandes soient acceptées.

La question ne se pose pas tant en termes de « droit » du couple ou de la femme sur les embryons cryoconservés, qu'en termes de « pouvoir de décision » sur leur devenir. Le sort de l'embryon dépend, en effet, uniquement du couple qui est à l'origine de sa conception, ainsi que le reconnaît la loi. C'est ce couple qui pourra décider de l'implantation in utero de l'embryon, de sa destruction, de son accueil par un autre couple ou encore de son don en vue d'une recherche.

Si l'homme décède, c'est à la femme seule qu'il reviendra de prendre toute décision sur le devenir de cet embryon sauf, paradoxalement, celle de le porter et de poursuivre sa grossesse comme elle pourrait le faire si l'embryon était déjà dans son corps. La présence de l'embryon en dehors du corps de la femme, provoque ainsi une situation inédite qui a pour effet de redistribuer le pouvoir de décision sur son sort entre les protagonistes qui ont participé à sa conception in vitro. Comme le souligne la sociologue Simone Bateman-Novaes, en se produisant « dans un espace de relations qui se situe entre au moins deux grands champs institutionnels : *la famille et la médecine* » *la conception in vitro sera soumise « à au moins deux ensembles de normes et de valeurs, qui pourront à l'occasion provoquer des tensions entre les protagonistes dans la mesure où chaque ensemble relève de relations et de pratiques aux objectifs distincts* »<sup>27</sup>. C'est sur ces situations de conflit que la justice a eu à se prononcer avant le vote de la loi bioéthique de 1994 qui interdit la procréation médicalement assistée post mortem<sup>28</sup>.

---

<sup>27</sup> Simone Bateman-Novaes: «Parents et médecins face à l'embryon: relation de pouvoir et décision», *L'embryon humain*, éd. Economica, 1996, p. 185-192,

<sup>28</sup> Une enquête effectuée par la Revue du Praticien en 1998 montre une divergence d'opinion entre le corps médical et les couples : 74% des praticiens sont favorables l'interdiction légale alors que 69% des couples sont favorables au transfert des embryons post mortem. Référence citée dans le Rapport du 18 février 1999 de l'Office Parlementaire d'Évaluation des Choix Scientifiques et Techniques sur l'application de la loi n°94-654 du 29 juillet 1994.

Mais les situations où, en application de la loi, un refus est opposé à une femme qui désire mener à terme le projet parental dans lequel elle s'est engagée avec son conjoint décédé, sont d'autant plus douloureuses pour elle qu'elle va être confrontée à un choix impossible. La loi ne lui laisse, en effet, pas d'autres alternatives que de demander la destruction des embryons, ou bien de les donner pour la recherche, ou encore de les faire accueillir par un autre couple. La loi prévoit même que la femme soit expressément invitée à faire savoir si elle consent à l'accueil par un autre couple de ce même embryon qu'elle lui interdit de porter elle-même<sup>29</sup>. Cette éventualité serait particulièrement cruelle si le transfert d'embryon post mortem était son ultime chance d'être mère. Il pourrait en être ainsi, notamment, en raison de son âge ou si c'était son infertilité ou sa stérilité qui était à l'origine de la procédure de fécondation in vitro. Quant à l'enfant qui naîtrait de ce don, on peut se poser la question des conséquences psychologiques que pourrait avoir sur lui ce processus ayant abouti à sa naissance dans une famille « par défaut » parce que la loi a interdit qu'il naîsse dans celle du couple qui est à l'origine de sa conception et qui a désiré sa venue au monde.

La société a-t-elle une légitimité à s'immiscer ainsi dans un souhait de maternité pour y opposer un refus, alors que la liberté de procréer relève de la sphère privée ? Certes, la femme qui décide d'entreprendre une grossesse grâce à une assistance médicale à la procréation va devoir demander le concours de la société. Il peut alors sembler légitime que celle-ci, sans s'arroger un pouvoir de décision discrétionnaire, organise les conditions de la réalisation d'un tel projet et, en particulier, que soit pris en compte l'intérêt supérieur de l'enfant à naître.

Dans le cas du transfert d'embryon post mortem, la privation du père, doit être mise en balance avec le respect de la volonté du couple de mener à bien son projet parental. Cependant, ce projet était fondé au départ sur la responsabilité partagée des deux membres du couple, ce qui pourrait justifier que la disparition de l'un des deux le rende caduc. Mais on ne peut, non plus, affirmer que la vie d'un couple s'éteint obligatoirement au décès de l'un des deux. Le couple peut précisément se prolonger dans la réalisation d'un projet élaboré et commencé en commun, plus encore lorsqu'il s'agit d'un projet de famille. C'est pourquoi, la poursuite du projet parental par la femme seule, pourrait être envisagée si l'homme a formellement donné, avant son décès, son consentement à une telle éventualité.

La programmation de la naissance d'un enfant privé de père doit aussi être mise en balance avec la réalité présente d'un embryon existant et le respect qui lui est dû. Les conceptions philosophiques, théologiques, scientifiques sur la nature de l'embryon sont multiples. Le CCNE dans ses précédents avis désigne l'embryon comme une «personne humaine potentielle »<sup>30</sup>. Certains y reconnaissent le fruit unique de l'union

---

<sup>29</sup> Article L. 2141-5 alinéa 3 du Code de la santé publique « En cas de décès d'un membre du couple, le membre survivant est consulté par écrit sur le point de savoir s'il consent à ce que les embryons conservés soient accueillis par un autre couple dans les conditions prévues à l'article L. 2141-5 »

<sup>30</sup> Voir l'avis n°112 du CCNE « Une réflexion éthique sur la recherche sur les cellules d'origine embryonnaire humaine et la recherche sur l'embryon humain in vitro »

entre deux gamètes et deux volontés, commencement d'une destinée, être singulier sur lequel sera prise la décision. Pour d'autres, la différence biologique entre les paillettes de sperme et l'ovocyte fécondé n'implique pas qu'on leur accorde un statut différent en raison de la similitude de leur devenir qui dans un cas comme dans l'autre dépend uniquement de l'existence ou de l'absence d'un projet parental.

La volonté commune du couple et la certitude pour l'enfant d'avoir été désiré par son père autant que par sa mère, ne peuvent compenser le handicap de naître orphelin de père. Cependant, la condition de l'enfant ne peut se résumer à cette particularité, si douloureuse soit-elle. Cet enfant aura aussi une mère dont on ne peut douter a priori de sa capacité à l'élever seule comme le font les nombreuses femmes dans cette situation. Il peut avoir également une famille présente du côté paternel. Il saura qui est son père, pourra connaître son histoire et se situer comme fils ou fille, même d'un père décédé mais dont la présence symbolique persistera<sup>31</sup>. Il n'est pas non plus exclu qu'une figure de l'entourage de la mère puisse assurer la fonction paternelle laissée vacante.

L'intérêt de l'enfant sera d'autant mieux préservé que la décision de la femme de recourir à un transfert d'embryon post mortem, aura été prise de façon consciente, informée et réfléchie. Un délai nécessaire après la survenue du décès devrait être respecté pour que cette décision n'intervienne pas pendant la période marquée par le choc du deuil. La femme devrait aussi être informée du taux d'échec important des transferts d'embryons congelés<sup>32</sup>, de façon à ce que la déception de ne pas voir aboutir son projet ne s'ajoute pas à la douleur de sondeuil.

On peut s'interroger sur les motivations de la décision du couple de donner la vie à un enfant dont le père sait qu'il ne pourra participer à son développement, mais chaque décision de procréation, quelles qu'en soient les circonstances, répond à des motivations intimes sur lesquelles le CCNE n'a pas de jugement moral à porter. Comme il l'a souligné dans **son avis n°40**, «*des motivations multiples peuvent être à l'origine de la décision de continuer ou d'abandonner le projet parental, déterminées par l'ensemble des réactions de la femme à la mort de son conjoint et à la façon dont elle surmontera la disparition et la période de deuil. Mais il n'est pas possible de porter un jugement d'ordre général sur la nature et la valeur de ces motivations*». Cependant, il paraît souhaitable d'accompagner la femme dans un moment où elle se trouve dans une situation de particulière vulnérabilité et où sa décision aura des conséquences sur sa vie entière ainsi que sur celle de l'enfant qu'elle mettra éventuellement au monde. Un accompagnement devrait lui être proposé de façon à ce que tous les aspects psychologiques, sociaux, juridiques et médicaux puissent être envisagés avec elle et lui permettent de prendre une décision réellement libre et éclairée

#### 4 Autorisation de l'utilisation post mortem de sperme cryoconservé

---

<sup>31</sup> Il faut, en effet, distinguer le statut du père qui est mort de celui du père qui est inconnu ou absent. L'absence physique du père décédé n'exclut pas sa présence symbolique très prégnante à travers la mémoire, le récit, les représentations. Inversement, la présence d'un père vivant n'exclut pas son absence effective ou perçue comme telle. Quant au père inconnu, sa présence ne peut être qu'imaginaire.

<sup>32</sup> Le taux de naissances par transfert d'embryon congelé est de 13% (Agence de la biomédecine : données de 2010)

Les raisons éthiques qui viennent d'être avancées pour autoriser le transfert d'embryon post mortem peuvent-elles être également invoquées pour lever l'interdiction de l'utilisation post mortem de sperme cryoconservé? Tous les avis qui se sont prononcés jusqu'à présent en faveur du transfert d'embryon ont exclu d'étendre cette possibilité à l'insémination post mortem.

Les demandes de procréation avec le sperme cryoconservé d'un conjoint décédé, risquent pourtant d'être potentiellement plus fréquentes que celles de transfert d'embryon. La justice a eu à se prononcer récemment sur une demande de restitution par une veuve, des paillettes de sperme de son mari décédé pour se faire inséminer à l'étranger, ce que le CECOS qui conservait ces paillettes lui refusait. La cour d'appel de Rennes, dans un arrêt du 22 juin 2010, a rejeté sa demande en application de la loi et des règles de bonnes pratiques de l'AMP qui stipulent que la restitution du sperme cryoconservé ne peut se faire qu'en présence du patient et avec son consentement<sup>33</sup>. On a vu que cette interdiction pouvait paraître paradoxale alors que la loi organise, en vue d'une procréation future, le recueil et la conservation de paillettes de sperme d'hommes souffrant d'une maladie grave pouvant provoquer son décès.

Est-il légitime de détruire ces paillettes en cas de décès ou doit-on considérer qu'elles étaient destinées, au même titre qu'un embryon in vitro, à permettre une procréation demandée par le couple ayant un projet parental ? Comme il a été indiqué plus haut, la présence de sperme cryoconservé plutôt que d'un embryon ne dépend pas du degré d'engagement du couple dans son projet, mais de l'indication médicale posée. Le décès peut ainsi intervenir au cours du processus d'AMP, avant que soit réalisée une tentative de FIV ou alors que plusieurs tentatives d'insémination ont déjà été réalisées sans succès.

Le préalable serait donc que cette demande repose sur l'existence certaine d'un projet venant des deux membres du couple et que l'homme ait donné son consentement exprès à une éventuelle utilisation de son sperme cryoconservé, après son décès. Mais l'impossibilité de recueillir le consentement de l'homme au moment même de l'utilisation de ses gamètes pour une fécondation, peut laisser subsister un doute sur le fait qu'il aurait donné son accord à ce geste pouvant intervenir quelques mois, voire quelques années après le recueil de son sperme. En effet, l'homme est questionné chaque année sur son souhait de maintenir la cryoconservation de ses paillettes de sperme, mais une réponse positive n'est pas nécessairement liée à un projet parental déterminé.

La situation particulière de l'enfant qui naîtra sera la même que dans le cas du transfert d'embryon post mortem. Dans les deux cas, la société aura prêté son concours à la femme pour permettre la naissance délibérée d'un enfant privé de père.

---

<sup>33</sup> La femme prétendait avoir, en sa qualité d'épouse et d'héritière, une créance de restitution du sperme pris comme un des éléments de l'actif successoral du défunt. Or, l'article 16-11 du Code civil stipule que « le corps humain, ses éléments et produits ne peuvent faire l'objet d'un droit patrimonial »

Mais dans le cas où la demande porte sur le transfert in utero d'un embryon, et quelles que soient les convictions avancées sur la nature de l'embryon et sur sa différence ontologique avec les gamètes, la femme qui se voit opposer un refus, est contrainte de prendre une décision douloureuse sur le devenir d'un embryon déjà existant, décision qui sera toujours contraire à sa volonté. La femme n'est pas confrontée à un tel dilemme dans le cas de l'insémination ou de la FIV post mortem puisqu'elle n'a pas de décision explicite à prendre à l'égard des paillettes de sperme congelées. Ce qu'elle demande à la société, c'est de l'aider à concevoir, ex nihilo, un enfant avec les gamètes d'un homme décédé. Or, la mort ne constitue pas une impossibilité pathologique de procréer à laquelle il conviendrait de remédier médicalement.

De plus, dans le cas de l'insémination ou de la FIV post mortem, pour l'enfant, la charge symbolique d'avoir été conçu avec les gamètes d'un homme alors qu'il était déjà mort, pourrait aggraver les difficultés qu'il éprouvera déjà du fait d'être né privé d'un père.

### **CONCLUSION**

Pour certains membres du CCNE, la procréation post mortem, qu'il s'agisse du transfert d'embryon ou de l'utilisation du sperme congelé, doit demeurer interdite au nom d'un droit absolu de l'enfant d'avoir ses deux parents vivants au moment de sa procréation. Contribuer délibérément à la naissance d'un enfant orphelin de père, au motif qu'il est le fruit d'un « projet parental », reviendrait à ériger cette notion en un impératif supérieur à l'intérêt de l'enfant qui est de ne pas être privé de l'affection et de l'éducation paternelle et ferait prévaloir la souffrance de la mère sur la souffrance de l'enfant à venir. Cette volonté du couple de procréer au-delà de la mort, risquerait d'être dictée par un désir illusoire de survie à travers l'enfant et ne ferait qu'enfermer la femme dans son deuil et son passé.

D'autres membres estiment, eux, que la différence établie entre le transfert d'embryon post mortem et l'utilisation post mortem du sperme congelé, n'est pas toujours nettement justifiée éthiquement. C'est pourquoi, ils auraient préféré que soit introduite une certaine souplesse dans l'application des dispositions permettant de ne pas exclure systématiquement toutes les demandes d'utilisation post mortem du sperme congelé.

Pour autant, concernant l'utilisation post mortem du sperme cryoconservé, il ne semble pas opportun à la majorité des membres du CCNE de revenir sur son interdiction, pour les raisons énoncées plus haut, notamment le caractère plus difficilement vérifiable du consentement du père au moment même de la procréation et la non présence d'un embryon qui procèderait des deux membres du couple et concrétiserait ainsi le projet parental.

Il en va autrement du transfert d'embryon post mortem. Les couples engagés dans une procédure d'assistance médicale à la procréation qui a donné lieu à la cryoconservation d'embryons dits « surnuméraires » ont seuls le pouvoir de décider du sort de ces embryons.

Si l'homme décède, c'est à la femme qu'il revient de prendre toute décision sur le devenir de l'embryon cryoconservé sauf, paradoxalement, celle de demander son transfert in utero dans l'espoir de mener à bien une grossesse. La loi lui interdit, en effet, de poursuivre le projet parental dans lequel elle s'était engagée avec son conjoint décédé. Mais alors qu'on lui oppose un refus, elle va être confrontée à une situation d'autant plus douloureuse qu'elle sera contrainte à faire un choix impossible. La loi ne lui laisse pas d'autres alternatives que de demander la destruction de l'embryon, ou bien de le donner pour la recherche, ou encore de consentir à son accueil par un autre couple. Cette éventualité peut paraître particulièrement cruelle si le transfert de l'embryon est son ultime chance d'être mère, notamment en raison de son âge ou de son infertilité.

La liberté de procréer relève de la sphère privée et comme l'a souligné le CCNE dans son avis n°40 sur « Le transfert d'embryons après le décès du conjoint (ou du concubin) », il peut y avoir à l'origine du

souhait de la femme de poursuivre ou non le projet parental, des motivations multiples sur la nature et la valeur desquelles « il n'est pas possible de porter un jugement d'ordre général». Cependant, la femme qui décide d'entreprendre une grossesse grâce à une assistance médicale à la procréation va devoir demander le concours de la société. La responsabilité de celle-ci est donc engagée et il est légitime qu'elle pose les conditions de réalisation d'un tel projet pour que soit, notamment, préservé l'intérêt supérieur de l'enfant qu'elle aura contribué à faire naître tout en sachant qu'il sera privé de père.

C'est pourquoi, la majorité des membres du CCNE considère que le transfert in utero d'un embryon après le décès de l'homme faisant partie du couple devrait pouvoir être autorisé si la demande de la femme répond aux conditions strictement respectées :

- 1) L'homme aura dû, de son vivant, exprimer sa volonté en donnant son consentement exprès au transfert – après son décès – d'un embryon cryoconservé. Sa responsabilité doit, en effet, être pleinement engagée par cette décision pouvant conduire à la naissance d'un enfant qu'il ne pourra éléver.
- 2) Un délai de réflexion minimum devra être respecté après le décès, de façon à ce que la décision de la femme ne soit pas prise dans un moment où elle est en état de grande vulnérabilité. Pendant cette période, un accompagnement devra lui être proposé pour lui permettre d'envisager tous les aspects psychologiques, juridiques, sociaux et médicaux de sa décision, tant pour elle-même que pour l'enfant qui naîtra. Ce délai devra aussi être soumis à une durée maximum de façon à ce que la naissance éventuelle d'un enfant ne soit pas trop éloignée du décès du père.
- 3) Des modifications devront être apportées à notre droit de façon à ce que la filiation paternelle de l'enfant soit assurée. L'homme aura dû, de son vivant, exprimer sa volonté en donnant son consentement exprès au transfert – après son décès – d'un embryon cryoconservé. Sa responsabilité doit, en effet, être pleinement engagée par cette décision pouvant conduire à la naissance d'un enfant qu'il ne pourra éléver.

*Paris, le 10 février 2011*

## II-- INTERRUPTION VOLONTAIRE DE GROSSESSE

---

### **Document 5 : Civ. 1<sup>ère</sup>, 5 avril 2012, n° 11-14.856**

Attendu, selon l'arrêt attaqué, que Mme X... a donné naissance, le 12 juin 1998, à un enfant prénommé Andy, lequel présentait des malformations des mains, du pied gauche et une absence de pied droit, en relation avec une maladie des brides amniotiques ; que Mme X... et M. Y..., père de l'enfant, en tant qu'administrateurs légaux de celui-ci et en leur nom propre, ont recherché la responsabilité de M. Z..., médecin qui avait réalisé, au cours de la grossesse, trois échographies aux 11e, 21e et 33e semaines d'aménorrhée ; que la cour d'appel a rejeté leurs demandes ;

Sur le premier moyen, pris en sa quatrième branche :

Vu l'article 1147 du code civil ensemble l'article L. 162-12 du code de la santé publique alors applicable ;

Attendu que, pour rejeter les demandes de Mme X... et de M. Y..., la cour d'appel a retenu que, si M. Z..., en mentionnant sur son compte-rendu la présence de quatre membres, ce qu'il n'avait pu observer, a commis une faute, il n'est pas démontré, compte tenu des explications de l'expert, que si l'absence de pied droit avait été constatée, et que la maladie des brides amniotiques avait été diagnostiquée, une interruption de grossesse pour raison médicale aurait été autorisée, et ce alors que la pathologie dont est atteint l'enfant n'est pas évolutive dans le sens d'une aggravation mais celle d'une amélioration par interventions chirurgicales traitements et appareillage, ni que Mme X... et M. Y... auraient décidé de recourir à une interruption de grossesse pour motif médical ;

Qu'en statuant ainsi, quand elle avait relevé que, selon cet expert, en présence d'une telle situation, une information aussi complète que possible était donnée à la famille, une consultation de chirurgie orthopédiste infantile

sur les possibilités d'intervention et d'appareillage était pratiquée, la décision était prise au cas par cas et la fréquente impossibilité d'affirmer le caractère complet du diagnostic, la suspicion d'anomalies associées, les difficultés d'assumer familièrement un handicap majeur étaient des facteurs pris en compte, ce dont il résultait que les affirmations erronées de M. Z..., en privant les intéressés de la possibilité de faire examiner le dossier par un centre de diagnostic prénatal pluridisciplinaire, leur avaient fait perdre toute chance de prendre, avec l'équipe de ce centre, une décision éclairée, la cour d'appel n'a pas tiré les conséquences de ses constatations au regard des textes susvisés ;

PAR CES MOTIFS, et sans qu'il y ait lieu de statuer sur les autres griefs :

CASSE ET ANNULE, dans toutes ses dispositions, l'arrêt rendu le 1er février 2011, entre les parties, par la cour d'appel de Nancy ; remet, en conséquence, la cause et les parties dans l'état où elles se trouvaient avant ledit arrêt et, pour être fait droit, les renvoie devant la cour d'appel de Colmar ;

Condamne M. Z... aux dépens ;

Vu l'article 700 du code de procédure civile, le condamne à payer à Mme X... et M. Y... la somme totale de 3 500 euros ;

Dit que sur les diligences du procureur général près la Cour de cassation, le présent arrêt sera transmis pour être transcrit en marge ou à la suite de l'arrêt cassé ;

Ainsi fait et jugé par la Cour de cassation, première chambre civile, et prononcé par le président en son audience publique du cinq avril deux mille douze.

### **Document 6 : Civ. 1<sup>ère</sup>, 26 mai 2011, n°10-15.550**

LA COUR DE CASSATION, PREMIÈRE CHAMBRE CIVILE, a rendu l'arrêt suivant :

Donne acte à M. X...du désistement de son pourvoi en ce qu'il est dirigé contre M. Y... ;

Sur le moyen unique, pris en ses deux branches :

Attendu que M. X..., médecin gynécologue, qui a reçu Mme Y... le 23 juillet 2003, dans son cabinet de Nice, afin d'envisager une interruption volontaire de grossesse et lui a administré, le 26 du même mois, un médicament destiné à préparer cette intervention, laquelle a eu lieu le 1er août suivant dans un hôpital parisien, fait grief à l'arrêt attaqué (Aix-en-Provence, 20 mai 2009), de l'avoir condamné à verser à cette dernière la somme de 7 500 euros en réparation de son préjudice moral, alors, selon le moyen,

1°/ que le médecin ne peut pratiquer une interruption volontaire de grossesse sans avoir préalablement obtenu de la femme la confirmation écrite de sa décision ; qu'il ne peut accepter cette confirmation qu'après l'expiration d'un délai d'une semaine suivant la première demande de la femme, sauf dans le cas où le terme des douze semaines risquerait d'être dépassé ; que le seul fait, pour le médecin, d'administrer à la femme un médicament destiné à préparer l'éventuelle interruption volontaire de grossesse à venir, que le médicament administré ne rend pas indispensable, en raison de l'absence de séquelles en cas de non-intervention, ne constitue pas la mise en oeuvre d'une interruption volontaire de grossesse ; qu'en décidant néanmoins que M. X...avait commis une faute, en prescrivant à Mme Y..., avant l'expiration du délai de sept jours, un médicament destiné à faciliter une éventuelle interruption volontaire de grossesse à venir, après avoir pourtant constaté que l'administration de ce médicament serait restée dépourvue de tout effet si l'interruption volontaire de grossesse n'avait pas été pratiquée, de sorte qu'il ne pouvait constituer la mise en oeuvre de ladite intervention, la cour d'appel a violé l'article L. 2212 du code de la santé publique, ensemble l'article 1147 du code civil ;

2°/ que la mise en oeuvre de la responsabilité civile professionnelle du médecin suppose l'existence d'un lien de causalité entre la faute alléguée et le préjudice dont il est demandé réparation ; qu'en décidant néanmoins qu'en administrant à Mme Y... un médicament destiné à faciliter une interruption volontaire de grossesse à venir, sans respecter le délai de sept jours devant séparer la demande de la confirmation, M. X...avait privé Mme Y... d'une chance de prendre sa décision dans la sérénité après l'avoir mûrie, après avoir pourtant constaté que l'administration dudit médicament serait restée sans conséquence si l'interruption volontaire de grossesse n'avait pas été pratiquée, de sorte que cette administration n'avait pu changer les conditions dans lesquelles Mme Y... avait été conduite à prendre sa décision, la cour d'appel a violé l'article L. 2212 du code de la santé publique, ensemble l'article 1147 du code civil ;

Mais attendu que la cour d'appel, qui, contrairement à ce que prétend la première branche, n'a pas estimé que l'administration de ce médicament serait restée dépourvue de tout effet si l'interruption volontaire de grossesse n'avait pas été pratiquée, a constaté que M. X..., en écourtant le délai de réflexion prévu par la loi et en omettant de recevoir la confirmation par écrit de la volonté de Mme Y..., lui avait occasionné, par sa faute, des difficultés d'ordre psychologique, résultant de ce qu'elle avait accepté d'engager, dès le 26 juillet 2003, le processus d'interruption de grossesse, sous le coup de l'émotion de la découverte d'une grossesse non désirée, et en perdant la chance de prendre sa décision dans la sérénité après l'avoir mûrie ; que le moyen, qui manque en fait en sa première branche, ne tend, en sa seconde, qu'à remettre en cause le pouvoir souverain des juges du fond ;

PAR CES MOTIFS :  
REJETTE le pourvoi ;  
Condamne M. X...aux dépens ;  
Vu l'article 700 du code de procédure civile,  
rejette la demande de M. X...;

## **Document 7 : Articles L.2211-1 à L.2212-10 du Code de la santé publique.**

### **- Article L. 2211-1 CSP**

Comme il est dit à l'article 16 du code civil ci-après reproduit :

" 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 ".

### **- Article L.2211-2 CSP**

Il ne saurait être porté atteinte au principe mentionné à l'article L. 2211-1 qu'en cas de nécessité et selon les conditions définies par le présent titre.

L'enseignement de ce principe et de ses conséquences, l'information sur les problèmes de la vie et de la démographie nationale et internationale, l'éducation à la responsabilité, l'accueil de l'enfant dans la société et la politique familiale sont des obligations nationales. L'Etat, avec le concours des collectivités territoriales, exécute ces obligations et soutient les initiatives qui y contribuent.

### **- Article L.2212-1**

*Modifié par Loi n°2001-588 du 4 juillet 2001 - art. 1 JORF 7 juillet 2001*

La femme enceinte que son état place dans une situation de détresse peut demander à un médecin l'interruption de sa grossesse. Cette interruption ne peut être pratiquée qu'avant la fin de la douzième semaine de grossesse.

*Modifié par Loi n°2014-873 du 4 août 2014 - art. 24*

La femme enceinte qui ne veut pas poursuivre une grossesse peut demander à un médecin l'interruption de sa grossesse. Cette interruption ne peut être pratiquée qu'avant la fin de la douzième semaine de grossesse.

### **- Article L.2212-2 CSP**

*Modifié par LOI n°2007-1786 du 19 décembre 2007 - art. 71*

L'interruption volontaire d'une grossesse ne peut être pratiquée que par un médecin.

Elle ne peut avoir lieu que dans un établissement de santé, public ou privé, ou dans le cadre d'une convention conclue entre le praticien ou un centre de planification ou d'éducation familiale ou un centre de santé et un tel établissement, dans des conditions fixées par décret en Conseil d'Etat.

### **- Article L.2212-3 CSP**

*Modifié par Ordonnance n°2010-177 du 23 février 2010 - art. 7*

Le médecin sollicité par une femme en vue de l'interruption de sa grossesse doit, dès la première visite, informer celle-ci des méthodes médicales et chirurgicales d'interruption de grossesse et des risques et des effets secondaires potentiels.

Il doit lui remettre un dossier-guide, mis à jour au moins une fois par an, comportant notamment le rappel des dispositions des articles L. 2212-1 et L. 2212-2, la liste et les adresses des organismes mentionnés à l'article L. 2212-4 et des établissements où sont effectuées des interruptions volontaires de la grossesse.

Les agences régionales de santé assurent la réalisation et la diffusion des dossiers-guides destinés aux médecins.

### **- Article L.2212-4 CSP**

*Modifié par Loi n°2001-588 du 4 juillet 2001 - art. 1 JORF 7 juillet 2001*

Il est systématiquement proposé, avant et après l'interruption volontaire de grossesse, à la femme majeure une consultation avec une personne ayant satisfait à une formation qualifiante en conseil conjugal ou toute autre personne qualifiée dans un établissement d'information, de consultation ou de conseil familial, un centre de planification ou d'éducation familiale, un service social ou un autre organisme agréé. Cette consultation préalable comporte un entretien particulier au cours duquel une assistance ou des conseils appropriés à la situation de l'intéressée lui sont apportés.

Pour la femme mineure non émancipée, cette consultation préalable est obligatoire et

l'organisme concerné doit lui délivrer une attestation de consultation. Si elle exprime le désir de garder le secret à l'égard des titulaires de l'autorité parentale ou de son représentant légal, elle doit être conseillée sur le choix de la personne majeure mentionnée à l'article L. 2212-7 susceptible de l'accompagner dans sa démarche.

Les personnels des organismes mentionnés au premier alinéa sont soumis aux dispositions des articles 226-13 et 226-14 du code pénal.

Chaque fois que cela est possible, le couple participe à la consultation et à la décision à prendre.

- Article L.2212-5 CSP

*Modifié par Loi n°2001-588 du 4 juillet 2001 - art. 1 JORF 7 juillet 2001*

Si la femme renouvelle, après les consultations prévues aux articles L. 2212-3 et L. 2212-4, sa demande d'interruption de grossesse, le médecin doit lui demander une confirmation écrite ; il ne peut accepter cette confirmation qu'après l'expiration d'un délai d'une semaine suivant la première demande de la femme, sauf dans le cas où le terme des douze semaines risquerait d'être dépassé. Cette confirmation ne peut intervenir qu'après l'expiration d'un délai de deux jours suivant l'entretien prévu à l'article L. 2212-4, ce délai pouvant être inclus dans celui d'une semaine prévu ci-dessus.

- Article L.2212-6 CSP

*Modifié par Loi n°2001-588 du 4 juillet 2001 - art. 1 JORF 7 juillet 2001*

En cas de confirmation, le médecin peut pratiquer lui-même l'interruption de grossesse dans les conditions fixées au deuxième alinéa de l'article L. 2212-2. S'il ne pratique pas lui-même l'intervention, il restitue à la femme sa demande pour que celle-ci soit remise au médecin choisi par elle et lui délivre un certificat attestant qu'il s'est conformé aux dispositions des articles L. 2212-3 et L. 2212-5.

Le directeur de l'établissement de santé dans lequel une femme demande son admission en vue d'une interruption volontaire de la

grossesse doit se faire remettre et conserver pendant au moins un an les attestations justifiant qu'elle a satisfait aux consultations prescrites aux articles L. 2212-3 à L. 2212-5.

- Article L.2212-7 CSP

*Modifié par Loi n°2001-588 du 4 juillet 2001 - art. 7*

Si la femme est mineure non émancipée, le consentement de l'un des titulaires de l'autorité parentale ou, le cas échéant, du représentant légal est recueilli. Ce consentement est joint à la demande qu'elle présente au médecin en dehors de la présence de toute autre personne.

Si la femme mineure non émancipée désire garder le secret, le médecin doit s'efforcer, dans l'intérêt de celle-ci, d'obtenir son consentement pour que le ou les titulaires de l'autorité parentale ou, le cas échéant, le représentant légal soient consultés ou doit vérifier que cette démarche a été faite lors de l'entretien mentionné à l'article L. 2212-4.

Si la mineure ne veut pas effectuer cette démarche ou si le consentement n'est pas obtenu, l'interruption volontaire de grossesse ainsi que les actes médicaux et les soins qui lui sont liés peuvent être pratiqués à la demande de l'intéressée, présentée dans les conditions prévues au premier alinéa. Dans ce cas, la mineure se fait accompagner dans sa démarche par la personne majeure de son choix.

Après l'intervention, une deuxième consultation, ayant notamment pour but une nouvelle information sur la contraception, est obligatoirement proposée aux mineures.

- Article L.2212-8 CSP

*Modifié par Ordonnance n°2010-177 du 23 février 2010 - art. 1*

Un médecin n'est jamais tenu de pratiquer une interruption volontaire de grossesse mais il doit informer, sans délai, l'intéressée de son refus et lui communiquer immédiatement le nom de praticiens susceptibles de réaliser cette intervention selon les modalités prévues à l'article L. 2212-2.

Aucune sage-femme, aucun infirmier ou infirmière, aucun auxiliaire médical, quel qu'il soit, n'est tenu de concourir à une interruption de grossesse.

Un établissement de santé privé peut refuser que des interruptions volontaires de grossesse soient pratiquées dans ses locaux.

Toutefois ce refus ne peut être opposé par un établissement mentionné au 2° de l'article L. 6161-5 ou par un établissement ayant conclu un contrat de concession en application de l'article L. 6161-9 dans sa rédaction antérieure à la loi n° 2009-879 du 21 juillet 2009 portant réforme de l'hôpital et relative aux patients, à la santé et aux territoires que si d'autres établissements sont en mesure de répondre aux besoins locaux.

Les catégories d'établissements publics qui sont tenus de disposer des moyens permettant la pratique des interruptions volontaires de la grossesse sont fixées par décret.

#### - Article L.2212-9 CSP

*Modifié par Loi n°2001-588 du 4 juillet 2001 - art. 1 JORF 7 juillet 2001*

Tout établissement dans lequel est pratiquée une interruption de grossesse doit assurer, après l'intervention, l'information de la femme en matière de régulation des naissances.

#### - Article L.2212-10 CSP

*Modifié par Ordonnance n°2010-177 du 23 février 2010 - art. 7*

Toute interruption de grossesse doit faire l'objet d'une déclaration établie par le médecin et adressée par l'établissement où elle est pratiquée au médecin de l'agence régionale de santé désigné par le directeur général de l'agence ; cette déclaration ne fait aucune mention de l'identité de la femme.

#### Document 8 : Historique sur l'IVG en France

**Le procès de Bobigny**, en octobre et novembre 1972 à Bobigny (Seine-Saint-Denis), fut un procès politique de l'avortement en France. Cinq femmes y furent jugées : une jeune fille qui avait avorté après un viol, et quatre majeures, dont sa mère, pour complicité ou pratique de l'avortement. Ce procès, dont la défense fut assurée par l'avocate Gisèle Halimi, eut un énorme retentissement et contribua à l'évolution vers la dépénalisation de l'interruption volontaire de grossesse.

Violée par un garçon de son lycée, Marie-Claire est enceinte à 16 ans. Elle refuse de garder l'enfant et demande à sa mère Michèle de l'aider. Michèle C. est une modeste employée de la RATP. Elle élève seule ses trois filles de 16, 15 et 14 ans, après avoir été abandonnée par leur père qui ne les avait pas reconnues. Elle gagne alors 1500 francs par mois.

Le gynécologue qui confirme le diagnostic de grossesse ne refuse pas d'avorter la jeune fille, mais il demande 4500 francs, soit trois mois de salaire de la mère. Celle-ci demande alors de l'aide à sa collègue Lucette D., qui à son tour sollicite Renée S. Elles s'adressent à une autre collègue, Mme B. Malade, veuve avec trois enfants et s'étant déjà elle-même avorté dans le passé. Mme B. pratique l'intervention pour 1200 francs, en posant une sonde. Mais à sa troisième tentative, une hémorragie survient en pleine nuit. Michèle et Marie-Claire C. vont à l'hôpital, où la mère doit déposer 1200 francs, ce qu'elle fait avec des chèques sans provision, avant même que sa fille soit admise et soignée.

Quelques semaines plus tard, Daniel P., le violeur de la jeune fille, soupçonné d'avoir participé à un vol de voitures, est arrêté. Et il dénonce Marie-Claire dans l'espoir que les policiers le laissent tranquille. Plusieurs policiers se rendent alors au domicile de Michèle C. et la menacent de prison pour elle et sa fille si elle n'avoue pas, ce qu'elle fait alors immédiatement.

Michèle et Marie-Claire C., et les trois collègues de Michèle sont alors inculpées – terme alors utilisé pour ce qui est devenu aujourd'hui en France une mise en examen.

La mère trouve à la bibliothèque de la RATP le livre *Djamila Boupacha* écrit par l'avocate Gisèle Halimi, sur une militante algérienne violée et torturée par des soldats français. Les femmes poursuivies contactent l'avocate, qui accepte de les défendre.

Gisèle Halimi et Simone de Beauvoir, qui préside l'association féministe « Choisir », décident avec l'accord des inculpées de mener un procès politique de l'avortement : loin de demander pardon pour l'acte commis, la défense attaqua l'injustice de la loi de 1920, d'autant qu'alors que les Françaises qui le peuvent partent en Suisse ou en Grande-Bretagne pour avorter, les plus pauvres doivent le faire en France dans la clandestinité et des conditions sanitaires souvent déplorables.

La première fois qu'elle se trouve devant le juge d'instruction, Michèle C. proteste :

« Mais, monsieur le juge, je ne suis pas coupable ! C'est votre loi qui est coupable ! » Le juge lui ordonne de se taire sous peine d'une deuxième inculpation pour outrage à magistrat.

L'affaire est scindée du fait que Marie-Claire C. est mineure : avant le procès des quatre majeures, la jeune fille est envoyée seule devant le tribunal pour enfants de Bobigny, à huis clos, le 11 octobre 1972. Gisèle Halimi évoque la foule dehors qui, pendant qu'elle plaidait, scandait des slogans comme « L'Angleterre pour les riches, la prison pour les pauvres ! » Une manifestation du MLF et de Choisir avait été organisée quelques jours plus tôt, et brutalement réprimée sur consigne du ministre de l'Intérieur Raymond Marcellin. « La presse, qui avait été témoin des brutalités, a fait un large écho à la manifestation et ainsi, on a commencé à parler de Marie-Claire » (GH). Des militantes féministes ont aussi distribué des tracts les jours suivants. Pendant l'audience, le procureur émet des doutes sur la réalité du viol de la jeune fille, s'étonnant qu'elle ne soit pas allée le signaler à la police. On essaie aussi de faire dire à Marie-Claire que sa mère l'a obligée à avorter, ce qu'elle dément : « J'étais une écolière, et à mon âge, je ne me sentais pas du tout la possibilité ou l'envie d'avoir un enfant... » (GH)

Après le huis clos du procès, le jugement est rendu en audience publique – l'actrice Delphine Seyrig et plusieurs manifestantes peuvent ainsi y assister. Marie-Claire est relaxée, parce qu'elle est considérée comme ayant souffert de « contraintes d'ordre moral, social, familial, auxquelles elle n'avait pu résister ». « C'était à la fois courageux, tout à fait nouveau sur le plan de la jurisprudence et suffisamment ambigu pour que tous les commentaires puissent aller leur train »,

commente l'avocate. Doit-on comprendre que l'absence de contraception ou l'impossibilité financière d'élever un enfant ont conduit la jeune fille à cet avortement ?

Avec l'accord des prévenues, leur avocate Gisèle Halimi a donc choisi de faire du procès une tribune. « J'ai toujours professé que l'avocat politique devait être totalement engagé aux côtés des militants qu'il défend. Partisan sans restriction avec, comme armes, la connaissance du droit « ennemi », le pouvoir de déjouer les pièges de l'accusation, etc. [...] Les règles d'or des procès de principe : s'adresser, par-dessus la tête des magistrats, à l'opinion publique tout entière, au pays. Pour cela, organiser une démonstration de synthèse, dépasser les faits eux-mêmes, faire le procès d'une loi, d'un système, d'une politique. Transformer les débats en tribune publique. Ce que nos adversaires nous reprochent, et on le comprend, car il n'y a rien de tel pour étouffer une cause qu'un bon huis clos expéditif. » (GH) L'audience se tient le 8 novembre 1972, de 13 heures à 22 heures.

De nombreuses personnalités viennent défendre les inculpées : le scientifique et académicien Jean Rostand, les Prix Nobel et biologistes Jacques Monod et François Jacob, des comédiennes comme Delphine Seyrig, Françoise Fabian, des hommes politiques comme Michel Rocard, des personnalités engagées des lettres comme Aimé Césaire, Simone de Beauvoir... Le professeur Paul Milliez, médecin et catholique fervent, affirme à la barre que dans une telle situation, « il n'y avait pas d'autre issue honnête ». « Je ne vois pas pourquoi nous, catholiques, imposerions notre morale à l'ensemble des Français », déclare-t-il. Ses propos en faveur des accusées lui valent en novembre 1972 un blâme du conseil national de l'ordre des médecins. Et quelques mois plus tard, ils lui vaudront de ne pas être admis à l'Académie de médecine.

La plaidoirie passionnée de Gisèle Halimi fait valoir que désobéir à une loi injuste, c'est faire avancer la démocratie. Elle plaide : « Regardez-vous messieurs. Et regardez-nous. Quatre femmes comparaissent devant des hommes. Pour parler de quoi ? D'utérus, de grossesses, d'avortements. Ne croyez-vous pas que l'injustice fondamentale soit déjà là ? »

Michèle C. est condamnée à 500 francs d'amende avec sursis. Elle fait appel de ce jugement, mais « le ministère public a volontairement laissé passer le délai de 3 ans

sans fixer l'affaire à l'audience de la cour d'appel. D'où prescription. D'où Michèle C. n'a jamais été condamnée»(GH).

Lucette D. et Renée S., qui ont pourtant revendiqué le droit d'avoir aidé Michèle C., sont relaxées, le tribunal jugeant qu'elles ne sont pas complices parce qu'elles n'auraient pas eu « des rapports directs avec Marie-Claire ». Mme B. est condamnée à un an de prison avec sursis pour avoir pratiqué l'avortement.

Le réquisitoire du procureur de Bobigny commence par un rappel aux journalistes présents de l'article 39 de la loi du 29 juillet 1881, interdisant la publication des débats d'avortement. La lecture du texte de loi par le procureur n'a aucun effet sur les journalistes. Françoise Giroud dans L'Express met même au défi qu'on la poursuive à la fin de son article. Aucun journaliste n'est inquiété.

Le mouvement Choisir publie juste après le procès, en poche chez Gallimard, *Avortement. Une loi en procès. L'affaire de Bobigny*, préfacé par Simone de Beauvoir. Ce livre est une transcription intégrale de l'audience, des exclamations aux questions parfois saugrenues comme lorsque le président du tribunal

demande à l'avorteuse si elle a mis le spéculum dans la bouche. En quelques semaines et sans publicité, plus de 30 000 exemplaires sont vendus.

Le procès de Bobigny suscite commentaires et débats dans tout le pays. Le lendemain du procès, France Soir publie à la une la photo du professeur Milliez avec en titre « J'aurais accepté d'avorter Marie-Claire... ». Des centaines d'articles, de flashes ou d'émissions sur les radios et télévisions sont consacrés à l'affaire. Le greffe de Bobigny reçoit dans les jours qui précèdent le procès, des lettres, pétitions et télégrammes demandant la relaxe des inculpées.

Un peu plus tard, le président de la République, Georges Pompidou, questionné sur l'avortement lors d'une conférence de presse, se déclare « révulsé » par la question. Mais il doit admettre que la législation en vigueur est dépassée.

Le retentissement considérable du procès a contribué à l'évolution qui aboutit en 1975 à la loi Veil sur l'interruption volontaire de grossesse.

### III. LE PRÉJUDICE DE NAISSANCE

---

#### **Document 9 : Civ. 1<sup>ère</sup>, 16 janvier 2013, n° 12-14.020**

LA COUR DE CASSATION, PREMIÈRE CHAMBRE CIVILE, a rendu l'arrêt suivant :

Attendu, selon l'arrêt attaqué (Versailles, 15 décembre 2011), que, le 13 mai 2005, Mme X... a accouché d'une fille prénommée Tifanny présentant une agénésie de l'avant-bras droit, qu'au cours de sa grossesse, elle avait fait l'objet de trois échographies, la première pratiquée le 16 novembre 2004 par M. Y..., les deux autres les 26 janvier et 30 mars 2005, par M. Z..., tous deux médecins échographistes ; que M. et Mme X... ont recherché la responsabilité des deux praticiens ;

Sur le moyen unique du pourvoi principal :

Attendu que M. Z... fait grief à l'arrêt de le condamner in solidum avec M. Y..., à réparer le préjudice moral subi par M. et Mme X..., alors, selon le moyen, que la responsabilité d'un professionnel de santé envers les parents d'un enfant né avec un handicap non décelé pendant la grossesse suppose la commission d'une faute caractérisée ; que, s'agissant d'une échographie, la faute caractérisée est celle qui, par son intensité et son évidence, dépasse la marge d'erreur habituelle d'appréciation, compte tenu des difficultés inhérentes au diagnostic anténatal ; qu'en l'espèce, en affirmant que M. Z... avait commis une faute caractérisée sans préciser en quoi la mention dans le compte-rendu de l'échographie de l'existence de membres supérieurs du foetus dépassait la marge d'erreur habituelle d'appréciation pour un examen qui comporte une irréductible part d'aléa, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard de l'article L. 114-5 du code de l'action sociale et des familles ;

Mais attendu que la cour d'appel a relevé que M. Z... avait indiqué, dans son compte-rendu écrit du 26 janvier 2005, que les membres étaient " visibles avec leurs extrémités " ; qu'elle a pu en déduire que cette affirmation

constituait une faute qui, par son intensité et son évidence, était caractérisée au sens de l'article précité ; que le moyen n'est pas fondé ;

Sur le moyen unique du pourvoi incident, pris en ses deux branches :

Attendu que M. Y... reproche également à l'arrêt de le condamner à l'égard de M. et Mme X..., alors, selon le moyen :

1°/ que la responsabilité d'un professionnel de santé ne peut être engagée à l'égard des parents d'un enfant né avec un handicap qu'en cas de faute caractérisée ; qu'en se bornant à énoncer que M. Y..., qui avait affirmé de façon erronée que l'enfant avait ses deux mains, avait commis une faute caractérisée, sans indiquer en quoi, compte tenu de l'état de développement du foetus, peu avancé lors de la première échographie, cette erreur constituait une faute caractérisée, compte tenu des difficultés et de la marge d'erreur inhérentes à ce type d'examen, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard de l'article L. 114-5 du code de l'action sociale et des familles ;

2°/ que la responsabilité d'un professionnel de santé ne peut être engagée à l'égard des parents d'un enfant né avec un handicap qu'en cas de faute caractérisée ; qu'en se bornant à énoncer que M. Y..., qui avait affirmé de façon erronée que l'enfant avait ses deux mains, avait commis une faute caractérisée, motif pris qu'il s'était montré négligent et trop hâtif dans son examen, sans relever aucun élément permettant d'établir que M. Y... n'aurait pas consacré à l'examen médical tout le temps et l'attention que celui-ci requérait, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard de l'article L. 114-5 du code de l'action sociale et des familles ;

Mais attendu que la cour d'appel, qui a déduit l'existence d'une faute caractérisée au sens de l'article précité, de la constatation que M. Y... avait affirmé, dans le compte-rendu écrit de

l'examen, la présence de deux mains, a, par ce seul motif, légalement justifié sa décision ;

PAR CES MOTIFS :

REJETTE le pourvoi ;

Condamne MM. Z... et Y... aux dépens ;

Vu l'article 700 du code de procédure civile, rejette les demandes ;

Ainsi fait et jugé par la Cour de cassation, première chambre civile, et prononcé par le président en son audience publique du seize janvier deux mille treize.

**Document 10 : Civ. 1<sup>ère</sup>, 26 mars 1996, n° 94-11.791 et n° 94-14.158 (Perruche I)**

Joint, en raison de leur connexité, les pourvois n°s 94-11.791 et 94-14.158 ;

Sur le premier moyen du pourvoi formé par les époux X... et les deuxième et troisième branches du premier moyen du pourvoi formé par la Caisse primaire d'assurance maladie de l'Yonne :

Vu l'article 1147 du Code civil ;

Attendu que M. Y..., médecin de la famille X..., a constaté, le 17 avril 1982, sur l'enfant du couple âgé de 4 ans une éruption cutanée évoquant la rubéole ; que, le 10 mai 1982, il a relevé sur la personne de Mme X... une éruption semblable ; qu'il a alors prescrit la recherche d'anticorps antirubéoleux d'autant que sa malade lui précisait qu'elle était peut-être enceinte ; que, le prélèvement effectué le 12 mai 1982 étant négatif, et la grossesse se confirmant, il a prescrit une nouvelle analyse 15 jours plus tard ; que le prélèvement fait le 27 mai 1982 a révélé un résultat positif avec présence d'anticorps au taux de 1/160 ; que, conformément à la réglementation, le laboratoire a procédé à un second titrage du

premier prélèvement ; que, par suite d'une erreur, le résultat de ce premier test a été donné, à tort, comme étant positif avec un taux de 1/160, ce qui faisait conclure que Mme X... était immunisée contre la rubéole ; que, le 14 janvier 1983, Mme X... a donné naissance à un garçon qui a développé un an après des troubles neurologiques et de graves séquelles causées par la rubéole congénitale contractée pendant la vie intra-utérine ; que le laboratoire, qui n'a pas contesté l'erreur commise, et le praticien, contre lequel ont été retenus un défaut de soins attentifs et diligents et un manquement au devoir d'information et de conseil, ont été déclarés responsables et tenus, in solidum avec leurs assureurs, à réparer les conséquences dommageables, une expertise étant ordonnée à l'effet de déterminer le préjudice subi par Mme X... ;

Attendu que, pour débouter M. X... de la demande faite au nom de son fils, tendant à la réparation de son préjudice, larrêt attaqué énonce que le fait de devoir supporter les conséquences de la rubéole, faute pour la mère d'avoir décidé une interruption de grossesse, ne peut, à lui seul, constituer pour l'enfant un préjudice réparable ; qu'il retient encore que "les très graves séquelles dont l'enfant demeure atteint n'ont pas pour cause l'erreur commise par le laboratoire ni même le manquement du praticien à ses obligations contractuelles, mais seulement la rubéole que lui a transmise in utero sa mère " ;

Attendu qu'en se déterminant ainsi, alors qu'il était constaté que les parents avaient marqué leur volonté, en cas de rubéole, de provoquer une interruption de grossesse et que les fautes commises les avaient faussement induits dans la croyance que la mère était immunisée, en sorte que ces fautes étaient génératrices du dommage subi par l'enfant du fait de la rubéole de sa mère, la cour d'appel a violé le texte susvisé ;

PAR CES MOTIFS, et sans qu'il y ait lieu de statuer ni sur le second moyen du pourvoi des époux X..., ni sur la première branche du premier moyen et le second moyen du pourvoi de la caisse primaire d'assurance maladie de l'Yonne,

CASSE ET ANNULE, mais seulement en ce qu'il a dit que le préjudice de l'enfant n'était pas en relation de causalité avec les fautes commises, et en ce qu'il a condamné M. X..., ès qualités, et la caisse primaire d'assurance maladie de l'Yonne à restitution des sommes reçues à titre de provision, l'arrêt rendu le 17 décembre 1993, entre les parties, par la cour d'appel de Paris ; remet, en conséquence, quant à ce, la cause et les parties dans l'état où elles se trouvaient avant ledit arrêt et, pour être fait droit, les renvoie devant la cour d'appel d'Orléans.

**Document 11 : Ass. Plén., 17 novembre 2000, n° 99-13.701 (Perruche II)**

Sur le deuxième moyen, pris en sa première branche du pourvoi principal formé par les époux X..., et le deuxième moyen du pourvoi provoqué, réunis, formé par la caisse primaire d'assurance maladie de l'Yonne :

Vu les articles 1165 et 1382 du Code civil ;

Attendu qu'un arrêt rendu le 17 décembre 1993 par la cour d'appel de Paris a jugé, de première part, que M. Y..., médecin, et le Laboratoire de biologie médicale de Yerres, aux droits duquel est M. A..., avaient commis des fautes contractuelles à l'occasion de recherches d'anticorps de la rubéole chez Mme X... alors qu'elle était enceinte, de deuxième part, que le préjudice de cette dernière, dont l'enfant avait développé de graves séquelles consécutives à une atteinte in utero par la rubéole, devait être réparé dès lors qu'elle avait décidé de recourir à une interruption volontaire de grossesse en cas d'atteinte rubéolique et que les fautes commises lui avaient fait croire à tort qu'elle était immunisée contre cette maladie, de troisième part, que le préjudice de l'enfant n'était pas en relation de causalité avec ces fautes ; que cet arrêt ayant été cassé en sa seule disposition relative au préjudice de l'enfant, l'arrêt attaqué de la Cour de renvoi dit que "l'enfant Nicolas X... ne subit pas un préjudice indemnisable en relation de causalité avec les fautes commises " par des motifs tirés de la circonstance que les séquelles dont il était atteint avaient pour seule cause la rubéole

transmise par sa mère et non ces fautes et qu'il ne pouvait se prévaloir de la décision de ses parents quant à une interruption de grossesse ;

Attendu, cependant, que dès lors que les fautes commises par le médecin et le laboratoire dans l'exécution des contrats formés avec Mme X... avaient empêché celle-ci d'exercer son choix d'interrompre sa grossesse afin d'éviter la naissance d'un enfant atteint d'un handicap, ce dernier peut demander la réparation du préjudice résultant de ce handicap et causé par les fautes retenues ;

PAR CES MOTIFS, et sans qu'il soit nécessaire de statuer sur les autres griefs de l'un et l'autre des pourvois :

CASSE ET ANNULE, en son entier, l'arrêt rendu le 5 février 1999, entre les parties, par la cour d'appel d'Orléans ; remet, en conséquence, la cause et les parties dans l'état où elles se trouvaient avant ledit arrêt et, pour être fait droit, les renvoie devant la cour d'appel de Paris, autrement composée que lors de l'audience du 17 décembre 1993.

**Document 12 : Civ. 1<sup>ère</sup>, 8 juillet 2008, n° 07-12.159**

LA COUR DE CASSATION, PREMIÈRE CHAMBRE CIVILE, a rendu l'arrêt suivant :

Donne acte à M. Kevin X..., devenu majeur, de sa reprise d'instance en son nom personnel ;

Attendu, selon l'arrêt attaqué, que dans le courant du mois de mai 1993, Mme X... a débuté une grossesse gémellaire ; qu'il est apparu que l'un des jumeaux était atteint d'une anencéphalie et non viable ; que M. Y..., gynécologue obstétricien qui la suivait, a réalisé des échographies en vue de détecter une éventuelle malformation du second foetus et a demandé à M. Z..., radiologue, des examens iconographiques complémentaires, lesquels n'ont pas révélé d'anomalies ; que M. Y... n'a pas demandé d'autres examens ; que Mme X... a poursuivi sa grossesse jusqu'à son terme ; que le 3 février 1994, le jumeau anencéphale est décédé à la naissance et il s'est avéré que

Yoann, l'autre jumeau, était atteint d'une malformation cérébrale complexe et majeure ; que diverses expertises ont été diligentées et que par acte du 21 janvier 1999, les époux X... ont assigné au fond M. Z..., et son assureur, la MACSF, ainsi que la CPAM et la CAF des Côtes-d'Armor en paiement de diverses sommes en réparation du préjudice subi par leur enfant Yoann, de leur préjudice personnel et de celui de leur fils Kevin ; que le 22 novembre 2002, M. Z... a appelé en garantie M. Y... et que le 27 juin 2003 les époux X... ont demandé la condamnation solidaire des deux médecins ;

Sur le premier moyen du pourvoi incident, pris en sa première branche, qui est préalable :

Attendu que M. Z... fait grief à l'arrêt attaqué de l'avoir condamné à payer diverses sommes aux consorts X..., alors, selon le moyen, qu'il invoquait les conclusions de l'expert selon lesquelles «il faut insister sur le fait que l'absence d'anomalie faciale a été un facteur faussement rassurant car l'association des anomalies morphologiques de la face avec les anomalies cérébrales de type holoprosencéphalique est très fréquente ; les résultats de l'étude du liquide d'amniocentèse ont également été faussement rassurants» ; qu'en imputant une faute à M. Z... sans répondre à ces conclusions, la cour d'appel a violé l'article 455 du code de procédure civile ;

Mais attendu qu'ayant relevé que l'examen IRM ne suffisait pas à poser le diagnostic, que M. Z... n'avait pas demandé l'avis d'un radiologue plus confirmé que lui dans cet examen, qu'il n'avait pas pratiqué d'échomorphologie, et que, sans lui conseiller d'y recourir, il avait rassuré son confrère, la cour d'appel, qui n'était pas tenue de suivre les parties dans le détail de leur argumentation, a ainsi répondu aux conclusions prétendument délaissées ; que le grief ne peut être accueilli ;

Mais sur le premier moyen du pourvoi principal :

Vu les articles 1147 et 1382 du code civil ;

Attendu que dès lors que la faute commise par un médecin dans l'exécution de son contrat avec sa patiente empêche celle-ci d'exercer son choix d'interrompre sa grossesse afin d'éviter la naissance d'un enfant atteint d'un handicap, les parents et l'enfant peuvent, lorsque l'article L. 114-5 du code de l'action sociale et des familles n'est pas applicable à l'action exercée, demander la réparation du préjudice résultant de ce handicap et causé par la faute retenue ;

Attendu que pour déclarer M. Z... responsable du préjudice à raison de cinquante pour cent au titre de la perte de chance, la cour d'appel a énoncé que la faute commise par M. Z..., qui n'avait pas demandé l'avis d'un radiologue plus confirmé que lui dans cet examen, n'avait pas pratiqué d'échographie morphologique, ni conseillé à M. Y... d'en faire et avait rassuré son confrère, avait fait perdre aux parents une chance de découvrir le handicap de l'enfant et de demander une interruption de grossesse pour motif médical ;

Qu'en statuant ainsi, quand une telle faute, n'ayant pas permis à Mme X..., qui avait manifesté son intention d'effectuer une interruption de grossesse pour motif médical, de faire à cet égard un choix éclairé, est en relation directe avec l'intégralité du préjudice en résultant, lequel n'est pas constitué par une perte de chance, la cour d'appel a violé les textes susvisés ;

Et sur la troisième branche du second moyen du pourvoi principal :

Vu l'article 1er du premier Protocole additionnel de la Convention européenne des droits de l'homme, ensemble l'article 1er de la loi du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé, devenu l'article L. 114-5 du code de l'action sociale et des familles, ensemble les articles 1147 et 1382 du code civil ;

Attendu qu'il résulte du premier de ces textes que si une personne peut être privée d'un droit

de créance en réparation d'une action en responsabilité, c'est à la condition que soit respecté le juste équilibre entre les exigences de l'intérêt général et les impératifs de sauvegarde du droit au respect des biens ; que le deuxième de ces textes ne répond pas à cette exigence dès lors qu'il prohibe l'action de l'enfant né handicapé et exclut du préjudice des parents les charges particulières qui en découlent tout au long de sa vie, instituant seulement un mécanisme de compensation forfaitaire du handicap sans rapport raisonnable avec une créance de réparation intégrale, tandis que les intéressés pouvaient, en l'état de la jurisprudence applicable avant l'entrée en vigueur de cette loi, légitimement espérer que leur préjudice inclurait toutes les charges particulières invoquées, s'agissant d'un dommage survenu antérieurement à l'entrée en vigueur de la loi susvisée, indépendamment de la date de l'introduction de la demande en justice ;

Attendu que pour débouter les consorts X... de leur demande à l'encontre de M. Y..., la cour d'appel a énoncé, d'une part, que dès lors que les demandeurs n'ont pas formulé de recours contre lui avant l'entrée en vigueur de la loi du 4 mars 2002, puisque leur première demande de condamnation solidaire des deux médecins est du 27 juin 2003, c'est la loi nouvelle qui s'applique, et d'autre part, qu'il ne peut lui être fait reproche, alors qu'il avait confié le suivi de la patiente à plus compétent que lui en matière d'imagerie médicale, de ne pas avoir fait pratiquer un examen que ce spécialiste n'avait pas jugé utile de faire ;

Qu'en statuant par des motifs erronés, alors que la loi du 4 mars 2002 n'étant pas applicable à cette demande, il lui incombaît de rechercher si les divers manquements reprochés à M. Y... constituaient ou non une faute simple, la cour d'appel a violé les textes susvisés ;

PAR CES MOTIFS, et sans qu'il y ait lieu de statuer sur les autres griefs des pourvois principal et incident :

CASSE ET ANNULE, sauf en ce qu'il a retenu la faute de M. Z..., larrêt rendu le 29 novembre 2006, entre les parties, par la cour d'appel de Rennes ; remet, en conséquence, sur les autres points, la cause et les parties dans l'état où elles se trouvaient avant ledit arrêt et, pour être fait droit, les renvoie devant la cour d'appel de Rennes, autrement composée.

**Document 13 : Ass. Plén., 13 juillet 2001, n° 98.19-190**

Sur le moyen unique :

Attendu, selon larrêt attaqué (Aix-en-Provence, 9 avril 1998), que Mme X... a donné naissance, le 15 mai 1990, à un enfant prénommé Thomas, affecté d'une malformation du membre supérieur droit ; que les consorts X... ont engagé contre M. Y..., médecin gynécologue chargé du suivi de la grossesse, une action en réparation des préjudices afférents au handicap de Thomas ;

Attendu que les consorts X... font grief à larrêt d'avoir rejeté leur demande, alors, selon le moyen, qu'ayant relevé qu'ils avaient marqué leur volonté, en cas d'anomalie, de recourir à un avortement thérapeutique, mais que les fautes du médecin, qui avait sous-estimé le précédent malformatif, et qui n'avait pas apporté tous les soins nécessaires à l'étude morphologique du foetus, ont faussement induit les parents dans la croyance que leur enfant était normal ; qu'il en résulte donc que les fautes du médecin sont bien la cause directe de la naissance et du handicap souffert par l'enfant ; qu'en refusant pourtant d'indemniser M. et Mme X..., agissant tant en leur nom personnel qu'en leur qualité de représentants légaux de Thomas et Patrice, ainsi que Véronique X..., en raison de la prétendue absence de lien de causalité entre le dommage et les fautes du docteur Y..., la cour d'appel, qui n'a pas tiré les conséquences légales de ses propres constatations, a violé l'article 1147 du Code civil ;

Mais attendu que l'enfant né handicapé peut demander la réparation du préjudice résultant de son handicap si ce dernier est en relation de causalité directe avec les fautes commises par

le médecin dans l'exécution du contrat formé avec sa mère et qui ont empêché celle-ci d'exercer son choix d'interrompre sa grossesse ; que dans le cas d'une interruption pour motif thérapeutique, il doit être établi que les conditions médicales prescrites par l'article L. 2213-1 du Code de la santé publique étaient réunies ; qu'il résulte des constatations de la cour d'appel qu'il n'en avait pas été ainsi ; que, dès lors, abstraction faite de tous autres motifs, l'arrêt est légalement justifié ;

PAR CES MOTIFS :

REJETTE le pourvoi.

**Document 14 : CEDH, 6 octobre 2005,  
Affaire Maurice c. France**

**I. SUR LA VIOLATION ALLÉGUÉE DE  
L'ARTICLE 1 DU PROTOCOLE N° 1**

1. Les requérants dénoncent l'article 1<sup>er</sup> de la loi n° 2002-303 du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé (paragraphe 50 ci-dessus). Cette disposition aurait porté atteinte à leur droit au respect de leurs biens et violerait l'article 1 du Protocole n° 1, ainsi libellé :

« Toute personne physique ou morale a droit au respect de ses biens. Nul ne peut être privé de sa propriété que pour cause d'utilité publique et dans les conditions prévues par la loi et les principes généraux du droit international.

Les dispositions précédentes ne portent pas atteinte au droit que possèdent les Etats de mettre en vigueur les lois qu'ils jugent nécessaires pour réglementer l'usage des biens conformément à l'intérêt général ou pour assurer le paiement des impôts ou d'autres contributions ou des amendes. »

**A. Sur l'existence d'un « bien » au sens de l'article 1 du Protocole n° 1**

*1. Thèses des parties*

**a) Les requérants**

2. Se fondant sur la jurisprudence de la Cour (en particulier *Pressos Compania Naviera S.A. et autres c. Belgique*, arrêt du 20 novembre 1995, série A n° 332), les requérants soutiennent qu'ils sont titulaires d'un « bien ». Ils ne se placent pas, à cet égard, sur le terrain de la propriété acquise, mais sur celui de l'« espérance légitime », au sens de la jurisprudence précitée. Ils allèguent en effet qu'avant l'intervention de la loi du 4 mars 2002 ils disposaient d'une espérance légitime d'obtenir la réparation intégrale des préjudices subis du fait du handicap de leur fille C. En effet, selon les requérants, les conditions d'engagement de la responsabilité de l'AP-HP sur le fondement de la jurisprudence Quarez du Conseil d'Etat (paragraphes 39 à 43 ci-dessus) étaient réunies lorsqu'ils ont introduit leur action devant les juridictions administratives. L'existence d'une faute de l'AP-HP serait avérée, et le lien de causalité entre la faute et le dommage ne saurait être utilement contesté, puisque l'inversion des résultats est, selon les requérants, à l'origine de l'erreur de diagnostic qui les a ainsi privés de recourir à une interruption de grossesse pour motif thérapeutique. En application de la jurisprudence Quarez, les requérants auraient donc dû obtenir intégralement gain de cause. Or, du fait de l'intervention de la loi du 4 mars 2002, le droit à réparation de leurs préjudices, à l'exception du préjudice moral et de celui découlant des troubles dans leurs conditions d'existence, serait devenu illusoire, puisque cette loi a eu pour effet de les priver rétroactivement de leur créance.

**b) Le Gouvernement**

3. Le Gouvernement soutient que les requérants n'ont jamais été titulaires d'un « bien » ni au sens strict du terme, ni au sens de l'« espérance légitime » définie par la jurisprudence de la Cour (*Pressos Compania Naviera S.A. et autres*, précité). Cette notion prévoit la certitude d'obtenir gain de cause au regard du régime de responsabilité interne pertinent. Or, avant l'adoption de la loi litigieuse, l'indemnisation n'était pas attribuée

de plein droit sur simple constatation du dommage. Le régime de la responsabilité administrative prévoyait que la réparation du préjudice subi par les parents était subordonnée à l'existence d'une faute, d'un dommage et d'un lien de causalité entre la faute et le dommage, ces éléments étant soumis à l'appréciation souveraine des juges du fond. Ainsi, l'indemnisation étant loin d'être automatique, les requérants ne pourraient donc pas se prévaloir d'une « espérance légitime » à voir une créance satisfaite, qui aurait été déçue par l'adoption de la loi.

## 2. Appréciation de la Cour

4. La Cour rappelle que, selon sa jurisprudence, un requérant ne peut alléguer une violation de l'article 1 du Protocole n° 1 que dans la mesure où les décisions qu'il incrimine se rapportent à ses « biens » au sens de cette disposition. La notion de « biens » peut recouvrir tant des « biens actuels » que des valeurs patrimoniales, y compris, dans certaines situations bien définies, des créances. Pour qu'une créance puisse être considérée comme une « valeur patrimoniale » tombant sous le coup de l'article 1 du Protocole n° 1, il faut que le titulaire de la créance démontre que celle-ci a une base suffisante en droit interne, par exemple qu'elle est confirmée par une jurisprudence bien établie des tribunaux. Dès lors que cela est acquis, peut entrer en jeu la notion d'« espérance légitime ».

5. Quant à la notion d'« espérance légitime », un aspect en a été illustré dans l'affaire *Pressos Compania Naviera S.A. et autres* précitée. Celle-ci concernait des créances en réparation résultant d'accidents de navigation censés avoir été causés par la négligence de pilotes belges. En vertu du droit belge de la responsabilité, les créances prenaient naissance dès la survenance du dommage. La Cour qualifia ces créances de « valeurs patrimoniales » appelant la protection de l'article 1 du Protocole n° 1. Elle releva ensuite que, compte tenu d'une série de décisions de la Cour de cassation, les requérants pouvaient prétendre avoir une « espérance légitime » de voir concrétiser leurs créances quant aux accidents en cause conformément au droit commun de la responsabilité.

6. La Cour ne déclara pas explicitement dans l'affaire *Pressos Compania Naviera S.A.*

*et autres* que l'« espérance légitime » était un élément ou un corollaire du droit de propriété revendiqué. Il résultait toutefois implicitement de l'arrêt que pareille espérance ne pouvait entrer en jeu en l'absence d'une « valeur patrimoniale » relevant du domaine de l'article 1 du Protocole n° 1, dans le cas d'espèce une créance en réparation. L'« espérance légitime » identifiée dans l'affaire *Pressos Compania Naviera S.A. et autres* n'était pas en elle-même constitutive d'un intérêt patrimonial ; elle se rapportait à la manière dont la créance qualifiée de « valeur patrimoniale » serait traitée en droit interne, et spécialement à la présomption selon laquelle la jurisprudence constante des juridictions nationales continuerait de s'appliquer à l'égard des dommages déjà causés.

7. Dans toute une série d'affaires, la Cour a jugé que les requérants n'avaient pas d'« espérance légitime » lorsqu'on ne pouvait considérer qu'ils possédaient de manière suffisamment établie une créance immédiatement exigible. La jurisprudence de la Cour n'envisage pas l'existence d'une « contestation réelle » ou d'une « prétention défendable » comme un critère permettant de juger de l'existence d'une « espérance légitime » protégée par l'article 1 du Protocole n° 1. La Cour estime que lorsque l'intérêt patrimonial concerné est de l'ordre de la créance, il ne peut être considéré comme une « valeur patrimoniale » que s'il a une base suffisante en droit interne, par exemple quand il est confirmé par une jurisprudence bien établie des tribunaux (*Kopecký c. Slovaquie* [GC], n° 44912/98, §§ 35 et 48 à 52, CEDH 2004-IX).

8. Pour juger en l'espèce de l'existence d'un bien, la Cour peut avoir égard au droit interne en vigueur lors de l'ingérence alléguée. Il s'agissait d'un régime de responsabilité pour faute exigeant qu'existent un préjudice (ou dommage), une faute, et un lien de causalité entre le dommage et la faute. La Cour relève que ni l'AP-HP ni le Gouvernement ne contestent que l'inversion des résultats des analyses concernant les requérants et ceux d'une autre famille soit constitutive d'une faute. Le seul point en litige est le lien de causalité entre la faute de l'établissement hospitalier et le préjudice subi par les requérants. A cet égard, l'AP-HP estime que ce lien n'existe pas compte tenu de ce que, même en l'absence d'inversion des résultats, le

diagnostic prénatal qui aurait été communiqué aux requérants aurait été incertain, du fait de la présence de sang maternel dans le prélèvement effectué sur la requérante. La responsabilité de l'AP-HP n'étant donc pas établie, les requérants ne bénéficieraient pas, selon le Gouvernement, d'une indemnisation automatique, et ne pourraient donc pas se prévaloir d'une « espérance légitime ».

9. La Cour ne saurait souscrire à cette thèse. Elle relève que les juridictions nationales ont établi sans ambiguïté, aussi bien dans le cadre des décisions rendues en référé qu'au fond, et à tous les stades de ces procédures, l'existence d'un lien de causalité directe entre la faute commise et le préjudice subi. Les juridictions ont en effet considéré qu'en l'espèce la faute de l'AP-HP a faussement conduit les requérants à la certitude que l'enfant conçu n'était pas atteint d'amyotrophie spinale infantile et que la grossesse pouvait être normalement menée à son terme, alors que les requérants avaient clairement manifesté leur volonté d'éviter le risque d'un troisième accident génétique. La faute ainsi commise a rendu sans objet tout examen complémentaire que la requérante aurait pu faire pratiquer dans la perspective d'une interruption de grossesse pour motif thérapeutique, ce qui aurait sans doute été le cas dans l'hypothèse d'un diagnostic incertain. Pour effectuer ce constat, les juridictions se sont fondées d'abord sur la jurisprudence Quarez précitée, puis sur les dispositions de la loi du 4 mars 2002 entrées en vigueur par la suite, qui n'ont d'ailleurs pas modifié les conditions d'établissement du lien de causalité entre la faute, même caractérisée, et le préjudice des parents de l'enfant né handicapé.

10. Les conditions d'engagement de la responsabilité de l'AP-HP sur le fondement de la jurisprudence Quarez étaient donc bien réunies, et les requérants disposaient par conséquent d'une créance s'analysant en une « valeur patrimoniale ». Quant à la manière dont cette créance aurait été traitée en droit interne sans l'intervention de la loi litigieuse, la Cour estime que, compte tenu de larrêt Quarez rendu par le Conseil d'Etat le 14 février 1997 et de la jurisprudence constante établie depuis par les juridictions administratives en la matière, les requérants pouvaient légitimement espérer pouvoir obtenir réparation de leur préjudice, y compris

les charges particulières découlant du handicap de leur enfant tout au long de sa vie.

11. De l'avis de la Cour, avant l'intervention de la loi litigieuse, les requérants détenaient une créance qu'ils pouvaient légitimement espérer voir se concrétiser, conformément au droit commun de la responsabilité pour faute, et donc un « bien » au sens de la première phrase de l'article 1 du Protocole n° 1, lequel s'applique dès lors en l'espèce.

## B. Sur l'observation de l'article 1 du Protocole n° 1

### 1. Thèses des parties

#### a) Les requérants

12. Les requérants considèrent que l'intervention de la loi du 4 mars 2002 constitue une « ingérence » dans le droit au respect de leurs biens puisqu'ils ont été privés de la possibilité d'obtenir la réparation intégrale de leurs préjudices, en application de la jurisprudence Quarez.

13. Quant à la légitimité de cette ingérence, les requérants soutiennent que celle-ci ne ménagerait pas un juste équilibre entre les exigences de l'intérêt général (compte tenu notamment des motifs d'adoption de la loi, qui ne sauraient en justifier la rétroactivité) et la protection de leurs droits fondamentaux, puisque la loi a eu pour effet de les priver, sans compensation effective, de leur créance.

14. Ils soulignent également l'impact énorme et disproportionné des conséquences de l'application immédiate de la loi aux instances en cours, compte tenu notamment du renvoi par cette nouvelle loi au dispositif de prise en charge des personnes handicapées par la solidarité nationale, qu'ils estiment insuffisant, vague et imprécis. A cet égard, la récente loi du 11 février 2005 (paragraphes 54 à 59 ci-dessus), si elle instaure une nouvelle prestation de compensation du handicap, ne saurait, de par ses modalités, faire disparaître la disproportion et laisse subsister une charge exorbitante pour les requérants.

#### b) Le Gouvernement

15. Si la Cour devait considérer que les requérants sont titulaires d'un bien, le Gouvernement soutient que la dépossession partielle subie ne saurait être déclarée contraire

à l'article 1 du Protocole n° 1, en raison notamment du but de la loi du 4 mars 2002. Celle-ci aurait eu essentiellement pour objet de préciser un régime de responsabilité médicale qui soulevait des difficultés juridiques et éthiques et qui avait été fixé, le Gouvernement a insisté sur ce point lors de l'audience, par une jurisprudence récente (l'arrêt Quarez ne datant que de 1997, année de naissance de l'enfant des requérants). La nouvelle loi, sans être réellement rétroactive, se bornerait, après avoir modifié l'état du droit, à le rendre immédiatement applicable aux instances en cours, selon un principe couramment appliqué.

16. Se référant à l'avis contentieux rendu par le Conseil d'Etat le 6 décembre 2002, le Gouvernement évoque ensuite, toujours afin de démontrer la légitimité de l'ingérence, les motifs d'intérêt général qui auraient justifié l'adoption de la loi contestée et son applicabilité aux instances en cours.

Des motifs d'ordre éthique, tout d'abord, reflétés essentiellement par l'alinéa I de l'article 1<sup>er</sup> de la loi. En effet, compte tenu des réactions suscitées par la jurisprudence Perruche précitée (paragraphes 44 à 47 ci-dessus), le législateur serait intervenu pour donner une solution cohérente à un débat national mettant en cause des questions éthiques prééminentes liées notamment à la dignité de la personne et au statut de l'enfant à naître. Il s'agissait surtout d'exclure la reconnaissance d'un droit de l'enfant à se plaindre d'avoir été mis au monde avec un handicap congénital, ce qui relève d'un choix fondamental de société. Dès lors, l'on ne pouvait établir une différence de traitement pour les procédures en cours selon la date d'introduction du litige, avant ou après la promulgation de la loi.

Des motifs d'équité, ensuite. La loi litigieuse obéirait à des motifs tenant à la nécessité d'assurer le traitement équitable des personnes handicapées dans leur ensemble, quelles que soient la gravité et la cause de leur handicap. Une telle intervention aurait été d'autant plus nécessaire que, à la suite des jurisprudences Quarez et Perruche, le régime d'indemnisation de ces personnes n'était pas satisfaisant. Ce souci d'un traitement équitable aurait motivé l'application immédiate de la loi, pour qu'aucune distinction ne soit faite entre les personnes handicapées en fonction de la date de dépôt de leurs recours, avant ou après la promulgation de la loi. Toujours sur le plan

de l'équité, il s'agissait de cesser de faire porter sur le professionnel ou l'établissement de santé l'indemnisation du handicap non décelé pendant la grossesse, ce qui fut ressenti comme une profonde injustice par les médecins obstétriciens et praticiens d'échographies prénatales.

Enfin et surtout, le législateur serait intervenu pour des motifs tenant à la bonne organisation du système de santé, menacée par le mécontentement exprimé par les professionnels de santé à la suite de la jurisprudence Perruche précitée. Confronté à des grèves, démissions et refus de pratiquer des échographies prénatales, le législateur aurait agi pour préserver des filières médicales suffisantes dans les domaines de l'obstétrique et de l'échographie et assurer le suivi médical dans de bonnes conditions des femmes enceintes et des enfants à naître.

17. Le Gouvernement soutient ensuite qu'il existe un juste équilibre entre l'objectif poursuivi par le législateur et les moyens qu'il a employés. Il expose à cet égard que ni les parents d'enfants handicapés ni ces derniers n'ont été privés de toute prise en charge et que la loi maintient un régime de responsabilité pour faute des professionnels de santé. Il ajoute que le législateur a dû faire prévaloir la nécessité de préserver le système de santé sur l'espoir d'indemnisation complémentaire de quelques parents. Compte tenu des grèves de nombreux praticiens, l'application immédiate de la nouvelle loi aurait été nécessaire pour limiter la fuite des praticiens privés du secteur des diagnostics prénatals. Par ailleurs, le Gouvernement souligne que les requérants ont obtenu en première instance, postérieurement à l'entrée en vigueur de la loi en cause, des indemnités qui, si elles n'ont pas été à la hauteur de leurs espoirs, étaient loin d'être symboliques, puisqu'elles s'élevaient à 220 000 EUR. Ce montant serait équivalent à celui de l'indemnisation versée dans l'affaire Quarez précitée et couvre, le Gouvernement le souligne, non seulement le préjudice moral des parents, mais aussi l'ensemble des troubles allégués dans leurs conditions d'existence. Ainsi, si les requérants n'ont pas obtenu l'indemnisation de tous les chefs de préjudice allégués, ils auraient obtenu une indemnisation d'un montant important.

18. Par ailleurs, selon le Gouvernement, l'on ne saurait négliger l'importance du recours à la solidarité nationale. Celle-ci

prévoyait un dispositif avant la loi litigieuse, qui a été complété par les mesures prévues par la récente loi du 11 février 2005. Ainsi, du fait de l'application de la loi du 4 mars 2002, les personnes handicapées et leurs familles ne subiraient pas de conséquences excessives : elles ne seraient pas privées de soutien financier, mais celui-ci serait pris en charge non plus seulement par les professionnels de santé, mais aussi par l'Etat.

## 2. *Appréciation de la Cour*

### a) **Sur l'existence d'une ingérence dans le droit au respect d'un « bien »**

19. Selon la jurisprudence de la Cour, l'article 1 du Protocole n° 1, qui garantit en substance le droit de propriété, contient trois normes distinctes : la première, qui s'exprime dans la première phrase du premier alinéa et revêt un caractère général, énonce le principe du respect de la propriété ; la deuxième, figurant dans la seconde phrase du même alinéa, vise la privation de propriété et la subordonne à certaines conditions ; quant à la troisième, consignée dans le second alinéa, elle reconnaît aux Etats contractants le pouvoir, entre autres, de réglementer l'usage des biens conformément à l'intérêt général. La deuxième et la troisième, qui ont trait à des exemples particuliers d'atteinte au droit de propriété, doivent s'interpréter à la lumière du principe consacré par la première (voir, parmi d'autres, *Pressos Compania Naviera S.A. et autres*, précité, pp. 21-22, § 33).

20. La loi du 4 mars 2002, entrée en vigueur le 7 mars 2002, a privé les requérants de la possibilité d'être indemnisés à raison des « charges particulières » en application de la jurisprudence Quarez du 14 février 1997, alors que, dès le 16 mars 2001, ils avaient saisi le tribunal administratif de Paris d'une requête au fond et que, par une ordonnance rendue le 19 décembre 2001, le juge des référés de ce même tribunal leur avait accordé une provision d'un montant substantiel, compte tenu du caractère non sérieusement contestable de l'obligation de l'AP-HP à leur égard. La loi litigieuse a donc entraîné une ingérence dans l'exercice des droits de créance en réparation que l'on pouvait faire valoir en vertu du droit interne en vigueur jusqu'alors et, partant, du droit des requérants au respect de leurs biens.

21. La Cour relève que, en l'espèce, dans la mesure où la loi contestée concerne les instances engagées avant le 7 mars 2002 et pendantes à cette date, telles que celles des requérants, cette ingérence s'analyse en une privation de propriété au sens de la seconde phrase du premier alinéa de l'article 1 du Protocole n° 1. Il lui faut donc rechercher si l'ingérence dénoncée se justifie sous l'angle de cette disposition.

### b) **Sur la justification de l'ingérence**

#### i. « *Prévue par la loi* »

22. Il n'est pas contesté que l'ingérence litigieuse ait été « prévue par la loi », comme le veut l'article 1 du Protocole n° 1.

23. En revanche, les avis des comparants divergent sur la légitimité de cette ingérence. Dès lors, la Cour doit rechercher si celle-ci poursuivait un but légitime, à savoir s'il existait une « cause d'utilité publique », et si elle a eu lieu dans le respect du principe de proportionnalité, au sens de la deuxième règle énoncée par l'article 1 du Protocole n° 1.

#### ii. « *Pour cause d'utilité publique* »

24. La Cour estime que, grâce à une connaissance directe de leur société et de ses besoins, les autorités nationales se trouvent en principe mieux placées que le juge international pour déterminer ce qui est d'« utilité publique ». Dans le mécanisme de protection créé par la Convention, il leur appartient par conséquent de se prononcer les premières sur l'existence d'un problème d'intérêt général justifiant des privations de propriété. Dès lors, elles jouissent ici d'une certaine marge d'appréciation, comme en d'autres domaines auxquels s'étendent les garanties de la Convention.

25. De plus, la notion d'« utilité publique » est ample par nature. En particulier, la décision d'adopter des lois portant privation de propriété implique d'ordinaire l'examen de questions politiques, économiques et sociales. Estimant normal que le législateur dispose d'une grande latitude pour mener une politique économique et sociale, la Cour respecte la manière dont il conçoit les impératifs de l'« utilité publique », sauf si son jugement se révèle manifestement dépourvu de base raisonnable (*Pressos Compania Naviera S.A. et autres*, précité, pp. 22-23, § 37, Broniowski

*c. Pologne* [GC], n° 31443/96, § 149, CEDH 2004-V).

26. En l'espèce, le Gouvernement affirme que l'article 1<sup>er</sup> de la loi du 4 mars 2002 procède de motifs d'intérêt général relevant de trois domaines : l'éthique, et notamment la nécessité de se prononcer sur un choix fondamental de société, l'équité et la bonne organisation du système de santé (paragraphe 75 ci-dessus). A cet égard, la Cour n'a pas de raisons de douter que la volonté du législateur français de mettre un terme à une jurisprudence qu'il désapprouvait et de modifier l'état du droit en matière de responsabilité médicale, même en rendant les nouvelles règles applicables aux situations en cours, servait une « cause d'utilité publique ». Une autre question est celle de savoir si ce but d'intérêt public pesait d'un poids suffisant dans le cadre de l'appréciation de la proportionnalité de l'ingérence.

### *iii. Proportionnalité de l'ingérence*

27. Une mesure d'ingérence dans le droit au respect des biens doit ménager un juste équilibre entre les exigences de l'intérêt général de la communauté et les impératifs de la sauvegarde des droits fondamentaux de l'individu (voir, parmi d'autres, *Sporrong et Lönnroth c. Suède*, arrêt du 23 septembre 1982, série A n° 52, p. 26, § 69). Le souci d'assurer un tel équilibre se reflète dans la structure de l'article 1 du Protocole n° 1 tout entier, donc aussi dans la seconde phrase qui doit se lire à la lumière du principe consacré par la première. En particulier, il doit exister un rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et le but visé par toute mesure privant une personne de sa propriété (*Pressos Compania Naviera S.A. et autres*, précité, p. 23, § 38).

28. Afin de déterminer si la mesure litigieuse respecte le juste équilibre voulu et, notamment, si elle ne fait pas peser sur les requérants une charge disproportionnée, il y a lieu de prendre en considération les modalités d'indemnisation prévues par la législation interne. A cet égard, la Cour a déjà dit que, sans le versement d'une somme raisonnablement en rapport avec la valeur du bien, une privation de propriété constitue normalement une atteinte excessive, et un manque total d'indemnisation ne saurait se justifier sur le terrain de l'article 1 du

Protocole n° 1 que dans des circonstances exceptionnelles (*Les saints monastères c. Grèce*, 9 décembre 1994, série A n° 301-A, p. 35, § 71, *Ex-roi de Grèce et autres c. Grèce* [GC], n° 25701/94, § 89, CEDH 2000-XII, et *Jahn et autres c. Allemagne* [GC], n° 46720/99, 72203/01 et 72552/01, § 94, CEDH 2005-VI).

29. La Cour rappelle que le Conseil d'Etat avait reconnu, par son arrêt *Quarez* du 14 février 1997, que l'Etat et les personnes de droit public telles que l'AP-HP, établissement public de santé assurant le service public hospitalier, étaient soumis au droit commun de la responsabilité pour faute. Elle note que cette jurisprudence, si elle était relativement récente, était stable et constamment appliquée par les juridictions administratives. La jurisprudence *Quarez* étant antérieure à la découverte du handicap de C. et surtout à la saisine des juridictions nationales par les requérants, ces derniers pouvaient légitimement espérer en bénéficier.

30. En annulant les effets de cette jurisprudence, outre ceux de l'arrêt *Perruche* de la Cour de cassation, pour les instances en cours, la loi litigieuse a appliqué un régime nouveau de responsabilité à des faits dommageables antérieurs à son entrée en vigueur et ayant donné lieu à des instances toujours pendantes à cette date, produisant ainsi un effet rétroactif. Sans doute, l'applicabilité aux instances en cours ne saurait-elle en soi constituer une rupture du juste équilibre voulu, le législateur n'étant pas, en principe, empêché d'intervenir, en matière civile, pour modifier l'état du droit par une loi immédiatement applicable (voir, *mutatis mutandis*, *Zielinski et Pradal et Gonzalez et autres c. France* [GC], n° 24846/94 et 34165/96 à 34173/96, § 57, CEDH 1999-VII).

31. Mais, en l'espèce, l'article 1<sup>er</sup> de la loi du 4 mars 2002 a purement et simplement supprimé, avec effet rétroactif, une partie essentielle des créances en réparation, de montants très élevés, que les parents d'enfants dont le handicap n'avait pas été décelé avant la naissance en raison d'une faute, tels que les requérants, auraient pu faire valoir contre l'établissement hospitalier responsable. Le législateur français a ainsi privé les requérants d'une « valeur patrimoniale » préexistante et faisant partie de leurs « biens », à savoir une créance en réparation établie dont ils pouvaient légitimement espérer voir déterminer le

montant conformément à la jurisprudence fixée par les plus hautes juridictions nationales.

32. La Cour ne saurait suivre l'argumentation du Gouvernement selon laquelle le principe de proportionnalité aurait été respecté, une indemnisation adéquate, et donc une contrepartie satisfaisante, ayant été prévue en faveur des requérants. En effet, elle ne considère pas que ce que les requérants ont pu percevoir en application de la loi du 4 mars 2002, seule forme de compensation des charges particulières découlant du handicap de leur enfant, pouvait ou puisse constituer le versement d'une somme raisonnablement en rapport avec la valeur de la créance perdue. Certes, les requérants bénéficient de prestations, prévues par le dispositif en vigueur, mais leur montant est nettement inférieur à celui résultant du régime de responsabilité antérieur et il est clairement insuffisant, comme l'admettent le Gouvernement et le législateur eux-mêmes, puisque ces prestations ont été complétées récemment par de nouvelles dispositions prévues à cet effet par la loi du 11 février 2005. En outre les montants qui seront versés aux requérants en vertu de ce texte, tout comme la date d'entrée en vigueur de celui-ci pour les enfants handicapés, ne sont pas définitivement fixés (paragraphes 57 à 59 ci-dessus). Cette situation laisse peser encore aujourd'hui une grande incertitude sur les requérants et, en tout état de cause, ne leur permet pas d'être indemnisés suffisamment du préjudice déjà subi depuis la naissance de leur enfant.

Ainsi tant le caractère très limité de la compensation actuelle au titre de la solidarité nationale que l'incertitude régnant sur celle qui pourra résulter de l'application de la loi de 2005 ne peuvent faire regarder cet important chef de préjudice comme indemnisé de façon raisonnablement proportionnée depuis l'intervention de la loi du 4 mars 2002.

33. Quant à l'indemnisation accordée, à ce jour, par le tribunal administratif de Paris aux requérants, la Cour constate qu'elle relève du préjudice moral et des troubles dans les conditions d'existence, et non des charges particulières découlant du handicap de l'enfant tout au long de sa vie. A cet égard, force est de constater que le montant de l'indemnisation accordée par ledit tribunal est très inférieur aux expectatives légitimes des requérants et que, en tout état de cause, il ne saurait être considéré

comme définitif, puisqu'il a été fixé par un jugement de première instance dont il a été interjeté appel, la procédure étant actuellement pendante. L'indemnisation ainsi octroyée aux requérants ne saurait donc compenser les créances perdues.

34. Enfin, la Cour estime que les considérations liées à l'éthique, à l'équité et à la bonne organisation du système de santé mentionnées par le Conseil d'Etat dans son avis contentieux du 6 décembre 2002 et invoquées par le Gouvernement ne pouvaient pas, en l'espèce, légitimer une rétroactivité dont l'effet a été de priver les requérants, sans indemnisation adéquate, d'une partie substantielle de leurs créances en réparation, leur faisant ainsi supporter une charge spéciale et exorbitante.

Une atteinte aussi radicale aux droits des intéressés a rompu le juste équilibre devant régner entre, d'une part, les exigences de l'intérêt général et, d'autre part, la sauvegarde du droit au respect des biens.

35. L'article 1<sup>er</sup> de la loi du 4 mars 2002 a donc violé, dans la mesure où il concerne les instances qui étaient en cours le 7 mars 2002, date de son entrée en vigueur, l'article 1 du Protocole n° 1.

## II. SUR LA VIOLATION ALLÉGUÉE DE L'ARTICLE 14 DE LA CONVENTION COMBINÉ AVEC L'ARTICLE 1 DU PROTOCOLE N° 1

36. Les requérants se plaignent de ce que la loi du 4 mars 2002, en instaurant un régime de responsabilité spécifique, aurait créé une inégalité de traitement injustifiée entre les parents d'enfants dont le handicap n'a pas été décelé avant la naissance en raison d'une faute, et les parents d'enfants handicapés en raison d'une faute d'une autre nature, auxquels seront appliqués les principes du droit commun. Ils invoquent l'article 14 de la Convention, ainsi rédigé :

« La jouissance des droits et libertés reconnus dans la (...) Convention doit être assurée, sans distinction aucune, fondée notamment sur le sexe, la race, la couleur, la langue, la religion, les opinions politiques ou toutes autres opinions, l'origine nationale ou sociale, l'appartenance à une minorité nationale, la

fortune, la naissance ou toute autre situation. »

## A. Thèses des parties

### 1. Les requérants

37. Les requérants rappellent la thèse qu'ils ont précédemment défendue devant la Cour, selon laquelle ils seraient titulaires, avant l'entrée en vigueur de la loi, d'un droit de créance en réparation ayant le caractère d'un « bien ». Or la loi du 4 mars 2002 aurait porté atteinte à leur droit au respect de ce bien en créant une inégalité de traitement injustifiée entre les parents d'enfants dont le handicap n'a pas été décelé avant la naissance en raison d'une faute, comme les requérants, pour lesquels la compensation des charges particulières découlant, tout au long de la vie de l'enfant, de ce handicap, relève de la seule solidarité nationale, et les victimes des autres actes fautifs entraînant un handicap, auxquelles seront appliqués les principes du droit commun de la responsabilité. Une telle différence de traitement ne serait pas justifiée puisqu'il s'agirait, selon les requérants, de situations essentiellement analogues, concernant la réparation d'un préjudice résultant d'un handicap causé par une faute. De plus, les requérants soutiennent qu'aucun motif d'intérêt général ou d'utilité publique ne peut justifier le traitement discriminatoire résultant de la nouvelle loi.

### 2. Le Gouvernement

38. Le Gouvernement considère, comme cela a été préalablement démontré, que les requérants ne disposent pas d'un « bien » au sens de l'article 1 du Protocole n° 1, cette disposition n'étant donc pas applicable en l'espèce. Dès lors, la discrimination alléguée ne portant pas sur un droit protégé par la Convention, l'article 14 ne peut être invoqué.

39. Le Gouvernement expose, à titre subsidiaire, que les deux catégories ne se trouvent pas dans la même situation. Lorsque le handicap est causé directement par une faute médicale, la faute est antérieure au handicap, elle en est la cause et est donc à l'origine du préjudice des parents d'avoir un enfant handicapé. Dans le cas des requérants, la faute n'est pas la cause directe du handicap, qui préexistait ; elle n'est génératrice que du préjudice de ne pas avoir pratiqué

d'interruption de grossesse ou de ne pas avoir eu la possibilité de le faire. Les liens de causalité entre la faute médicale et le handicap étant différents dans chacun des cas, ils fondent, à juste titre selon le Gouvernement, deux régimes de responsabilité différents. L'on ne saurait donc conclure à une discrimination puisqu'il n'y a pas identité de situation.

40. Enfin, le Gouvernement fait valoir que la prise en charge par la solidarité nationale des charges particulières découlant du handicap d'enfants se trouvant dans la situation de C. n'est pas discriminatoire, puisqu'ils bénéficient, comme les autres, d'un dispositif important. De plus, le Gouvernement considère que la différence de traitement entre les deux situations envisagées s'inscrit dans un rapport raisonnable de proportionnalité avec les objectifs légitimes de la loi du 4 mars 2002.

## B. Appréciation de la Cour

41. Compte tenu de son constat de violation concernant le droit des requérants au respect de leurs biens (paragraphe 94 ci-dessus), la Cour ne juge pas nécessaire d'examiner le grief des requérants tiré de l'article 14 de la Convention combiné avec l'article 1 du Protocole n° 1.

## III. SUR LA VIOLATION ALLÉGUÉE DE L'ARTICLE 6 § 1 DE LA CONVENTION

42. Les requérants allèguent que l'applicabilité immédiate de la loi du 4 mars 2002 aux instances en cours, dont la leur, porte atteinte à leur droit à un procès équitable. Ils invoquent l'article 6 § 1 de la Convention, dont les passages pertinents se lisent comme suit :

« Toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement (...) par un tribunal indépendant et impartial, établi par la loi, qui décidera, soit des contestations sur ses droits et obligations de caractère civil (...) »

## A. Thèses des parties

### 1. Les requérants

43. En se fondant sur la jurisprudence de la Cour (notamment sur les arrêts *Raffineries grecques Stran et Stratis Andreadis c. Grèce*

du 9 décembre 1994, série A n° 301-B, et *Zielinski et Pradal et Gonzalez et autres*, précité), les requérants allèguent que les dispositions de la loi du 4 mars 2002 méconnaissent la règle selon laquelle le principe de la prééminence du droit et la notion de procès équitable (en particulier le principe de l'égalité des armes) s'opposent à toute ingérence du pouvoir législatif dans l'administration de la justice dans le but d'influer sur le dénouement judiciaire d'un litige, sauf pour des motifs d'intérêt général impérieux. Or aucun intérêt général impérieux ne saurait justifier les dispositions rétroactives litigieuses. Les requérants estiment en effet que, sans qu'il soit besoin de s'interroger sur la qualification de la loi de 2002, il s'agit bien d'une intervention législative rétroactive, du type de celles qui sont régulièrement sanctionnées par la Cour dans sa jurisprudence. Quant à la présence de l'Etat en qualité de partie au litige, elle ne serait pas requise par la jurisprudence de la Cour. En tout état de cause, en l'espèce, l'Etat serait partie par le biais de l'AP-HP, puisque cette dernière est un établissement public administratif, et donc un démembrement de l'Etat. Enfin, les requérants contestent l'argument selon lequel la solidarité nationale compenserait le préjudice non réparé, puisque les dispositions existantes en faveur des personnes handicapées sont, selon eux, insuffisantes et les mesures futures aléatoires, et en tout cas tardives et inefficaces en ce qui concerne la compensation des charges particulières découlant du handicap de leur enfant.

## 2. Le Gouvernement

44. Le Gouvernement estime que la présente espèce diffère de la jurisprudence de la Cour en matière de « validations législatives » et notamment des affaires *Raffineries grecques Stran et Stratis Andreadis et Zielinski et Pradal et Gonzalez et autres*, précitées. En effet, la loi litigieuse serait d'une nature différente et ne pourrait être qualifiée de loi de « validation » ni être comparée à celles précédemment sanctionnées par la Cour. L'objet de la loi litigieuse n'était pas de faire échec aux procédures en cours, mais, à la suite du débat sur la jurisprudence Perruche, de préciser un régime de responsabilité qui soulevait des difficultés. Intervenant indépendamment de tout litige particulier, dans

un domaine qui lui est propre, sans s'immiscer ni dans des relations contractuelles préexistantes, ni dans la bonne administration de la justice, le législateur aurait adopté une loi qui, sans être réellement rétroactive, serait essentiellement interprétative. D'ailleurs, en l'espèce, l'Etat ne serait en aucune manière partie au litige, ni ne défendrait ses intérêts propres. Il s'ensuit, selon le Gouvernement, que l'intervention du législateur ne peut s'analyser en une ingérence et n'a pas eu pour but d'influer sur le dénouement du litige. De plus, même en admettant qu'une telle ingérence existe, elle serait justifiée car la loi du 4 mars 2002 poursuit plusieurs objectifs légitimes, soulignés par le Conseil d'Etat dans son avis contentieux du 6 décembre 2002, et exposés ci-dessus (paragraphe 75). Enfin, le Gouvernement réitère son argumentation selon laquelle il existerait un « rapport raisonnable de proportionnalité » entre l'objectif poursuivi par le législateur et les moyens qu'il a employés. Il relève l'importance du recours à la solidarité nationale et se réfère non seulement aux mesures déjà prises au plan interne, mais aussi à celles qui sont programmées.

## B. Appréciation de la Cour

45. Eu égard aux circonstances particulières de la présente affaire ainsi qu'au raisonnement qui l'a conduite à constater une violation de l'article 1 du Protocole n° 1 (paragraphes 78 à 94 ci-dessus), la Cour n'estime pas nécessaire d'examiner séparément le grief des requérants sous l'angle de l'article 6 § 1 de la Convention.

## IV. SUR LA VIOLATION ALLÉGUÉE DE L'ARTICLE 13 DE LA CONVENTION

46. Les requérants allèguent également que l'applicabilité immédiate de la loi litigieuse aux instances en cours les prive d'un recours effectif puisqu'ils ne peuvent plus obtenir réparation, par l'auteur responsable, des charges particulières découlant du handicap de leur enfant. Ils invoquent l'article 13 de la Convention, qui dispose :

« Toute personne dont les droits et libertés reconnus dans la (...) Convention ont été violés, a droit à l'octroi d'un recours effectif devant une instance

nationale, alors même que la violation aurait été commise par des personnes agissant dans l'exercice de leurs fonctions officielles. »

47. La Cour réitère que l'article 13 de la Convention garantit l'existence en droit interne d'un recours permettant de s'y prévaloir des droits et libertés de la Convention, tels qu'ils peuvent s'y trouver consacrés. Cette disposition a donc pour conséquence d'exiger un recours interne habilitant l'instance nationale compétente à connaître du contenu d'un « grief défendable » fondé sur la Convention et à offrir le redressement approprié (voir, parmi d'autres, *Aksøy c. Turquie*, arrêt du 18 décembre 1996, *Recueil des arrêts et décisions* 1996-VI, p. 2286, § 95).

48. La Cour ayant conclu ci-dessus à la violation de l'article 1 du Protocole n° 1, il ne fait aucun doute que le grief tiré de cette disposition est défendable aux fins de l'article 13 de la Convention. Toutefois, selon la jurisprudence de la Cour, l'article 13 ne va pas jusqu'à exiger un recours par lequel on puisse contester en tant que telles, devant une autorité nationale, les lois d'un Etat contractant (voir, par exemple, *Gustafsson c. Suède*, arrêt du 25 avril 1996, *Recueil* 1996-II, p. 660, § 70). Par conséquent, le grief des requérants se heurte à ce principe pour autant qu'ils se plaignent de l'absence de recours après le 7 mars 2002, date d'entrée en vigueur de l'article 1<sup>er</sup> de la loi du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé (voir, *mutatis mutandis*, *Christine Goodwin c. Royaume-Uni [GC]*, n° 28957/95, § 113, CEDH 2002-VI).

49. Partant, la Cour ne constate aucune violation de l'article 13 de la Convention en l'espèce.

## V. SUR LA VIOLATION ALLÉGUÉE DE L'ARTICLE 8 DE LA CONVENTION, AINSI QUE DE L'ARTICLE 14 COMBINÉ AVEC L'ARTICLE 8

50. Enfin, les requérants se plaignent de ce que le régime instauré par la loi du 4 mars 2002 constituerait une ingérence arbitraire de l'Etat dans leur vie privée et familiale, dans la mesure où il les empêche de subvenir aux besoins de leur enfant. De plus, l'Etat n'aurait pas respecté son obligation de protéger les intérêts de la famille. Ils invoquent l'article 8

de la Convention, qui dispose dans ses parties pertinentes :

« 1. Toute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale (...)

2. Il ne peut y avoir ingérence d'une autorité publique dans l'exercice de ce droit que pour autant que cette ingérence est prévue par la loi et qu'elle constitue une mesure qui, dans une société démocratique, est nécessaire à la sécurité nationale, à la sûreté publique, au bien-être économique du pays, à la défense de l'ordre et à la prévention des infractions pénales, à la protection de la santé ou de la morale, ou à la protection des droits et libertés d'autrui. »

### A. Thèses des parties

#### 1. Les requérants

51. Les requérants font valoir que l'article 8 de la Convention, en ce qu'il proclame le droit à une vie familiale normale, est applicable en l'espèce, compte tenu notamment de la conception extensive de la Cour en la matière. Selon eux, la loi du 4 mars 2002 a porté atteinte à ce droit et constitue une ingérence dans son exercice. Or aucune des conditions mises au caractère conventionnel d'une telle ingérence, à savoir qu'elle soit prévue par la loi et tende vers un but légitime et nécessaire, ne serait remplie. En premier lieu, la loi ne serait ni claire ni précise, contrairement aux exigences établies par la jurisprudence de la Cour, dans la mesure où le renvoi à la solidarité nationale demeure vague et imprécis. En second lieu, et surtout, cette ingérence ne tend pas vers un but légitime et impérieux. En particulier, les considérations liées à une meilleure organisation du système de santé, à savoir essentiellement le souci d'éviter le renchérissement des primes d'assurance aux médecins et établissements de santé, ne sauraient justifier l'immunité de ces derniers pour les fautes qu'ils ont commises. S'agissant de l'obligation positive qui pèse sur l'Etat, elle ne saurait être considérée comme satisfaite, puisque, en privant C. et ses parents d'un recours pour obtenir réparation du préjudice relatif aux charges particulières découlant de son handicap, le législateur aurait fait obstacle à ce que les intérêts de la famille soient protégés concrètement et efficacement.

52. A l'audience, les requérants ont également invoqué, pour la première fois, l'article 14 de la Convention combiné avec l'article 8, au regard du droit à la vie familiale normale. Ils ont allégué que la loi contestée instaure une discrimination injustifiée entre les parents d'enfants handicapés à la suite d'une faute d'un médecin n'ayant pas décelé le handicap pendant la grossesse, qui ne peuvent obtenir réparation intégrale des conséquences de cette faute, tels que les requérants, et les parents d'enfants handicapés qui peuvent imputer le dommage à un tiers et obtenir réparation intégrale.

## 2. Le Gouvernement

53. Le Gouvernement conteste, à titre principal, l'applicabilité en l'espèce de l'article 8 de la Convention. Se fondant sur la jurisprudence de la Cour (*Marckx c. Belgique*, arrêt du 13 juin 1979, série A n° 31), il distingue les droits patrimoniaux qui, par leur nature, relèvent de la vie familiale (comme les successions et les libéralités) et ceux qui n'ont qu'un lien indirect avec la vie familiale, comme le droit d'être indemnisé d'une faute médicale. Admettre que l'article 8 s'applique à ces derniers, et en particulier au cas d'espèce, ferait entrer dans le champ d'application de cette disposition toute créance matérielle d'une famille, même dénuée de lien avec la structure de celle-ci. Or, même si, le Gouvernement l'admet, la prise ou non en charge des frais relatifs au handicap de C. est de nature à peser sur les conditions de vie de la famille des requérants, elle n'interviendrait pas pour autant dans les liens patrimoniaux entre parents et enfants.

54. Même si la Cour estimait que l'article 8 de la Convention est applicable en l'espèce, le Gouvernement soutient, ensuite, qu'aucune ingérence n'est démontrée. En admettant même qu'elle le soit, elle tendrait vers un but légitime et serait nécessaire dans une société démocratique, eu égard notamment aux objectifs légitimes poursuivis par la loi du 4 mars 2002.

## B. Appréciation de la Cour

### 1. Les principes généraux

55. Si l'article 8 de la Convention a essentiellement pour objet de prémunir l'individu contre les ingérences arbitraires des

pouvoirs publics, il ne se contente pas de commander à l'Etat de s'abstenir de pareilles ingérences car il peut engendrer de surcroît des obligations positives inhérentes à un « respect » effectif de la vie familiale. La frontière entre les obligations positives et négatives de l'Etat au titre de cette disposition ne se prête toutefois pas à une définition précise ; les principes applicables sont néanmoins comparables. Dans les deux cas, il faut avoir égard au juste équilibre à ménager entre les intérêts concurrents de l'individu et de la société dans son ensemble ; de même, dans les deux hypothèses, l'Etat jouit d'une certaine marge d'appréciation (voir, par exemple, les arrêts *Nuutinen c. Finlande*, n° 32842/96, § 127, CEDH 2000-VIII, et *Kutzner c. Allemagne*, n° 46544/99, §§ 61 et 62, CEDH 2002-I). En outre, même pour les obligations positives résultant du paragraphe 1, « les objectifs énumérés au paragraphe 2 (...) peuvent jouer un certain rôle » dans « la recherche » de l'« équilibre » voulu (*Powell et Rayner c. Royaume-Uni*, arrêt du 21 février 1990, série A n° 172, p. 18, § 41).

56. Le « respect » de la vie familiale implique pour l'Etat l'obligation d'agir de manière à permettre le développement normal des rapports entre proches parents (arrêt *Marckx*, précité, p. 21, § 45). La Cour a conclu à l'existence de ce type d'obligations à la charge d'un Etat lorsqu'elle a constaté la présence d'un lien direct et immédiat entre, d'une part, les mesures demandées par un requérant et, d'autre part, la vie privée et/ou familiale de celui-ci (voir les arrêts *Airey c. Irlande* du 9 octobre 1979, série A n° 32, p. 17, § 32, *X et Y c. Pays-Bas* du 26 mars 1985, série A n° 91, p. 11, § 23, *López Ostra c. Espagne* du 9 décembre 1994, série A n° 303-C, p. 55, § 55, *Guerra et autres c. Italie* du 19 février 1998, *Recueil* 1998-I, p. 227, § 58, *Botta c. Italie* du 24 février 1998, *Recueil* 1998-I, p. 423, § 35, ainsi que *Zehnalová et Zehnal c. République tchèque* (déc.), n° 38621/97, CEDH 2002-V).

57. La notion de respect manquant toutefois de netteté, les Etats jouissent d'une large marge d'appréciation pour déterminer, en fonction des besoins et ressources de la communauté et des individus, les mesures à prendre afin d'assurer l'observation de la Convention (voir *Abdulaziz, Cabales et Balkandali c. Royaume-Uni*, arrêt du 28 mai

1985, série A n° 94, pp. 33-34, § 67, et, aussi, *Zehnalová et Zehnal*, décision précitée).

58. La Cour rappelle en même temps le rôle fondamentalement subsidiaire du mécanisme de la Convention. Les autorités nationales jouissent d'une légitimité démocratique directe et, ainsi que la Cour l'a affirmé à maintes reprises, se trouvent en principe mieux placées que le juge international pour se prononcer sur les besoins et contextes locaux (voir, par exemple, *Handyside c. Royaume-Uni*, arrêt du 7 décembre 1976, série A n° 24, p. 22, § 48, et *Hatton et autres c. Royaume-Uni* [GC], n° 36022/97, § 97, CEDH 2003-VIII). Lorsque des questions de politique générale sont en jeu, sur lesquelles de profondes divergences peuvent raisonnablement exister dans un Etat démocratique, il y a lieu d'accorder une importance particulière au rôle du décideur national (*James et autres c. Royaume-Uni*, arrêt du 21 février 1986, série A n° 98, p. 32, § 46, dans lequel la Cour a estimé normal que « le législateur dispose d'une grande latitude pour mener une politique économique et sociale »).

## 2. Application de ces principes

59. En l'espèce, les requérants se plaignent à la fois d'une ingérence, selon eux injustifiée, mais aussi de l'inaction de l'Etat, qui n'aurait pas mis en place un régime de compensation effectif des charges particulières découlant du handicap de leur enfant.

60. Se pose d'abord la question de savoir si l'article 8 de la Convention est applicable, c'est-à-dire si les mesures prises par l'Etat défendeur envers les personnes handicapées relèvent du droit des requérants à mener une vie familiale normale.

61. Toutefois, la Cour n'estime pas nécessaire en l'occurrence de trancher la question car, en admettant même que l'article 8 de la Convention puisse être considéré comme applicable, elle est d'avis que la situation dont les requérants tirent grief n'emporte pas violation de cette disposition.

62. La Cour relève en effet que l'article 1<sup>er</sup> de la loi du 4 mars 2002 modifie l'état du droit en matière de responsabilité médicale. Confronté à la jurisprudence Perruche et au débat tumultueux d'envergure nationale qui s'ensuivit, reflétant les importantes divergences d'opinion existant au sein de la

société française à ce sujet, le législateur, après consultation des différents groupes d'intérêts et personnes concernés, a décidé d'intervenir pour définir un nouveau régime de réparation des préjudices subis par les enfants nés handicapés et par leurs parents, différent de celui qui résultait de la jurisprudence tant administrative que judiciaire. Les nouvelles règles ainsi établies, précisées par le Conseil d'Etat dans son avis contentieux du 6 décembre 2002, font notamment obstacle à ce que les parents puissent obtenir de l'auteur de la faute réparation du préjudice correspondant aux charges particulières découlant, tout au long de la vie de l'enfant, du handicap de ce dernier. Ce régime est le résultat de débats parlementaires approfondis, au cours desquels il a été tenu compte de considérations d'ordre juridique, éthique, social, ainsi que de raisons liées à la bonne organisation du système de santé et au traitement équitable de l'ensemble des personnes handicapées. Comme l'indique le Conseil d'Etat dans l'avis précité, le législateur s'est prononcé sur la base de motifs d'intérêt général, dont la validité ne saurait être remise en cause par la Cour (paragraphe 85 ci-dessus). Ce faisant, il poursuivait donc au moins un des buts légitimes énoncés par le paragraphe 2 de l'article 8 de la Convention, à savoir la protection de la santé ou de la morale.

63. Certes, de par leur applicabilité immédiate, les dispositions litigieuses ont privé les requérants d'une partie essentielle des créances en réparation qu'ils auraient pu faire valoir, et ce de manière rétroactive, et la Cour ne peut que le souligner à nouveau (paragraphes 86 à 94 ci-dessus).

64. Toutefois, en prévoyant la prise en charge du handicap de l'enfant par la solidarité nationale, le législateur français a considéré que mieux vaut inscrire cet aspect dans le cadre législatif qui organise les modalités de compensation du handicap, et non laisser à la jurisprudence le soin de statuer sur des actions relevant du droit commun de la responsabilité. De plus, la Cour relève que ce cadre légal, mis en place dès 1975, a fait l'objet d'une réorganisation globale effectuée par la loi du 11 février 2005 (paragraphes 54 à 59 ci-dessus). Il n'appartient certes pas à la Cour de se substituer aux autorités nationales pour apprécier l'opportunité de la mise en place d'un tel régime, ni en quoi pourrait consister la politique optimale en ce domaine social

difficile. En la matière, on doit reconnaître aux Etats contractants une importante latitude (voir, *mutatis mutandis*, *Powell et Rayner*, précité, p. 19, § 44).

65. Dès lors, il n'y a aucun motif sérieux de juger contraire à l'article 8, envisagé sous son aspect positif ou négatif, la manière dont la législation française a abordé le problème ou le contenu des mesures spécifiques prévues à cet effet. On ne peut raisonnablement prétendre que le législateur français, en décidant de réorganiser le régime de compensation du handicap en France, a outrepassé la marge d'appréciation importante dont il dispose en la matière ou rompu le juste équilibre à ménager.

66. Partant, il n'y a pas eu violation de l'article 8 de la Convention.

67. Quant au grief tiré de l'article 14 de la Convention combiné avec l'article 8, la Cour note qu'il a été soulevé pour la première fois devant elle lors de l'audience, le 23 mars 2005 (paragraphe 111 ci-dessus). En conséquence, il n'est pas visé par la décision de recevabilité du 6 juillet 2004 qui délimite le cadre à l'intérieur duquel doit se placer la Cour (voir, entre autres, *Göç c. Turquie* [GC], n° 36590/97, § 36, CEDH 2002-V, et *Assanidzé c. Géorgie* [GC], n° 71503/01, § 162, CEDH 2004-II). Il s'ensuit que ce grief sort du champ d'examen de l'affaire telle qu'elle a été déférée à la Grande Chambre.

## VI. SUR L'APPLICATION DE L'ARTICLE 41 DE LA CONVENTION

68. Aux termes de l'article 41 de la Convention :

« Si la Cour déclare qu'il y a eu violation de la Convention ou de ses Protocoles, et si le droit interne de la Haute Partie contractante ne permet d'effacer qu'imparfaitement les conséquences de cette violation, la Cour accorde à la partie lésée, s'il y a lieu, une satisfaction équitable. »

### A. Dommages matériel et moral

69. Les requérants allèguent avoir subi un préjudice matériel correspondant aux sommes qu'ils auraient perçues en l'état du droit antérieur à la loi du 4 mars 2002. Ils demandent, justificatifs à l'appui, les sommes suivantes :

a) 115 200 euros (EUR) au titre du préjudice professionnel subi par M. Maurice ;

b) 11 004 EUR pour l'installation d'un élévateur d'appartement, 5 647 EUR pour un fauteuil roulant (somme restante après remboursement par la sécurité sociale), 50 550 EUR pour l'achat successif de deux véhicules (le premier véhicule s'étant révélé inadéquat pour le transport des enfants), 505 603 EUR pour la réhabilitation de leur maison d'habitation avec accessibilité et aménagements spécifiques, soit une somme de 688 004 EUR (pour les rubriques a) et b)) qui, assortie des intérêts légaux qui auraient été pris en compte par la juridiction administrative, revient à 790 010,63 EUR ;

c) au titre du préjudice découlant des charges matérielles particulières résultant du handicap de leur enfant, soit une rente de 5 800 EUR par mois, pour la durée de la vie de l'enfant, avec fixation d'un coefficient de revalorisation en cas d'aggravation de l'état de l'enfant, soit un capital de 5 421 144 EUR (calculé sur la base de la durée de vie médiane). Ces sommes ont été établies notamment compte tenu de l'âge de C. et du caractère évolutif de sa maladie.

70. En ce qui concerne en particulier les sommes correspondant aux « charges particulières » (répertoriées sous b) et c) ci-dessus), les requérants soulignent que la loi adoptée le 11 février 2005 ne sera pas immédiatement applicable aux enfants et qu'elle n'assurera pas la compensation du préjudice qu'ils ont déjà subi depuis la naissance de C. Ils ajoutent que la prestation prévue par ce texte ne permettra pas une compensation intégrale des charges liées au handicap de leur enfant.

71. Leur demande pour le dommage matériel s'élève au total à 6 211 154,63 EUR.

72. Les requérants ne présentent pas de demande au titre du préjudice moral. Le Gouvernement en prend acte.

73. En revanche, le Gouvernement conteste les demandes présentées par les requérants au titre du préjudice matériel, qu'il estime déraisonnables. Il soutient notamment que le préjudice professionnel aurait déjà été réparé par le tribunal administratif de Paris dans son jugement du 25 novembre 2003. Cette réparation n'ayant pas été remise en cause par l'intervention de la loi de 2002, le Gouvernement considère qu'aucune satisfaction équitable ne saurait être accordée

sur ce fondement. Quant aux sommes correspondant aux « charges particulières » découlant du handicap de C. (ventilées sous b) et c) ci-dessus), elles seraient déjà en partie couvertes par les allocations versées au titre de la solidarité nationale, qui seront ensuite complétées par les dispositions de la loi du 11 février 2005. Il s'ensuit, selon le Gouvernement, que l'éventuel constat de violation constituerait une satisfaction équitable suffisante.

74. La Cour estime que, dans les circonstances de l'espèce et eu égard notamment à l'état de la procédure devant les juridictions nationales, la question de l'application de l'article 41 ne se trouve pas en état pour les dommages matériel et moral. Il y a donc lieu de la réserver en tenant compte de l'éventualité d'un accord entre l'Etat défendeur et les intéressés (article 75 §§ 1 et 4 du règlement).

## B. Frais et dépens

75. En ce qui concerne les frais et dépens exposés devant les juridictions nationales, les requérants demandent, justificatifs à l'appui, 17 600 EUR (6 400 EUR pour deux références-provisions, un référent-expertise et une demande d'indemnité contre l'AP-HP, 2 800 EUR pour une demande d'indemnité contre l'Etat pour responsabilité du fait des lois, 2 800 EUR pour l'appel du référent-provision, 2 800 EUR pour les pourvois en cassation concernant le référent-provision et 2 800 EUR pour les deux appels actuellement pendents contre l'AP-HP et l'Etat). De ce montant, ils soustraient 5 762 EUR qu'ils ont perçus à titre d'indemnités en exécution des différentes décisions internes. La somme totale demandée est donc de 11 838 EUR. Quant aux frais et dépens exposés devant la Cour, les requérants demandent 15 000 EUR et fournissent l'état d'honoraires correspondant.

76. Le Gouvernement souligne que la Cour, lorsqu'elle constate une violation, n'accorde que le paiement des frais et dépens exposés devant les juridictions nationales pour prévenir ou faire corriger par celles-ci ladite violation. Or, en l'espèce, même sans l'intervention de la loi du 4 mars 2002, les frais relatifs aux procédures de référent et à l'action au fond en première instance auraient été exposés. Le Gouvernement estime donc

que seuls les frais exposés en appel sur le fond et contre l'Etat pour responsabilité du fait des lois devraient être accordés aux requérants, soit 5 600 EUR.

77. Quant aux frais exposés devant la Cour, le Gouvernement reconnaît que les requérants ont recouru aux services d'un avocat et que l'affaire présentait une certaine complexité. Il s'en remet à la sagesse de la Cour pour apprécier le montant pouvant être dû à ce titre, tout en considérant qu'il ne devrait pas dépasser 7 500 EUR.

78. S'agissant de la procédure devant les juridictions internes, la Cour rappelle que, lorsqu'elle constate une violation de la Convention, elle peut accorder le paiement des frais et dépens exposés devant les juridictions nationales « pour prévenir ou faire corriger par celles-ci ladite violation » (voir, par exemple, *Hertel c. Suisse*, arrêt du 25 août 1998, *Recueil 1998-VI*, p. 2334, § 63, et *Carabasse c. France*, n° 59765/00, § 68, 18 janvier 2005).

En l'espèce, la violation retenue concernant l'intervention de la loi du 4 mars 2002, la Cour considère que les requérants sont en droit de solliciter le remboursement des frais relatifs aux procédures dans le cadre desquelles ils ont dû contester une telle intervention. Tel est le cas des procédures engagées devant le tribunal administratif de Paris dirigées contre l'AP-HP et l'Etat, des appels interjetés et actuellement pendents devant la cour administrative d'appel de Paris, ainsi que des pourvois en cassation concernant le référent-provision. Quant à l'appel du référent-provision, la Cour relève que, s'il a été interjeté par l'AP-HP avant le 4 mars 2002, la loi litigieuse est toutefois intervenue en cours de procédure, et les requérants en ont d'ailleurs contesté l'applicabilité dans le cadre d'un de leurs mémoires. Une partie des frais engagés par les requérants dans cette procédure a donc été exposée pour prévenir la violation de la Convention reconnue par la Cour.

79. Statuant en équité, comme le veut l'article 41 de la Convention, la Cour, au vu de ce qui précède, alloue aux requérants la somme de 11 400 EUR, moins 5 000 EUR déjà perçus à titre d'indemnités en exécution des différentes décisions internes pertinentes, soit 6 400 EUR, toutes taxes comprises.

80. En ce qui concerne les frais afférents à la procédure devant elle, la Cour constate que les requérants justifient leurs prétentions par la production d'une note d'honoraires. Considérant que les montants réclamés ne sont

pas excessifs au vu de la nature du litige, qui présentait incontestablement une certaine complexité, la Cour fait entièrement droit aux demandes des requérants et leur accorde la somme de 15 000 EUR, toutes taxes comprises.

### C. Intérêts moratoires

81. La Cour juge approprié de calquer le taux des intérêts moratoires sur le taux d'intérêt de la facilité de prêt marginal de la Banque centrale européenne majoré de trois points de pourcentage.

PAR CES MOTIFS, LA COUR

1. *Dit, à l'unanimité, qu'il y a eu violation de l'article 1 du Protocole n° 1 ;*
2. *Dit, à l'unanimité, qu'il n'est pas nécessaire d'examiner le grief tiré de l'article 14 de la Convention combiné avec l'article 1 du Protocole n° 1 ;*
3. *Dit, par douze voix contre cinq, qu'il n'est pas nécessaire d'examiner séparément le grief tiré de l'article 6 § 1 de la Convention ;*
4. *Dit, à l'unanimité, qu'il n'y a pas eu violation de l'article 13 de la Convention ;*
5. *Dit, à l'unanimité, qu'en admettant même que l'article 8 de la Convention soit applicable, il n'y a pas eu violation de cette disposition ;*
6. *Dit, à l'unanimité, que le grief tiré de l'article 14 de la Convention combiné avec l'article 8 sort du champ de son examen ;*
7. *Dit, à l'unanimité, qu'en ce qui concerne la somme à octroyer aux requérants pour tout dommage matériel ou moral résultant de la violation constatée, la question de l'application de l'article 41 ne se trouve pas en état et, en conséquence,*
  - a) la *réserve* en entier ;
  - b) *invite* le Gouvernement et les requérants à lui soumettre par écrit, dans les six mois à compter de la date de communication du présent arrêt, leurs

observations sur la question et, en particulier, à lui donner connaissance de tout accord auquel ils pourraient parvenir ;  
c) *réserve* la procédure ultérieure et *délègue* au président de la Cour le soin de la fixer au besoin ;

8. *Dit, à l'unanimité,*
  - a) que l'Etat défendeur doit verser aux requérants, dans un délai de trois mois, la somme de 21 400 EUR (vingt et un mille quatre cents euros) correspondant aux frais et dépens exposés jusqu'au stade actuel de la procédure devant les juridictions nationales et la Cour, plus tout montant pouvant être dû à titre d'impôt sur cette somme ;
  - b) qu'à compter de l'expiration dudit délai et jusqu'au versement, ce montant sera à majorer d'un intérêt simple à un taux égal au taux d'intérêt de la facilité de prêt marginal de la Banque centrale européenne majoré de trois points de pourcentage ;
9. *Rejette, à l'unanimité, la demande de frais et dépens pour le surplus.*

Fait en français et en anglais, puis prononcé en audience publique au Palais des Droits de l'Homme, à Strasbourg, le 6 octobre 2005.

### Document 15 : Civ. 1<sup>ère</sup>, 24 janvier 2006, n° 02-13.775

Sur le moyen unique :

Vu l'article Ier du protocole n° 1 à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ensemble l'article Ier I de la loi n° 2002-303 du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé, devenu l'article L. 114-5 du Code de l'action sociale et des familles, les articles 1165 et 1382 du Code civil ;

Attendu que Mme X... a donné naissance, le 11 janvier 1996, à une enfant présentant de graves malformations de la colonne vertébrale ; que Mme X... et M. Y..., agissant tant en leur nom personnel qu'en leur qualité de représentants

légaux de leur fille ont recherché la responsabilité de M. Z..., gynécologue-obstétricien qui avait pratiqué sept échographies ainsi que la réparation de leur préjudice moral et du préjudice subi par l'enfant du fait de son handicap, en faisant valoir que les échographies réalisées par ce praticien auraient dû permettre de diagnostiquer les malformations et d'envisager une interruption de la grossesse ;

Attendu que pour décider que M. Z... n'avait pas engagé sa responsabilité à l'égard de l'enfant, l'arrêt attaqué relève que les fautes retenues à l'encontre de ce praticien ne sont pas à l'origine des malformations dont est atteinte l'enfant et qu'il n'existe donc pas de lien de causalité entre ces fautes et le préjudice de cette dernière ;

Attendu, cependant, que dès lors que les fautes commises par le médecin dans l'exécution de son contrat avec Mme X... avaient empêché celle-ci d'exercer son choix d'interrompre sa grossesse afin d'éviter la naissance d'un enfant atteint d'un handicap, ce dernier pouvait, avant l'entrée en vigueur de la loi susvisée, demander la réparation du préjudice résultant de ce handicap et causé par les fautes retenues ;

Attendu que l'article 1er I de ladite loi, déclarée applicable aux instances en cours, énonce que "nul ne peut se prévaloir d'un préjudice du seul fait de sa naissance, que lorsque la responsabilité d'un professionnel de santé est engagée vis-à-vis des parents d'un enfant né avec un handicap non décelé pendant la grossesse à la suite d'une faute caractérisée, les parents peuvent demander une indemnité au titre de leur seul préjudice, que ce préjudice ne saurait inclure les charges particulières découlant tout au long de la vie de l'enfant, de ce handicap et que la compensation de ce dernier relève de la solidarité nationale" ;

Attendu, toutefois, que si une personne peut être privée d'un droit de créance en responsabilité, c'est à la condition, selon l'article 1er du protocole n° 1 à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des

libertés fondamentales, que soit respecté le juste équilibre entre les exigences de l'intérêt général et les impératifs de sauvegarde du droit au respect des biens ; que tel n'est pas le cas en l'espèce, dès lors que la loi susvisée, en prohibant l'action de l'enfant et en excluant du préjudice des parents les charges particulières découlant du handicap de l'enfant tout au long de la vie, a institué un mécanisme de compensation forfaitaire du handicap, sans rapport raisonnable avec une créance de réparation intégrale, quand Mme X... et M. Y... pouvaient en l'état de la jurisprudence, applicable avant l'entrée en vigueur de cette loi, légitimement espérer que leur fille serait indemnisée au titre du préjudice résultant de son handicap ;

D'où il suit que, ladite loi n'étant pas applicable au présent litige, la cassation est encourue ;

#### PAR CES MOTIFS :

CASSE ET ANNULE, mais seulement en ce qu'il a débouté Mme X... et M. Y... de leur demande en réparation du préjudice subi par l'enfant, l'arrêt rendu le 11 avril 2001, entre les parties, par la cour d'appel de Reims ; remet, en conséquence, quant à ce, la cause et les parties dans l'état où elles se trouvaient avant ledit arrêt et, pour être fait droit, les renvoie devant la cour d'appel de Paris ;

Condamne M. Pol Z... aux dépens ;

Dit que sur les diligences du procureur général près la Cour de Cassation, le présent arrêt sera transmis pour être transcrit en marge ou à la suite de l'arrêt partiellement cassé ;

Ainsi fait et jugé par la Cour de Cassation, Première chambre civile, et prononcé par le président en son audience publique du vingt-quatre janvier deux mille six.

Le Conseil constitutionnel a été saisi le 14 avril 2010 par le Conseil d'État (décision n° 329290 du 14 avril 2010), dans les conditions prévues à l'article 61-1 de la Constitution, d'une question prioritaire de constitutionnalité posée par Mme Viviane L. et portant sur la conformité aux droits et libertés que la Constitution garantit :

- des premier et troisième alinéas de l'article L. 114-5 du code de l'action sociale et des familles,
- du 2 du paragraphe II de l'article 2 de la loi n° 2005-102 du 11 février 2005 pour l'égalité des droits et des chances, la participation et la citoyenneté des personnes handicapées.

LE CONSEIL CONSTITUTIONNEL,

Vu la Constitution ;

Vu l'ordonnance n° 58-1067 du 7 novembre 1958 modifiée portant loi organique sur le Conseil constitutionnel ;

Vu le code de l'action sociale et des familles ;

Vu la loi n° 2002-303 du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé ;

Vu la loi n° 2005-102 du 11 février 2005 pour l'égalité des droits et des chances, la participation et la citoyenneté des personnes handicapées ;

Vu la décision n° 133238 du Conseil d'État du 14 février 1997 ;

Vu l'arrêt n° 99-13701 de la Cour de cassation du 17 novembre 2000 ;

Vu le règlement du 4 février 2010 sur la procédure suivie devant le Conseil constitutionnel pour les questions prioritaires de constitutionnalité ;

Vu les observations produites pour Mme L. par la SCP Lyon-Caen, Fabiani, Thiriez, avocat au Conseil d'État et à la Cour de cassation, enregistrées le 4 mai 2010 ;

Vu les observations produites pour l'Assistance publique des hôpitaux de Paris, par la SCP

Didier, Pinet, avocat au Conseil d'État et à la Cour de cassation, et pour la Caisse de prévoyance et de retraite du personnel de la SNCF par Me Odent, avocat au Conseil d'État et à la Cour de cassation, enregistrées le 4 mai 2010 ;

Vu les observations produites par le Premier ministre, enregistrées le 4 mai 2010 ;

Vu les nouvelles observations produites pour Mme L. par la SCP Lyon-Caen, Fabiani, Thiriez, avocat au Conseil d'État et à la Cour de cassation, enregistrées le 12 mai 2010 ;

Vu les autres pièces produites et jointes au dossier ;

Me Arnaud Lyon-Caen, pour la requérante, et M. Charles Touboul, désigné par le Premier ministre ayant été entendus lors de l'audience publique du 2 juin 2010 ;

Le rapporteur ayant été entendu ;

1. Considérant qu'aux termes du paragraphe I de l'article 1er de la loi du 4 mars 2002 susvisée : « Nul ne peut se prévaloir d'un préjudice du seul fait de sa naissance.

« La personne née avec un handicap dû à une faute médicale peut obtenir la réparation de son préjudice lorsque l'acte fautif a provoqué directement le handicap ou l'a aggravé, ou n'a pas permis de prendre les mesures susceptibles de l'atténuer.

« Lorsque la responsabilité d'un professionnel ou d'un établissement de santé est engagée vis-à-vis des parents d'un enfant né avec un handicap non décelé pendant la grossesse à la suite d'une faute caractérisée, les parents peuvent demander une indemnité au titre de leur seul préjudice. Ce préjudice ne saurait inclure les charges particulières découlant, tout au long de la vie de l'enfant, de ce handicap. La compensation de ce dernier relève de la solidarité nationale.

« Les dispositions du présent paragraphe I sont applicables aux instances en cours, à l'exception de celles où il a été irrévocablement statué sur le principe de l'indemnisation » ;

2. Considérant que les trois premiers alinéas du paragraphe I de l'article 1er de la loi du 4 mars 2002 précité ont été codifiés à l'article L. 114-5 du code de l'action sociale et des familles par

le 1 du paragraphe II de l'article 2 de la loi du 11 février 2005 susvisée ; que le 2 de ce même paragraphe II a repris le dernier alinéa du paragraphe I précité en adaptant sa rédaction ;

- SUR LE PREMIER ALINÉA DE L'ARTICLE L. 114-5 DU CODE DE L'ACTION SOCIALE ET DES FAMILLES :

3. Considérant que, selon la requérante, l'interdiction faite à l'enfant de réclamer la réparation d'un préjudice du fait de sa naissance porterait atteinte au principe selon lequel nul n'ayant le droit de nuire à autrui, un dommage oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer ; que cette interdiction, qui prive du droit d'agir en responsabilité l'enfant né handicapé à la suite d'une erreur de diagnostic prénatal, alors que ce droit peut être exercé par un enfant dont le handicap a été directement causé par la faute médicale, entraînerait une différence de traitement contraire à la Constitution ;

4. Considérant qu'aux termes de l'article 34 de la Constitution : « La loi détermine les principes fondamentaux... du régime de la propriété, des droits réels et des obligations civiles et commerciales » ; qu'il est à tout moment loisible au législateur, statuant dans le domaine de sa compétence, d'adopter des dispositions nouvelles dont il lui appartient d'apprécier l'opportunité et de modifier des textes antérieurs ou d'abroger ceux-ci en leur substituant, le cas échéant, d'autres dispositions, dès lors que, dans l'exercice de ce pouvoir, il ne prive pas de garanties légales des exigences de caractère constitutionnel ; que l'article 61-1 de la Constitution, à l'instar de l'article 61, ne confère pas au Conseil constitutionnel un pouvoir général d'appréciation et de décision de même nature que celui du Parlement ; que cet article lui donne seulement compétence pour se prononcer sur la conformité d'une disposition législative aux droits et libertés que la Constitution garantit ;

5. Considérant que l'article 6 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 dispose que la loi « doit être la même pour tous, soit qu'elle protège, soit qu'elle punisse » ; que le principe d'égalité ne s'oppose ni à ce que le législateur règle de façon différente des situations différentes ni à ce qu'il déroge à

l'égalité pour des raisons d'intérêt général pourvu que, dans l'un et l'autre cas, la différence de traitement qui en résulte soit en rapport direct avec l'objet de la loi qui l'établit ;

6. Considérant, en premier lieu, qu'il ressort des termes des deux premiers alinéas de l'article L. 114-5 du code de l'action sociale et des familles qu'il n'est fait obstacle au droit de l'enfant de demander réparation aux professionnels et établissements de santé que lorsque la faute invoquée a eu pour seul effet de priver sa mère de la faculté d'exercer, en toute connaissance de cause, la liberté d'interrompre sa grossesse ; que ces professionnels et établissements demeurent tenus des conséquences de leur acte fautif dans tous les autres cas ; que, par suite, le premier alinéa de l'article L. 114-5 n'exonère pas les professionnels et établissements de santé de toute responsabilité ;

7. Considérant, en deuxième lieu, qu'après l'arrêt de la Cour de cassation du 17 novembre 2000 susvisé, le législateur a estimé que, lorsque la faute d'un professionnel ou d'un établissement de santé a eu pour seul effet de priver la mère de la faculté d'exercer, en toute connaissance de cause, la liberté d'interrompre sa grossesse, l'enfant n'a pas d'intérêt légitime à demander la réparation des conséquences de cette faute ; que, ce faisant, le législateur n'a fait qu'exercer la compétence que lui reconnaît la Constitution sans porter atteinte au principe de responsabilité ou au droit à un recours juridictionnel ;

8. Considérant, en troisième lieu, que les dispositions contestées ne font obstacle au droit de l'enfant né avec un handicap d'en demander la réparation que dans le cas où la faute invoquée n'est pas à l'origine de ce handicap ; que, dès lors, la différence de traitement instituée ne méconnaît pas le principe d'égalité ;

9. Considérant, par suite, que les griefs dirigés contre le premier alinéa de l'article L. 114-5 du code de l'action sociale et des familles doivent être écartés ;

- SUR LE TROISIÈME ALINÉA DE L'ARTICLE L. 114-5 DU CODE DE L'ACTION SOCIALE ET DES FAMILLES :

10. Considérant que, selon la requérante, l'exigence d'une faute caractérisée pour que la responsabilité des professionnels et établissements de santé puisse être engagée vis-à-vis des parents d'un enfant né avec un handicap non décelé pendant la grossesse, ainsi que l'exclusion, pour ces parents, du droit de réclamer la réparation du préjudice correspondant aux charges particulières découlant de ce handicap tout au long de la vie porteraient également atteinte au principe de responsabilité ainsi qu'au « droit à réparation intégrale du préjudice » et méconnaîtraient le principe d'égalité ;

11. Considérant qu'aux termes de l'article 4 de la Déclaration de 1789 : « La liberté consiste à pouvoir faire tout ce qui ne nuit pas à autrui » ; qu'il résulte de ces dispositions qu'en principe, tout fait quelconque de l'homme qui cause à autrui un dommage oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer ; que la faculté d'agir en responsabilité met en œuvre cette exigence constitutionnelle ; que, toutefois, cette dernière ne fait pas obstacle à ce que le législateur aménage, pour un motif d'intérêt général, les conditions dans lesquelles la responsabilité peut être engagée ; qu'il peut ainsi, pour un tel motif, apporter à ce principe des exclusions ou des limitations à condition qu'il n'en résulte pas une atteinte disproportionnée aux droits des victimes d'actes fautifs ainsi qu'au droit à un recours juridictionnel effectif qui découle de l'article 16 de la Déclaration de 1789 ;

. En ce qui concerne l'exigence d'une faute caractérisée :

12. Considérant qu'en subordonnant à l'existence d'une faute caractérisée la mise en œuvre de la responsabilité d'un professionnel ou d'un établissement de santé vis-à-vis des parents d'un enfant né avec un handicap non décelé pendant la grossesse, le législateur a entendu prendre en considération, en l'état des connaissances et des techniques, les difficultés inhérentes au diagnostic médical prénatal ; qu'à cette fin, il a exclu que cette faute puisse être présumée ou déduite de simples présomptions ; que la notion de « faute caractérisée » ne se confond pas avec celle de faute lourde ; que, par suite, eu égard à l'objectif poursuivi, l'atténuation apportée aux conditions dans lesquelles la responsabilité de ces

professionnels et établissements peut être engagée n'est pas disproportionnée ;

. En ce qui concerne l'exclusion de certains préjudices :

13. Considérant, en premier lieu, que les professionnels et établissements de santé demeurent tenus d'indemniser les parents des préjudices autres que ceux incluant les charges particulières découlant, tout au long de la vie de l'enfant, de son handicap ; que, dès lors, le troisième alinéa de l'article L. 114-5 du code de l'action sociale et des familles n'exonère pas les professionnels et établissements de santé de toute responsabilité ;

14. Considérant, en deuxième lieu, qu'il résulte des travaux parlementaires de la loi du 4 mars 2002 susvisée que les dispositions critiquées tendent à soumettre la prise en charge de toutes les personnes atteintes d'un handicap à un régime qui n'institue de distinction ni en fonction des conditions techniques dans lesquelles le handicap peut être décelé avant la naissance, ni en fonction du choix que la mère aurait pu faire à la suite de ce diagnostic ; qu'en décidant, ainsi, que les charges particulières découlant, tout au long de la vie de l'enfant, de son handicap, ne peuvent constituer un préjudice indemnisable lorsque la faute invoquée n'est pas à l'origine du handicap, le législateur a pris en compte des considérations éthiques et sociales qui relèvent de sa seule appréciation ;

15. Considérant que les dispositions critiquées tendent à répondre aux difficultés rencontrées par les professionnels et établissements de santé pour souscrire une assurance dans des conditions économiques acceptables compte tenu du montant des dommages-intérêts alloués pour réparer intégralement les conséquences du handicap ; qu'en outre, le législateur a notamment pris en compte les conséquences sur les dépenses d'assurance maladie de l'évolution du régime de responsabilité médicale ; que ces dispositions tendent ainsi à garantir l'équilibre financier et la bonne organisation du système de santé ;

16. Considérant, en troisième lieu, que les parents peuvent obtenir l'indemnisation des charges particulières résultant, tout au long de la vie de l'enfant, de son handicap lorsque la

faute a provoqué directement ce handicap, l'a aggravé ou a empêché de l'atténuer ; qu'ils ne peuvent obtenir une telle indemnisation lorsque le handicap n'a pas été décelé avant la naissance par suite d'une erreur de diagnostic ; que, dès lors, la différence instituée entre les régimes de réparation correspond à une différence tenant à l'origine du handicap ;

17. Considérant, en quatrième lieu, que le troisième alinéa de l'article L. 114-5 du code de l'action sociale et des familles prévoit que la compensation des charges particulières découlant, tout au long de la vie de l'enfant, de son handicap relève de la solidarité nationale ; qu'à cette fin, en adoptant la loi du 11 février 2005 susvisée, le législateur a entendu assurer l'effectivité du droit à la compensation des conséquences du handicap quelle que soit son origine ; qu'ainsi, il a notamment instauré la prestation de compensation qui complète le régime d'aide sociale, composé d'allocations forfaitaires, par un dispositif de compensation au moyen d'aides allouées en fonction des besoins de la personne handicapée ;

18. Considérant que, dans ces conditions, la limitation du préjudice indemnisable décidée par le législateur ne revêt pas un caractère disproportionné au regard des buts poursuivis ; qu'elle n'est contraire ni au principe de responsabilité, ni au principe d'égalité, ni à aucun autre droit ou liberté que la Constitution garantit ;

- SUR LE 2 DU PARAGRAPHE II DE L'ARTICLE 2 DE LA LOI DU 11 FEVRIER 2005 SUSVISÉE :

19. Considérant qu'aux termes du 2 du paragraphe II de l'article 2 de la loi du 11 février 2005 susvisée : « Les dispositions de l'article L. 114-5 du code de l'action sociale et des familles tel qu'il résulte du 1 du présent II sont applicables aux instances en cours à la date d'entrée en vigueur de la loi n° 2002-303 du 4 mars 2002 précitée, à l'exception de celles où il a été irrévocablement statué sur le principe de l'indemnisation » ;

20. Considérant que, selon la requérante, l'application immédiate de ce dispositif « aux instances en cours et par voie de conséquence aux faits générateurs antérieurs à son entrée en

vigueur » porte atteinte à la sécurité juridique et à la séparation des pouvoirs ;

21. Considérant qu'aux termes de l'article 16 de la Déclaration de 1789 : « Toute société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée, ni la séparation des pouvoirs déterminée, n'a point de Constitution » ;

22. Considérant en conséquence que, si le législateur peut modifier rétroactivement une règle de droit ou valider un acte administratif ou de droit privé, c'est à la condition de poursuivre un but d'intérêt général suffisant et de respecter tant les décisions de justice ayant force de chose jugée que le principe de non-rétroactivité des peines et des sanctions ; qu'en outre, l'acte modifié ou validé ne doit méconnaître aucune règle, ni aucun principe de valeur constitutionnelle, sauf à ce que le but d'intérêt général visé soit lui-même de valeur constitutionnelle ; qu'enfin, la portée de la modification ou de la validation doit être strictement définie ;

23. Considérant que le paragraphe I de l'article 1er de la loi du 4 mars 2002 susvisée est entré en vigueur le 7 mars 2002 ; que le législateur l'a rendu applicable aux instances non jugées de manière irrévocabile à cette date ; que ces dispositions sont relatives au droit d'agir en justice de l'enfant né atteint d'un handicap, aux conditions d'engagement de la responsabilité des professionnels et établissements de santé à l'égard des parents, ainsi qu'aux préjudices indemnarisables lorsque cette responsabilité est engagée ; que, si les motifs d'intérêt général précités pouvaient justifier que les nouvelles règles fussent rendues applicables aux instances à venir relatives aux situations juridiques nées antérieurement, ils ne pouvaient justifier des modifications aussi importantes aux droits des personnes qui avaient, antérieurement à cette date, engagé une procédure en vue d'obtenir la réparation de leur préjudice ; que, dès lors, le 2 du paragraphe II de l'article 2 de la loi du 11 février 2005 susvisée doit être déclaré contraire à la Constitution,

DÉCIDE:

Article 1er.- Les premier et troisième alinéas de l'article L. 114-5 du code de l'action sociale et des familles sont conformes à la Constitution.

Article 2.- Le 2 du paragraphe II de l'article 2 de la loi n° 2005-102 du 11 février 2005 pour l'égalité des droits et des chances, la participation et la citoyenneté des personnes handicapées est contraire à la Constitution.

Article 3.- La présente décision sera publiée au Journal officiel de la République française et notifiée dans les conditions prévues à l'article 23 11 de l'ordonnance du 7 novembre 1958 susvisée.

**Document 17 : Civ. 1<sup>ère</sup>, 15 décembre 2011,  
n° 10-27.473**

LA COUR DE CASSATION, PREMIÈRE CHAMBRE CIVILE, a rendu l'arrêt suivant :

Donne acte à M. X... du désistement de son pourvoi en ce qu'il est dirigé contre la société clinique Victor Pauchet de Butler, venant aux droits de la clinique Sainte-Claire ;

Attendu, selon l'arrêt attaqué (Amiens, 5 octobre 2010), que M. Romain Y... est né le 19 septembre 1988 atteint d'une anophthalmie bilatérale, que celui-ci, ses parents, M. et Mme Y..., agissant tant en leur nom personnel qu'en qualité de représentant de leur enfant mineur Giovani, ainsi que sa soeur, Mme Aurore Y..., ont assigné les 25 et 31 octobre 2006 M. X..., médecin qui avait pris en charge Mme Y..., ainsi que la société Clinique Victor Pourchet de Butler, venant aux droits de la clinique où s'était déroulé l'accouchement, afin d'obtenir l'indemnisation de leurs préjudices résultant de l'impossibilité d'interrompre la grossesse en raison d'une erreur de diagnostic prénatal ; que l'arrêt dit notamment que l'article 1er de la loi n° 2002-303 du 4 mars 2002, devenu l'article L. 114-5 du code de l'action sociale et des familles, n'est pas applicable au litige, ordonne une expertise sur la responsabilité et sursoit à statuer ;

Sur le moyen unique, pris en sa première branche :

Attendu que M. X... fait grief à l'arrêt de statuer ainsi, alors, selon le moyen, que dans sa décision n° 2010-2 QPC en date du 11 juin 2010, le Conseil constitutionnel a, rappelant que le paragraphe I de l'article 1er de la loi du 4 mars 2002 susvisée est entré en vigueur le 7 mars 2002 et que le législateur l'a rendu applicable aux instances non jugées de manière irrévocabile à cette date, que ces dispositions sont relatives au droit d'agir en justice de l'enfant né atteint d'un handicap, aux conditions d'engagement de la responsabilité des professionnels et établissements de santé à l'égard des parents, ainsi qu'aux préjudices indemnisables lorsque cette responsabilité est engagée, jugé que, si les motifs d'intérêt général ... pouvaient justifier que les nouvelles règles fussent rendues applicables aux instances à venir relatives aux situations juridiques nées antérieurement, ils ne pouvaient justifier des modifications aussi importantes aux droits des personnes qui avaient, antérieurement à cette date, engagé une procédure en vue d'obtenir la réparation de leur préjudice (cons.23) ; qu'aux termes de l'article 62 in fine de la Constitution, les décisions du Conseil constitutionnel s'imposent aux pouvoirs publics et à toutes les autorités administratives et juridictionnelles ; que l'autorité des décisions visées par cette disposition s'attache non seulement à leur dispositif mais aussi aux motifs qui en sont le soutien nécessaire et en constituent le fondement même ; qu'il ressort des motifs de la décision précitée n° 2010-2 QPC que les règles issues de l'article 1er, § 1 de la loi du 4 mars 2002, devenu l'article L. 114-5 du code de l'action sociale et des familles sont applicables aux instances à venir relatives aux situations juridiques nées antérieurement au 7 mars 2002, date d'entrée en vigueur de la loi du 4 mars 2002 ; que la cour d'appel a constaté que M. Romain Y... est né le 19 septembre 1988 et que lui-même, ses parents et sa soeur, n'ont engagé d'action en responsabilité à l'encontre de M. X... que par actes en date des 25 et 31 octobre 2006, ce dont se déduit que les consorts Y..., relativement à une situation juridique constituée avant le 7 mars 2002, ont engagé postérieurement à cette date une procédure en vue d'obtenir la réparation de leurs préjudices respectifs, de sorte que les règles issues de l'article L. 114-5 du code de l'action sociale et des familles doivent s'appliquer à l'action en responsabilité formée à l'encontre de M. X...

par les consorts Y... en vue d'obtenir la réparation de leurs préjudices respectifs ; qu'en statuant comme elle l'a fait, la cour d'appel a violé par refus d'application l'article L. 114-5 du code de l'action sociale et des familles, ensemble l'article 62 de la Constitution ;

Mais attendu que si l'autorité absolue que la Constitution confère à la décision du Conseil constitutionnel s'attache non seulement à son dispositif mais aussi à ses motifs, c'est à la condition que ceux-ci soient le support nécessaire de celui-là ; que le dispositif de la décision 2010-2 QPC du 11 juin 2010 énonce que le 2 du paragraphe II de l'article 2 de la loi n° 2005-102 du 11 février 2005 pour l'égalité des droits et des chances, la participation et la citoyenneté des personnes handicapées est contraire à la Constitution ; que, dès lors, faute de mention d'une quelconque limitation du champ de cette abrogation, soit dans le dispositif, soit dans des motifs clairs et précis qui en seraient indissociables, il ne peut être affirmé qu'une telle déclaration d'inconstitutionnalité n'aurait effet que dans une mesure limitée, incompatible avec la décision de la cour d'appel de refuser d'appliquer au litige les dispositions de l'article L. 114-5 du code de l'action sociale et des familles ; que le grief n'est pas fondé ;

Et sur le même moyen, pris en ses deuxième et troisième branches :

Attendu que M. X... fait encore grief à larrêt de statuer ainsi, alors, selon le moyen :

1°/ qu'en toute hypothèse, la loi obéissant à d'impérieux motifs d'intérêt général s'applique immédiatement aux effets des contrats conclus antérieurement à son entrée en vigueur ; que, dans sa décision n° 2010-2 QPC en date du 11 juin 2010, le Conseil constitutionnel a jugé qu'en édictant l'article 1er-I de la loi du 4 mars 2002, le législateur a pris en compte des considérations éthiques et sociales et que le même texte obéit à des motifs d'intérêt général ; que l'article 1er-I de la loi du 4 mars 2002, devenu l'article L. 114-5 du code de l'action sociale et des familles, qui obéit à d'impérieux motifs d'intérêt général, s'applique donc immédiatement à l'action en responsabilité formée par la mère de l'enfant né handicapé à l'encontre du médecin en raison de la mauvaise exécution du contrat conclu entre eux,

postérieurement à l'entrée en vigueur de cette disposition, soit le 7 mars 2002 ; que lorsque la mère de l'enfant né handicapé n'a pas intenté son action en responsabilité contractuelle à l'encontre du médecin avant l'entrée en vigueur de la loi du 4 mars 2002, soit le 7 mars 2002, elle ne dispose pas d'une créance pouvant être considérée comme une valeur patrimoniale, au sens de l'article 1 du Protocole n° 1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, dès lors que cette créance n'avait pas de base suffisante en droit interne, en ce qu'elle n'était plus confirmée par la jurisprudence établie de la Cour de cassation, que l'article 1er-I de la loi du 4 mars 2002 avait modifiée, et que la mère de l'enfant n'avait donc plus d'espérance légitime de voir concrétiser sa créance quant à l'indemnisation des charges particulières découlant, tout au long de la vie de l'enfant, de son handicap ; que la cour d'appel a constaté que M. Romain Y... est né le 19 septembre 1988 et que lui-même, ses parents et sa soeur, n'ont engagé d'action en responsabilité à l'encontre de M. X... que par actes en date des 25 et 31 octobre 2006 et donc après l'entrée en vigueur de la loi du 4 mars 2002, ce dont se déduisait que Mme Catherine Y... n'avait pas d'espérance légitime de voir concrétiser sa créance quant à l'indemnisation des charges particulières découlant, tout au long de la vie de son enfant, de son handicap ; qu'en refusant cependant de faire application de l'article L. 114-5 du code de l'action sociale et des familles, en ce qu'il priverait Mme Catherine Y... de son droit de créance, sans que soit respecté le juste équilibre entre les exigences de l'intérêt général et les impératifs de la sauvegarde du droit au respect de ses biens résultant de l'article 1er du protocole n° 1 additionnel à la Convention, la cour d'appel a violé par fausse application de cette dernière disposition, et par refus d'application l'article L. 114-5 du code de l'action sociale et des familles ;

2°/ qu'en toute hypothèse, la loi obéissant à d'impérieux motifs d'intérêt général s'applique immédiatement aux effets des contrats conclus antérieurement à son entrée en vigueur et donc à l'action en responsabilité délictuelle formée par un tiers sur le fondement de la mauvaise exécution de ce contrat ; que, dans sa décision n° 2010-2 QPC en date du 11 juin 2010, le Conseil constitutionnel a jugé qu'en édictant

l'article 1er-I de la loi du 4 mars 2002 le législateur a pris en compte des considérations éthiques et sociales et que le même texte obéit à des motifs d'intérêt général ; que l'article 1er-I de la loi du 4 mars 2002, devenu l'article L. 114-5 du code de l'action sociale et des familles, qui obéit à d'impérieux motifs d'intérêt général, s'applique donc immédiatement à l'action en responsabilité formée par la mère de l'enfant né handicapé à l'encontre du médecin en raison de la mauvaise exécution du contrat conclu entre eux, postérieurement à l'entrée en vigueur de cette disposition, soit le 7 mars 2002 ; que lorsque l'enfant né handicapé n'a pas intenté son action en responsabilité délictuelle à l'encontre du médecin avant l'entrée en vigueur de la loi du 4 mars 2002, soit le 7 mars 2002, il ne dispose pas d'une créance pouvant être considérée comme une valeur patrimoniale, au sens de l'article 1 du Protocole n° 1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, dès lors que cette créance n'avait pas de base suffisante en droit interne, en ce qu'elle n'était plus confirmée par la jurisprudence établie de la Cour de cassation, que l'article 1er-I de la loi du 4 mars 2002 avait modifiée, et que l'enfant né handicapé n'avait donc plus d'espérance légitime de voir concrétiser sa créance en réparation du préjudice résultant de son handicap ; que la cour d'appel a constaté que M. Romain Y... est né le 19 septembre 1988 et que lui-même, ses parents et sa soeur, n'ont engagé d'action en responsabilité à l'encontre de M. X... que par actes en date des 25 et 31 octobre 2006 et donc après l'entrée en vigueur de la loi du 4 mars 2002, ce dont se déduisait que M. Romain Y... n'avait pas d'espérance légitime de voir concrétiser sa créance en réparation de son préjudice de naissance ; qu'en refusant cependant de faire application de l'article L. 114-5 du code de l'action sociale et des familles, en ce qu'il priverait M. Romain Y... de son droit de créance, sans que soit respecté le juste équilibre entre les exigences de l'intérêt général et les impératifs de la sauvegarde du droit au respect de ses biens résultant de l'article 1er du protocole n° 1 additionnel à la Convention, la cour d'appel a violé par fausse application de cette dernière disposition, et par refus d'application l'article L. 114-5 du code de l'action sociale et des familles ;

Mais attendu que la cour d'appel a exactement retenu, abstraction faite de la référence, devenue surabondante du fait de l'abrogation des dispositions transitoires précitées, à l'article 1er du premier Protocole additionnel de la Convention européenne des droits de l'homme, que, s'agissant d'un dommage survenu antérieurement à l'entrée en vigueur de la loi du 4 mars 2002, l'article L. 114-5 du code de l'action sociale et des familles n'était pas applicable, indépendamment de la date de l'introduction de la demande en justice ; que les griefs ne sont pas fondés ;

PAR CES MOTIFS :

REJETTE le pourvoi.

**Document 18 : Article 1<sup>er</sup> de la loi n° 2002-303 du 4 mars 2002**

« Nul ne peut se prévaloir d'un préjudice du seul fait de sa naissance. « La personne née avec un handicap dû à une faute médicale peut obtenir la réparation de son préjudice lorsque l'acte fautif a provoqué le handicap ou l'a aggravé, ou n'a pas permis de prendre les mesures susceptibles de l'atténuer. « Lorsque la responsabilité d'un professionnel ou d'un établissement de santé est engagée vis-à-vis des parents d'un enfant né avec un handicap non décelé pendant la grossesse à la suite d'une faute caractérisée, les parents peuvent demander une indemnité au titre de leur seul préjudice. Ce préjudice ne saurait inclure les charges particulières découlant, tout au long de la vie de l'enfant, de ce handicap. La compensation de ce dernier relève de la solidarité nationale. « Les dispositions du présent I sont applicables aux instances en cours, à l'exception de celles où il a été irrévocablement statué sur le principe de l'indemnisation ».

**Document 19 : I. GALLMEISTER, « Enfant né handicapé : appréciation de la faute caractérisée », Dalloz actualité, 24 janvier 2013**

C'est à un double titre que cet arrêt du 16 janvier 2013 est important. D'une part, la Cour de cassation y déclare applicable, pour la première fois à notre connaissance, l'article L. 114-5 du code de l'action sociale et des

familles. D'autre part, en engageant la responsabilité de deux médecins échographistes, elle précise les contours de la faute caractérisée.

En l'espèce, une femme a donné naissance le 13 mai 2005 à un enfant présentant une agénésie de l'avant-bras droit. Or, lors des trois échographies pratiquées pendant sa grossesse, les médecins échographistes avaient indiqué dans leurs comptes rendus écrit, l'un, que les membres étaient « visibles avec leurs extrémités », l'autre, la présence de deux mains. Les juges du fond avaient condamné les deux médecins *in solidum*.

Dans leurs pourvois dirigés contre cet arrêt, les médecins contestaient avoir commis une faute caractérisée. Ils soutenaient, en effet, que, « s'agissant d'une échographie, la faute caractérisée est celle qui, par son intensité et son évidence, dépasse la marge d'erreur habituelle d'appréciation, compte tenu des difficultés inhérentes au diagnostic anténatal ». Or, selon eux, les juges du fond n'avaient pas précisé en quoi les mentions litigieuses des comptes rendus dépassaient « la marge d'erreur habituelle d'appréciation pour un examen qui comporte une irréductible part d'aléa ». La Cour de cassation, approuvant la cour d'appel d'avoir retenu l'existence d'une faute caractérisée au sens de l'article L. 114-5 du code de l'action sociale et des familles, rejette les pourvois.

Deux enseignements s'évinent de cet arrêt. Tout d'abord, et même si ce point n'a pas été litigieux en l'espèce, l'applicabilité de l'article 1<sup>er</sup> de la loi n° 2002-303 du 4 mars 2002 (CASF, devenu art. L. 114-5) est admise par la Cour de cassation. Or on se souvient que la haute juridiction a longtemps résisté sur ce point (V. Civ. 1<sup>re</sup>, 8 juill. 2008, n° 07-12.159, Dalloz actualité, 15 juill. 2008, obs. I. Gallmeister ; D. 2008. 2765, note S. Porchy-Simon ; *ibid.* 2010. 604, obs. J.-C. Galloux et H. Gaumont-Prat ; RDSS 2008. 975, obs. P. Hennion-Jacquet), même après l'abrogation par le Conseil constitutionnel des dispositions transitoires de cette loi « anti-Perruche » (Cons. const., 11 juin 2010, n° 2010-2 QPC, Dalloz actualité, 18 juin 2010, obs. I. Gallmeister ; D. 2010. 1976, note D. Vigneau ; *ibid.* 1980, note V. Bernaud et L. Gay ; *ibid.*

2011. 2565, obs. A. Laude ; *ibid.* 2012. 297, chron. N. Maziau). Son interprétation de cette décision lui a, en effet, permis de refuser d'appliquer la loi à une instance postérieure à son entrée en vigueur dès lors que la naissance de l'enfant handicapé est antérieure à celle-ci (Civ. 1<sup>re</sup>, 15 déc. 2011, n° 10-27.473, Dalloz actualité, 5 janv. 2012, obs. T. de Ravel d'Esclapon ; D. 2012. 323, note D. Vigneau ; *ibid.* 297, chron. N. Maziau ; RTD civ. 2012. 75, obs. P. Deumier). Ce faisant, elle a maintenu sa jurisprudence antérieure. En l'espèce, l'enfant étant né en 2005, l'applicabilité de l'article L. 114-5 n'était guère discutable. Elle mérite cependant d'être relevée.

Sur l'application de ce texte, ensuite, la Cour de cassation indique ce qu'il faut entendre par « faute caractérisée ». L'article L. 114-5 subordonne, en effet, l'action en réparation des parents à la démonstration d'une telle faute, sans pour autant en donner une définition. Commentant un arrêt dans lequel le Conseil d'État avait eu à statuer sur le droit à réparation des parents d'un enfant né handicapé en application de l'article 1<sup>er</sup> de la loi du 4 mars 2002, un auteur avait relevé que la faute caractérisée avait été consacrée en droit pénal au titre de la définition de la faute pénale non intentionnelle par la loi n° 2000-647 du 10 juillet 2000. Constatant que le juge pénal appelé à se prononcer sur cette faute caractérisée semblait considérer que celle-ci repose sur un double critère tenant, d'une part, à l'intensité de la faute commise et, d'autre part, à son évidence, il avait plaidé pour une transposition de ce critère en droit de la santé (P. Mistretta, note sous CE 19 févr. 2003, JCP 2003. II. 10107). On ne peut donc manquer de relever que, dans le présent arrêt, la Cour de cassation approuve la cour d'appel d'avoir déduit que l'affirmation, dans le compte rendu écrit, que les membres étaient « visibles avec leurs extrémités », constituait une faute qui, « par son intensité et son évidence », était caractérisée au sens de l'article L. 114-5. On pourra cependant regretter que la Cour de cassation ne précise pas ce que recouvrent l'intensité et l'évidence. Il semblerait que l'intensité renvoie à une faute d'une particulière gravité et l'évidence à une « diligence anormale compte tenu de données que le praticien doit normalement connaître »

(P. Hennion-Jacquet, note sous Versailles, 28 nov. 2003, D. 2004. 2814).

En l'espèce, et ceci pourrait expliquer le silence de la Cour de cassation, la preuve de la faute caractérisée était facilitée par le fait que les médecins avaient expressément relevé par écrit, l'un, la visibilité des membres « avec leurs extrémités », l'autre, « la présence de deux mains ». On pouvait, en effet, considérer que la faute caractérisée découlait de ces affirmations catégoriques, spécialement de la seconde, dénuée de toute ambiguïté. De fait, pour retenir la responsabilité de l'auteur de ce compte rendu, la Cour, approuvant la cour d'appel d'avoir déduit de cette affirmation l'existence de la faute caractérisée, n'a pas eu besoin de se référer ni à son intensité ni à son évidence.

**Document 20 : F. DEKEUWER-DEFOSSEZ, « Préjudice de naissance II : le retour... », Revue Lamy droit civil, n°83, 1<sup>er</sup> mai 2011**

On aurait pu penser que la loi n° 2002-303 du 4 mars 2002 (JO 5 mars 2002) sur les droits des malades, en proclamant que « *nul ne peut se prévaloir d'un préjudice du seul fait de sa naissance* », mettrait fin définitivement à la jurisprudence Perruche (Cass. ass. plén., 17 nov. 2000, n° 99-13.701, Bull. ass. plén., n° 9, Dr. & pat. 2001, n° 89, p. 6, note Hauser J.), qui allouait une indemnisation aux personnes nées dans des circonstances excluant qu'elles puissent avoir une vie « *normale* ». Destinée à apaiser les craintes des médecins, qui redoutaient un développement exponentiel de leur mise en cause et une augmentation démesurée du montant de leurs primes d'assurances, la loi de 2002 n'a cependant jamais vraiment été admise par les tribunaux, à qui elle est apparue comme l'un des nombreux épisodes de la fameuse saga : « *la jurisprudence combattue par la loi* »(selon l'expression célèbre de Malaurie Ph., *in La jurisprudence combattue par la loi*, *in Mélanges offerts à René Savatier, Dalloz, 1965*, p. 604). Soumise à la Cour européenne des droits de l'homme (CEDH, 6 oct. 2005, aff. 11810/03, Maurice c/ France ; CEDH, gde ch., 21 juin 2006, aff. 1513/03, Draon c/ France), la loi de 2002 n'a pourtant été

condamnée que dans ses dispositions transitoires, au motif qu'elle privait rétroactivement les victimes d'une « *espérance légitime* » résultant de la jurisprudence Perruche. Ce qui ne dissuada pas d'autres plaideurs de poser à son sujet une question prioritaire de constitutionnalité, dont la réponse, sans surprise, a été largement similaire (Cons. const., 11 juin 2010, n° 2010-2 QPC, D. 2010, p. 1976, note Vigneau D.).

Validée dans son principe par les plus hautes autorités européennes et constitutionnelles, la loi dite « *anti-Perruche* » n'a pourtant pas mis fin à toutes les indemnisations du préjudice de naissance. Plusieurs affaires ont récemment mis en lumière les limites étroites de son application par les tribunaux, ce qui relance la réflexion sur ce qui peut être considéré comme un « *préjudice ne résultant pas du seul fait de la naissance* », et donc réparable, comme sur les types de fautes pouvant engendrer droit à réparation.

**I – LE DOMAINE D'APPLICATION DE L'ARTICLE L. 114-5 DU CODE DE L'ACTION SOCIALE ET DES FAMILLES, OU LA PEAU DE CHAGRIN...**

Voté dans une certaine précipitation et à l'issue d'un débat particulièrement vif, l'article 1<sup>er</sup> de la loi du 4 mars 2002, codifié ensuite à l'article L. 114-5 du Code de l'action sociale et des familles (CASF), est d'une interprétation moins simple qu'il n'y paraît à première lecture.

Le premier alinéa commence par énoncer avec solennité que « *nul ne peut se prévaloir d'un préjudice du seul fait de sa naissance* ». On passera sur l'usage détourné du verbe « *se prévaloir* » qui ressortit à la sémantique des priviléges, et non à celle des préjudices...

L'alinéa 2 ouvre néanmoins un droit à réparation au bénéfice des personnes nées avec un handicap causé, aggravé ou à tout le moins non atténué, par l'effet d'une faute médicale.

À titre d'exemple, on peut citer un arrêt de la cour administrative d'appel de Bordeaux en date du 16 septembre 2010, concernant une enfant née en état de mort apparente, réanimée ensuite mais demeurant atteinte de graves

séquelles neurologiques : un certain nombre de fautes médicales commises au moment de l'accouchement avaient, selon la cour, « *fait perdre à Élodie toute chance de naître exempte de handicap* »(CAA Bordeaux, 16 sept. 2010, n° 08BX01993). Un cas de figure similaire a tout récemment suscité un arrêt du 17 février 2011 de la première chambre civile de la Cour de cassation (Cass. 1<sup>re</sup> civ., 17 févr. 2011, n° 10-10.449, D. 2011, p. 675, obs. Gallmeister I.).

Quant à l'alinéa 3, il vise le cas particulier du handicap non décelé pendant la grossesse, « *à la suite d'une faute caractérisée* », et limite en ce cas la réparation au préjudice moral subi par les parents, la charge de l'entretien de l'enfant devant être assumée par la solidarité nationale. C'est à ce propos que s'est développée avec succès la contestation relative à l'application de cette restriction aux personnes nées avant l'entrée en vigueur de la loi (v. CEDH, 6 oct. 2005, aff. 11810/03, Maurice c/ France ; CEDH, gde ch., 21 juin 2006, aff. 1513/03, Draon c/ France ; Cons. const., 11 juin 2010, n° 2010-2 QPC, précité ; Cass. 1<sup>re</sup> civ., 8 juill. 2008, n° 07-12.159, Bull. civ. I, n° 190).

À l'expérience, ce texte a suscité un certain nombre d'interrogations.

D'abord, un certain nombre de types de préjudices d'origine médicale ne sont visés ni par le deuxième, ni par le troisième alinéa. Ainsi, dans une affaire jugée par le tribunal administratif de Nîmes (TA Nîmes, 2 juin 2009, D. 2010, p. 419, note Borghetti J.-S.), un enfant était né en état de mort apparente, mais à la suite d'une réanimation imprudente, il était revenu à la vie atteint de très importantes séquelles.

Jugeant la réanimation disproportionnée et relevant de « *l'obstination déraisonnable* » stigmatisée tant par le Code de déontologie médicale que par la loi n° 2005-370 du 22 avril 2005 (JO 23 avr. 2005) relative à la fin de vie, le tribunal a condamné le centre hospitalier à indemniser tant l'enfant que ses parents, au titre de tous les préjudices, économiques et non économiques, dont ils justifiaient. De toute évidence, le préjudice dont l'enfant et ses parents se plaignaient ne résultait pas de la « *seule naissance* », et l'article L. 114-5 du

CASF ne pouvait s'appliquer. Néanmoins, l'on ne peut considérer que le dommage avait pour origine la faute médicale, puisque la réanimation fautive n'avait fait que rendre la vie à une personne handicapée de naissance. Il s'agissait donc bien d'une action en « *wrongfull life* », à défaut d'être une action en « *wrongfull birth* ».

Surtout, il n'est pas évident de savoir si ce texte a vocation à s'appliquer en dehors du champ de la responsabilité médicale. La question s'est posée récemment dans deux arrêts de la Chambre criminelle de la Cour de cassation, relatifs à des naissances consécutives à des infractions sexuelles, un viol dans l'un des cas, un ensemble d'agressions sexuelles incestueuses correctionnalisées dans l'autre (Cass. crim., 23 sept. 2010, n° 09-82.438 et 09-841.08, Bull. crim., n° 139 et 141, RLDC 2011/78, n° 4083, note Guessoum A.). La Cour de cassation a balayé l'argument des prévenus fondé sur le premier alinéa de l'article L. 114-4 du CASF, en énonçant dans l'un des arrêts que « *le préjudice ne résulte pas de la seule naissance de l'enfant* »(Cass. crim., 23 sept. 2010, n° 09-84.108, précité, rejetant le pourvoi contre l'arrêt de la cour d'Angers du 13 mai 2009 qui avait alloué des dommages et intérêts à l'enfant né de l'inceste), et dans l'autre que « *le préjudice invoqué par la partie civile résultait directement des faits criminels poursuivis* »(Cass. crim., 23 sept. 2010, n° 09-82.438, précité, cassant l'arrêt de la cour d'appel de Nancy du 27 février 2009 qui avait refusé l'indemnisation).

Le fait que la naissance de l'un des enfants soit antérieure à 2002 aurait pu fonder l'exclusion de l'article L. 114-5 du CASF. Mais la Cour de cassation n'a fait aucune allusion à cette circonstance, et il est symptomatique que la date de naissance de l'autre enfant ne soit pas mentionnée dans l'autre arrêt. La Cour a donc voulu prendre une position de principe (les arrêts sont rendus en formation plénière et promis à la plus large diffusion) et écarter définitivement l'application de la loi « *anti-Perruche* » aux cas de naissances résultant d'infractions sexuelles. Elle reprend donc, comme si de rien n'était, sa jurisprudence antérieure à 2002 (Cass. crim., 4 févr. 1998, n° 97-80.305, D. 1999, jur., p. 445, note Bourgault-Coudevylle D.).

La position de la Chambre criminelle ne manque pas de justifications. Il est certain que le texte de 2002 était destiné à régler des questions de responsabilité médicale, et sa codification au CASF, dans un chapitre relatif aux personnes handicapées, est un argument supplémentaire pour ne pas l'appliquer aux autres préjudices de naissance. Les observations publiées par le conseiller rapporteur rappellent que les débats parlementaires avaient explicitement exclu l'application de la loi « *anti-Perruche* » au cas de l'inceste (D. 2011, p. 126, obs. Lazerges-Cousquer L). La généralité des termes du premier alinéa de l'article L. 114-5 du CASF ne devrait donc pas conduire à l'appliquer hors du champ du handicap.

De surcroît, cette solution s'inscrit dans un élargissement de l'action civile, désormais ouverte aux « *proches de la victime* »(en ce sens, v. Ambroise-Casterot C., AJ Pénal 2011, p. 27).

Subsist quand même un doute ou au moins une interrogation : quel est ce préjudice « *qui ne résulte pas de (la) seule naissance* » de l'enfant et qui peut donc être indemnisé ?

## **II – À LA RECHERCHE DES PRÉJUDICES NE RÉSULTANT PAS « DU SEUL FAIT DE (LA) NAISSANCE »**

À vrai dire, jamais aucune action n'a été intentée pour demander réparation d'un préjudice « *résultant du seul fait de (la) naissance* » : c'est toujours parce que cette naissance s'est accompagnée de circonstances particulières qu'il y a eu plainte, et c'est du dommage résultant de ces particularités que réparation a été demandée. À l'entendre dans son sens littéral, l'alinéa premier de l'article L. 114-5 du CASF ne concernerait aucune demande en justice ! Cependant, quel que soit le type de préjudice réparé, les interrogations ne manquent pas.

Le cas de figure le plus classique est représenté par l'arrêt de la première chambre civile en date du 17 février 2011 (Cass. 1<sup>re</sup> civ., 17 févr. 2011, n° 10-10.449, précité) ou par celui de la cour administrative d'appel de Bordeaux du 16 septembre 2010 (CAA Bordeaux, 16 sept. 2010, n° 08BX01993, précité) : à défaut de

pouvoir déterminer si l'enfant serait né handicapé ou non en l'absence de faute médicale, la « *perte de chance* » permettra d'allouer à l'enfant, à sa famille ainsi qu'à la caisse primaire d'assurance maladie, de très substantielles indemnités, correspondant à la prise en charge des besoins de l'enfant, ainsi qu'à l'indemnisation des divers préjudices moraux subis par elle-même et par son entourage. La lecture de l'arrêt de la Cour de cassation du 17 février 2011 montre d'ailleurs les contorsions logiques nécessaires pour concilier les règles de causalité pénales et civiles : en l'espèce, la faute de la sage-femme, qui a justifié sa condamnation définitive pour blessures involontaires, « *avait été à l'origine des atteintes corporelles constitutives de l'entier dommage* », alors cependant qu'aucun expert n'avait été capable de dire si l'enfant serait né sans séquelles en l'absence de ses erreurs et fautes médicales.

Relevons au passage que le délai décennal de prescription ne commence pas à courir avant la consolidation de l'état de l'enfant. Dans le cas tranché par l'arrêt de la Cour administrative d'appel de Bordeaux du 16 septembre 2010 (CAA Bordeaux, 16 sept. 2010, n° 08BX01993, précité), cette consolidation n'ayant pas été antérieure à la majorité de l'enfant, la Cour statue sur le préjudice résultant de fautes commises lors d'un accouchement datant de 1982. À cette aune, l'interdiction d'appliquer la loi « *anti-Perruche* » aux naissances antérieures à son entrée en vigueur en laisse augurer une assez longue survie potentielle....

Mais il y a plus grave. Dans l'arrêt précité de la cour administrative d'appel de Bordeaux, comme dans la décision du tribunal administratif de Nîmes, le fait générateur du préjudice était une réanimation néonatale trop bien réussie.

L'on n'est donc pas en présence d'un préjudice de naissance, mais d'un préjudice de réanimation fautive, et l'exclusion de l'article L. 114-5 du CASF est donc parfaitement logique.

Reste qu'il n'y a aucune raison de limiter ce genre de réparation aux réanimations néonatales abusives. Toute réanimation, dès

lors qu'elle aboutit à rendre à la vie une personne trop lourdement handicapée pour avoir une vie autonome et « *normale* », peut susciter ce type d'indemnisation. L'admission des actions fondées sur la « *vie préjudiciable* » rendra l'exercice de la profession de médecin réanimateur excessivement risqué. Comme M. Borghetti, l'on peut se demander quelle sera la réaction des juges lorsqu'une personne se plaindra d'avoir été réanimée au prix d'un handicap que d'aucuns jugeraient mineur (Borghetti J.-S., note précitée sous TA Nîmes, 2 juin 2009).

Cette jurisprudence peut aussi par contrecoup avoir des conséquences sur la revendication du suicide assisté. Si la vie, dans certaines circonstances, est considérée comme un préjudice réparable, il ne serait que logique d'en déduire que celui qui en est affligé peut exiger de la société qu'elle y mette un terme à sa demande (l'affaire *Vincent Humbert* a d'ailleurs commencé par une réanimation « *réussie* »). Sur ce sujet, la position de la Cour de Strasbourg semble hésitante, oscillant entre admission du droit au suicide et absence d'obligation positive des États d'adopter des mesures concrétisant ce droit (v. CEDH, 29 avr. 2002, aff. 2346/02, *Pretty c/ Royaume-Uni*, et plus récemment, CEDH, 20 janv. 2011, aff. 31322/07, *Haas c/ Suisse*, RLDC 2011/80, n° 4174, obs. Gallois J.), tandis qu'en France une énième proposition de loi en ce sens vient d'être rejetée par le Sénat, à la demande du gouvernement (Proposition de loi Sénat n° 31, 2010-2011).

Quant aux préjudices réparés dans les deux affaires jugées par la Chambre criminelle le 23 septembre 2010, ils sont d'un tout autre ordre. Dans l'un des cas (Cass. crim., 23 sept. 2010, n° 09-84.108, précité), il s'agissait, assez classiquement (comme dans Cass. crim., 4 févr. 1998, n° 97-80.305, précité ; v. également, TGI Lille, 6 mai 1996, D. 1997, jur., p. 543, note Labbée X. ; TGI Tulle, 10 avril 1998, D. 1998, jur., p. 146 ; CA Paris, 25 juin 1999, D. 1999, I.R., p. 226 ; CA Caen, 7 nov. 2000, JCP G 2002, II, n° 10 001, note Sériaux A. ; CA Grenoble, 29 juin 2005, Resp. civ. et assur. 2006, comm. n° 48, obs. Radé C.), du préjudice « *civil* » résultant de l'impossibilité d'établir son lien de filiation paternelle en raison de l'inceste. Dans l'autre affaire (Cass. crim., 23 sept. 2010, n° 09-

82.438, précité), le préjudice moral de l'enfant résultait du traumatisme subi lorsqu'il prit conscience des circonstances de sa conception. Il se traduisait par des souffrances psychologiques nécessitant un suivi médical. Si la Cour de cassation a admis la recevabilité de l'action civile exercée par la sœur d'une femme violée (v. Cass. crim., 27 mai 2009, n° 09-80.023, Bull. crim., n° 107, AJ pénal 2009, p. 363, obs. Duparc C. ; *adde Ambroise-Casterot C.*, obs. précitées sous Cass. crim., 23 sept. 2010, n° 09-82.438 et 09-84.108), *a fortiori* ne pouvait-elle rejeter celle de l'enfant issu du viol, dont les souffrances sont certainement aussi importantes ?

*Cette solution s'inscrit dans un élargissement de l'action civile désormais ouverte aux « proches de la victime ».*

Dans l'une comme dans l'autre affaire, on retrouve le biais logique déjà longuement discuté à propos de l'affaire *Perruche*, à savoir que l'absence de faute de l'auteur du viol ou de l'inceste aurait conduit non pas à ce que l'enfant naîsse indemne de tout dommage, mais à ce qu'il ne naîsse pas (v. Guessoum A., note précitée sous Cass. crim., 23 sept. 2010, n° 09-82.438 et 09-84.108). Comme l'explique de manière lumineuse le professeur Brun (D. 2011, p. 54, obs. Brun Ph.) le raisonnement de la Cour de cassation ne peut s'expliquer que par une conception particulière de la causalité, consistant à se demander non pas ce qui se serait passé s'il n'y avait pas eu d'acte fautif, mais si l'acte avait eu lieu sans son caractère fautif. Autrement dit, on compare la naissance résultant d'un acte délictueux à une autre naissance n'ayant pas ce caractère. Dans certains cas, la comparaison est pertinente, notamment dans le cas de relations sexuelles résultant de violences, qui auraient pu être librement consenties. Cependant, s'agissant de l'enfant né de l'inceste, une relation non fautive donnant naissance au même enfant était tout simplement impossible.

Au demeurant, il n'est guère utile de revenir à nouveaux frais sur l'illogisme de l'analyse du lien de causalité dans l'arrêt *Perruche*. Il est plus intéressant de s'interroger sur les prolongements possibles de cette jurisprudence dans d'autres hypothèses voisines.

S'agissant du préjudice « *civil* » résultant de l'impossibilité d'établir le lien de filiation paternelle, il provoque à se demander si l'indemnisation ne pourrait pas être exigée pour toutes les naissances faisant suite à des pratiques interdites par la loi française. Le même préjudice ne peut-il pas être invoqué par les enfants nés d'inséminations artificielles de femmes célibataires réalisées à l'étranger, qui n'auront jamais de filiation paternelle, ou par les enfants nés de gestation pour autrui à l'étranger dont la filiation maternelle n'est pas reconnue en France ?

Quant au traumatisme psychologique subi par l'enfant, il ne serait pas difficile d'imaginer nombre de situations voisines dans lesquelles des souffrances similaires pourraient être observées, et notamment dans certains cas d'abandon précoce de la mère par l'auteur de la grossesse.

Qu'il s'agisse du préjudice résultant du handicap ou de celui qui provient de l'irrégularité de la filiation juridique, l'on ne peut que relever, avec M. Borghetti (Borghetti J.-S., note précitée sous TA Nîmes, 2 juin 2009), la dérive des fonctions de la responsabilité qui n'est plus de réparer ce qui n'a jamais existé et ne pouvait pas exister, mais de compenser ce qui aurait dû être différent : qui fixera alors les bornes de l'insatisfaction légitime ?

À vrai dire, l'explication de ces indemnisations tient pour une grande partie à l'existence de comportements tout à fait répréhensibles, et parfois criminels. C'est poser la question des fautes sanctionnables.

### **III – LA FAUTE À L'ORIGINE DE LA VIE PRÉJUDICIALE...**

De même que l'affaire *Perruche* est issue de fautes médicales avérées et inexcusables, la jurisprudence de la Chambre criminelle comme les décisions précitées des juridictions administratives de Bordeaux ou de Nîmes sanctionnent des comportements inadmissibles. Ainsi, il eût paru injuste que l'auteur d'un viol incestueux ne soit pas condamné à réparation alors que l'enfant né de ses œuvres subissait indéniablement une situation peu enviable.

Reste cependant que, le principe de l'indemnisation une fois admis, la tendance naturelle des juridictions risque d'être l'admission de plus en plus large de l'obligation de réparer des fautes de plus en plus légères.

La confrontation des arrêts de la Chambre criminelle en est déjà l'illustration topique. Alors que dans l'arrêt du 4 février 1998 (Cass. crim., 4 févr. 1998, n° 97-80.305, précité) l'indemnisation faisait suite à une condamnation en assises pour viol), elle est cette fois-ci admise à la suite d'une décision correctionnelle pour agression sexuelle. Il est d'ailleurs intéressant de relever que le tribunal correctionnel et la cour d'appel n'avaient pas cru pouvoir admettre la constitution de partie civile de l'enfant, et qu'une discussion semble s'être engagée sur la question de savoir dans quelle mesure il était possible d'utiliser le terme de « *viol* » dans l'arrêt rendu sur les intérêts civils. Sans ambages, la Cour de cassation a cassé l'arrêt qui avait estimé ne pas devoir indemniser le préjudice de l'enfant. Il est clair que l'indemnisation n'est pas l'apanage des seules fautes criminelles, mais peut s'étendre aux fautes correctionnelles, voire contraventionnelles.

On ne peut alors pas échapper à une interrogation sur l'éventualité de demandes d'indemnisation de préjudices résultant de fautes non susceptibles de qualification pénale.

Certaines filiations incestueuses sont le fruit de relations sexuelles librement consenties. Sont-elles pour autant exemptes de tout caractère fautif, notamment vis-à-vis de l'enfant ainsi conçu ?

Le même questionnement pourrait être extrapolé aux autres hypothèses de filiations illicites selon la loi française. D'aucuns pourraient très bien plaider que le recours à une maternité de substitution interdite en France est constitutif d'une faute civile pouvant engendrer droit à indemnisation de l'enfant privé de filiation. Le même raisonnement pourrait être tenu à propos des inséminations de femmes célibataires effectuées à l'étranger dans des conditions que la loi française n'admet pas : il n'y aurait aucune incohérence à indemniser alors l'enfant

pour le préjudice résultant de ce qu'il ne peut pas avoir de père légal, et qu'il ignorera toujours l'identité de son géniteur.

Une semblable boîte de Pandore s'est ouverte avec l'indemnisation des réanimations fautives. À trop sanctionner l'excès de réussite dans les réanimations, le risque serait que les équipes médicales renoncent trop vite... au risque de se voir alors reprocher l'insuffisance de leurs efforts ! Dans la mesure où l'on ne peut jamais savoir exactement quelles séquelles peuvent atteindre les personnes émergeant d'un coma, il faudrait que la mise en jeu de la responsabilité pour réanimation préjudiciable reste cantonnée dans les limites d'une faute médicale évidente et grossière, sauf à susciter dans le corps médical une révolte dont les prodromes ont été observés après l'affaire *Perruche*.

Enfin, la question a déjà été posée de la responsabilité des parents qui transmettraient à leur enfant des tares et déficiences génétiques ou résultant de mauvais comportements avant la naissance (v. Borghetti J.-S., note précitée sous TA Nîmes, 2 juin 2009). Il n'est plus inimaginable que le père d'un enfant demande en son nom réparation à la mère des séquelles de sa consommation d'alcool ou de tabac pendant la grossesse. Il n'est pas non plus inconcevable qu'un enfant, devenu adulte, et s'apercevant de sa stérilité, engage la responsabilité des parents qui auraient recouru à des procédés d'assistance médicale à la procréation dont on sait qu'ils lui font courir ce

genre de risque. Que la responsabilité civile soit explicitement exclue par le Code de la santé publique pour défaut de transmission des informations génétiques (aux termes de l'article L. 1131-1 du Code de la santé publique : « *le fait pour le patient de ne pas transmettre l'information relative à son anomalie génétique dans les conditions prévues au troisième alinéa ne peut servir de fondement à une action en responsabilité à son encontre* ») atteste bien qu'à défaut de texte, elle eût pu être engagée : *a fortiori* serait-ce envisageable en cas de transmission d'une tare génétique.

Dans un tel contexte, grande pourrait être la tentation de considérer comme fautive toute procréation susceptible d'être considérée comme préjudiciable par l'enfant dès lors que ce préjudice pouvait être raisonnablement anticipé. Le défaut de diagnostic prénatal, ou le refus d'interrompre une grossesse en cas de grave malformation, pourrait alors être retenu comme faute engendrant obligation de réparer.

L'incertitude relative à la portée exacte de l'article L. 114-5 du CASF, de même que la réticence visible de la jurisprudence, qui n'a jamais vraiment admis la loi « *anti-Perruche* », relanceraient alors à nouveaux frais le questionnement éthique sur la responsabilité de ceux qui (re)donnent la vie dans des circonstances préjudiciables.

**SÉANCE 2 :**  
**LA PERSONNE PHYSIQUE : LE CORPS HUMAIN**

## Sommaire :

### 1. Homme et animal

- D.MAINGUY, « Ranger l'Homme ou ranger l'animal » in *Ranger l'Animal, L'impact de la norme en milieu contraint (II) : exemples de droit colonial et analogies contemporaines*, sous la direction de E.de MARI et D. TAURRISSON-MOURET, Victoires, 2014
- J.-P. MARGUENAUD, « La femelle chimpanzé Cécilia, premier animal reconnu comme personne juridique non humaine. Commentaire de la décision EXPTE.NRO.P-72.254/15 A.F.A.D.A. *respecto del chimpancé Cécilia-sujeto no humano* rendue le 3 novembre 2016 par le tribunal de Mendoza », Revue Semestrielle de Droit Animalier 2/2016, p.15

### 2. L'inviolabilité du corps humain

- CEDH, 20 janvier 2011, Haas c. Suisse, Req. N° 31322/07
- Loi n° 2005-370 du 22 avril 2005 relative aux droits des malades et la fin de vie dite *Loi Leonetti*
- Rapport SICARD, Commission de réflexion sur la fin de vie en France, 18 décembre 2012 (extraits)
- A. DIONISI-PEYRUSSE, « Actualité de la Bioéthique », AJ Famille, 2013, p. 8
- E. ALFANDARI, « Suicide assisté et euthanasie », Recueil Dalloz 2008, p. 1600
- CEDH, 5 juin 2015, Lambert et autres c. France, Req. N° 46043/14
- Proposition de loi de A. CLAEYS et J. LEONETTI créant de nouveaux droits en faveur des malades et des personnes en fin de vie, n° 2512, enregistrée à la présidence de l'Assemblée Nationale le 21 janvier 2015

### 3. L'indisponibilité du corps humain

- Ass. Plén., 31 mai 1991, n° 90-20.105
- Civ. 1<sup>ère</sup>, 6 avril 2011, n° 09-17.130
- Ass. Plén., 3 juillet 2015, n°14-21.323

### 4. La dignité de la personne humaine

- CEDH, 17 février 2005, K.A et A.D c. Belgique
- Civ. 1<sup>ère</sup>, 16 septembre 2010, n° 09-67.456
- CE, 16 août 2002, n° 249552
- J. LEPERS, « Un reste humain peut-il appartenir au domaine public ? », AJDA, 2008, p. 1896

## TRAVAIL À EFFECTUER

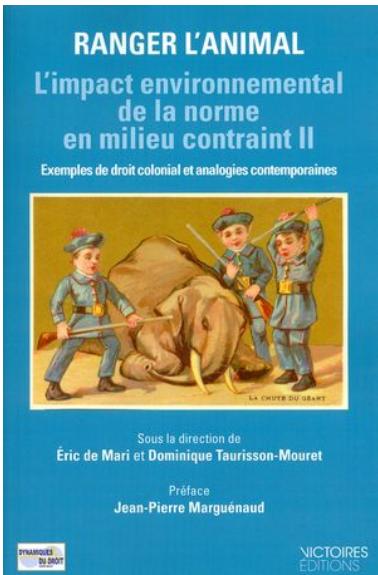
- Commentaire **rédigé** de l'arrêt : Civ. 1<sup>ère</sup>, 16 septembre 2010, n° 09-67.456
- Lecture des documents
- Analyse de tous les arrêts

---

## I. HOMME ET ANIMAL

---

**Document 1 : D.MAINGUY, « Ranger l'Homme ou ranger l'animal » in *Ranger l'Animal, L'impact de la norme en milieu contraint (II) : exemples de droit colonial et analogies contemporaines*, sous la direction de E.de MARI et D. TAURRISSON-MOURET, Victoires, 2014**



## Ranger l'homme ou ranger l'animal ?

*In E.de Mari et D. Taurisson-Mouret (dir.) Ranger l'Animal, L'impact de la norme en milieu contraint (II) : exemples de droit colonial et analogies contemporaines, Victoires, 2014.*

D. Mainguy, Professeur à la faculté de droit de Montpellier

*Avertissement : ce propos n'est ni une étude scientifique du droit existant, ni une prospective juridique du droit à venir, mais une proposition de « science-fiction juridique », genre relativement peu usité, mais permettant de présenter, d'une manière nouvelle sinon originale, un droit imaginaire, quoique non improbable. Imaginons, donc que nous sommes en 2024 et que cette étude est commandée pour célébrer les dix ans de la loi de 2014 sur la reconnaissance du caractère sensible de l'animal et, de ses suites, une loi reconnaissant la personnalité juridique de l'animal, hypothétiquement adoptée en 2024, puisque c'est bien ce dont il s'agit.*

*Telle est la perspective, fictionnelle et/ou prospective (pour tous ceux à qui cela aurait échappé), une perspective « à la Pierre Boulle », l'auteur de *La planète des singes* ou « à la Simak », celui de *Debout les chiens*, ou encore à la manière d'Orwell et sa *Ferme des animaux*, l'ensemble au risque, bien entendu, de la critique, scientifique ou moins scientifique, parfaitement assumé, en raison de son ton impolitiquement correct.*

*Ce propos se veut polémique, au moins autant que la pétition largement médiatisée reprenant un mouvement apparu en 2005 pour assurer la reconnaissance de l'animal comme un être sensible, dans le Code civil<sup>1</sup>. S'il ne s'agissait que de cette question elle pourrait apparaître comme mineure, voire secondaire, quoique aimable. Mais en réalité ce qui se joue, c'est bien la création d'un statut de l'animal, un statut qui « désanimalise » et personnifie l'animal. Ce statut se présente comme alternatif à celui de chose et de personne, une sorte de statut intermédiaire, c'est du moins la position « moyenne » telle qu'elle est revendiquée par exemple par J.-P. Marguénaud, par ailleurs parfaitement respectable et censée. Si position moyenne il y a c'est sans doute qu'il existe donc une position « ultra » laquelle qui repose, précisément sur la reconnaissance de l'animal comme une personne, c'est-à-dire comme une personne humaine, dans la logique du mouvement de libération animale<sup>2</sup>. Ainsi aux Etats-Unis, ont été engagées trois actions par l'association NonhumanRightsProjects visant à assurer la libération de quatre*

<sup>1</sup>Cette pétition se présente ainsi : « Les animaux sont encore définis par le code civil comme des choses, sur lesquelles l'homme peut par conséquent exercer un droit absolu. Nous n'ignorons pas que toute tentative pour faire évoluer cette classification se heurte à la force des habitudes et soulève invariablement des objections d'ordre économique. Nous l'ignorons d'autant moins que c'est le cas chaque fois qu'est réclamée la légitime considération due à un groupe exploité ou opprimé. Certes, les animaux ne sont pas des êtres humains. Ce n'est pourtant pas la proclamation d'une dignité métaphysique, mais certains attributs - capacité à ressentir le plaisir et la douleur notamment - que les humains partagent avec au moins tous les vertébrés, qui enracent les droits les plus fondamentaux. Et bien que dans diverses réglementations françaises et européennes les animaux soient reconnus pour leurs qualités d'"êtres sensibles", encouragés en ce sens par les progrès de la connaissance scientifique, ils demeurent de manière de plus en plus contradictoire des biens meubles dans notre code civil. Pour que les animaux bénéficient d'un régime juridique conforme à leur nature d'êtres vivants et sensibles et que l'amélioration de leur condition puisse suivre son juste cours, une catégorie propre doit leur être ménagée dans le code civil entre les personnes et les biens ».

<sup>2</sup> P. Singer, *La libération animale*, Grasset, 1993. Sur un autre plan : T. Regan, *Les droits des animaux*, Hermann, 2013.

*grands singes. Or le fondement de ces actions n'est pas de reconnaître le caractère sensible de ces animaux, et donc d'envisager une sanction ou des mesures au nom de mauvais traitements qui seraient infligés, mais de dénoncer le droit de propriété s'exerçant sur ces choses particulières, en vue de leur retirer le statut de choses et leur accorder le statut de personne. D'ailleurs, les propositions de loi françaises visant à reconnaître le caractère sensible de l'animal se fondent systématiquement sur une confusion, visant à modifier les règles en vue de ce seul objectif tout en expliquant dans les divers exposés des motifs que l'animal n'est pas, ne peut pas être, une chose, qu'il est une personne donc, but final, explicitement ou implicitement exprimé<sup>3</sup>.*

1 L'animal est un homme comme les autres. Cette formule est, caricaturée, le crédo du mouvement ample et qui dépasse les frontières françaises, qui visait, autrefois, à assurer que l'animal doit pouvoir être doté de droits subjectifs. Ce faisant l'animal était considéré comme un *sujet de droit*, une personne juridique, devenant l'acteur d'une véritable révolution juridique bousculant, poussant plus que renversant le droit ancien, vil, brutal et gréginaire qui considérait l'animal comme une chose, comme un bien, comme un chien.

Il n'en est plus ainsi aujourd'hui : l'animal est devenu une personne juridique, depuis la première avancée juridique en la matière issue de la loi de 2014 reconnaissant le caractère sensible de l'animal dans le Code civil, depuis dépassée par la loi sur la reconnaissance de l'animal comme une personne juridique tant sur le principe que dans ses modalités<sup>4</sup>.

Deux remarques liminaires s'imposent préalablement pour présenter la situation.

La première tient au fait que, *en droit positif français*, l'animal a longtemps été une chose, un bien meuble corporel le plus souvent, un immeuble par destination parfois. Toute proposition visant à présenter l'animal comme une « non-chose » relevait donc d'une prescription, d'un droit à faire, cette prescription étant le plus souvent fondée sur tout une série d'arguments philosophiques qui, tous relevaient d'une ou de plusieurs propositions de *droit naturel*. Désormais, c'est l'inverse, la norme juridique positive est bien celle identifiant l'animal à l'homme, ce dont notre droit tire toutes les conséquences.

La seconde tend à préciser que cette contribution vise à se placer, en positiviste, dans la situation dans laquelle l'animal serait effectivement considérée comme une « non chose », mieux, ou pire, une personne, et non dans un exercice mélancolique, et relevant d'un autre droit naturel, visant à tenter de rappeler que les choses étaient meilleures, autrefois.

Il convient cependant, de manière liminaire, de préciser ce qu'était ce droit positif plaçant l'animal dans le champ des choses (I), avant de se plonger dans le commentaire de ce droit nouveau (II).

## I. Le droit ancien, l'animal alors conçu comme une chose

### A. – La *Summadivisio* Homme/Animal

2 Les règles du droit civil étaient simples, articulées autour de la notion de personne juridique : les personnes sont des sujets de droits, c'est-à-dire qu'elles sont susceptibles de disposer de droits, contre d'autres personnes, ou ayant pour objet des choses. A l'inverse, les choses étaient l'objet des droits des personnes. Ces choses étaient (et demeurent) meubles ou immeubles, dispose l'article 521 du Code civil. La distinction se fondait donc sur une logique tirée de la Modernité en philosophie politique, à savoir que les hommes sont tout à la fois égaux et en concurrence pour leurs droits, droits qui pouvaient être *interpersonnels*, comme des droits de créance ou des droits de la personnalité, ou patrimoniaux et porter sur une chose, quelle qu'elle soit d'ailleurs.

L'animal, qui n'était pas une personne, était donc une chose, par la force de cette distinction, un meuble par nature le plus souvent, l'objet d'un droit d'une personne. Il n'y avait donc pas de *summadivisio* qui aurait opposé, en droit civil, l'homme et l'animal. La situation était plus subtile et la

<sup>3</sup> P. Cavalieri Et P. Singer, *The Great Ape Project. Equally beyond humanity*, St Martin Press, 1994.

<sup>4</sup> Simple proposition de loi au moment où ces propos étaient dits, elle était reprise dans le projet de loi de simplification validé par la commission des lois en avril 2014 au moment de l'achèvement de leur rédaction. En revanche et pour être bien certain d'avoir été compris, la loi sur la reconnaissance de la personnalité de l'animal, de 2024, relève de la fiction juridique.

formule très célèbre de Jean Carbonnier selon laquelle le droit a recouvert « *le monde bariolé des choses d'un uniforme capuchon gris, la notion de bien* »<sup>5</sup> ne devait pas être prise au premier degré : il suffisait de soulever le « capuchon gris » pour observer que sous l'apparence d'uniformité et de généralité, se cachaient des trésors de distinctions et de sous-distinctions.

3 La force des *summadivisio* conduisait en effet les juristes à proposer des distinctions inabouties du réel. Ils ne tiennent pas à peindre le réel dans toute la palette des couleurs à leur disposition, mais à proposer des distinctions efficaces, opérationnelles. Le langage juridique est ainsi une technique de traduction de propos relevant du langage ordinaire, vulgaire, en un discours articulé mais distinct, une sorte de langue étrangère que maîtrisent les juristes : les notions d'*immeuble*, de *propriété*, de *personne*, et bien d'autres encore sont des exemples de ces différences. L'un des éléments de la grammaire juridique repose sur l'existence de pareilles distinctions, les entités sont des choses ou des personnes, les choses sont meubles ou immeubles. Ainsi une *summadivisio* identifie en général une *catégorie fermée*, par exemple celle de personne ou celle d'immeuble, et une *catégorie ouverte*, celle des « non personnes », dite des choses ou, au sein des choses, celles des « non immeubles », dite des meubles.

L'intérêt est de résérer la catégorie fermée à une description, une définition, des conditions, peu importe, assez strictement définies pour que celle-ci soit le plus proche de la réalité de son objet, parce qu'elle est considérée comme celle pour laquelle le régime juridique est le plus important ou le plus fondamental : la personne est plus importante que les choses, l'immeuble que les meubles, etc.

La catégorie ouverte en revanche, puisqu'il s'agit d'une catégorie ne comportant *a priori* pas les éléments les plus importants, est donc une catégorie balai, apte elle-même à intégrer de nouvelles distinctions. Une *summadivisio* oppose les personnes et les choses, et au sein des personnes, catégorie fermée les personnes physiques et les personnes morales, au sein des choses, les immeubles et les meubles, les biens meubles corporels et les biens meubles incorporels, les choses inanimées et les animaux, etc.

L'intérêt est de permettre de ranger tout ce qu'il y a à ranger, au prix de certaines approximations. L'inconvénient est précisément que cette méthode laisse certaines approximations au rang d'approximation, prêtant le flan à la critique du système de rangement lui-même, notamment chez les non juristes, prêts à s'enflammer dès lors qu'on imagine qu'un animal est un caillou comme les autres.

4 Or, bien entendu, la catégorisation des entités juridiques est distincte du régime qu'on peut leur appliquer. Si par exemple un fonds de commerce, un droit de marque ou de brevet est un meuble, vil par nature, il n'est résulte pas que le régime juridique soit celui d'un meuble ordinaire : le régime juridique de ces meubles est pris en considération à la mesure de son intérêt. Il en est de même de l'animal : meuble, son régime juridique n'est pas celui d'une chose ordinaire.

La considération juridique de l'animal participait activement de cette « déconstruction » des catégories juridiques, à travers une controverse ancienne, et extrajuridique, celle des critères de distinction entre l'homme et l'animal.

Elle s'imposait pour des raisons économiques, encore que la situation de l'esclave<sup>6</sup> ou de l'indigène a longtemps brouillé la question. Fondamentalement cependant, les animaux étaient assimilés au bétail, aux animaux de compagnie ou encore au gibier, l'ensemble étant placé au service de l'homme, comme des biens, des choses donc.

Aussi poétique ou comptable qu'elle puisse paraître, la liste de l'article 524 du Code civil en rendait compte : « *Les animaux et les objets que le propriétaire d'un fonds y a placés pour le service et l'exploitation de ce fonds sont immeubles par destination. Ainsi, sont immeubles par destination, quand ils ont été placés par le propriétaire pour le service et l'exploitation du fonds : les animaux attachés à la culture ; les ustensiles aratoires ; les semences données aux fermiers ou métayers ; les pigeons des colombiers ; les lapins des garennes ; les ruches à miel ; les poissons des eaux non visées à l'article 402 du code rural et des plans d'eau visés aux articles 432 et 433 du même code ; les pressoirs, chaudières, alambics, cuves et tonnes ; les ustensiles nécessaires à l'exploitation des forges, papeteries et autres usines ; les pailles et engrais. Sont aussi immeubles par destination tous effets mobiliers que le*

<sup>5</sup> J. Carbonnier, Droit civil, vol. II, Les biens, les obligations, PUF Quadrige, 2004, n°707.

<sup>6</sup> Comp. J.-F. Niort, « Ranger l'esclave » versus « ranger l'animal » en droit français : quelques pistes de comparaisons, supra, p. .

*propriétaire a attachés au fonds à perpétuelle demeure* »<sup>7</sup>.

Cette distinction se justifiait surtout pour des raisons politiques. En effet, du point de vue de la Modernité, les lois sont faites pour les Hommes, qui se distinguent ainsi des animaux, et l'un des exercices classiques de philosophie consistait à distinguer l'Homme du non-Homme, l'animal. Dès lors si un être vivant est classé dans la catégorie « non homme », il devient une chose, comme l'animal. Avant la Modernité, c'était le cas de l'esclave ou du futur esclave, ou encore du fils de l'esclave<sup>8</sup> ou encore dans ce qui est au cœur de la *Controverse de Valladolid*, la fiction de Jean-Claude Carrière, qui présente un débat fictionnel sur la question de l'humanité des amérindiens (qui n'a d'ailleurs rien à voir avec ce fut cette controverse qui avait simplement pour objet de savoir s'il convenait de coloniser l'Amérique et de suspendre ou interdire des pratiques amérindiennes, religieuses, institutionnelles ou juridiques, et non de traiter de l'humanité des amérindiens).

Au-delà des critères naturels, sociaux ou physiques de distinctions ou de rapprochements (rire, mort, rites, âme, larmes, communication, langage, sensibilité, etc.), la distinction est irréductible : les hommes sont les sujets de droit, les animaux sont des choses.

## B. – Critiques de la Summa Divisio Homme/Animal

5 La réflexion menée par des scientifiques, des militants, des juristes<sup>9</sup> autour de la place de l'animal repose sur les ressemblances plus que les différences entre l'homme et animal, envisagées en outre pour des raisons autres que juridiques.

Il s'agit en effet de dépasser l'idée, souvent présentée comme cardinale par les juristes légalistes, selon laquelle les règles de droit disposerait d'une fonction d'organisation sociale et qu'elles seraient, pour cette raison, indépassables : le droit, résumé à la loi, devient ainsi, le point de départ et d'arrivée de la norme juridique selon divers critères d'autojustification relevant d'une conception naturaliste, la loi est le droit parce qu'elle est l'expression de la volonté générale quand ce n'est pas, plus banalement, parce qu'elle est la loi. Cette conception, primaire pour ne pas dire inculte, ne rend pas compte de deux logiques juridiques fondamentales et opposées, l'une qui décrit les normes juridiques selon les méthodes de la science du droit par référence à un simple critère de validité des normes juridiques, qui ne nous intéresse pas ici sauf à observer que cette description s'effectue indépendamment de toute valeur, mais qui reconnaît que des valeurs peuvent avoir une fonction de légitimation de ces normes, et l'autre, qui d'un point de vue prescriptif, valide les normes juridiques en tant qu'elles correspondent au contraire à un ensemble de valeurs, et sont, alors, le moyen de mettre en scène des exigences extra-juridiques qui, bien entendu, les subliment ou les transcendent.

6 Parmi ces valeurs et donc ces prescriptions, et s'agissant de la condition de l'animal, celui qui est le plus souvent retenu est le critère de la *sensibilité*, l'animal comme « *être sensible* », aussi sensible que l'homme, l'ensemble placé dans la catégorie des « *êtres vivants* », celle-ci n'ayant pas d'équivalent juridique universel, sinon en droit pénal ou de manière très générale par l'article L. 214-1 du Code rural et de la pêche maritime qui dispose, depuis une loi du 9 juillet 1976, que « *Tout animal étant un être sensible doit être placé par son propriétaire dans des conditions compatibles avec les impératifs biologiques de son espèce* ».

Simple pétition de principe ou déclaration générale sans portée normative claire ou au contraire véritable norme juridique impérative, la disposition sert surtout d'introduction générale à l'ensemble des

<sup>7</sup> Adde : C. civ., art. 522 : « *Les animaux que le propriétaire du fonds livre au fermier ou au métayer pour la culture, estimés ou non, sont censés immeubles tant qu'ils demeurent attachés au fonds par l'effet de la convention. Ceux qu'il donne à cheptel à d'autres qu'au fermier ou métayer sont meubles* » ; Art. 528 : « *Sont meubles par leur nature les animaux et les corps qui peuvent se transporter d'un lieu à un autre, soit qu'ils se meuvent par eux-mêmes, soit qu'ils ne puissent changer de place que par l'effet d'une force étrangère* ».

<sup>8</sup> F. Terré, *Le fils de l'esclave*, Dalloz, .

<sup>9</sup> J.-P. Marguénaud, *L'animal en droit privé*, Préf. Cl. Lombois, PUF 1992 ; La personnalité juridique des animaux, D. 1998, Chron., p. 205 ; La protection du lien d'affection envers un animal, D. 2004, Chron., p. 3009, Droit des animaux : on en fait trop ou trop peu, D. 2010, Chron. p. 816 ; S. Antoine, *L'animal et le droit des biens*, D. 2003, chron., p. 2651 ; A.-M. Sohm-Bourgeois, *La personnification de l'animal : une tentation à repousser*, D. 1990, chron., p. 33 ; R. Libchaber, *Perspectives sur la situation juridique de l'animal*, RTD civ. 2001, p. 239, *La souffrance et les droits, à propos d'un statut juridique de l'animal*, D. 2014, Chron., p.380, F. Ringel et E. Putman, *L'animal aimé par le droit*, RRJ 1995, n° 1, p. 45.

règles qui organisent « l'exploitation » de l'animal, comme « être sensible » par son « propriétaire ». Tout du moins s'agissait-il des animaux *susceptibles d'être sensibles*, soit « *Tout animal appartenant à une classe ou superclasse zoologique dans laquelle au moins une espèce est scientifiquement présumée apte à ressentir la douleur et/ou à éprouver d'autres émotions doit faire l'objet de dispositions législatives et réglementaires destinées à faire respecter cette sensibilité particulière* »<sup>10</sup>.

Les critiques venues du monde juridique rassemblent d'abord l'ensemble des travaux prenant en compte la considération juridique de l'animal comme autre chose qu'une chose, convoquant les grands René Démogue ou Edmond Picard pour montrer que déjà, au début du vingtième siècle on associait le concept de personnalité avec l'observation factuelle du ressenti des émotions<sup>11</sup>.

Cet appel est cependant d'autant moins convaincant que, outre le contexte dans lequel il s'inscrivait, des conceptions organicistes du droit privé à un utilitarisme redécouvert, s'étalaien au même moment des propos, non moins grands, d'auteurs valorisant et justifiant l'incapacité juridique de la femme, ou la dépersonnification de l'*infans*, de l'aliéné ou des « monstres ».

7 Fort de ces constats, une proposition de loi envisageait en 2005<sup>12</sup> l'insertion d'un nouveau titre dans le Code civil, qui aurait été intitulé « *Des animaux* » et présentant de nouveaux textes dont l'un, le projet d'article 519, disposant que « *les animaux sont des êtres vivants doués de sensibilité. Ils doivent être placés dans des conditions conformes aux impératifs de leur espèce et au respect de leur bien-être* ». Il poursuivait cependant par une formule qui annihilait la suite : « *l'appropriation des animaux s'effectue conformément aux dispositions du Code civil sur la vente et par les textes spécifiques du Code rural* ». L'erreur commise par ses auteurs était de penser que le transfert de catégorie, d'animal à celui d'être vivant, ferait sortir l'animal de sa condition juridique de bien meuble. Ainsi l'exposé des motifs précédant la proposition de loi concluait, après avoir rappelé le texte de l'article L. 214-1 du Code rural précité, de la manière suivante : « *Rappelons que notre législation ne considère plus l'animal comme un bien, puisque le droit de propriété, qui s'exerce sur lui, est limité en vue de la protection de son intérêt propre et que le maître d'un animal a l'obligation d'assurer son « bien-être » ce qui est incompatible avec la définition juridique actuelle de « bien-meuble »* ». Et la proposition de gommer dans le Code civil toutes les assimilations explicites de l'animal à un meuble, comme si le seul fait de ne pas voir une chose la faisait disparaître, alors que le projet d'article 520 tiré de la proposition de 2005 rappelait que l'animal était susceptible d'être approprié. En effet, la seule condition pour qu'une entité, corporelle ou incorporelle soit appropriée est qu'elle soit une chose, et réciproquement : il suffit qu'une entité soit appropriée pour en déduire qu'elle est une chose.

Ce projet a été repris en 2013, par une nouvelle proposition de loi déposée au Sénat<sup>13</sup> cette fois avec succès. Rappelant à nouveau qu'il n'est pas question de toucher au régime d'appropriation de l'animal, la proposition se référail cependant explicitement au rapport de Mme Antoine et à la proposition de 2005, donc à l'idée que l'animal n'est pas une chose. Projetant d'instituer un statut juridique de l'animal. L'article 515-14 dispose que « *les animaux sont des êtres vivants doués de sensibilité. Sous réserve des lois qui les protègent, les animaux sont soumis au régime des biens corporels* »<sup>14</sup>. « *Sont soumis* » : les animaux ne seraient ainsi plus des choses à proprement parler, mais des « entités » vivantes, « *soumises* » au droit des biens.

8 Le raisonnement est implacable. Il conduit à proposer, pratiquement à droit constant, un statut intermédiaire entre celui de la personne et celui des choses.

C'est un raisonnement assez subtil dont des formes voisines ont déjà été utilisées, par exemple pour qualifier la nature des droits de propriété incorporelle et les droits pesant sur ces entités. Alors qu'une partie de la doctrine considérait au début du vingtième siècle que les droits de propriété alors dits « intellectuels » relevaient de la catégorie des droits extrapatrimoniaux et donc des « non choses », et donc

<sup>10</sup>J.-Cl. Nouët, Animal et Code civil, Droit animal, éthique et science, juill. 2011, p. 4 ; Comp. G. Chapoutier et alii, L'éthique animale, entre science et société, Journal international de bioéthique, 2013/1.

<sup>11</sup>Comp. J.-P. Marguénaud, L'animal en droit privé, op. cit., La personnalité juridique des animaux, art. cit.

<sup>12</sup> Proposition n°2634, (XII<sup>e</sup> Législature).

<sup>13</sup> Proposition de loi n°42, Sénat, M. R. Povinelli et a., 7 oct. 2013. La proposition était accompagnée d'une autre, (n°43) visant, à supprimer le 7<sup>e</sup> alinéa de l'article 521-1 du Code pénal, qui excepte, dans la sanction des mauvais traitements infligés à animaux, le cas des « traditions immémoriales » et donc valide les combats de toros ou de coqs de combat.

<sup>14</sup> On supposera ici que le texte est celui approuvé par l'assemblée nationale le 16 avril 2014, sur la base du projet de loi de « simplification » du droit. Peu importe d'ailleurs ici.

encore au final des personnes, sans doute en raison du poids du droit d'auteur de l'idée que le droit moral est le reflet de la personnalité de l'auteur, l'organisation des règles en matière de description de ces mécanismes permet sans difficulté de considérer qu'il s'exerçait sur ces entités, relevant des idées, des images, des slogans, des inventions, des signes, un ensemble de droits relevant du droit des biens, et parfois un droit de propriété. Plus exactement, le chemin permettant d'y parvenir reposait sur une considération simple à savoir que ces idées, parce qu'elles étaient valorisées et réservées, distraites de l'attention de tiers, étaient ce faisant des biens et que sur certains de ces biens, s'exerçait, par l'effet de la loi, un droit de propriété dans ces conditions strictes, celle du droit d'auteur, du droit des brevets d'invention ou des marques.

Le résultat est que si s'exerce sur une entité un droit de propriété, on peut en déduire que l'objet de ce droit de propriété est un bien. Toutefois, la considération inverse n'est pas automatique : un bien est une valeur réservée, et sur certains de ces biens s'exerce un droit de propriété. Il s'ensuit par exemple nombre de controverses : par exemple sur le point de savoir si une créance, un droit patrimonial sont objet de droit de propriété.

9 De cette controverse en est née une seconde, selon la même méthode, à propos de la qualification des produits ou des éléments du corps humain, voire du corps humain lui-même. Si les règles en matière de bioéthique, dont les articles 16-1 et suivants du Code civil, considèrent que les produits, éléments du corps humain voire le corps humain lui-même sont exclus de toute idée de patrimonialité, elles posent dans le même temps que des contrats peuvent être conclus et bien entendu que des relations juridiques de nature patrimoniale s'effectuent par exemple par les établissements de collecte de sang avec les établissements hospitaliers, les industries pharmaceutiques, etc. La question est alors de savoir si les éléments du corps humain relèvent de la catégorie des entités extrapatrimoniales, et du régime juridique des personnes (je, personne juridique *suis* je, personne corporelle) ou bien de la catégorie des choses et donc des biens (je, personne juridique *ai* je, personne corporelle), mais alors des choses très spécifiques dont l'usage serait, par l'effet de la loi, limité pour les personnes disposant des droits sur celles-ci. Perspective gigantesque, attachée à la personne prise comme substance, comme une réalité cellulaire et une âme : relève-t-elle du champ de la personne (donc des non-chooses), des droits de la personnalité ou bien doit-on, assez logiquement et en suivant les travaux essentiels de chercheurs récents, synthétisés notamment (lorsqu'ils n'ont pas été dirigés par ceux-ci) par Frédéric Zénati et Thierry Revet<sup>15</sup>, les considérer comme relevant des choses.

La conséquence pour la considération des animaux était alors assez implacable : les animaux étaient bien des *chooses*, des choses ordinaires mais dont le propriétaire ne disposait pas de l'ensemble des prérogatives d'un propriétaire. Ainsi se justifiait le statut, simplement déclaratif, de l'animal.

### C. – La « dé-considération » juridique de l'animal : l'animal comme restriction des droits subjectifs de l'homme

10 L'ensemble de ces contraintes, à la fois l'historicité de la considération de l'animal comme une chose et celle de la sensibilité de l'animal comme être vivant avait produit un corps de règles visant non point des *droits (subjectifs) de l'animal*, en tant que l'animal serait un nouveau sujet de droit, mais des droits et devoirs de l'homme, ou plus exactement, des restrictions de droits, des interdits, des sanctions, établies soit dans des relations interpersonnelles, soit dans des relations de la personne à l'endroit de l'intérêt général, au sujet de l'animal à travers une *nouvelleéthique de l'action humaine envers l'animal*. Par conséquent, la considération éthique, morale, de l'animal aboutit à identifier un certain nombre de *devoirs, d'obligations* dont sont débiteurs les hommes à l'endroit des autres hommes et dont les animaux ou tel animal est l'objet : ne pas faire acte de cruauté envers l'animal, pour l'essentiel. Or, de même que la Nature, le patrimoine écologique, le patrimoine culturel, sont l'objet de réglementations qui obligent un certain nombre de comportements ou d'abstention, il n'en résulte pas que l'objet de ces attentions soient, par nécessité, considérés comme des personnes. La personnification de la Nature, de la Justice ou de Dieu est une figure de prêtre ou de poète, mais pas une réalité juridique, ou alors dans l'ordre des valeurs.

De la même manière, si l'animal n'est pas une chose comme les autres, parce qu'une chose vivante ou un être sensible, il n'en devient pas pour autant un sujet de droits, une personne, ce qui en ferait l'égal juridique de l'homme.

---

<sup>15</sup> Droit des personnes, Puf, 2007.

Or, c'est très précisément ce type de revendication, à travers des comparaisons plus ou moins osées, du type, la femme était un non sujet jusqu'à son émancipation, tout comme l'enfant, ou l'animal, de sorte que la prétention de la considération de l'animal comme sujet de droit devient possible : si la notion même de sujet de droit est nécessairement humaine, cela pose le problème de la concurrence entre sujets de droit de nature différente.

Or, cette concurrence, entre personne et chose, s'inscrit dans la tradition humaniste comme réservée à l'Homme lequel dispose d'une capacité illimitée à maîtriser le domaine de la Nature, le non humain, dont les animaux, mais également l'espace, la nature au sens environnemental, etc. L'angoisse, réelle et non sérieusement discutable, dans laquelle nous plongent les excès de cette maîtrise, conduit à une remise en cause systématique et généralisée de la proposition initiale. Elle conduit ce faisant à dépasser les limites de la Modernité, vers une conception postmoderne remettant en cause ses fondements humanistes et les récits de légitimation qui l'accompagnent. Parmi ces discours critiques, s'inscrit celui reposant sur la défense de la « cause animale », à travers la prise en compte de la capacité de l'animal, pris au singulier, à souffrir à travers la question de la survie de certaines espèces, des abeilles aux grands mammifères, qui dépasse leur seule capacité de souffrance individuelle, mais de leur considération comme ensemble. Or, poser ainsi l'incapacité de l'être humain à faire respecter un droit subjectif fictif de l'animal à ne pas souffrir, ou bien un droit collectif à exister, c'est, déjà, poser la question du statut de l'être animal comme concurrent de l'être humain, la déconstruction du récit de la puissance de l'Homme et des fondements humanistes de nos sociétés.

Au lieu que se résoudre à des règles radicales assurant des interdits aux hommes dans leur dessein de faire souffrir ou d'éradiquer des animaux ou face au constat de cette impuissance, le pas est franchi de reconnaître à l'être animal le statut de concurrent de l'être humain.

## II. – Le nouveau droit de l'animal

11 Désormais, l'animal est une personne juridique. L'animal est enfin considéré à sa juste mesure, un être vivant, aussi vivant que l'homme, un être vivant sensible, aussi sensible que l'homme. A l'instar des dauphins indiens considérés comme des « personnes non humaines » en 2014, l'animal n'est pas simplement devenu un être sensible et reconnu comme tel, il est devenu une personne, protégée comme telle depuis la loi de 2024.

Désormais, en effet notre droit est déterminé par un nouveau Titre I bis (l'ancien article I bis sur la nationalité étant devenu le I ter), intitulé « De la personne animale » aux articles 16-15 et suivants du Code civil : « *les animaux sont des êtres vivants doués de sensibilité. Ils sont considérés comme des personnes, sauf les limites posées par la loi* » et ont bien entendu été abrogés les articles 515-14 et suivants issus de la loi de 2014. Deux conséquences majeures en découlent, d'une part le statut de personne juridique de l'animal, la *personne animale* (A), d'autre part la question des droits de la personne animale et des modalités d'exercice de ses droits par la personne animale (B).

### A. – La personne animale

12 L'immense nouveauté est de considérer l'animal comme une personne : il n'est pas une chose différente, une chose sensible, une chose méritant attention voire une chose protégée ou sacrée, mais une personne, une personne animale, comme il existe des personnes humaines ou des personnes publiques ou encore morales.

Il faudra sans doute quelque temps pour que cette proposition entre dans les mœurs et les habitudes, mais telle est désormais le droit positif français, à travers la réforme des articles 16 et suivants du Code civil, identifiant les personnes juridiques comme les personnes humaines et les personnes animales.

Une fois cette proposition devenue norme, il n'y a rien de plus à ajouter : nous connaissons parfaitement la notion de personne humaine et cette notion se retranscrit, sans difficulté, dans le champ des personnes animales.

Il faudrait cependant préciser que la conception du droit des personnes avait, même avant la loi de

2014, profondément changé depuis les lois bioéthiques de 1994, de telle manière que le droit des personnes associait, déjà, deux réalités. La première réalité, classique, s'intéresse à la personne juridique, identifiée à la personnalité juridique, laquelle identifie une conception abstraite, détachée de la personne humaine, et qui peut s'attacher à des entités non humaines (société, association, collectivité ou établissement public, organisation, internationale, etc.) et aux questions de protection de la personne notamment à travers la question de la capacité juridique et des incapacités, des mineurs et des majeurs. La seconde, déjà entrevue, envisage la personne au-delà de la personnalité, vers la considération de l'objet de la personnalité juridique, la personne humaine, ou animale.

13 En toute hypothèse, la personne animale dispose de toutes les prérogatives attachées à la notion de personne juridique.

- Tout animal est donc considéré comme une personne, de sa naissance à sa mort. Les conséquences sont alors assez radicales : le fait de porter atteinte à l'intégrité physique d'une personne est une infraction pénale, hors les cas où la loi le permet, ce qui est le cas des abattoirs, dans les nouvelles conditions posées par la loi, particulièrement scrupuleuses. Curieusement alors, il en résulte une régression, le rétablissement d'une forme soit de meurtre gratuit soit de peine de mort pour certaines personnes, les personnes animales. Il résulte également, sur le terrain du droit pénal, qu'un animal peut subir les infractions pénales associées aux infractions commises, dans le droit antérieur, par un humain, contre un humain ou un animal d'ailleurs. La mesure vise alors à couper court à un certain nombre de propos excessifs visant à considérer que la personnification de l'animal impliquait nécessairement d'imposer un régime alimentaire nécessairement non animal. Il est sage que le législateur ait également aboli la pratique consistant à « faire piquer » un animal, sans jugement, en se rendant simplement chez un vétérinaire, mais a « aboli » la peine de mort comme sanction d'une infraction pénale, quelle que soit la personne, humaine ou animale. Inversement cependant, aucun animal ne peut être enfermé sans une juste raison. Le débat a été entamé à la suite d'une plainte déposé le 3 décembre 2013 aux Etats-Unis au nom d'un chimpanzé, Tommy, propriété d'un couple dans l'Etat de New-York et enfermé dans une cage, et de son droit de « *personne juridique autonome cognitivement complexe disposant d'un droit juridique fondamental de ne pas être emprisonnée* » et engagée par l'Association NonhumanRightsProjects.
- Tout animal bénéficie donc du principe du droit à la protection de la vie, associé à toute personne, dans la loi de 1975 et celle de 1994, du principe de dignité, etc., ce qui implique la dignité dans la mort également, et donc le principe de l'inviolabilité du corps de l'animal et de son indisponibilité.
- Sur un plan patrimonial, tout animal, comme toute personne dispose d'un patrimoine, peut succéder, disposer des droits de la personnalité qui lui sont accordés, etc.
- Sur un plan extrapatrimonial, l'animal dispose, même de manière abstraite, des principales libertés, liberté de mouvement, liberté d'agir, de contracter, de se marier (cette question est la limite du raisonnement comme on le verra), droit à l'honneur, à la protection de sa vie privée, etc.

Ce sont là les principales caractéristiques de la personne animale, avec quelques exemples, qui au-delà des trivialités vite réglées du mariage entre animaux ou entre homme et animal par exemple, sont en réalité tirés de la question suivante, celle de l'exercice de ces droits, dont le droit de se marier, à supposer que ce droit ne soit pas un droit éminemment et exclusivement humain en tant qu'il suppose des représentations mentales d'un idéal de couple dont les animaux, quelque doués de sensibilité qu'ils soient, sont incapables.

## B. – L'exercice des droits de l'animal

14 Si l'animal est une personne, elle est donc une personne particulière. Une partie de la doctrine, critique à l'égard de la loi nouvelle, considère que l'animal est une personne *par l'effet de la loi*, ce qui est une manière de présenter l'animal comme une personne artificielle ou fictionnelle, comme l'est une personne morale par exemple, tandis que d'autres considèrent qu'il s'agit d'une personne réelle, et que

tous les droits associés à la notion de personne, sauf les cas où la loi les limite, doivent lui être associés, et il faut bien reconnaître qu'aucune restriction particulière ne résulte de la loi.

15 La grande question est surtout celle de l'exercice des droits de l'animal. Comme le faisait observer un auteur éminent « *Conférer aux animaux une personnalité juridique à taille humaine serait pour eux une promotion ; mais ce serait une promotion inadaptée parce qu'elle leur conférerait des droits inutiles et les exposerait à des obligations grotesques* »<sup>16</sup>. La personnalité animale s'exclut donc de la tentation anthropomorphique. Après tout, les êtres humains aussi ont connu ou connaissent des techniques juridiques de réduction de leur personnalité juridique, mort civile, régime du clergé régulier, régime de l'*infans*, incapacité générale des mineurs, incapacité des majeurs, etc. Il serait donc ridicule, déplacé et sans doute exagéré, de conférer à l'animal une personnalité juridique identique à celle de l'homme. Nous avons vu par exemple que le risque de végétarisme autoritaire a été écarté par la loi nouvelle : le rehaussement de l'animal n'aboutit pas au déclassement de la personne humaine ou de certaines personnes humaines. Il demeure que la loi nouvelle devait proposer un régime particulier pour assurer l'exercice des droits de la personne animale ; le choix s'est porté, sans aucune originalité ni surprise d'ailleurs, sur la technique de représentation.

Si en effet l'animal est une personne, il demeure qu'elle est une personne animale, c'est-à-dire qu'elle ne dispose pas, notamment, de la parole ou de la capacité d'exprimer une volonté susceptible d'être comprise ou en tout cas d'être universellement comprise. Or, les relations juridiques sont des relations de communication complexe qui supposent une communication commune, l'expression d'une volonté, d'un engagement, d'une parole, de la capacité à exprimer, au-delà du simple ressentir, d'émotions, de sentiments, etc.

16 Cet obstacle apparent est bien connu ; il est voisin de la question de l'existence et du régime des personnes morales qui ne sont que des fictions juridiques et dont la réalité de personne n'est pas remise en cause par leur incapacité à entrer dans la réalité, à exercer réellement leurs droits, dans la mesure où la technique de représentation permet d'y suppléer de manière très efficace.

Le législateur n'a pas retenu la proposition visant à considérer l'animal comme une personne morale<sup>17</sup>, une personne morale spéciale et finalisée, mais a posé le principe selon lequel l'animal pouvait exercer ses droits par le biais de représentants, ceux-ci étant précisés par décret.

Un fort mouvement militait en faveur d'une interprétation extensive de la technique de représentation, en sorte qu'il aurait été suffisant de prétendre être représentant de tel animal ou groupe d'animaux pour le devenir, mais les techniques de représentation choisies sont plus complexes.

Ainsi il apparaît que les animaux domestiques sont représentés, dans un premier temps, par ceux qui, autrefois auraient été considérés comme leur maître ou propriétaire. Désormais, le représentant est autodésigné : « *celui qui s'occupe d'un animal de compagnie est considéré comme son représentant, et en accepte les droits et devoirs* » au-delà donc du fondement d'une sorte de « permis de détention » de l'animal<sup>18</sup>, plus exactement de représentation de l'animal personne<sup>19</sup>.

Toutefois, à ce premier niveau de représentation, s'ajoute un second niveau de représentation, à travers des associations agréées de défense des animaux qui sont chargées d'assurer la représentation des personnes animales dans leur généralité, par exemple pour faire valoir les droits des animaux du type de ceux-déterminés dans la déclaration de l'UNESCO du 15 octobre 1978, mais surtout pour faire valoir leurs droits contre, éventuellement, les représentants de première catégorie, s'ils venaient à violer les droits de l'animal dont ils sont les représentants. Le mécanisme vise à éviter la création d'une sorte de procureur animal, qui aurait eu la charge de la protection des droits des animaux ; ce sont donc des associations, agréées nationalement, qui disposent de l'initiative des actions en ce sens.

Un grand nombre d'associations ont ainsi été agréées, l'association de défense du cheval, du chien, du chat, de la vache, etc., s'agissant des animaux domestiques, mais encore d'animaux sauvages, du lion, du tigre, de l'éléphant, etc. Le décret précise en effet que l'association ne peut pas représenter plusieurs espèces sans lien entre elles : il ne peut y avoir ainsi une seule association de protection de l'espèce

<sup>16</sup> J.-P. Marguénaud, La personnalité juridique des animaux, art. cit.

<sup>17</sup> Cf. J.-P. Marguénaud, La personnalité juridique des animaux, art. cit.

<sup>18</sup> Cf. C. Vial, Aller jusqu'au bout des choses : instaurer le permis de détention de l'animal, RSDA 1/2012, p. 11.

<sup>19</sup> F. Ringel et E. Putman, L'animal aimé par le droit, RRJ 1995, n° 1, p. 45, sp. p. 54.

animale ou des animaux sauvages, des félins, etc. Une autre difficulté est apparue, à propos d'associations de protection d'animaux dont le caractère sensible est discutable. On observe alors que l'agrément de ces associations, alors que le refus d'agrément est contrôlé par le Conseil d'Etat, est une technique assez efficace pour éviter de trancher le débat assez vain consistant à savoir si tous les animaux méritaient personnification et, à défaut, comme se serait opérée la discrimination. Complexé a été la reconnaissance de l'association de protection des souris et celle des rats, dans la mesure où la demande d'agrément visait expressément à contredire les règles sur les expérimentations scientifiques, qui ont été rappelées, comme autant de réserves, dans l'arrêté d'agrément.

17 Il reste plusieurs questions sans réponse. En effet, la personne animale est, à travers son représentant, une personne juridique et on peut s'attendre à des demandes et actions appelant le juge à interpréter les règles existantes, alors que ces demandes et actions inscrivent directement la personne animale comme un concurrent, au sens hobbesien du terme, de la personne humaine.

Si en effet, les richesses sont rares et que toutes les personnes, humaines et animales, disposent d'appétits égaux et de compétences égales pour les revendiquer, alors la concurrence pour les droits qui existait avant la reconnaissance de la personne animale risque de s'envenimer : droit à un logement décent, droit de propriété, droit à une indemnisation, droit à une alimentation saine, à la sécurité, non discrimination, etc.

Ainsi, parmi toutes les actions qui ont été envisagées, trois attirent l'attention, non point quant à la remise en cause du statut de personne de l'animal, eu égard aux interrogations sur le caractère constitutionnel d'une loi d'abrogation qui ne manquerait pas de surgir, mais s'agissant des limites du raisonnement de reconnaissance de la personne animale.

(a) La première a été l'action visant à obtenir une rémunération décente pour les animaux de trait, il en reste encore, lancée par l'association française de protection et de représentation du cheval. L'action a été rejetée dans un premier temps par les représentants de première catégorie, et l'association a engagé une action en exécution forcée pendante devant les tribunaux.

(b) Plus complexe a été la gestion des successions et legs formulés par des personnes âgées à l'endroit de leur animal de compagnie, qui sont assurées, dans un premier temps, par les personnes ayant recueillis ces animaux et qui sont devenus leurs représentant de droit, de première catégorie. Toutefois, une action en expulsion pour occupation sans droit ni titre a été engagée par l'association de protection des chattes, chats et chatons de compagnie contre son représentant dans le cas d'un chat ayant recueilli l'intégralité de la succession d'une personne défunte, le représentant de droit n'étant pas un héritier ni un successible du défunt mais un voisin.

(c) Enfin, troisième situation qui pose actuellement difficulté devant les tribunaux, l'action engagée par une association de protection contre un hôpital qui a refusé de mettre fin dignement à la vie de son représentant. Le raisonnement tenu par l'association est le suivant : le représentant de droit, atteint d'une longue maladie est considéré par l'association comme étant incapable de s'occuper de son chien, de sorte qu'il doit être déchu de ses droits de représentant. Or, il s'avère que cette personne humaine a, par testament, légué tous ses biens à son chien, y compris la gestion de la survie de sa mémoire. L'association considère ainsi que le chien est devenu le mandataire de la personne humaine de sorte qu'il, le chien, est parfaitement en droit demander, comme personne de confiance au sens de l'article L.1110-5 CSP, de réclamer la mise en œuvre des règles issues de la loi Léonetti et de ses aménagements et donc de demander que la personne humaine soit doucement accompagnée vers son décès.

18 *Retour en 2014.* Si la considération de l'animal comme sujet de droit devait absolument être envisagée comme autre chose que ses conséquences les plus improbables ou discutables, voire imbéciles, on aurait pu convoquer Demogue, précurseur en la matière qui dans un article intitulé *La notion de sujet de droit*<sup>20</sup> prévenait : « ... faire de l'animal un sujet de droit, quelle horreur ! quelle abomination ! A entendre ces cris, ne semblerait-il pas qu'il s'agit de (lui) donner quelque décoration et d'imiter Héliogabale faisant son cheval consul ? Mais il ne s'agit pas de cela. Ceux qui font ces critiques ou ont ces sourires placent la question sur un terrain qui n'est pas le sien. Il s'agit simplement de poser une règle

<sup>20</sup> R. Demogue, *La notion de sujet de droit*, RTDciv. 1909, p. 637, cité par J.-P. Marguénaud, *La personnalité juridique des animaux*, art. cit.

*technique : est-il commode, pour centraliser des résultats souhaitables, de considérer même des animaux comme des sujets de droit ?* ». On peut se demander si, derrière l'aspect simplement technique de la reconnaissance de l'animal comme une personne, les conceptions anthropomorphistes, contre lesquels les techniciens auraient à se battre, ne sont pas inéluctablement appelées à être sinon reconnues, du moins invoquées, comme c'est déjà commencé ?

L'objectif de ces quelques propos est de risquer d'en dénoncer quelques travers prévisibles et de répondre à la question posée par Demogue : non, Monsieur Demogue, ce ne serait pas « commode ».

D. Mainguy  
(Université Montpellier 1 & UMR 5815 *Dynamiques du droit*)

## **Document 2**

### **La femelle chimpanzé Cécilia, premier animal reconnu comme personne juridique non humaine**

Commentaire de la décision EXPTE.NRO.P-72.254/15 A.F.A.D.A. respecto del chimpancé Cécilia-sujeto no humano rendue le 3 novembre 2016 par le tribunal de Mendoza

Revue Semestrielle de Droit Animalier 2/2016

Depuis quelques années, les annonces à cors et à cris de la première et historique décision de justice reconnaissant à des grands singes le statut de personne juridique pour pouvoir leur accorder le bénéfice de l'*habeas corpus* se sont multipliées dans les médias. C'est ainsi que, pendant quelques jours ou quelques heures, on avait pu croire que la décision rendue le 20 avril 2015 par la Cour suprême de l'État de New-York dans l'affaire *Nonhuman rights project c/Université de New-York* avait fait triompher la thèse courageusement et méthodiquement défendue par l'association dirigée par Steven Wise en déclarant que les chimpanzés Hercules et Léo étaient des personnes juridiques au regard de la procédure de *common law d'habeas corpus*. Grâce à Olivier Le Bot, les lecteurs de la RSDA avaient été avertis que cette conclusion était prématurée parce que, en réalité, la Cour suprême d'Albany s'en était tenue à ordonner « un supplément d'instruction dans un *habeas corpus* en faveur de chimpanzés » (RSDA 1/2015.117). Ce n'est pas non plus l'orang-outan dénommée Sandra qui pourra prétendre à l'honneur de figurer un jour dans les manuels d'histoire du droit animalier au rang de premier animal à avoir bénéficié de la reconnaissance de la qualité de personne juridique. En effet, Olivier Le Bot avait dû encore se résoudre à dissiper une autre illusion trompeuse en faisant remarquer que la décision de la chambre criminelle de cassation pénale de la Cour fédérale de Buenos Aires du 16 décembre 2014, grâce à laquelle Sandra est devenue une star internationale, s'était contentée, en une page, de prendre position sur une question de distribution des compétences au sein de l'ordre juridictionnel argentin et de présenter la reconnaissance de l'animal comme sujet de droit dans un *obiter dictum* dépourvu de toute portée contraignante (RSDA 1/2015.119). Or, les espoirs que ces précédents équivoques avaient fait naître semblent désormais comblés par la décision, explicite et contraignante, rendue le 3 novembre 2016 par un tribunal argentin apparaissant sous la dénomination *Tercer Juzgado de Garantías -Poder Judicial Mendoza*, qui, pour être beaucoup plus modeste que la Cour fédérale de Buenos Aires précitée, n'en est pas moins une juridiction.

Cette décision portant la référence EXPTE.NRO.P-72.254/15 compte, elle, plus de 30 pages dont la densité ne laisse plus de place au doute : pour la première fois, un animal a été déclaré personne juridique non-humaine par une juridiction qui en a tiré la conséquence concrète qu'il devrait être libéré de la cage du zoo où il vivait pitoyablement pour être transféré dans une réserve naturelle sanctuarisée. Ce premier animal juridiquement personnifié pour pouvoir jouir effectivement des droits inhérents à l'*habeas corpus* est une femelle chimpanzé nommée CÉCILIA. C'est donc elle, qui, selon toute vraisemblance supplanterà Sandra, Hercules et Leo dans les livres d'histoire du droit animalier. Il serait, toutefois, injuste qu'elle y figurât sans que lui soit associé le nom du juge de Mendoza qui a eu le courage et l'audace de l'élever au rang de personne juridique non humaine : María Alejandra MAURICIO. Il faudra dire quelques mots de la vie de la première de ces deux héroïnes avant de commenter plus longuement le captivant raisonnement de la seconde.

Cécilia est une femelle chimpanzé âgée d'une trentaine d'années qu'elle a presque intégralement vécues au zoo de Mendoza dans une cage de ciment ne présentant guère de protection contre les intempéries et les variations climatiques où elle avait été régulièrement exposée aux railleries des écoliers et du public visitant l'établissement. Vivant sans la moindre compagnie de congénères depuis la mort, en

2005, du dernier de ses deux voisins de cellule, Cécilia ne disposait, en outre, ni d'arbres ni d'espace vert pour se donner de l'exercice. Dans ces conditions de vie si manifestement contraires aux impératifs biologiques des chimpanzés, le Dr Pablo Buompadre président d'une association de protection des animaux désignée par l'acronyme A.F.A.D.A., estimant que Cécilia avait été réduite en esclavage et privée de liberté de manière arbitraire et illégale sans autre finalité que de l'exhiber en public en tant qu'objet de cirque, a exercé une action *d'habeas corpus* pour lui offrir la possibilité de vivre ses derniers jours en liberté. A cette heureuse fin, il a proposé une analyse détaillée de l'extension aux grands singes des droits fondamentaux de l'homme. Cette demande et cette démarche ont été favorablement accueillies par le Tribunal de Mendoza composé du juge unique María Alejandra Mauricio. Pour mieux refléter le double caractère inédit au regard du droit animalier et insolite aux yeux des juristes français en particulier et de *civil law* en général de cette décision rendue dans un pays sud-américain de *common law*, il faudra commencer par en révéler le dispositif avant de tenter de faire la synthèse de ses motifs longuement développés.

Le premier point du dispositif consiste à admettre l'action *d'habeas corpus* présentée par le président l'association de protection des animaux qui s'était émue du sort de la prisonnière du zoo de Mendoza. Le deuxième est véritablement historique puisqu'il déclare de la manière la plus catégorique que Cécilia, nommément désignée, est une personne juridique non humaine. Le troisième tire les conséquences pratiques de cette révolution théorique en ordonnant son transfert à bref délai dans le sanctuaire des chimpanzés de Sorocaba situé au Brésil. Abstraction faite de l'originalité de la solution qu'ils imposent, ces trois premiers points du dispositif de la décision argentine du 3 novembre 2016 ne sont pas de nature à désorienter le juriste français vivant dans la tradition de la *civil law*. Il en va autrement des trois derniers. L'un d'entre eux se borne à signaler la collaboration que trois personnalités ont apportée à la préparation de la décision. L'autre est plus ambitieux puisqu'il demande aux honorables parlementaires de la Province de Mendoza de fournir aux autorités compétentes les ressources juridiques nécessaires pour faire cesser la grave situation de captivité dans des conditions inappropriées des animaux de zoo tels que les éléphants d'Afrique et d'Asie, les lions, les tigres, les ours et tous les animaux d'espèces exotiques qui n'appartiennent pas à la zone climatique et géographique de cette partie de l'Argentine. Cette demande instamment adressée par un juge au législateur pour qu'il mette fin à une grave difficulté affectant bien d'autres animaux que celui dont le cas particulier lui était soumis évoque, *mutatis mutandis*, la procédure de l'arrêt pilote par laquelle, depuis un célèbre arrêt *Broniowski c/ Pologne* du 22 juin 2004, la Cour européenne des droits de l'Homme indique à l'État défendeur les mesures d'ordre général qu'il doit adopter pour mettre fin à la dérive systémique révélée par l'affaire dont elle est saisie (Cf. Les grands arrêts du droit et des libertés fondamentales sous la coordination de X. Dupré de Boulois Dalloz 2017 n° 10 observations L.Burgorgue-Larsen). Depuis la France, il est difficile d'apprécier si cette invitation a la moindre chance de retenir l'attention du législateur de la Province de Mendoza. Elle n'en apporte pas moins le stimulant témoignage de la volonté du juge de concourir à l'accélération de l'éradication générale d'une difficulté de droit animalier qu'une affaire particulière lui a permis de mettre en lumière.

Le plus surprenant apparaît dans le dernier point du dispositif où le juge argentin rappelle les citations de grands penseurs sous le patronage desquels sa courageuse réflexion a été placée. Ils sont quatre : Emmanuel Kant pour avoir écrit que l'on peut juger du cœur d'un homme d'après sa manière de traiter les animaux ; Anatole France suivant lequel une partie de notre âme reste endormie tant que l'on a pas aimé un animal ; Bouddha qui a enseigné qu'un homme devient noble seulement quand il a pitié de toutes les créatures vivantes et Ghandhi pour avoir affirmé que l'on reconnaît la grandeur d'une nation et son progrès moral à la manière dont elle traite ses animaux.

Les motifs devront être analysés d'un peu plus près pour mieux pouvoir apprécier si la voie personnificatrice qu'ils ouvrent dans un pays de common law pour les grands singes peut être plus ou moins facilement empruntée dans un pays comme la France qui, comme le sait tout lecteur même moyennement attentif de la RSDA, vient de procéder à l'extraction des animaux de la catégorie des biens.

Le juge Mauricio consacre de longs développements aux questions de l'intérêt à agir du président de l'association de protection des animaux et de la compétence du tribunal à se prononcer sur sa demande *d'habeas corpus* avant de traiter la question dont les deux premières dépendent qu'il qualifie de « grande question » : les grands singes (orang-outans, bonobos, gorilles et chimpanzés) sont-ils des personnes juridiques non humaines ? A l'évidence, les réflexions du juge argentin sur cette dernière question sont celles dont on peut tirer le plus d'enseignements du point de vue du critère de l'attribution de la personnalité juridique aux animaux, de la nature de la personnalité juridique animale et de la corrélation

entre la personnalité juridique de l'animal et un lieu adapté à la jouissance des droits qu'elle lui confère. Ses réponses aux autres questions d'ampleur un peu moins historique sont cependant très éclairantes du point de vue de l'évolution du droit animalier.

## I. Parrainage du droit animalier par le droit de l'environnement

Les développements consacrés à la recevabilité de l'action de l'A.F.A.D.A. permettent principalement de se rendre compte que, dans certains pays, le droit animalier ne peut guère progresser que sous la tutelle du droit de l'environnement. Ainsi, pour reconnaître l'intérêt du président de l'association de défense des grands singes à agir au nom de Cécilia, le juge de Mendoza, s'appuyant sur le précédent judiciaire *Kattan* relatif à la protection des dauphins, n'hésite-t-il pas à exhumer le célèbre adage *juria novit curia* de manière à placer l'affaire sur le terrain du droit de l'environnement. Le raisonnement alors développé est schématiquement le suivant. Il part de l'affirmation suivant laquelle le cas de Cécilia implique la protection de biens et valeurs collectifs au renforcement de laquelle contribue, depuis 1994, la reconnaissance explicite dans la Constitution argentine d'une nouvelle catégorie de droits : celle des « droits d'impact collectif » dont fait partie le droit à l'environnement pouvant être invoqué par toute personne demandant de faire cesser les activités qui lui infligent une atteinte collective. Or, selon le juge María Alejandra Mauricio - qui retient une conception large de l'environnement englobant le patrimoine naturel, les valeurs culturelles et la qualité de la vie sociale- le bien et la valeur collectifs relevant de la notion élargie de droit de l'environnement comprenaient le bien-être de Cécilia d'abord parce qu'elle fait partie du patrimoine naturel ensuite parce que sa relation avec la communauté humaine en fait un élément du patrimoine culturel. Le président de l'A.F.A.D.A. pouvait donc agir pour faire cesser l'atteinte au droit de l'environnement que constituait l'enfermement de la femelle chimpanzé. Après avoir relevé que, grisée par son rendez-vous avec l'Histoire, Mme Mauricio n'a pas résisté à la tentation de rivaliser avec Kant, Anatole France, Bouddha et Gandhi en affirmant que ce n'était pas Cécilia qui nous devait quelque chose pour avoir pris soin de son bien-être mais nous qui devions la remercier de nous avoir donné l'opportunité de nous sentir un peu plus humain, on remarquera que, en droit français, une argumentation aussi sophistiquée ne serait peut-être pas nécessaire pour parvenir à la même fin procédurale. En effet, comme on le sait, les associations déclarées depuis au moins 5 ans dont l'objet statutaire est la défense et la protection des animaux peuvent exercer devant les juridictions répressives les droits reconnus à la partie civile en ce qui concerne les infractions réprimant les traitements comparables à ceux infligés à Cécilia. Il reste que, en l'occurrence, le tribunal de Mendoza s'est senti d'autant plus autorisé à faire preuve d'audace que la décision à rendre n'appelait aucune conséquence pénale et échappait à l'emprise de l'adage *nullum crimen, nulla poena, sine lege*. Le jugement Cécilia pourrait donc placer le droit français face à la question paradoxale suivante : les associations de défense des animaux qui peuvent agir devant les juridictions répressives pour faire appliquer la plupart des sanctions pénales destinées à les protéger ne devraient-elles pas pouvoir, *a fortiori*, agir devant les juridictions civiles aux fins de leur faire reconnaître une personnalité juridique les plaçant sous un régime protecteur réévalué ? C'est, en tout cas, la condition pour que le droit animalier puisse se développer en se libérant de la tutelle du droit de l'environnement qui, même dans sa plus large acception, ne peut guère s'intéresser qu'aux animaux vivant à l'état de liberté naturelle ou à ceux qui, comme Cécilia, n'auraient jamais dû être tenus en captivité. C'est d'ailleurs essentiellement vis-à-vis de ces derniers que peut se poser la question de l'extension des droits de *l'habeas corpus* dans la mesure où le tribunal de Mendoza le cantonne à la protection spécifique contre les restrictions illégales à la liberté physique et à la correction des procédures ou conditions suivant lesquelles la détention d'une personne est organisée. Il faut tenir compte de ces caractéristiques pour mesurer l'écho que devrait avoir en France la réponse positive à la « grande question » de savoir si Cécilia est une personne juridique non humaine.

## II. La reconnaissance de la qualité de personne juridique non humaine

Pour pouvoir franchir ce cap historique, Mme le juge Mauricio devait relever un défi bien plus redoutable que celui auquel serait confronté un juge français depuis l'entrée en vigueur de « l'amendement Glavany » en février 2015 ajoutant au Code civil un article 515-14 reconnaissant que les animaux sont des êtres vivants doués de sensibilité et procédant à leur extraction de la catégorie des biens. En effet, l'article 227 du Code civil et commercial argentin selon lequel les biens personnels sont les choses qui peuvent

être déplacées d'un endroit à l'autre par elles-mêmes ou par l'effet d'une force extérieure les range encore, aux yeux de la doctrine apparemment unanime, dans la catégorie des biens puisqu'ils correspondent exactement aux choses qui se déplacent par elles-mêmes. Pour faire, d'un seul coup, basculer l'animal Cécilia de la catégorie des biens dans laquelle le Code civil et commercial argentin, selon toute vraisemblance, l'enfermait encore, dans la catégorie libératrice à tous points de vue des personnes juridiques non humaines, il fallait réaliser un véritable tour de force. C'est plutôt d'un tour de passe-passe qu'il s'est agi. Il consiste à reconnaître la personnalité juridique aux grands singes en raison de caractéristiques qui n'appartiennent pas qu'aux grands singes. C'est ce qu'il convient maintenant de démontrer.

Pour que les grands singes en général et les chimpanzés en particulier puissent être des personnes juridiques non humaines, il faut déjà qu'ils ne soient plus des choses. Or, pour établir que, au-delà de l'apparence créée par l'article 227 du Code civil et commercial, Cécilia n'était pas une chose, le juge Mauricio a relevé l'incohérence du système argentin qui dispose que les animaux sont des choses tout en les protégeant pénalement contre les actes de cruauté ; ce qui établit une forte présomption qu'ils peuvent sentir une telle cruauté et que leur souffrance doit être évitée. De manière plus précise, le juge souligne que dans l'infraction de cruauté envers les animaux la valeur protégée par la loi argentine est le droit des animaux à ne pas faire l'objet de la cruauté des hommes et considère que l'interprétation du but poursuivi par le législateur implique que l'animal n'est plus une chose mais plutôt un être sensible. C'est donc parce que, en Argentine, les animaux, et pas seulement les grands singes, sont protégés contre les actes de cruauté en raison de leur sensibilité propre qu'ils ne seraient plus juridiquement des choses. A ce stade, on se bornera à rappeler que ce raisonnement peut déjà être soutenu en France depuis le décret dit Michelet du 7 septembre 1959 supprimant la condition de publicité des mauvais traitements pénalement punissables et, *a fortiori*, depuis l'introduction dans le Code civil de l'article 515-14 (Cf. « l'entrée en vigueur de l'amendement Glavany : un grand pas de plus vers la personnalité juridique des animaux », RSDA n°2/2014.15). Pour en revenir à la démonstration personnificatrice développée par le juge de Mendoza, on croit pouvoir constater- malgré les risques d'erreurs d'appréciation inhérents à une périlleuse expédition conduite en terre de *common law* de langue espagnole par un juriste français n'ayant conservé que des rudiments d'occitan- que la reconnaissance de la qualité de personne juridique non humaine est réservée aux grands singes en raisons des caractéristiques les rendant plus proches de l'homme que les autres animaux qui souffrent pourtant autant qu'eux de sa cruauté. C'est ce que l'on peut comprendre à la lecture du passage clé qui semble pouvoir être traduit de la manière suivante :« La plupart des animaux et plus particulièrement les grands singes, sont également faits de chair et d'os, ils sont nés, ils souffrent, ils boivent, ils jouent, ils dorment, ils ont des capacités d'abstraction, ils aiment, ils sont sociables, etc... Donc la catégorie de l'individu considéré comme centre d'imputation des normes (c'est à dire personne juridique) ne devrait pas comprendre seulement les êtres humains, elle devrait comprendre aussi les grands singes orang-outans, gorilles, bonobos et chimpanzés ». Cette éligibilité préférentielle des grands singes à la catégorie des personnes juridiques se nourrit, tout au long de l'argumentation, de renvois détaillés à leurs qualités les rendant plus proches de l'homme que les autres animaux et justifiant davantage que la reconnaissance de leur qualité de personne juridique non humaine se réalise au nom de la dignité humaine. Ainsi la proximité génétique, se mesurant par l'ADN dont la similitude est comprise entre 94 et 99%, est-elle fortement soulignée. Il en est de même des capacités de raisonnement des chimpanzés, de leur intelligence, de leur capacité d'abstraction, de leur compétences pour utiliser des symboles dans la communication, de leur conscience d'eux-mêmes, de leur diversité culturelle, de leur aptitude à utiliser et à construire des outils pour accéder à la nourriture ou résoudre les problèmes de la vie quotidienne, de leur conscience pour exprimer des émotions telles que le bonheur, la frustration, le désir ou la déception, de leur sens de la planification des batailles ou des embuscades pour la chasse, de leurs capacités métacognitives, de leurs sentiments d'affection et autres prouesses physiques, psychiques et morales leur permettant d'atteindre le niveau d'un enfant de 4 ans.

La comparaison avec les aptitudes cognitives des êtres humains sert surtout de moyen privilégié de réfutation de ce que le juge Mauricio identifie comme étant la principale objection à l'attribution aux animaux de la personnalité juridique : l'inaptitude à exercer des droits en raison de l'absence de langage. Elle permet en effet de justifier que, comme les nouveau-nés et les sourds-muets, ils puissent avoir des droits exercés par l'intermédiaire de représentants.

Ainsi voit-on s'accentuer au fil des pages une distorsion entre le critère permettant d'extraire les animaux de la catégorie des biens - la sensibilité et l'aptitude à ressentir la douleur, la souffrance et

l'angoisse- et celui conduisant à reconnaître sélectivement la personnalité juridique aux grands singes - l'intelligence naturelle ou plus généralement la similarité des compétences des animaux et des êtres humains-. Cette distorsion, qui n'est peut-elle-même que le reflet de l'incohérence du système argentin, constitue probablement une menace pour la cohérence du chantier de personnalisation des animaux qui vient de s'ouvrir. Un tel risque n'existe pas en droit français où, depuis 2015, tout est en place pour que le critère de la sensibilité puisse servir aussi bien pour extraire les animaux de la catégorie des biens que pour les faire entrer dans celle des personnes. Quoi qu'il en soit, il ne faut pas perdre de vue l'essentiel : pour la première fois une décision de justice a reconnu à un animal expressément individualisé par son nom la qualité de personne non humaine. L'importance d'un tel événement et son effet d' entraînement ne doivent pas être sous-estimés en France où, comme on l'a vu, les conditions sont déjà juridiquement plus favorables qu'en Argentine à la reconnaissance de la personnalité juridique à certains animaux. Encore faut-il savoir de quel type de personnalité juridique Cécilia a ainsi été revêtue.

### **III. La nature de la personnalité juridique animale**

Si la question de la personnalité juridique des animaux est désormais au premier plan dans le débat philosophique comme en témoigne un récent et important article de Florence Burgat (« La personne, une catégorie juridique souple pour accueillir les animaux » *Arch. Phil.Droit* 59 -2017- p.39-55), elle n'est prise au sérieux, en France tout du moins, que par quelques juristes marginaux en butte à l'hostilité de la doctrine dominante qui, même lorsqu'elle s'engage sincèrement pour le renforcement de la protection des animaux, rejette avec la dernière énergie toute perspective de personnalisation de quelque animal que ce soit car elle risquerait, à plus ou moins brève échéance, de faire tomber la barrière qu'il faudrait impérativement maintenir entre l'humanité et l'animalité (Cf. P-J Delage « la condition animale. Essai sur les justes places de l'Homme et de l'animal » ed. Mare & Martin 2015 spécialement p.832-848). Or, depuis le jugement rendu par le tribunal de Mendoza le 3 novembre 2016 en faveur de Cécilia, la perspective est devenue réalité : la personnalité juridique a été officiellement reconnue à un animal. Il faut donc vérifier s'il l'a été dans des conditions qui portent en germe la suppression de la frontière entre humanité et animalité.

La personnalisation des animaux peut être envisagée suivant diverses conceptions menaçant plus ou moins frontalement la sacro-sainte séparation entre les hommes et les animaux. Suivant une première approche, que l'on pourrait qualifier d'anthropomorphique, qui trouve un écho dans la Déclaration universelle des droits de l'animal proclamée par l'UNESCO le 15 octobre 1978 à l'initiative de la Ligue internationale des droits de l'animal, la personnalité juridique permettrait aux bêtes de bénéficier d'une extension des droits de l'Homme. Suivant une autre démarche s'inscrivant, en France, dans le prolongement des travaux réalisés au début du XXème siècle par René Demogue, il s'agirait de reconnaître aux animaux une personnalité juridique technique, calquée sur la personnalité morale attribuée aux associations, aux fondations, aux associations ou aux sociétés sans inspirer la moindre crainte de dilution des repères de l'humanité, qui serait envisagée comme le moyen le plus commode de renforcer la protection que, à un moment donné, la société estime nécessaire d'accorder à certains animaux. Or, le jugement Cécilia semble s'être engagé dans une voie médiane qui pourrait peut-être rapprocher les points de vue.

Mme le juge Mauricio fait à la Déclaration universelle des droits de l'animal une solide référence qui réjouira le cœur de ses promoteurs en estimant indispensable de signaler spécialement son article 4 affirmant que l'animal sauvage a le droit de vivre libre dans son milieu naturel et de s'y reproduire. Elle rejette cependant toute idée de personnalisation anthropomorphique. Elle précise, en effet : « dans le cas présent, nous ne déclarons pas que les animaux êtres sensibles sont pareils aux êtres humains et nous n'élevons pas dans une catégorie humaine tous les animaux existants ou la faune et la flore ; nous reconnaissions et nous confirmions que les primates sont des personnes juridiques non humaines possédant des droits fondamentaux qui devraient être étudiés et énumérés par les autorités de l'État, tâche qui dépasse le cadre de notre compétence ». Pour dissiper toute ambiguïté, elle ajoute encore : « Les animaux doivent avoir des droits fondamentaux et relever d'une législation en concordance avec ces droits pour les protéger dans la situation particulière où ils se trouvent et en fonction du degré d'évolution que la science a déterminé qu'ils peuvent atteindre. Il ne s'agit pas de leur accorder les mêmes droits qu'aux êtres humains ; il s'agit d'accepter et de comprendre une fois pour toutes qu'ils sont des êtres sensibles ayant une personnalité juridique avec des droits fondamentaux parmi lesquels ceux de naître, vivre, se développer et

mourir dans un environnement adapté à leur espèce ». Tout est donc minutieusement précisé pour empêcher quiconque de conclure que la reconnaissance de la qualité de personne juridique non humaine à Cécilia revient à la revêtir d'une personnalité juridique semblable à celle dont bénéficient les êtres humains et épargner à chacun les affres de l'inquiétude d'une véritable menace de disparition de la frontière entre humanité et animalité. Il est un autre signe implicite de prise de distance avec la personnification anthropomorphique : c'est qu'il n'est pas fait la moindre à l'existence de devoirs que la reconnaissance de droits devrait corrélativement entraîner à la charge de Cécilia. On sait en effet, grâce à Olivier Le Bot (RSDA n° 2/2014.p131-137), que pour justifier le refus de reconnaître les droits de *l'habeas corpus* au chimpanzé Tommy, la Cour suprême de l'État de New-York, dans sa décision du 4 décembre 2014, avait avancé l'argument théorique suivant lequel « la personnalité juridique a constamment été définie en termes à la fois de droits et de devoirs ». Cette corrélation ne vaut, à l'évidence, qu'au regard d'une personnification anthropomorphique car le droit des sociétés foisonne d'exemples de personnes morales à qui ont été accordés des droits sans que des devoirs leur aient été symétriquement imposés. Cela ne revient pas à dire pour autant que la personnalité juridique reconnue à Cécilia soit une personnalité technique. Les droits qui lui sont reconnus sont, en effet, des droits qui sont directement façonnés en fonction de ceux qui sont accordés aux êtres humains. Au lieu de définir le meilleur moyen technique de renforcer la protection de certains animaux considérés en eux-mêmes, la personne juridique non humaine, ici à l'œuvre, procède nécessairement et constamment par confrontation avec la personnalité juridique humaine. Cette démarche aboutit à des conséquences particulièrement sélectives et parfois paradoxales.

Se référer systématiquement aux êtres humains pour organiser par comparaison la personnalité juridique non humaine conduit invinciblement à ne l'attribuer qu'en fonction d'un haut niveau de compétences scientifiquement établis. Cette méthode vient d'être fermement dénoncée par Florence Burgat car « l'extension de droits fondamentaux aux animaux n'a en réalité pas besoin d'une accumulation de preuves scientifiques supplémentaires [et] on flatterait d'ailleurs un coupable penchant en se pliant à cette injonction car fournir plus de preuves est une tâche infinie dont la réclamation est évidemment dilatoire » (F. Burgat op. cit. p.13). Or, Mme le juge Mauricio semble contribuer à cultiver ce « coupable penchant » puisque la personnalité juridique qu'elle reconnaît à Cécilia semble devoir être réservée aux grands singes et, peut-être aux dauphins entrevus au détour de l'un de ses arguments. A cet égard, la personnalité technique serait à la fois moins restrictive et plus souple car, conformément aux idées fondatrices de René Demogue, elle est d'emblée arrimée à la sensibilité (Cf. Actualité et actualisation des propositions de René Demogue sur la personnalité juridique des animaux RJE 2015 p.73-83) qui, selon Florence Burgat (op.cit.p.15) rejoignant Gary Francione, constituerait à elle seule le critère suffisant d'intégration à la communauté morale et par conséquent d'admission des animaux dans la catégorie des personnes

Le paradoxe apparaît quand on constate que les droits jugés adaptés à la situation de Cécilia sont les droits inhérents à *l'habeas corpus* mais d'un *habeas corpus* se démarquant de celui qui protège l'homme puisqu'il est interprété et ajusté de manière à préserver le droit de Cécilia de vivre dans un environnement et des conditions appropriés à son espèce. Quelle révolution ce serait pour les droits de l'Homme si la liberté physique protégée par *l'habeas corpus* devait se traduire par le droit concret et effectif reconnu à chaque être humain de vivre dans un environnement et des conditions adaptées à son espèce ! Ce paradoxe, conduisant finalement à reconnaître aux animaux des droits spécifiques de plus grande portée que les droits fondamentaux de l'homme, ne manquera pas d'inquiéter ceux qui se battent pour que les hommes passent toujours avant les animaux. A l'évidence, une personnification technique permettrait de mieux contenir ces risques d'effets pervers. Quoi qu'il en soit, ces adaptations de *l'habeas corpus* aux conditions de vie des grands singes sont sans doute le signe de ce que la personnalité juridique non humaine est plutôt biocentrale qu'anthropocentrale. Le caractère biocentrique de la personnalité juridique non humaine se manifeste encore à un autre point de vue qui est au cœur du jugement de Mendoza.

#### **IV. La corrélation de la personnalité juridique des animaux et d'un lieu adapté à la jouissance des droits qu'elle confère**

Il convient d'insister sur un point particulièrement original du jugement du Tribunal de Mendoza tenant au transfert de Cécilia dans un sanctuaire de chimpanzés situé dans un État voisin. Il prend, en effet, expressément en compte le fait que, dans une étroite collaboration engagée pour résoudre le problème, les

autorités actuelles de la Province de Mendoza ont fait face à l'impérieuse nécessité de mettre fin à la situation de Cécilia par sa relocalisation dans le sanctuaire de Scorocaba en faisant les démarches nécessaires pour établir les contacts avec les autorités brésiliennes et en obtenant les certificats nécessaires pour réaliser son transfert. Il faut supposer que les modalités du transfert de Cécilia avait été préalablement réglées car, sauf à parer le droit animalier de toutes les vertus d'un droit supranational s'imposant même aux États qui ne sont pas partie aux litiges relevant de son influence, on imagine mal que le juge argentin ait pu se permettre d'ordonner un tel déplacement si les autorités brésiliennes ne l'avaient pas déjà accepté. On doit donc comprendre le dispositif comme ordonnant aux autorités argentines l'exécution de l'accord conclu avec les autorités brésiliennes quant au sort de Cécilia.

Ceci posé, on peut se demander si, à défaut de cet accord conclu par les autorités de la Province de Mendoza dans un louable esprit de coopération à la recherche de la solution la mieux adaptée à l'intérêt de la vieille prisonnière du zoo, la qualité de personne juridique non humaine aurait été reconnue à l'animal pour lequel l'association A.F.A.D.A. avait pris fait et cause. On voit donc poindre l'hypothèse peu répertoriée suivant laquelle la reconnaissance de la personnalité juridique de l'animal serait subordonnée à l'aménagement préalable de lieux adaptés à la jouissance des droits qu'elle confère. On voit bien comment elle pourrait être satisfaite à l'égard des grands singes qui sont des animaux sauvages vivant en captivité. Il y aurait à réfléchir sur les modalités de sa transposition aux animaux domestiques en quête de réhabilitation ou de retraite dont le droit fondamental pertinent serait plutôt le droit à une durée de vie conforme à leur longévité naturelle que le droit de vivre dans leur milieu naturel.

Il faut se résoudre à renvoyer à plus tard l'approfondissement de cette stimulante question .Pour le moment et pour conclure, il convient de constater que *le jugement Cécilia* s'inscrit dans un contexte poussant de toute part et à toute force vers l'extension de la personnalité juridique à des animaux ou à des éléments de la Nature (Cf. par exemple le cas, abondamment relayé par les médias de la rivière néo-zélandaise Whanganui dotée de la personnalité juridique en mars 2017 et peut-être même un peu avant. V. aussi l'ouvrage collectif « La représentation de la nature devant le juge : approches comparative et prospective » sous la direction de M-P Camproux Duffrène et J. Sohnle ed. Vertigo Montréal 2015). Il faut surtout rendre hommage au juge María Alejandra Mauricio de l'avoir fait servir à l'inauguration d'une voie sur laquelle, en France particulièrement, les juges et le législateur pourraient s'engager d'autant plus résolument que les obstacles à la reconnaissance de la personnalité juridique des animaux sont moins redoutables qu'en Argentine. Il faut cependant se garder de se lancer tête baissée dans une tentative de greffe dans un pays de *civil law* d'une personnalité juridique non humaine adaptée aux caractéristiques d'un pays de *common law*. Peut-être la voie de la personnification des animaux pourrait-elle y être empruntée suivant les modalités de la personnification technique à la fois plus souple quant à son champ d'application, plus respectueuse des barrières séparant les hommes et les animaux et plus cohérente quant à ses conditions de reconnaissance...

Jean-Pierre MARGUÉNAUD

Professeur agrégé de Droit privé et de Sciences criminelles  
Faculté de Droit et des Sciences Économiques de Limoges

Membre de l'Institut de Droit Européen des Droits de l'Homme (IDEDH EA3976) Université de  
Montpellier  
Directeur de la Revue Semestrielle de Droit Animalier

## II. L'INVIOLABILITÉ DU CORPS HUMAIN

---

### **Document 3 : CEDH, 20 janvier 2011, Haas c. Suisse, Req. n° 31322/07**

#### **PROCÉDURE**

1. A l'origine de l'affaire se trouve une requête (no 31322/07) dirigée contre la Confédération suisse et dont un ressortissant de cet Etat, M. Ernst G. Haas (« le requérant »), a saisi la Cour le 18 juillet 2007 en vertu de l'article 34 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (« la Convention »).
2. Le requérant a été représenté par Me P. Schaerz, avocat à Uster (canton de Zurich). Le gouvernement suisse (« le Gouvernement ») a été représenté par son agent, M. F. Schürmann, chef de la section des droits de l'homme et du Conseil de l'Europe à l'Office fédéral de la justice.
3. Invoquant l'article 8 de la Convention, le requérant se plaint d'une violation du droit qu'il affirme être le sien de choisir le moment de sa mort et la manière de mourir.
4. Par une décision du 20 mai 2010, la Cour a déclaré la requête recevable.
5. Le Gouvernement a déposé des observations complémentaires sur le fond de l'affaire (article 59 § 1 du règlement). Des observations ont également été reçues de « Dignitas » (article 36 § 2 de la Convention), une association de droit privé suisse dont le but est d'assurer à ses membres de pouvoir vivre et mourir dans le respect de la dignité humaine.

#### **EN FAIT**

#### **LES CIRCONSTANCES DE L'ESPÈCE**

6. Le requérant est né en 1953 et réside à Meltingen (canton de Soleure).
7. Il souffre d'un grave trouble affectif bipolaire depuis une vingtaine d'années, au cours desquelles il a commis deux tentatives de suicide et effectué plusieurs séjours dans des cliniques psychiatriques. Le 1er juillet 2004, il devint membre de Dignitas, une association proposant en particulier une assistance au suicide. Considérant que sa maladie, difficile à traiter, l'empêchait de vivre d'une manière digne, le requérant demanda à Dignitas de l'assister dans son projet de suicide. Afin d'obtenir la substance létale nécessaire – à savoir 15 grammes de pentobarbital sodique –, soumise à prescription médicale, le requérant sollicita différents médecins psychiatres, en vain.

#### **A. Les démarches entreprises par le requérant auprès des autorités**

8. Le 8 juin 2005, le requérant s'adressa à différentes autorités aux fins d'obtenir l'autorisation de se procurer la substance en question dans une pharmacie, sans ordonnance, par l'intermédiaire de l'association Dignitas.
9. Le 27 juin 2005, l'Office fédéral de la justice se déclara incompétent pour connaître de sa demande et la rejeta.

Le 20 juillet 2005, l'Office fédéral de la santé publique débouta le requérant, au motif que le pentobarbital sodique ne pouvait être obtenu en pharmacie que sur ordonnance médicale. Par ailleurs, il exprima l'avis que l'article 8 de la Convention n'imposait pas aux Etats parties une obligation positive de créer les conditions permettant de se suicider sans risque d'échec et sans douleur.

10. Le 3 août 2005, la direction de la santé du canton de Zurich rejeta également la demande du requérant au motif que, ne disposant pas de l'ordonnance médicale nécessaire, l'intéressé ne pouvait être autorisé à se voir délivrer la substance en question dans une pharmacie. Elle précisa elle aussi que le droit invoqué par le requérant ne pouvait pas se déduire de l'article 8 de la Convention. Cette

décision fut confirmée par le tribunal administratif du canton de Zurich le 17 novembre 2005.

11. Le 20 décembre 2005, le Département fédéral de l'intérieur déclara irrecevable le recours formé par l'intéressé contre la décision du 20 juillet 2005, au motif qu'il ne s'agissait pas d'un cas d'urgence dans lequel une substance soumise à prescription médicale pouvait être obtenue sans une telle prescription. Il précisa que seul un médecin pouvait établir l'ordonnance requise.

12. Le requérant recourut devant le Tribunal fédéral contre les décisions du Département fédéral de l'intérieur et du tribunal administratif du canton de Zurich. Invoquant notamment l'article 8 de la Convention, il soutenait que cette disposition garantissait le droit de décider de sa propre mort et qu'une ingérence de l'Etat dans ce droit n'était admissible que dans les conditions énoncées au paragraphe 2 de l'article 8. Aux yeux du requérant, l'obligation de présenter une ordonnance médicale afin d'obtenir la substance nécessaire à la commission d'un suicide et l'impossibilité de se procurer une telle ordonnance, due selon lui aux menaces de retrait de l'autorisation d'exercer que les autorités faisaient peser sur les médecins s'ils prescrivaient cette substance à des malades psychiques, constituaient une ingérence dans son droit au respect de sa vie privée. Or, selon l'intéressé, si cette ingérence reposait certes sur une base légale et poursuivait un but légitime, elle n'était, dans son cas, pas proportionnée.

## B. L'arrêt du Tribunal fédéral

13. Par un arrêt du 3 novembre 2006, le Tribunal fédéral joignit les deux procédures et rejeta les recours formés par le requérant.

14. Il constata en premier lieu que, selon les dispositions légales applicables, le pentobarbital sodique ne pouvait être obtenu que sur ordonnance médicale et que le requérant n'avait pas obtenu une telle prescription. Il observa en deuxième lieu qu'il ne s'agissait pas en l'espèce d'un cas exceptionnel permettant la délivrance d'un médicament sans ordonnance.

15. Quant à l'allégation relative à la violation de l'article 8 de la Convention, le Tribunal fédéral s'exprima comme suit :

(Traduction)

« 6.1. (...) Le droit à l'autodétermination, au sens de l'article 8 § 1 [de la Convention], inclut le droit d'un individu de décider à quel moment et de quelle manière il mourra, du moins lorsqu'il est en mesure de former librement sa volonté à ce propos et d'agir en conséquence (...)

6.2.1. Le droit de décider de sa propre mort, qui n'est ici pas mis en question en tant que tel, doit cependant être distingué d'un droit à l'assistance au suicide de la part de l'Etat ou d'un tiers. En principe, un tel droit ne peut se déduire ni de l'article 10, alinéa 2, de la Constitution fédérale [consacrant la liberté individuelle] ni de l'article 8 de la Convention ; l'individu qui désire mourir ne détient pas un droit de se voir accorder

une assistance au suicide, que ce soit par la mise à disposition des moyens nécessaires ou par le biais d'une aide active lorsqu'il n'est pas en mesure de mettre lui-même fin à ses jours (...). L'Etat a l'obligation fondamentale de protéger la vie. Certes, cette protection ne s'impose généralement pas contre la volonté expresse d'une personne capable de discernement (...) [I]l n'en résulte pas pour autant une obligation positive pour l'Etat de faire en sorte que la personne désirant mourir ait accès à un produit dangereux choisi pour le suicide ou à des outils destinés à cette fin. Le droit à la vie garanti par l'article 2 de la Convention oblige pour le moins l'Etat, dans de telles circonstances, à mettre en place une procédure propre à assurer qu'une décision de suicide correspond bien à la libre volonté de l'intéressé(...)

6.2.2. Ce qui précède est confirmé par la jurisprudence des organes de Strasbourg : l'article 2 [de la Convention] ne garantit aucun droit à mourir, que ce soit avec l'assistance d'un tiers ou avec celle de l'Etat ; le droit à la vie ne comporte aucune liberté négative correspondante (arrêt Pretty c. Royaume-Uni, no 2346/02, CEDH 2002-III, p. 203, § 40) (...) L'article 3 n'oblige en principe pas l'Etat à

garantir l’impunité pénale pour l’assistance au suicide ou à créer une base légale pour une autre forme d’assistance au suicide ; l’Etat ne doit pas cautionner des actes visant à interrompre la vie (arrêt Pretty, précité, §§ 55 et suivants). A propos de l’article 8, la Cour a constaté que – sans vouloir aucunement mettre en cause l’intangibilité de la vie – la qualité de la vie et, dès lors, la question de l’autodétermination de l’individu jouent un rôle sous l’angle de cette disposition (arrêt Pretty, précité, § 65). La Cour a déclaré qu’elle « ne pouvait exclure » que le fait que la requérante était empêchée d’exercer son choix d’éviter ce qui, à ses yeux, aurait constitué une fin de vie indigne et pénible, représentait une atteinte à son droit au respect de sa vie privée, au sens de l’article 8 § 1 de la Convention (arrêt Pretty, précité, § 67 ; voir également l’arrêt de la Cour suprême du Canada dans l’affaire Rodriguez v. British Columbia [Attorney General ; [1993] 3 S.C.R 513], et l’opinion du juge Sopinka comme fondement de l’avis de la majorité) ; cela avait déjà été annoncé en 1983 dans l’affaire Reed, dans laquelle la Commission avait souligné que l’action d’une personne aidant un individu à mourir ne tombait pas, en tant que telle, dans le champ d’application de l’article 8, mais que, en revanche, la protection de la vie privée de la personne voulant se suicider pouvait entrer en jeu (décision d’irrecevabilité Reed c. Royaume-Uni (déc.), 4 juillet 1983, Décisions et rapports 33, p. 273, § 13).

6.2.3. L’affaire Pretty (tout comme l’affaire Rodriguez) n’est pas comparable à la présente affaire : la liberté du requérant de se suicider, et par conséquent l’impunité d’une personne apportant éventuellement son assistance au suicide, à condition qu’elle n’agisse pas avec un mobile égoïste (article 115 du code pénal), n’est pas en cause ici. L’objet de la controverse est la question de savoir si, sur le fondement de l’article 8, l’Etat doit faire en sorte que le requérant puisse mourir sans douleur et sans risque d’échec, et que, par conséquent, il puisse obtenir du pentobarbital sodique sans ordonnance médicale, en dérogation à la législation. Il faut répondre à cette question par la négative : il est vrai que la Convention ne protège pas des droits théoriques ou illusoires, mais des droits concrets et effectifs (arrêt Artico c. Italie, 13 mai 1980, série A, no 37, § 33) ; il n’apparaît cependant pas – sachant qu’il existe d’autres options – que la liberté de se suicider, et, partant, la liberté de décider de sa propre qualité de vie, soit restreinte par le simple fait que l’Etat n’autorise pas la délivrance de la substance en question sans condition, mais qu’il la subordonne à la présentation d’une prescription médicale, conformément aux « règles reconnues des sciences pharmaceutiques et médicales », et à la connaissance de l’état de santé de l’intéressé (article 24, alinéa 1, lit. a), combiné avec l’article 26 LPTh [loi fédérale sur les médicaments et les dispositifs médicaux], et l’article 9, alinéa 1, combiné avec l’article 10 Lstup [loi fédérale sur les stupéfiants]). Pour garantir de manière effective la liberté de décider de la fin de sa propre vie, découlant de l’article 8 § 1 de la Convention, il n’est pas nécessaire d’autoriser la délivrance sans restrictions de pentobarbital sodique, même si cette substance est censée bien se prêter à la commission du suicide. Le seul fait que d’autres solutions que le pentobarbital sodique comportent des risques d’échec plus élevés et de douleurs plus graves ne suffit pas à justifier la délivrance sans ordonnance de la substance à des fins de suicide. Une telle obligation positive ne saurait être déduite ni de l’article 10 § 2 de la Constitution fédérale ni de l’article 8 de la Convention (...)

(...)

6.3.2. L’obligation de présenter une prescription médicale repose sur une base légale claire, accessible et prévisible, à savoir, en ce qui concerne le droit national, les articles 24 et 26 LPTh et les articles 9 et 10, alinéa 1, LStup et, en ce qui concerne le droit international, l’article 9, alinéa 1, et le Tableau III de la Convention du 21 février 1971 sur les substances psychotropes. De manière générale, cette obligation vise à protéger la santé et la sécurité de la population et, dans le contexte de l’assistance au suicide, à empêcher la commission d’infractions pénales et à lutter contre les risques d’abus (arrêt Pretty, précité, §§ 74 et 75 (...)). Une substance dont l’ingestion conduit à la mort ne peut pas être simplement délivrée par un pharmacien en dehors de toute connaissance des circonstances de la cause ; dans l’intérêt du patient, la délivrance d’une telle substance doit être soumise à la présentation d’une prescription médicale. La prescription médicale presuppose un diagnostic posé selon la déontologie

professionnelle d'un médecin, une indication médicale (Indikationsstellung) et un entretien d'information. Seul un médecin peut procéder à l'examen de la capacité de discernement d'un patient et des documents médicaux, et juger si toutes les possibilités de traitement ont été épuisées, sans résultat (...). L'obligation de prescription pour le pentobarbital sodique constitue la garantie qu'un médecin ne délivrera pas cette substance sans que toutes les conditions soient réunies, puisque, dans le cas contraire, il s'exposerait à des sanctions pénales, civiles ou disciplinaires (...). Elle protège les individus contre des décisions irréfléchies et hâtives (...) et garantit l'existence d'une justification médicale de l'acte (...). Une éventuelle ingérence dans le droit à l'autodétermination protégé par l'article 8 de la Convention n'a qu'un poids relatif au regard des conséquences liées à la délivrance de pentobarbital sodique à des fins de suicide (...). En revanche, la protection de la vie, l'interdiction de l'homicide et sa délimitation par rapport à l'assistance au suicide, qui n'est a priori pas possible de sanction, constituent un intérêt général de poids (...). Si l'assistance au suicide par des moyens médicaux est autorisée, question qui, compte tenu de l'importance de l'enjeu éthique, doit au premier chef être appréciée par le législateur (arrêt Pretty, précité, § 74 in fine), l'Etat est en droit de prévoir une procédure de contrôle garantissant que la décision de l'intéressé correspond effectivement à sa volonté libre et réfléchie (...); à cet effet, l'obligation de prescription médicale est appropriée et nécessaire. Dans la mesure où le requérant soutient que cette argumentation ne prend pas en considération les 1 300 cas de suicide et les 63 000 cas de tentative de suicide par an, dans lesquels l'Etat ne respecterait pas son devoir de protection, il faut souligner que ces cas ne concernent pas, comme en l'espèce, la question de la délivrance sans prescription d'une substance à des fins de suicide et ne sont donc pas comparables à la présente situation.

(...)

**6.3.4.** La réglementation concernant l'assistance au suicide est relativement libérale en Suisse, dans la mesure où l'assistance ou l'incitation n'est sanctionnée qu'en cas de mobile égoïste (article 115 du code pénal). En revanche, le législateur reste libre, lorsqu'il pèse les intérêts en jeu – le droit à l'autodétermination de celui qui veut se donner la mort, d'une part, et la protection contre des suicides impulsifs (Affektsuizid), d'autre part –, de subordonner la légalité de l'assistance au suicide et la délivrance d'un produit dangereux à leur conformité avec les règles professionnelles et l'état des sciences médicales. Les directives de l'Académie suisse des sciences médicales du 25 novembre 2004 concernant la prise en charge des patientes et patients en fin de vie reconnaissent que, dans des cas limites, le médecin peut être confronté à un « conflit difficile à résoudre » (point 4.1 des directives). Certes, l'assistance au suicide ne saurait être considérée comme faisant partie des activités du médecin, parce qu'elle va en soi à l'encontre des buts de la médecine ; toutefois, le respect de la volonté du patient est également fondamental pour la relation entre le médecin et le patient, si bien que le médecin peut être amené à prendre une décision en son âme et conscience, décision qui devrait être respectée. Si le médecin opte pour l'assistance au suicide, il est garant du fait : 1) que la maladie du patient rend vraisemblable la proximité de la fin de la vie, 2) que d'autres possibilités de soutien ont été discutées et, le cas échéant, mises en œuvre, et 3) que le patient est capable de discernement, que son souhait paraît bien réfléchi, qu'il est indépendant de pressions extérieures et qu'il doit être considéré comme durable, ce qui doit être vérifié par une tierce personne indépendante qui ne doit pas forcément être médecin ; le dernier acte menant à la mort doit toujours être commis par le patient lui-même. Contrairement à ce qu'affirme le requérant, un médecin, dans le cadre des règles professionnelles reconnues, est en droit de prescrire du pentobarbital sodique en vue d'un suicide, pour autant que les conditions de sa prescription soient remplies. Comme le Tribunal fédéral l'a déjà observé, on constate aujourd'hui un changement d'attitude, dans le sens où l'assistance au suicide est de plus en plus considérée comme une activité médicale volontaire, qui ne peut être imposée à aucun médecin, mais qui n'est pas exclue du point de vue des règles professionnelles et de surveillance tant que le devoir de diligence médicale est respecté dans l'examen, le diagnostic et la délivrance du produit (arrêt 2P.310/2004 du 18 mai 2005, consid.

4.3 avec références), et tant que le médecin ne se laisse pas guider exclusivement par le souhait de mourir de son patient en omettant d'examiner les motifs d'une telle décision conformément aux critères scientifiques applicables (...)

6.3.5. La question de la prescription et de la délivrance de pentobarbital sodique est particulièrement délicate dans les cas de maladie psychique :

6.3.5.1. Il ne faut pas méconnaître qu'une grave maladie psychique, incurable et durable, peut, tout comme une maladie somatique, causer une souffrance telle qu'avec le temps le patient en arrive à ne plus considérer sa vie comme digne d'être vécue. Selon les avis éthiques, juridiques et médicaux les plus récents, dans de tels cas également, la prescription de pentobarbital sodique n'est pas nécessairement contre-indiquée ou à exclure au motif qu'elle constituerait une violation du devoir de diligence du médecin (...). La plus grande retenue doit toutefois s'exercer : il faut en effet distinguer entre le désir de mourir en tant qu'expression d'un trouble psychique qui peut et doit être traité, et la volonté de mourir fondée sur la décision réfléchie et durable d'une personne capable de discernement (« suicide-bilan »), qu'il faut respecter le cas échéant. Si le souhait de mourir est fondé sur une décision autonome et globale, il n'est pas exclu de prescrire du pentobarbital sodique à une personne souffrant d'une maladie psychique et, partant, de lui fournir une assistance ausuicide

(...)

6.3.5.2. La question de savoir si les conditions sont remplies dans un cas précis ne saurait être examinée sans qu'il soit fait recours à des connaissances médicales spécialisées – en particulier psychiatriques –, ce qui est difficile en pratique ; la réalisation d'une expertise psychiatrique approfondie est dès lors nécessaire (...), ce qui ne peut être garanti que si l'obligation d'une prescription pour la délivrance de pentobarbital sodique est maintenue et que la responsabilité ne repose pas uniquement sur des organisations privées d'assistance au suicide. Les activités de tels organismes ont soulevé des critiques à plusieurs reprises ; une étude bâloise, fondée sur l'analyse de 43 cas de suicides assistés par « Exit » entre 1992 et 1997, a critiqué à juste titre le défaut de prise en compte des facteurs psychiatriques ou sociaux dans la décision de mettre fin à sa vie (...). L'on ne saurait dès lors soutenir que la délivrance de pentobarbital sodique et la délégation de la responsabilité de l'emploi de ce produit à une organisation d'assistance au suicide sont aussi conformes à la ratio legis que le maintien de l'obligation de prescription médicale.

6.3.6. En résumé, il convient de dire que – contrairement à ce qu'allègue le requérant – ni l'article 8 de la Convention ni l'article 10 § 2 de la Constitution fédérale (...) n'instaurent une obligation pour l'Etat de délivrer, sans prescription médicale, du pentobarbital sodique à des organisations d'assistance au suicide ou à des personnes qui veulent se donner la mort. L'exigence d'une prescription médicale pour le pentobarbital sodique se fonde sur une base légale, vise la protection de la sécurité et de la santé publiques ainsi que le maintien de l'ordre dans l'intérêt public, et est également une mesure proportionnée et nécessaire dans une société démocratique. Dans la mise en balance des intérêts, à savoir, d'une part, la protection de la vie – qui exige (pour le moins) de vérifier, au cas par cas, si la décision d'un individu de mettre fin à sa vie correspond effectivement à sa volonté libre et réfléchie lorsqu'il opte pour un suicide assisté au moyen d'un produit soumis à la législation sur les stupéfiants ou à celle sur les médicaments –, et, d'autre part, le droit à l'autodétermination de l'individu, l'Etat reste libre – du point de vue du droit constitutionnel ou de la Convention – de poser certaines conditions et, dans ce contexte, de maintenir en particulier l'obligation de prescription pour le pentobarbital sodique. Les documents médicaux (sommaires) soumis [par le requérant] ne changent rien à son cas ; la

délivrance d'une substance en vue d'un suicide assisté nécessite, dans son cas également, un examen approfondi et minutieux et une indication médicale, et, en ce qui concerne le caractère sérieux de son souhait de mourir et sa capacité de discernement à cet égard, un suivi médical d'une certaine durée par un spécialiste, qui, par la suite, pourrait être disposé, le cas échéant, à délivrer une prescription médicale

; en revanche, dans le cadre de la présente affaire, [le requérant] ne peut pas recevoir une telle prescription en demandant que l'obligation de prescription soit levée ; pour cette raison, ses explications concernant sa capacité de discernement n'apparaissent pas pertinentes (arrêt Pretty, précité, §§ 74-77) (...) ».

### C. Les démarches ultérieures du requérant auprès de médecins

16. Le 2 mai 2007, le requérant adressa une lettre à 170 psychiatres, exerçant, selon les informations dont dispose la Cour, presque tous dans la région de Bâle. Il demanda à chacun d'entre eux s'il accepterait de le recevoir dans le but d'effectuer une expertise psychiatrique le concernant, et ce en vue de la délivrance d'une ordonnance pour du pentobarbital sodique.

La lettre était libellée comme suit : (Traduction)

«Madame,Monsieur,

Je vous fais parvenir ci-joint copie d'un arrêt du Tribunal fédéral me concernant. J'avais demandé au Tribunal fédéral l'accès direct au pentobarbital sodique, pour pouvoir, avec l'aide de « Dignitas », me suicider de manière accompagnée, sans risque d'échec et sans douleur. Le Tribunal fédéral a certes admis que le droit de choisir la manière de mourir et le moment de sa mort est un droit de l'homme. En même temps, il a déclaré qu'un accès direct au pentobarbital sodique n'était pas possible, une ordonnance médicale étant nécessaire à cette fin.

Etant donné que je suis psychiquement malade, le Tribunal fédéral a en outre déclaré qu'il fallait au préalable une expertise psychiatrique approfondie (p. 75, point 6.3.5.2). Celle-ci devrait déterminer si ma volonté de mourir est l'expression d'un dysfonctionnement psychique susceptible d'être soigné ou s'il s'agit de la décision autonome, réfléchie et durable d'une personne capable de discernement (également p. 75, point 6.3.5.1).

Par la présente, je vous demande si vous êtes prêt à m'accepter comme patient, exclusivement en vue de la réalisation d'une telle expertise.

Je vous rends en outre attentif au fait que je ne risque guère de me suicider en ce moment ; je vis sans consommer de neuroleptiques depuis novembre 2006. »

17. Aucun médecin ne répondit positivement à sa demande. Certains refusèrent par manque du temps et/ou des compétences nécessaires, ou pour des raisons éthiques. D'autres arguèrent que la maladie du requérant pouvait être traitée.

## II. LE DROIT INTERNE, LE DROIT COMPARÉ ET LE DROIT INTERNATIONAL PERTINENTS

18. Les dispositions pertinentes du code pénal suisse sont libellées comme suit : Article 114 – Meurtre à la demande de la victime

« Celui qui, cédant à un mobile honorable, notamment à la pitié, aura donné la mort à une personne à la demande sérieuse et instantanée de celle-ci sera puni d'une peine privative de liberté de trois ans au plus ou d'une peine pécuniaire.

Article 115 – Incitation et assistance au suicide

Celui qui, poussé par un mobile égoïste, aura incité une personne au suicide, ou lui aura prêté assistance en vue du suicide, sera, si le suicide a été consommé ou tenté, puni d'une peine privative de liberté de cinq ans au plus ou d'une peine pécuniaire. »

19. La loi fédérale sur les stupéfiants (Lstup) (« la loi sur les stupéfiants »), du 3 octobre 1951, réglemente l'usage et le contrôle des stupéfiants. La loi fédérale sur les médicaments et les dispositifs médicaux (LPTh) (« la loi sur les produits thérapeutiques »), du 15 décembre 2000, s'applique aux stupéfiants visés par la loi sur les stupéfiants lorsqu'ils sont utilisés comme produits thérapeutiques (article 2, alinéa 1 B, de la loi sur les produits thérapeutiques). La loi sur les stupéfiants reste cependant applicable si la loi sur les produits thérapeutiques ne prévoit pas de réglementation ou que sa réglementation est moins étendue (article 2, alinéa 1 bis, de la loi sur les stupéfiants).

20. Aux termes de l'article 1 de la loi sur les stupéfiants et de l'ordonnance du 12 décembre 1996 sur les stupéfiants et les substances psychotropes de l'Institut suisse des produits thérapeutiques, le pentobarbital sodique est considéré comme un stupéfiant au sens de la loi sur les stupéfiants. Par ailleurs, il ressort de l'arrêt du Tribunal fédéral du 3 novembre 2006 que le pentobarbital sodique appartient à la catégorie B des médicaments au sens de la loi sur les produits thérapeutiques.

21. En outre, le pentobarbital sodique figure au Tableau III de la Convention du 21 février 1971 sur les substances psychotropes. Selon cette convention, il ne peut être délivré pour être utilisé par des particuliers que sur ordonnance médicale.

22. L'article 9 de la loi sur les stupéfiants dresse la liste des membres des professions médicales qui peuvent se procurer des stupéfiants sans autorisation. Son paragraphe premier est ainsi libellé : « Les médecins, les médecins-dentistes, les médecins-vétérinaires et les dirigeants responsables d'une pharmacie publique ou d'hôpital qui exercent leur profession sous leur propre responsabilité, en vertu d'une décision de l'autorité cantonale prise en conformité avec la loi fédérale du 19 décembre 1877 concernant l'exercice des professions de médecin, de pharmacien et de vétérinaire dans la Confédération suisse, peuvent sans autorisation se procurer, détenir, utiliser et dispenser des stupéfiants dans les limites que justifie l'exercice, conforme aux prescriptions, de leur profession. Sont réservées les dispositions cantonales réglant la dispensation directe par les médecins et les médecins-vétérinaires (...) »

23. Selon l'article 10, alinéa 1, de la même loi, seuls les médecins et les médecins-vétérinaires sont autorisés à prescrire des stupéfiants :

« Les médecins et les médecins-vétérinaires visés par l'article 9 sont autorisés à prescrire des stupéfiants.

(...) »

24. Les médecins et médecins-vétérinaires ne peuvent établir de telles prescriptions que dans la mesure admise par la science et seulement aux patients qu'ils ont eux-mêmes examinés (article 11, alinéa 1, de la même loi, et article 43, alinéa 1, de l'ordonnance du 29 mai 1996 sur les stupéfiants).

25. Les articles 24 et 26 de la loi sur les produits thérapeutiques sont libellés comme suit :

Article 24 – Remise de médicaments soumis à ordonnance

« Sont habilités à remettre des médicaments soumis à ordonnance :

- a. les pharmaciens, sur ordonnance médicale et, dans des cas exceptionnels justifiés, sans ordonnance médicale ;
- b. toute autre personne exerçant une profession médicale, conformément aux dispositions sur la pro-pharmacie ;
- c. tout professionnel dûment formé, sous le contrôle d'une personne visée aux alinéas a et b.

(...) »

Article 26 – Principe de la prescription et de la remise

« Les règles reconnues des sciences pharmaceutiques et médicales doivent être respectées lors de la prescription et de la remise de médicaments.

Un médicament ne doit être prescrit que si l'état de santé du consommateur ou du patient est connu. »

26. Le chapitre 8 de la même loi contient des dispositions pénales visant les personnes qui mettent intentionnellement en danger la santé d'autrui en relation avec une activité relevant de cette loi. L'article 86 de la loi est libellé comme suit :

Article 86 – Délits

« Est passible d'emprisonnement ou d'une amende de 200 000 francs au plus, à moins qu'il ait commis une infraction plus grave au sens du code pénal ou de la loi du 3 octobre 1951 sur les stupéfiants, quiconque met intentionnellement en danger la santé d'êtres humains du fait qu'il:

- a. néglige son devoir de diligence lorsqu'il effectue une opération en rapport avec des produits thérapeutiques ;
- b. fabrique, met sur le marché, prescrit, importe ou exporte des médicaments ou en fait le commerce à l'étranger sans autorisation ou en enfreignant d'autres dispositions de la présente loi;
- c. remet des produits thérapeutiques sans y être habilité; (...)
- f. néglige son obligation d'assurer la maintenance des dispositifs médicaux ; (...)

Si l'auteur agit par métier, la peine d'emprisonnement est de cinq ans au plus et l'amende de 500 000 francs au plus.

Si l'auteur agit par négligence, la peine d'emprisonnement est de six mois au plus ou l'amende de 100 000 francs au plus. »

27. Dans ses arrêts 6B\_48/2009 et 6B\_14/2009 du 11 juin 2009, le Tribunal fédéral a confirmé la condamnation d'un psychiatre à une peine d'emprisonnement de quatre ans et demi au motif que ce médecin, qui avait prêté assistance au suicide de son patient, avait méconnu l'incapacité de discernement de celui-ci.

28. Les recherches effectuées par la Cour montrent que certains Etats membres du Conseil de l'Europe prévoient des règles spécifiques portant sur l'accès aux substances susceptibles de faciliter le suicide.

29. En Belgique, par exemple, la loi du 28 mai 2002 définit l'euthanasie comme l'acte effectué par un tiers qui met intentionnellement fin à la vie d'une personne à la demande de celle-ci (article 2 de cette loi). Le pharmacien qui délivre une « substance euthanasiante » ne commet aucune infraction lorsqu'il le fait sur la base d'une prescription dans laquelle le médecin mentionne explicitement qu'il agit conformément à la loi. La réglementation fixe les critères de prudence et les conditions auxquelles doivent satisfaire la prescription et la délivrance de tels médicaments ; elle doit également prévoir les mesures nécessaires pour assurer la disponibilité des substances euthanasiantes.

30. Au Luxembourg, la loi du 16 mars 2009 a dépénalisé l'euthanasie et l'assistance au suicide. Selon cette loi, l'accès à un médicament permettant le suicide n'est légalement possible, pour un médecin, que s'il est partie intégrante du processus d'euthanasie ou d'assistance au suicide.

## EN DROIT

### I. SUR LA VIOLATION ALLÉGUÉE DE L'ARTICLE 8 DE LA CONVENTION

31. Le requérant se plaint des conditions requises pour l'obtention de pentobarbital sodique, à savoir une ordonnance médicale reposant sur une expertise psychiatrique approfondie. Il allègue que, ces conditions ne pouvant être remplies dans son cas, le droit qu'il estime être le sien de choisir le moment de sa mort et la manière de mourir n'est pas respecté. Il soutient que, dans une situation exceptionnelle comme le serait la sienne, l'accès aux médicaments nécessaires au suicide devrait être garanti par l'Etat. Il invoque l'article 8 de la Convention, libellé comme suit :

« 1. Toute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale, de son domicile et de sa correspondance.

2. Il ne peut y avoir ingérence d'une autorité publique dans l'exercice de ce droit que pour autant que cette ingérence est prévue par la loi et qu'elle constitue une mesure qui, dans une société démocratique, est nécessaire à la sécurité nationale, à la sûreté publique, au bien-être économique du pays, à la défense de l'ordre et à la prévention des infractions pénales, à la protection de la santé ou de la morale, ou à la protection des droits et libertés d'autrui. »

## A. Les thèses des parties

### 1. *Le requérant*

33. Le requérant allègue être victime d'une ingérence dans l'exercice de son droit au respect de sa vie privée, au sens de l'article 8 de la Convention. Il ne partage pas le point de vue du Gouvernement selon lequel il disposerait d'autres options pour mettre fin à sa vie. Il estime en effet que l'absorption de pentobarbital sodique est la seule méthode de suicide digne, sûre, rapide et sans douleur. Par ailleurs, le fait que, parmi les 170 médecins exerçant dans la région de Bâle auxquels il s'est adressé, aucun n'a été disposé à l'aider démontre, selon lui, l'impossibilité de réunir les conditions fixées par le Tribunal fédéral. A ses yeux, cela est sans conteste contraire au principe élaboré par la Cour selon lequel la Convention protège des droits concrets et effectifs (Artico c. Italie, 13 mai 1980, § 33, série A no 37).

34. Par ailleurs, le requérant affirme que les cas de suicide dans lesquels Dignitas a fourni son assistance remontent aux années 2001 à 2004 et qu'ils n'ont dès lors pas à être pris en compte en l'occurrence. Il soutient ensuite qu'une enquête a été ouverte contre des médecins de Zurich qui avaient prescrit du pentobarbital sodique à des personnes souffrant de problèmes psychiques et désireuses de se donner la mort, au motif qu'une expertise psychiatrique approfondie avait fait défaut. Il allègue en outre avoir été informé par Dignitas que l'association n'était plus en contact avec des psychiatres disposés à fournir l'expertise nécessaire. Enfin, il soutient que, en vertu du droit à l'autodétermination, il n'est pas tenu de suivre une nouvelle thérapie, contrairement à ce que prétendrait le Gouvernement, dans la mesure où il aurait clairement et librement pris sa décision de mettre fin à ses jours.

35. Quant à l'argument du Gouvernement relatif aux risques inhérents à une libéralisation excessive dans le domaine du suicide, il l'estime peu convaincant, affirmant que les autorités suisses sont de toute façon quasiment inactives dans la prévention des suicides, et ce malgré l'existence de près de 67 000 tentatives par an (le requérant se réfère à cet égard à la réponse du Conseil fédéral du 9 janvier 2002 aux questions posées par Andreas Gross, conseiller national et membre de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe).

36. Le requérant reproche par ailleurs au Gouvernement de méconnaître qu'il souffre depuis de longues années de graves troubles mentaux. Il défend le caractère indubitable de son intention de mettre fin à ses jours, qui ressortirait clairement de ses tentatives de suicide antérieures ainsi que de ses efforts tendant à l'obtention de l'aval juridique de sa décision. Il ne serait dès lors pas nécessaire de prouver le sérieux de son intention, ni par une expertise psychiatrique approfondie ni par une assistance psychiatrique pendant un laps de temps prolongé.

37. Compte tenu de ce qui précède, l'intéressé soutient que l'ingérence qu'il dénonce dans l'exercice de son droit au respect de sa vie privée, garanti par l'article 8 § 1 de la Convention, n'est justifiée ni par la protection de sa propre vie ni par la défense des intérêts liés à la santé ou à la sécurité publiques. Enfin, il se plaint que l'impossibilité de trouver un psychiatre disposé à fournir une expertise ait rendu illusoire son droit au respect de sa vie privée.

### 2. *Le Gouvernement*

38. Le Gouvernement réfute toute atteinte, en l'espèce, au droit du requérant au respect de sa vie privée, garanti par l'article 8 § 1 de la Convention. A cet égard, il

estime que la présente affaire se distingue de l'affaire Pretty c. Royaume-Uni (no 2346/02, CEDH 2002-III), dans laquelle la requérante, incapable d'agir par ses propres moyens, se voyait empêchée de mettre en œuvre son choix de mourir d'une manière qu'elle considérait comme digne. En effet, d'après le Gouvernement, la maladie du requérant dans la présente affaire ne l'empêche pas d'agir par ses propres moyens. Il existerait de nombreuses autres solutions à la disposition des personnes valides pour se suicider. Par ailleurs, à l'instar du Tribunal fédéral, le Gouvernement estime que le droit à l'autodétermination que garantirait l'article 8 § 1 ne saurait comprendre le droit d'une personne de se voir accorder une assistance au suicide, que ce soit par la mise à disposition des moyens nécessaires ou par le biais d'une aide active lorsque la personne n'est pas en mesure d'agir par elle-même.

39. Le Gouvernement ajoute que, en tout état de cause, si la Cour devait néanmoins considérer que la décision du Tribunal fédéral porte atteinte aux droits garantis par l'article 8 § 1 de la Convention, pareille atteinte serait justifiée au regard des conditions énoncées au paragraphe 2 de cet article.

40. Par ailleurs, selon le Gouvernement, la réglementation attaquée repose sur une base légale suffisante, ce que le requérant n'aurait pas contesté (paragraphes 19 à 28 ci-dessus).

41. Le Gouvernement soutient ensuite que la restriction d'accès au pentobarbital sodique sert la protection de la santé et de la sécurité publiques et la prévention des infractions pénales.

42. Quant à la nécessité d'une telle restriction dans une société démocratique, le Gouvernement indique que la réglementation et la pratique suisses en matière d'assistance au suicide sont plus permissives que dans la plupart des autres Etats du Conseil de l'Europe. L'assistance au suicide n'y serait pas punissable de manière générale, mais seulement dans certaines circonstances (article 115 du code pénal – paragraphe 19 ci-dessus).

43. Le Gouvernement précise que l'assistance au suicide de personnes atteintes d'une maladie psychique est, en Suisse, non seulement possible sur le plan juridique, mais aussi pratiquée dans les faits. A sa connaissance, les condamnations pénales de médecins pour prescription de pentobarbital sodique concernent toutes des cas où le diagnostic n'avait pas été soigneusement établi ou était manifestement erroné. Par ailleurs, selon une étude menée entre 2001 et 2004 sur les suicides assistés par les associations Exit et Dignitas, qui ont fait l'objet d'investigations de la part de l'Institut de médecine légale de l'Université de Zurich, douze personnes atteintes d'une maladie psychique ont été assistées par ces deux associations pendant cette période. Ces cas n'auraient pas donné lieu à des poursuites ou à d'autres mesures à l'encontre des médecins impliqués. Par ailleurs, il ressortirait des rapports annuels d'Exit que cette association a, à deux reprises, en 2007 comme en 2008, accompagné le suicide d'une personne souffrant d'une maladie psychique (rapports de la Commission de gestion de l'association pour les années 2007 et 2008, annexes 3 et 4). Selon le Gouvernement, cela démontre que des médecins étaient disposés à procéder aux examens nécessaires et à prescrire la quantité requise de pentobarbital sodique. A la connaissance du Gouvernement, ces cas n'ont pas eu de conséquences juridiques. Partant, le Gouvernement soutient que, s'il était prêt à accepter les modalités établies par le Tribunal fédéral et confirmées par la « Société suisse de psychiatrie forensique (SSPF) », le requérant serait en mesure de trouver un médecin qui, après un

accompagnement pendant une certaine durée, pourrait attester, le cas échéant, qu'il remplit les conditions pour une prescription de la substance en cause.

44. Par ailleurs, le Gouvernement considère que les démarches entreprises par le requérant pour prendre contact avec un médecin soulèvent quelques interrogations. Premièrement, il relève que Dignitas, qui a assisté le requérant dans sa démarche, a déjà accordé l'assistance au suicide à plusieurs autres personnes atteintes de maladies psychiques. Il en déduit que l'association devait connaître des médecins pouvant prendre en charge la demande du requérant. Deuxièmement, il note que, depuis 2006, en accord avec l'arrêt du Tribunal fédéral, le canton de Zurich a modifié sa pratique pour que des médecins établissant une ordonnance pour du pentobarbital sodique ne s'exposent plus à des poursuites pénales. Or, selon le Gouvernement, une fois levé l'obstacle critiqué dans la procédure interne, plutôt que de s'adresser à un médecin du canton de Zurich, le requérant a fait attester par un notaire l'envoi d'une demande écrite à 170 psychiatres, exerçant tous dans la région de Bâle, à l'exception d'une doctoresse exerçant à Berne. Troisièmement, le Gouvernement, ignorant selon quels critères le requérant a choisi les 170 destinataires de sa demande, estime que la formulation de la lettre n'était pas de nature à encourager un médecin à y répondre positivement, dans la mesure où l'intéressé, en rejetant d'avance toute thérapie et en demandant uniquement une expertise, excluait d'emblée l'étude sérieuse d'une alternative au suicide, étape faisant partie de l'examen qui doit précéder la prescription de pentobarbital sodique.

45. En outre, selon le Gouvernement, si la réglementation relative à l'assistance au suicide place les autorités étatiques devant des questions éthiques difficiles, elle crée une situation d'autant plus délicate dans le cas de demandeurs qui ne sont pas atteints d'une maladie mortelle. Pour lui, de telles personnes exprimeraient le choix non pas de préférer une mort douce à une mort précédée ou accompagnée de grandes souffrances, comme dans l'affaire Pretty notamment, mais de préférer la mort à la vie.

46. Le Gouvernement rappelle également que, selon l'article 2 de la Convention, l'Etat est tenu non seulement de s'abstenir de provoquer la mort de manière volontaire et irrégulière, mais aussi de prendre les mesures nécessaires à la protection de la vie des personnes relevant de sa juridiction contre le fait d'autrui ou, le cas échéant, contre elles-mêmes (Kilavuz c. Turquie, no 8327/03, § 78, 21 octobre 2008). Il ajoute que, dès lors que les autorités ont connaissance d'un risque de suicide d'une personne, elles sont tenues d'entreprendre tout ce que l'on peut raisonnablement attendre d'elles pour prévenir ce risque (Kilavuz, précité, § 88).

47. A cet égard, le Gouvernement expose que, en psychiatrie, la volonté de se suicider est perçue comme un symptôme d'une maladie psychique, à laquelle il y aurait lieu de répondre par une thérapie adéquate. D'après lui, il faut donc faire la distinction entre la volonté de se suicider comme expression de la maladie et la volonté de se suicider comme décision autonome, réfléchie et durable. Etant donné la complexité des maladies psychiques et leur évolution irrégulière, la distinction ne pourrait être faite sans un examen sérieux, sur une période permettant de vérifier la constance de la volonté de suicide, et sans la réalisation d'une expertise complète. Un tel examen nécessiterait des connaissances psychiatriques approfondies et ne pourrait être effectué que par un spécialiste.

48. Le Gouvernement poursuit en soutenant que l'obligation de présenter un certificat médical implique certaines démarches de la part de l'intéressé. Aux yeux du Gouvernement, celles-ci ne lui paraissent toutefois pas insurmontables si le choix de se suicider relève d'une décision autonome et durable. Pareille obligation constituerait un moyen approprié et nécessaire à la protection de la vie des personnes vulnérables, dont la décision de se suicider peut se baser sur une crise passagère altérant leur capacité de discernement. D'après le Gouvernement, il est bien connu que de

nombreux suicides ne répondent pas à une véritable volonté de mourir mais constituent bien plus un appel à l'aide destiné à attirer l'attention de l'entourage sur un problème. Ainsi, faciliter l'accès à une assistance au suicide reviendrait presque à pousser ces personnes à user d'un moyen infaillible de mettre fin à leurs jours.

49. Le Gouvernement expose de surcroît que la solution adoptée en Suisse correspond à la réglementation prévue par la Convention sur les substances psychotropes et que, si la Suisse devait fournir du pentobarbital sodique au requérant sans ordonnance médicale ou sur la base d'une ordonnance ne satisfaisant pas aux exigences médicales, elle violerait clairement cette réglementation. Il conclut que la mesure contestée, nécessaire à la protection de la vie, de la santé et de la sécurité, satisfait aux conditions de l'article 8 § 2 de la Convention et n'emporte pas violation de celle-ci.

## **B. L'appréciation de la Cour**

50. Comme la Cour a déjà eu l'occasion de l'observer, la notion de « vie privée » est une notion large, non susceptible d'une définition exhaustive. Elle recouvre l'intégrité physique et morale de la personne (X et Y c. Pays-Bas, 26 mars 1985, § 22, série A no 91). Elle peut parfois englober des aspects de l'identité physique et sociale d'un individu (Mikulić c. Croatie, no 53176/99, § 53, CEDH 2002-I). Des éléments tels que, par exemple, le nom, l'identification sexuelle, l'orientation sexuelle et la vie sexuelle relèvent de la sphère personnelle protégée par l'article 8 de la Convention (voir, par exemple, B. c. France, 25 mars 1992, § 63, série A no 232-C, Burghartz c. Suisse, 22 février 1994, § 24, série A no 280-B, Dudgeon c. Royaume-Uni, 22 octobre 1981, § 41, série A no 45, et Laskey, Jaggard et Brown c. Royaume-Uni, 19 février 1997, § 36, Recueil des arrêts et décisions 1997-I). Cette disposition protège également le droit au développement personnel et le droit d'établir et d'entretenir des rapports avec d'autres êtres humains et le monde extérieur (voir, par exemple, Burghartz, précité, avis de la Commission, § 47, et Friedl c. Autriche, 31 janvier 1995, série A no 305-B, avis de la Commission, § 45). Dans l'affaire Pretty (précitée, § 67), la Cour a estimé que le choix de la requérante d'éviter une fin de vie indigne et pénible à ses yeux tombait dans le champ d'application de l'article 8 de la Convention.

51. A la lumière de cette jurisprudence, la Cour estime que le droit d'un individu de décider de quelle manière et à quel moment sa vie doit prendre fin, à condition qu'il soit en mesure de former librement sa volonté à ce propos et d'agir en conséquence, est l'un des aspects du droit au respect de sa vie privée au sens de l'article 8 de la Convention.

52. Cependant, selon la Cour, la présente affaire se distingue de l'affaire Pretty précitée. A l'instar du Tribunal fédéral, elle estime qu'il convient de préciser d'abord que la présente cause ne concerne pas la liberté de mourir et l'éventuelle impunité de la personne prêtant son assistance à un suicide. L'objet de la controverse est ici de savoir si, en vertu de l'article 8 de la Convention, l'Etat doit faire en sorte que le requérant puisse obtenir une substance létale, le pentobarbital sodique, sans ordonnance médicale, par dérogation à la législation, afin de se suicider sans douleur et sans risque d'échec. Autrement dit, à la différence de l'affaire Pretty, la Cour observe que le requérant allègue non seulement que sa vie est difficile et douloureuse, mais également que, s'il n'obtient pas la substance litigieuse, l'acte de suicide lui-même serait privé de dignité. En outre, et toujours à la différence de l'affaire Pretty, le requérant ne peut pas véritablement être considéré comme une personne infirme, dans la mesure où il ne se trouve pas au stade terminal d'une maladie dégénérative incurable qui l'empêcherait de se donner lui-même la mort (voir, a contrario, Pretty, précité, § 9).

53. La Cour estime qu'il convient d'examiner la demande du requérant visant à l'obtention d'un accès au pentobarbital sodique sans ordonnance médicale sous l'angle d'une obligation positive pour l'Etat de prendre les mesures nécessaires permettant un suicide dans la dignité. Cela suppose

une mise en balance des différents intérêts en jeu, exercice dans le cadre duquel l'Etat jouit de son côté d'une certaine marge d'appréciation (Keegan c. Irlande, 26 mai 1994, § 49, série A no 290), qui varie selon la nature des questions et l'importance des intérêts en jeu. La Cour demeure pour sa part compétente pour contrôler in fine la conformité de la décision nationale aux exigences de la Convention (Pretty, précité, § 70).

54. La Cour rappelle également que la Convention doit être lue comme un tout (Verein gegen Tierfabriken Schweiz (VgT) c. Suisse (no 2) [GC], no 32772/02, § 83, CEDH 2009-....). Dès lors, il convient de se référer, dans le cadre de l'examen d'une éventuelle violation de l'article 8, à l'article 2 de la Convention, qui impose aux autorités le devoir de protéger les personnes vulnérables même contre des agissements par lesquels elles menacent leur propre vie (voir, dans ce sens, Keenan c. Royaume-Uni, no 27229/95, § 91, CEDH 2001-III). Pour la Cour, cette dernière disposition oblige les autorités nationales à empêcher un individu de mettre fin à ses jours si sa décision n'a pas été prise librement et en toute connaissance de cause.

55. La Cour rappelle par ailleurs que la Convention et ses Protocoles doivent s'interpréter à la lumière des conditions d'aujourd'hui (Tyrrer c. Royaume-Uni, 25 avril 1978, § 31, série A no 26, Airey c. Irlande, 9 octobre 1979, § 26, série A no 32, et Vo c. France [GC], no 53924/00, § 82, CEDH 2004-VIII). Cependant, les recherches effectuées par la Cour lui permettent de conclure que l'on est loin d'un consensus au sein des Etats membres du Conseil de l'Europe quant au droit d'un individu de décider de quelle manière et à quel moment sa vie doit prendre fin. En Suisse, selon l'article

115 du code pénal, l'incitation et l'assistance au suicide ne sont punissables que lorsque l'auteur de tels actes les commet en étant poussé par un « mobile égoïste ». À titre de comparaison, les pays du Benelux, notamment, ont dé penalisé l'acte d'assistance au suicide, mais uniquement dans des circonstances bien précises. Enfin, certains autres pays admettent seulement des actes d'assistance « passive ». Force est de constater que la grande majorité des Etats membres semblent donner plus de poids à la protection de la vie de l'individu qu'à son droit d'y mettre fin. La marge d'appréciation des Etats est donc considérable dans ce domaine.

56. En ce qui concerne la mise en balance des intérêts en jeu dans la présente affaire, la Cour peut comprendre la volonté du requérant de se suicider de manière sûre, digne et sans douleur ni souffrances superflues, compte tenu notamment du nombre élevé de tentatives de suicide qui échouent et qui ont souvent des conséquences graves pour les intéressés et leurs proches. Toutefois, elle est d'avis que la réglementation mise en place par les autorités suisses, à savoir l'exigence d'une ordonnance médicale, a en particulier pour objectif légitime de protéger toute personne d'une prise de décision précipitée et de prévenir les abus, et, notamment, d'éviter qu'un patient privé de discernement obtienne une dose mortelle de pentobarbital sodique (voir, mutatis mutandis, pour la question des restrictions à l'avortement, Tysiak c. Pologne, no 5410/03, § 116, CEDH 2007-IV).

57. Une telle réglementation est d'autant plus nécessaire s'agissant d'un pays comme la Suisse, dont la législation et la pratique permettent un accès relativement facile au suicide assisté. Lorsqu'un pays adopte ainsi une approche libérale, des mesures appropriées de mise en œuvre d'une telle approche et des mesures de prévention des abus s'imposent. La mise en place de telles mesures a également pour but d'éviter que les organisations fournissant une assistance au suicide n'interviennent dans l'illégalité et la clandestinité, avec un risque considérable d'abus.

58. En particulier, la Cour considère que l'on ne saurait sous-estimer les risques d'abus inhérents à un système facilitant l'accès au suicide assisté. À l'instar du Gouvernement, elle est d'avis que la restriction d'accès au pentobarbital sodique sert la protection de la santé et de la sécurité publiques et la prévention des infractions pénales. Elle partage à cet égard le point de vue du Tribunal fédéral, selon lequel le droit à la vie garanti par l'article 2 de la Convention oblige les Etats à mettre en place une procédure propre à assurer qu'une décision de mettre fin à sa vie corresponde bien à la libre

volonté de l'intéressé. Elle estime que l'exigence d'une ordonnance médicale, délivrée sur le fondement d'une expertise psychiatrique complète, est un moyen permettant de satisfaire à cette obligation. Cette solution correspond d'ailleurs à l'esprit de la Convention internationale sur les substances psychotropes et des conventions adoptées par certains Etats membres du Conseil de l'Europe.

59. Sur ce point, la Cour observe que les opinions des parties divergent considérablement sur la question d'un accès effectif à une expertise médicale favorable au requérant, qui aurait permis à celui-ci d'obtenir du pentobarbital sodique. La Cour peut envisager que les psychiatres manifestent certaines réticences lorsqu'ils sont confrontés à une demande de prescription d'une substance mortelle. A cet égard, elle considère également, au vu de la question délicate des capacités de discernement de l'intéressé, que la menace de poursuites pénales qui pèse sur les médecins prêts à fournir une expertise approfondie afin de faciliter un suicide est réelle (voir, mutatis mutandis, Tysiäc, précité, § 116 ; voir également, par exemple, les arrêts 6B\_48/2009 et 6B\_14/2009 du Tribunal fédéral du 11 juin 2009 – paragraphe 28 ci-dessus).

60. En même temps, la Cour admet la thèse du Gouvernement selon laquelle les démarches entreprises par le requérant pour prendre contact avec un médecin soulèvent certaines interrogations (paragraphe 44 ci-dessus). Elle relève que les arguments du Gouvernement n'ont pas été véritablement réfutés par le requérant. Elle observe en outre que celui-ci a envoyé les 170 lettres mentionnées (paragraphe 17 ci-dessus) après que le Tribunal fédéral eut statué sur son recours. Dès lors, ces démarches ne peuvent a priori pas être prises en compte dans la présente affaire. En tout état de cause, comme le souligne le Gouvernement, ces lettres ne semblent pas de nature à inciter les médecins à répondre favorablement, dans la mesure où le requérant y précisait qu'il s'opposait à toute thérapie, excluant ainsi l'étude plus approfondie d'éventuelles alternatives au suicide. Au vu des informations qui lui ont été soumises, la Cour n'est pas convaincue que le requérant se trouvait dans l'impossibilité de trouver un spécialiste prêt à l'assister. Partant, aux yeux de la Cour, le droit du requérant de choisir le moment de sa mort et la manière de mourir n'existe pas que de manière théorique et illusoire (critère élaboré dans l'arrêt Artico, précité, § 33).

61. Compte tenu de ce qui précède, et eu égard à la marge d'appréciation dont disposent dans ce domaine les autorités internes, la Cour estime que, même à supposer que les Etats aient une obligation positive d'adopter des mesures permettant de faciliter la commission d'un suicide dans la dignité, les autorités suisses n'ont pas méconnu cette obligation en l'espèce. Il s'ensuit qu'il n'y a pas eu violation de l'article 8 de la Convention.

PAR CES MOTIFS, LA COUR, À L'UNANIMITÉ,

**Document 4 : Loi n° 2005-370 du 22 avril 2005 relative aux droits des malades et la fin de vie dite Loi Leonetti**

**LOI n° 2005-370 du 22 avril 2005 relative aux droits des malades et à la fin de vie (1)**

**Article 1**

Après le premier alinéa de l'article L. 1110-5 du code de la santé publique, il est inséré un alinéa ainsi rédigé :

« Ces actes ne doivent pas être poursuivis par une obstination déraisonnable. Lorsqu'ils apparaissent inutiles, disproportionnés ou

n'ayant d'autre effet que le seul maintien artificiel de la vie, ils peuvent être suspendus ou ne pas être entrepris. Dans ce cas, le médecin sauvegarde la dignité du mourant et assure la qualité de sa vie en dispensant les soins visés à l'article L. 1110-10. »

**Article 2**

Le dernier alinéa de l'article L. 1110-5 du code de la santé publique est complété par deux phrases ainsi rédigées :

« Si le médecin constate qu'il ne peut soulager la souffrance d'une personne, en phase avancée ou terminale d'une affection grave et incurable, quelle qu'en soit la cause, qu'en lui appliquant un traitement qui peut avoir pour effet secondaire d'abréger sa vie, il doit en informer le malade, sans préjudice des dispositions du quatrième alinéa de l'article L. 1111-2, la personne de confiance visée à l'article L. 1111-6, la famille ou, à défaut, un des proches. La procédure suivie est inscrite dans le dossier médical. »

### **Article 3**

Dans la deuxième phrase du deuxième alinéa de l'article L. 1111-4 du code de la santé publique, les mots : « un traitement » sont remplacés par les mots : « tout traitement ».

### **Article 4**

Le deuxième alinéa de l'article L. 1111-4 du code de la santé publique est complété par quatre phrases ainsi rédigées :

« Il peut faire appel à un autre membre du corps médical. Dans tous les cas, le malade doit réitérer sa décision après un délai raisonnable. Celle-ci est inscrite dans son dossier médical.

« Le médecin sauvegarde la dignité du mourant et assure la qualité de sa fin de vie en dispensant les soins visés à l'article L. 1110-10. »

### **Article 5**

Après le quatrième alinéa de l'article L. 1111-4 du code de la santé publique, il est inséré un alinéa ainsi rédigé :

« Lorsque la personne est hors d'état d'exprimer sa volonté, la limitation ou l'arrêt de traitement susceptible de mettre sa vie en danger ne peut être réalisé sans avoir respecté la procédure collégiale définie par le code de déontologie médicale et sans que la personne de confiance prévue à l'article L. 1111-6 ou la famille ou, à défaut, un de ses proches et, le cas échéant, les directives anticipées de la personne, aient été consultés. La décision

motivée de limitation ou d'arrêt de traitement est inscrite dans le dossier médical. »

### **Article 6**

Après l'article L. 1111-9 du code de la santé publique, il est inséré un article L. 1111-10 ainsi rédigé :

« Art. L. 1111-10. - Lorsqu'une personne, en phase avancée ou terminale d'une affection grave et incurable, quelle qu'en soit la cause, décide de limiter ou d'arrêter tout traitement, le médecin respecte sa volonté après l'avoir informée des conséquences de son choix. La décision du malade est inscrite dans son dossier médical.

« Le médecin sauvegarde la dignité du mourant et assure la qualité de sa fin de vie en dispensant les soins visés à l'article L. 1110-10. »

### **Article 7**

Après l'article L. 1111-9 du code de la santé publique, il est inséré un article L. 1111-11 ainsi rédigé :

« Art. L. 1111-11. - Toute personne majeure peut rédiger des directives anticipées pour le cas où elle serait un jour hors d'état d'exprimer sa volonté. Ces directives anticipées indiquent les souhaits de la personne relatifs à sa fin de vie concernant les conditions de la limitation ou l'arrêt de traitement. Elles sont révocables à tout moment.

« A condition qu'elles aient été établies moins de trois ans avant l'état d'inconscience de la personne, le médecin en tient compte pour toute décision d'investigation, d'intervention ou de traitement la concernant.

« Un décret en Conseil d'Etat définit les conditions de validité, de confidentialité et de conservation des directives anticipées. »

### **Article 8**

Après l'article L. 1111-9 du code de la santé publique, il est inséré un article L. 1111-12 ainsi rédigé :

« Art. L. 1111-12. - Lorsqu'une personne, en phase avancée ou terminale d'une affection grave et incurable, quelle qu'en soit la cause et hors d'état d'exprimer sa volonté, a désigné une personne de confiance en application de l'article L. 1111-6, l'avis de cette dernière, sauf urgence ou impossibilité, prévaut sur tout autre avis non médical, à l'exclusion des directives anticipées, dans les décisions d'investigation, d'intervention ou de traitement prises par le médecin. »

## Article 9

Après l'article L. 1111-9 du code de la santé publique, il est inséré un article L. 1111-13 ainsi rédigé :

« Art. L. 1111-13. - Lorsqu'une personne, en phase avancée ou terminale d'une affection grave et incurable, quelle qu'en soit la cause, est hors d'état d'exprimer sa volonté, le médecin peut décider de limiter ou d'arrêter un traitement inutile, disproportionné ou n'ayant d'autre objet que la seule prolongation artificielle de la vie de cette personne, après avoir respecté la procédure collégiale définie par le code de déontologie médicale et consulté la personne de confiance visée à l'article L. 1111-6, la famille ou, à défaut, un de ses proches et, le cas échéant, les directives anticipées de la personne. Sa décision, motivée, est inscrite dans le dossier médical.

« Le médecin sauvegarde la dignité du mourant et assure la qualité de sa fin de vie en dispensant les soins visés à l'article L. 1110-10. »

## Article 10

I. - Après l'article L. 1111-9 du code de la santé publique, il est inséré une division ainsi rédigée : « Section 2. - Expression de la volonté des malades en fin de vie ».

II. - Avant l'article L. 1111-1 du même code, il est inséré une division ainsi rédigée : « Section 1. - Principes généraux ».

III. - Dans la première phrase de l'article L. 1111-9, les mots : « du présent chapitre » sont remplacés par les mots : « de la présente section ».

## Article 11

Après le premier alinéa de l'article L. 6114-2 du code de la santé publique, il est inséré un alinéa ainsi rédigé :

« Ils identifient les services au sein desquels sont dispensés des soins palliatifs et définissent, pour chacun d'entre eux, le nombre de référents en soins palliatifs qu'il convient de former ainsi que le nombre de lits qui doivent être identifiés comme des lits de soins palliatifs. »

## Article 12

Après l'article L. 6143-2-1 du code de la santé publique, il est inséré un article L. 6143-2-2 ainsi rédigé :

« Art. L. 6143-2-2. - Le projet médical comprend un volet "activité palliative des services. Celui-ci identifie les services de l'établissement au sein desquels sont dispensés des soins palliatifs. Il précise les mesures qui doivent être prises en application des dispositions du contrat pluriannuel mentionné aux articles L. 6114-1 et L. 6114-2.

« Les modalités d'application du présent article sont définies par décret. »

## Article 13

I. - Après la première phrase de l'article L. 311-8 du code de l'action sociale et des familles, il est inséré une phrase ainsi rédigée :

« Le cas échéant, ce projet identifie les services de l'établissement ou du service social ou médico-social au sein desquels sont dispensés des soins palliatifs et précise les mesures qui doivent être prises en application des dispositions des conventions pluriannuelles visées à l'article L. 313-12. »

II. - Les modalités d'application du présent article sont définies par décret.

## Article 14

Le I de l'article L. 313-12 du code de l'action sociale et des familles est complété par une phrase ainsi rédigée :

« La convention pluriannuelle identifie, le cas échéant, les services au sein desquels sont dispensés des soins palliatifs et définit, pour chacun d'entre eux, le nombre de référents en soins palliatifs qu'il convient de former ainsi que le nombre de lits qui doivent être identifiés comme des lits de soins palliatifs. »

### **Article 15**

En application du 7<sup>e</sup> de l'article 51 de la loi organique n° 2001-692 du 1er août 2001 relative aux lois de finances, une annexe générale jointe au projet de loi de finances de l'année présente tous les deux ans la politique suivie en matière de soins palliatifs et d'accompagnement à domicile, dans les établissements de santé et dans les établissements médico-sociaux.

La présente loi sera exécutée comme loi de l'Etat.

Fait à Paris, le 22 avril 2005.

Jacques Chirac

## **Document 5 : Rapport SICARD (extraits)**

*« On pense que ce sont les vivants qui ferment les yeux des mourants, mais ce sont les mourants qui ouvrent les yeux des vivants ». 34*

*« Il faut en parler et préciser les choses ; tout le monde se pose des questions. Par superstition, on n'en parle pas et c'est bête (...). Au contraire il faut en parler, pour moi, c'est une évidence d'en parler ça soulage ». 35*

### **PREAMBULE**

L'évolution des sciences et des connaissances notamment depuis 30 ans a permis l'émergence progressive d'une médecine de plus en plus technicienne, efficace, capable de guérir de nombreuses maladies, mais aussi de permettre de vivre avec sa maladie, de vivre avec son handicap. De plus en plus souvent, aussi, la médecine crée des situations de détresse ou prolonge, en fin de vie, la survie dans des conditions qui peuvent être considérées comme relevant d'un acharnement thérapeutique ou de l'obstination déraisonnable. Parallèlement, s'est développée une revendication citoyenne : être reconnu, en tant que personne malade, comme sujet de droit à part entière.

La droit de la personne à exercer un choix libre et informé est devenu, il y a plus de soixante cinq ans, au niveau international, un des fondements de l'éthique biomédicale, d'abord dans le contexte de la participation à une recherche, puis, plus récemment, dans la relation de la personne avec la médecine. Ce droit au choix libre et informé a été inscrit dans la loi il y a plus de dix ans.

Ainsi, aux savoirs et aux pouvoirs de plus en plus étendus de la médecine a répondu le droit de la personne malade à l'information, à la délibération, et à l'expression de sa volonté.

---

34 Un citoyen à Grenoble, qui a accompagné sa femme en fin de vie pendant deux ans

35 Personne en fin de vie, 63 ans, région parisienne (Rapport d'étude qualitative de la TNS SOFRES-SIG).

L'hypertechnicisation de la médecine peut absorber la personne malade jusqu'à, dans certains cas, annihiler sa singularité. Si la médecine n'a comme finalité qu'une efficacité technique, le danger deviendrait alors celui d'une instrumentalisation de la personne malade. Le paradoxe ou la contradiction réside dans le fait que la personne malade a besoin de cette technique, qui permet de préserver la santé et augmente l'espérance de vie de manière spectaculaire. Mais dans de très nombreuses circonstances, la médecine ne peut que retarder de quelques jours, semaines ou mois, une fin inéluctable, posant à la personne la question de la qualité et du sens de ce temps vécu dans des conditions qui peuvent être considérées comme insupportables. Cette contradiction est actuellement mal assumée, par la médecine, la loi, et la société.

Apparemment, tout devrait être simple : la médecine secourt, connaît ses limites, et la personne depuis les lois de 1999, 2002 et 2005, est apparemment en situation de liberté d'exprimer sa volonté. En effet, la loi du 9 juin 1999<sup>36</sup> visant à garantir le droit à l'accès aux soins palliatifs pose deux principes nouveaux :

- le droit aux soins palliatifs et à un accompagnement pour toute personne dont l'état le requiert<sup>37</sup> ;
- le droit pour le malade de refuser un traitement.

La loi du 4 mars 2002<sup>38</sup> relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé renforce le droit du malade à ne pas subir un traitement contre son gré, puisque le patient peut désormais s'opposer à un traitement même lorsque ce refus peut abréger sa vie. Toutefois, le médecin doit d'abord « tout mettre en œuvre pour convaincre [la personne] d'accepter les soins indispensables », avant de s'incliner si le patient persiste dans son refus. Cette loi consolide également le droit aux soins palliatifs, en précisant que « la douleur doit être en toute circonstance prévenue, évaluée, prise en compte et traitée ».

La loi du 22 avril 2005, relative aux droits des malades et à la fin de vie, dite « loi Léonetti »<sup>39</sup> a complété la loi du 4 mars 2002, dite « loi Kouchner » en offrant légalement au malade la possibilité de demander au médecin de suspendre ou de ne pas entreprendre des traitements jugés comme une obstination déraisonnable (appelée auparavant par la loi «acharnement thérapeutique » et que nos concitoyens continuent de nommer ainsi). Il s'agit avec cette loi de pouvoir donner la primauté à la qualité de vie sur la durée de la vie. Lorsque le malade est inconscient ou incapable d'exprimer sa volonté, le médecin peut prendre lui-même une décision d'arrêt de traitement. Mais cette décision doit respecter une procédure collégiale et doit être précédée par la consultation et la prise en compte des directives anticipées (si elles existent), de l'avis de la personne de confiance, ou, à défaut de celui de la famille ou des proches. Ces droits n'ont de sens que si le malade a été informé de son état pour pouvoir refuser ou limiter les traitements. Il n'en reste pas moins vrai, en l'état actuel de la loi, que la décision reste, lorsque la personne est inconsciente ou incapable d'exprimer sa volonté, du domaine de la responsabilité du seul médecin en charge de la personne malade.

---

<sup>36</sup> Loi n° 99-477 du 9 juin 1999 visant à garantir le droit à l'accès aux soins palliatifs

<sup>37</sup> Cette loi précise les responsabilités qui incombent aux établissements de santé, publics ou privés et aux établissements médico-sociaux en ce qui concerne la prise en charge de la douleur et le développement d'une politique palliative. En ce qui concerne l'accompagnement, cette loi stipule la place des bénévoles qui, via des conventions, peuvent effectuer cette mission et elle fixe les conditions d'un congé d'accompagnement d'une personne en fin de vie pour une durée maximale de trois mois.

<sup>38</sup> Loi n° 2002-303 du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé.

<sup>39</sup> Loi du 22 avril 2005 relative aux droits des malades et à la fin de vie

A priori, l'institution devrait donc répondre à cette revendication d'opposabilité à des traitements jugés déraisonnables par la personne malade.

La loi Leonetti, considérée par un grand nombre d'observateurs français et étrangers, comme une grande loi, respectueuse des personnes, a inspiré bon nombre de législations étrangères. La mise en pratique des soins palliatifs dans les établissements de santé ou médicosociaux, ou à domicile devrait apporter une réponse aux malades qui souhaitent terminer leurs jours dans un environnement qui soulage avant tout leur souffrance psychique et physique et leur apporte une atmosphère sereine.

Et pourtant, chaque jour voit croître dans notre société une revendication très largement majoritaire (entre 80 et 90% selon les sondages d'opinion) de personnes répondant positivement à une demande de légalisation de l'euthanasie.

Il ne s'agit pas de revendications simplistes ou naïves de personnes qui n'auraient pas compris la question. Il s'agit d'une demande profonde des personnes interrogées, de ne pas être soumises dans cette période d'extrême vulnérabilité de la fin de vie à une médecine sans âme. Les citoyens ont la hantise de basculer dans une situation de fin de vie insupportable, de souffrir ou de voir souffrir leurs proches. Ils constatent que le corps médical a beaucoup de peine à aborder concrètement les questions de fin de vie et l'existence de mauvaises expériences marque profondément non seulement l'entourage mais la société toute entière.

Une réflexion sur la fin de vie pour laquelle il faut prendre le temps de la réflexion, est d'autant plus justifiée, qu'il est difficile de fixer une norme par essence générale. Ce rapport a cherché à prendre en compte le mieux possible la spécificité de chacune des situations rencontrées, pour mieux faire droit aux attentes et espérances des citoyens à l'égard de la fin de leur vie.

## **PROPOSITION D'UNE SOLUTION A LA FRANCAISE**

### **Recommandations et réflexions**

La recommandation première est avant tout, de donner la plus grande importance aux paroles et aux souhaits des personnes malades en fin de vie et de faire en sorte qu'elles soient entendues dans leur situation d'extrême vulnérabilité.

#### **1 . Principes généraux**

- Parce qu'il est inacceptable que la loi Leonetti ne soit toujours pas appliquée après sept ans d'existence, faire un effort majeur d'appropriation de cette loi par la société et par l'ensemble des médecins et des soignants, notamment par des campagnes régulières d'information et un effort massif de formation, pour lui donner toute son efficacité.
- Réaliser une évaluation des financements et des besoins en personnel soignant nécessaires à un réel accès de tous à ces soins. Faire en sorte que ces financements soient attribués. Favoriser l'implication des accompagnants bénévoles.
- Avoir conscience que le recours aux seules unités de soins palliatifs ne pourra jamais résoudre la totalité des situations, même si ces structures devaient être en nombre plus important.
- Avoir conscience que la mort directement liée à une pratique létale ne représenterait également qu'une proportion très marginale des décès si cette pratique était légalisée, au vu des observations hors de France.
- L'inégalité majeure en termes d'accès à un accompagnement humain approprié en fin de vie, et à l'inverse le sentiment contraint d'un passage jugé comme la seule bonne réponse, peuvent être à l'origine d'une profonde angoisse de l'opinion, qui explique en partie la demande répétée d'euthanasie.
- Apporter toute l'attention requise à l'immense majorité des personnes en fin de vie, dont la situation ne

relève pas des seules unités de soins palliatifs. Avoir une politique volontariste de développement de soins palliatifs à domicile avec des formules de « répit » pour les proches.

• Accompagner l'annonce d'une maladie grave par un projet spécifique de fin de vie en restant avant tout attentif aux choix de la personne.

## **2 . Propositions concernant des conduites prévues par les lois relatives aux droits des malades en fin de vie**

Pour assurer l'effectivité des textes de loi (Loi relative à l'accès aux soins palliatifs 1999, Kouchner 2002, Leonetti 2005), prendre des dispositions réglementaires concernant :

- les conditions de la délivrance d'une information précise, compréhensible, claire et appropriée au malade et à ses proches, sur la proposition d'abstention, de limitation ou d'arrêt de traitements, ou d'intensification du traitement de la douleur et des symptômes, ou de sédation terminale.
- les conditions du respect de la volonté de la personne.
- les conditions de la traçabilité des procédures retenues.

L'ensemble des propositions de la commission énoncées-dessous doivent être une priorité dans l'allocation des moyens financiers et peuvent être financées par un redéploiement des ressources d'un curatif disproportionné par ses excès et trop peu interrogé, vers une meilleure prise en charge du « prendre soin » de la fin de vie.

### **a) Directives anticipées**

Réaliser régulièrement une campagne d'information majeure auprès des citoyens, des médecins et des soignants sur l'importance des directives anticipées, la qualité de leur rédaction et l'effectivité de leur usage ; et sur la possibilité de désigner une personne de confiance et sur le rôle qui peut lui être confié.

Différencier nettement deux procédures :

- Conformément à la loi, un premier document de directive anticipée pourrait être proposé par le médecin traitant à tout adulte qui le souhaite, sans aucune obligation, quel que soit son état de santé, et même s'il est en bonne santé, et régulièrement actualisé. La commission recommande que le ministère de la santé formalise dès 2013 un modèle de document s'inspirant des exemples étrangers<sup>40</sup>.
- En cas de maladie grave diagnostiquée, ou en cas d'intervention chirurgicale pouvant comporter un risque majeur, un autre document<sup>41</sup> de volontés concernant spécifiquement les traitements de fin de vie, devrait être proposé en sus du premier, notamment dans le cadre d'un dialogue avec l'équipe médicale et soignante.
- Ce document est signé par le malade qui le souhaite (le malade a le droit en effet de vouloir rester dans l'ignorance de sa maladie ou de ne pas vouloir exprimer ses choix) et aussi par son médecin traitant.
- Ce document, engageant, et aisément identifiable par une couleur spécifique, doit être inséré dans le dossier du malade.
- A cette fin, la commission recommande qu'un décret soit édicté en 2013 et que le ministère de la santé l'encore formalise un tel document en s'inspirant notamment du modèle des Etats-Unis.
- Créer un fichier national informatisé de ces deux documents, notamment facilement utilisable en situation d'urgence.

### **b) La formation Demander à la conférence des doyens dès 2013 de :**

- Créer dans chaque université une filière universitaire spécifiquement destinée aux soins palliatifs.
- Repenser en profondeur l'enseignement des études médicales afin que les attitudes curatives ne confisquent pas la totalité de l'enseignement :
- Rendre obligatoire un enseignement de soins palliatifs qui aborde en profondeur les différentes situations cliniques.
  - Développer la formation au bon usage des opiacés et des médicaments sédatifs.
  - Susciter un enseignement universitaire et en formation continue sur ce que l'on entend par «obstination déraisonnable».
  - Apporter tout au long de leur cursus une formation aux étudiants en médecine à l'exigence de la relation humaine dans les situations de fin de vie, grâce au concours des sciences humaines et sociales, et les amener à une réflexion sur les excès de la médicalisation.
  - Rendre obligatoire pour les étudiants, généralistes et spécialistes principalement concernés par les maladies graves, un stage en soins palliatifs durant leur internat.
  - Pour les instituts de formation du personnel soignant, une démarche analogue doit être conduite.
- Pour la formation continue des médecins (Développement Professionnel Continu), exiger qu'un des programmes de formation annuelle suivi par un médecin en activité, au moins une fois tous les trois ans, porte sur les soins palliatifs et sur les attitudes à adopter face à une personne malade en fin de vie.  
Pour la formation continue des soignants, une démarche analogue doit être conduite.

**c) L'exercice professionnel**

L'objectif des soins palliatifs est de prévenir et soulager la souffrance, de préserver le plus possible la qualité de la vie des malades et de leur entourage, indépendamment du stade de la maladie et des besoins thérapeutiques. De ce fait, les soins palliatifs s'érigent au moins autant en soins de support qu'en soins de fin de vie :

- Dès lors, introduire les soins palliatifs dès le premier jour de l'annonce ou de la découverte d'une maladie grave.
- Dès lors, introduire systématiquement et dès le début de la prise en charge du malade, dans les commissions interdisciplinaires de la cancérologie en particulier, la présence d'un spécialiste de soins palliatifs.
- Dès lors, inscrire systématiquement dans les recommandations de bonnes pratiques élaborées par la haute autorité de santé (HAS), la prise en compte des soins de support et des soins palliatifs, avec le même degré d'exigence que pour les soins curatifs.

Dans le même esprit, demander à la HAS d'élaborer, pour les maladies chroniques les plus graves, des recommandations de parcours de soin et de santé prenant en compte les souhaits des personnes malades y compris en fin de vie et l'articulation des différentes compétences sanitaires, médico-sociales et sociales (en particulier les travailleurs sociaux) coordonnées par le médecin généraliste, assisté si nécessaire par un professionnel formé à cette fonction de coordination.

**d) Les hôpitaux et les établissements médico-sociaux**

- Demander à la HAS dès 2013 d'engager un travail avec les urgentistes sur leurs pratiques de réanimation afin d'éviter le plus possible de créer des situations de prolongation déraisonnable de la vie.

- Faire de la qualité de la prise en charge des personnes en fin de vie dans les établissements de santé et les établissements médico- sociaux, conformément aux recommandations de ce rapport, un élément déterminant dans leur certification.
- Revoir avec les autorités compétentes le principe inadapté de la tarification à l'activité dont les conséquences sont en particulier désastreuses pour la culture palliative.
- Demander aux agences régionales de santé (ARS) dès 2013 de s'assurer que chaque établissement de santé ou médico-social puisse avoir accès directement ou indirectement à une équipe mobile de soins palliatifs. La commission recommande qu'un rapport du ministère de la santé puisse retracer ces éléments à la fin de l'année 2013.
- Développer l'épidémiologie de la fin de la vie par l'INSERM et l'Observatoire National de la Fin de Vie.
- Rendre obligatoire pour chaque établissement de santé ou médico- social la transmission de ces données épidémiologiques dans son rapport annuel d'activité.

e) Le domicile

- Demander à chaque ARS d'organiser une information sur leur site Internet permettant d'identifier et de donner une visibilité des différentes structures et compétences disponibles, auxquelles le malade et son entourage peuvent s'adresser, pour assurer la continuité des soins curatifs et de support 24h sur 24h jusqu'à la fin de vie à domicile.
- Demander aux ARS de s'assurer de la couverture du territoire en soins palliatifs à domicile 24h/24 et 7j/7, en application des recommandations de parcours de soins et de santé de la HAS citées plus haut.
- Permettre aux généralistes un accès libre à tous les médicaments sédatifs, sans lesquels il est illusoire d'envisager une prise en charge de la fin de vie à domicile.
- Incrire dans les premières priorités des ARS le renforcement de la coordination entre l'hospitalisation à domicile (HAD), les services de soins infirmiers à domicile (SSIAD) et soins palliatifs; et demander aux pouvoirs publics d'engager une réflexion sur une fusion entre HAD et SSIAD, pour assurer une parfaite continuité dans toutes les phases de la prise en charge.
- Déconcentrer vers les ARS les aides nationales dans le secteur médico-social, afin qu'elles puissent contractualiser avec les collectivités territoriales concernées des programmes d'amélioration de la prise en charge des soins de support à domicile et dans les EPHAD.

f) L' accompagnement Demander

aux pouvoirs publics de :

- Renforcer les possibilités de congé de solidarité familiale adaptées aux situations.
- Soutenir les associations de bénévoles d'accompagnement de fin de vie, à l'intérieur des hôpitaux et à domicile, par exemple en facilitant les exonérations fiscales de leur donateur, et l'accès au service civique.
- Engager un travail visant à développer les « formules de répit » les mieux adaptées au maintien à domicile.

#### **g) L'évaluation**

Permettre aux personnes en fin de vie, à leurs familles, à leurs proches ou à leurs personnes de confiance, ainsi qu'aux médecins, aux soignants et aux accompagnants bénévoles, de saisir les autorités compétentes, telles que les ARS, dans le cas d'une demande d'accompagnement de fin de vie qui ne trouve pas de réponse adaptée (sur le site Internet).

#### **h) La néonatalogie**

La culture palliative pédiatrique, qui s'est installée plus tardivement que dans les structures d'adulte, a toujours bénéficié à contrario, en particulier chez les néonatalogistes, d'une réflexion beaucoup plus attentive aux questions de fin de vie que chez l'adulte. Elle doit continuer de se développer au même titre que celle concernant l'adulte avec le renforcement des programmes de formation à cette fin et la mise en œuvre de réflexions sur l'obstination déraisonnable. Obstination qui n'est pas toujours le fait de la seule médecine.

Toute décision d'arrêt de traitement, voire d'arrêt des soins de supports vitaux, doit toujours être prise avec les parents et dans le cadre d'un échange collégial pluridisciplinaire. Le travail en équipe est toujours protecteur pour l'enfant, sa famille et le personnel soignant.

\*\*\*\*\*

La commission considère que ces propositions doivent mobiliser les pouvoirs publics et l'ensemble de la société de manière prioritaire.

Pour cette raison elle ne recommande pas de prendre de nouvelles dispositions législatives en urgence sur les situations de fin de vie.

Elle présente ici quelques réflexions sur des conduites non prévues par les lois actuelles.

### **3 . Réflexions concernant des conduites non prévues par les lois relatives aux droits des malades en fin de vie**

#### **a) L'assistance au suicide**

Pour la commission, l'assistance au suicide ne peut en aucun cas être une solution proposée comme une alternative à l'absence constatée de soins palliatifs ou d'un réel accompagnement.

Mais pour certaines personnes atteintes d'une maladie évolutive et incurable au stade terminal, la perspective d'être obligé de vivre, jusqu'au terme ultime, leur fin de vie dans un environnement médicalisé, où la perte d'autonomie, la douleur et la souffrance ne peuvent être soulagés que par des soins palliatifs, peut apparaître insupportable. D'où leur souhait d'interrompre leur existence avant son terme. Leur demande est celle d'une assistance au suicide, sous la forme de médicaments prescrits par un médecin.

Ces demandes, qui sont très rares quand existe réellement une possibilité d'accompagnement sous forme de soins palliatifs, peuvent correspondre davantage à une volonté de pouvoir disposer d'un recours ultime qu'à une réelle décision d'interrompre sa vie avant terme. En effet, dans l'Etat d'Oregon, aux Etats-Unis, où le suicide assisté concerne deux décès pour mille, la moitié des personnes en fin de vie qui demandent – et obtiennent – les médicaments leur permettant de se suicider, ne les utilisent pas.

Si le législateur prend la responsabilité de légitimer sur l'assistance au suicide, les éléments suivants devraient être pris en compte :

- S'assurer que la personne demande de manière explicite et répétée sa volonté de finir sa vie par une telle assistance.
- Reconnaître par une collégialité médicale l'existence de la situation en fin de vie de la personne malade.

- S'assurer que la décision de la personne en fin de vie, sera prise :
    - dans la mesure où celle-ci est en capacité d'un geste autonome.
    - dans la mesure où celle-ci est informée, libre dans son choix.
    - dans la mesure où celle-ci a un réel accès à toutes les solutions alternatives d'accompagnement et de soulagement de la douleur physique et psychique.
    - dans la mesure où celle-ci est informée des conditions concrètes du suicide assisté.
    - dans le cadre d'un échange collégial pluridisciplinaire associant le malade, ses proches, le médecin traitant, un médecin non engagé dans les traitements en cours, et un soignant accompagnant le malade.
  - Requérir la présence du médecin traitant, ou en cas d'objection de conscience de ce dernier, du médecin prescripteur, lors du geste et de l'agonie.
  - Garantir l'objection de conscience des pharmaciens.
  - S'assurer que les médicaments utilisés satisfont aux exigences de la réglementation et de la sécurité sanitaires et pharmacologiques.
  - S'assurer de l'absence d'un calendrier préétabli de l'accomplissement du geste.
  - S'assurer d'une remontée d'informations (nature de la maladie, motifs de la décision, déroulement du geste) transmis par le médecin à l'observatoire national de la fin de vie (ONFV) chargé de faire un rapport annuel retraçant l'ensemble des remontées d'information.
- En aucun cas, l'administration par un tiers d'une substance létale à une personne ne peut être considérée comme une assistance au suicide, quelles que soient les directives anticipées et même si une personne de confiance a été désignée. Elle serait alors une euthanasie active.
- Et lorsque la demande émane d'une personne consciente mais incapable d'accomplir elle-même de quelque manière qu'il soit le geste de suicide assisté, la loi ne pourrait pas, par définition, être mise en œuvre. Mais la médecine ne peut se considérer comme quitte et doit envisager à la demande de la personne un arrêt des soins de supports vitaux accompagné d'une sédation.

#### b) Décision d'un geste létal dans les phases ultimes de l'accompagnement en fin de vie

Lorsque la personne en situation de fin de vie, ou en fonction de ses directives anticipées figurant dans le dossier médical, demande expressément à interrompre tout traitement susceptible de prolonger sa vie, voire toute alimentation et hydratation, il serait cruel de la « laisser mourir » ou de la « laisser vivre », sans lui apporter la possibilité d'un geste accompli par un médecin, accélérant la survenue de la mort.

Il en va de même :

- Lorsqu'une telle demande est exprimée par les proches alors que la personne est inconsciente, et en l'absence de directives anticipées figurant dans le dossier médical, dont la commission continue de souligner l'importance. Cette demande doit nécessairement être soumise à une discussion collégiale afin de s'assurer qu'elle est en accord avec les souhaits réels de la personne.
- Lorsque le traitement en lui-même est jugé, après discussion collégiale avec le malade ou ses proches, comme une obstination déraisonnable, et que des soins de support n'auraient désormais pour objet qu'une survie artificielle.

Cette grave décision prise par un médecin engagé en conscience, toujours éclairée par une discussion collégiale, et présente dans le dossier médical, peut correspondre, aux yeux de la commission, aux circonstances réelles d'une sédation profonde telle qu'elle est inscrite dans la loi Leonetti.

Pour la commission, les critères qu'une loi voudrait imposer dans ce type de décision, ne pourront jamais contenir toute la complexité et la diversité du réel. Mais il paraît évident à la commission que dans l'esprit de la loi Leonetti, ce serait une sorte d'acharnement de « laisser mourir » ou de « laisser vivre ».

» une personne, après arrêt de tout traitement et des soins de support.

Aux yeux de la commission, cette grave décision relève d'édicteurs de recommandations de bonnes pratiques d'une médecine responsable, plutôt que d'une nouvelle disposition législative.

c) **Euthanasie**

Le geste euthanasique à la demande des personnes malades, tel qu'il est à ce jour autorisé dans le seul Benelux, est un acte médical qui, par sa radicalité dans son accomplissement, et par sa programmation précise dans le temps, interrompt soudainement et prématurément la vie.

Il diffère totalement de la décision évoquée au point précédent.

Il diffère également totalement d'une assistance au suicide où l'acte létal est accompli par la personne malade elle-même.

L'euthanasie engage profondément l'idée qu'une société se fait des missions de la médecine, faisant basculer celle-ci du devoir universel d'humanité de soins et d'accompagnement à une action si contestée d'un point de vue universel. La commission ne voit pas comment une disposition législative claire en faveur de l'euthanasie, au nom de l'individualisme, pourrait éviter ce basculement.

Elle rappelle au demeurant que tout déplacement d'un interdit crée d'autres situations limites, toujours imprévues initialement et susceptibles de demandes réitérées de nouvelles lois. A titre d'exemple, en Belgique, 25 projets d'extension des cas de figure prévus par la loi ont été proposés depuis 2002....



**Document 6 : Amélie DIONISI-PEYRUSSE,  
« Actualité de la Bioéthique », AJ Famille  
2013, p. 8**

**Fin de vie** - En juillet 2012, le professeur Sicard a été chargé par le Président de la République de mettre en place une Commission de réflexion sur la fin de vie. Celle-ci a remis son rapport le 18 décembre. Le rapport (en ligne sur [www.social-sante.gouv.fr/](http://www.social-sante.gouv.fr/)) pointe du doigt les difficultés persistant après la loi Léonetti (L. n° 2005-370 du 22 avr. 2005 relative aux droits des malades et à la fin de vie). Rappelons que cette loi prescrit de ne pas poursuivre les traitements médicaux avec « une obstination déraisonnable », autorise l'administration d'un traitement anti-douleur qui peut avoir pour effet secondaire d'abréger la vie (lorsque c'est le seul moyen de soulager la souffrance d'une personne qui est en phase avancée ou terminale d'une affection grave et incurable) et, enfin, apporte des précisions sur la démarche à adopter en cas de refus de tout traitement par le malade, le principe étant que ce refus doit être respecté, y compris s'il met la vie en danger (ce refus peut être exprimé par le biais des directives anticipées, également mises en place par cette loi).

Le principal enseignement du rapport est qu'une meilleure application de la loi existante permettrait déjà de répondre à de nombreuses difficultés. La loi est mal connue (tant des professionnels de santé que des citoyens) et la prise en charge palliative, pourtant préconisée, est insuffisante. La Commission souligne encore que, lorsque l'arrêt des traitements a été décidé, une sédation profonde permettant de soulager le patient est compatible avec la loi Léonetti mais que cette possibilité ne semble pas toujours envisagée. Compte tenu de ces éléments, la Commission propose notamment de favoriser la rédaction de directives anticipées, de mieux former les médecins sur la fin de vie, de décloisonner le curatif du palliatif, de revoir avec les urgentistes les pratiques de réanimation (notamment en néonatal), de renforcer les possibilités de congé de solidarité familiale et enfin de réfléchir à des recommandations de bonne pratique s'agissant de l'administration d'une sédation profonde après décision d'arrêt des soins et traitements.

Pour le reste, la Commission ouvre la voie à une réflexion sur l'assistance au suicide pour les personnes atteintes d'une maladie évolutive et incurable au stade terminal. Il s'agirait de fournir au malade les moyens de se suicider en permettant au médecin de les lui prescrire mais il devrait se les administrer lui-même. La Commission souligne que dans ce cas de figure le patient s'administre lui-même le produit létal, ce qui le différencie de l'euthanasie, à laquelle la Commission semble plutôt défavorable.

L'Académie nationale de médecine s'est dite opposée à une modification de la législation et préconise une meilleure application de la loi Léonetti (elle serait favorable à une interprétation large permettant notamment de soumettre l'arrêt de soins, un mode d'alimentation coercitif par ex., au même régime que l'arrêt des traitements). C'est maintenant l'avis du Comité consultatif national d'éthique (CCNE) qui est attendu.

**Recherche sur l'embryon** - La proposition de loi tendant à modifier la loi n° 2011-814 du 7

juill. 2011 relative à la **bioéthique** en autorisant sous certaines conditions la recherche sur l'embryon et les cellules souches embryonnaires (n° 576) a été adoptée en 1<sup>re</sup> lecture au Sénat le 4 décembre puis transmise à l'Assemblée. Ce texte prévoit un régime d'autorisation encadrée à la place du régime actuel d'interdiction assortie de dérogations. Aux arguments qui avaient été avancés en vue d'obtenir un report de la discussion (V. AJ fam. 2012. 525), il a été répondu, d'une part, qu'un débat public n'était pas nécessaire puisqu'il ne s'agissait pas de réviser la loi **bioéthique** dans son ensemble et, d'autre part, que les découvertes récentes concernant les iPS (cellules adultes reprogrammées de façon à présenter des propriétés proches de celles des cellules souches embryonnaires) ne permettaient pas de se passer des recherches sur les cellules souches embryonnaires. C'est maintenant à l'Assemblée de se prononcer sur un texte qui n'a pas donné lieu au débat qu'il mérite (V. not. « Recherche sur l'embryon, la dérogation peut-elle devenir la règle ? », B. Mathieu, J.-R. Binet, N. Mathey, D. Vigneau, A. Mirkovic, Forum la Croix, 11 déc. 2012).

**Document 7 : E. ALFANDARI, « Suicide assisté et euthanasie », Recueil Dalloz, 2008, p. 1600**

**Peut-on envisager une aide au suicide ?**

Le suicide est un acte très grave qui consiste à se donner la mort. Il est lié à la liberté individuelle, chaque individu pouvant décider que « sa vie ne vaut pas la peine d'être vécue ». Quelquefois, la personne qui envisage le suicide ne veut pas ou ne peut y procéder seule. Elle réclame alors une « aide au suicide ». Mais il faut prendre garde aux risques de dérives provoqués par une telle demande : il ne peut s'agir de demander à autrui de mettre fin à sa vie, car il ne s'agira plus alors d'un suicide, mais d'un meurtre prémedité, sanctionné pénalement, même si la personne a donné son accord.

S'agissant plus particulièrement de la « fin de vie », après l'affaire *Imbert*, la France a adopté le projet Leonetti (loi du 22 avril 2005). Cette loi a permis d'aider la personne en fin de vie, soit en lui donnant des soins palliatifs pour calmer sa douleur, soit en cessant tout traitement pour éviter un « acharnement thérapeutique ». Mais cela ne peut se faire que si le mourant a exprimé clairement sa volonté en ce sens. On parle parfois d' « euthanasie passive » ; mais y a-t-il vraiment passivité lorsque le « laisser mourir » est lié à un acte matériel (par exemple le débranchement du tuyau d'alimentation) ? Si la volonté de se laisser mourir peut être assimilée à un suicide, n'est-on pas proche d'un suicide assisté ? Ce qui est certain, c'est que la loi Leonetti n'a pas légalisé l'administration de la mort par un tiers. L'aide au suicide est donc une question complexe qui est liée aux moyens utilisés.

**Comment pourrait s'effectuer une aide au suicide ?**

On peut concevoir deux formes d'aide :

- *La première* se limite à un accompagnement du suicidaire. Si celui-ci est en fin de vie, les conditions fixées par la loi Leonetti doivent être respectées. S'il n'est pas en fin de vie et veut mettre fin à ses jours pour raison de souffrance ou de dépression, l'assistance peut poser problème, car elle pourrait au contraire être requalifiée de non-assistance à personne

en danger. Et surtout, il faudra veiller à ce que le suicide accompagné ne soit pas un suicide provoqué (pressions sur le suicidaire). On entrerait alors dans l'infraction d'incitation au suicide.

- *La deuxième* forme d'aide consiste à fournir les instruments du suicide. Ne parlons pas de la fourniture d'un revolver ou d'une corde pour se pendre, mais plutôt, surtout s'il s'agit de personnes en souffrance ou en fin de vie, de produits létaux à absorber ou à injecter. Alors une distinction doit être faite entre la fourniture de produits à la personne, qui les utilisera elle-même, ou l'administration du produit par un tiers. Dans le premier cas, on demeure dans l'hypothèse du suicide assisté, puisque l'acte est exécuté par le suicidaire lui-même, en pleine conscience (mais des études ont constaté que, dans la pratique, peu de personnes utilisent les produits fournis ; au dernier moment, elles préfèrent la vie, même pénible, à la mort). Dans le deuxième cas, il s'agit, non plus d'un suicide, mais d'un meurtre prémedité. On conviendra que le problème est délicat si la personne n'a pas la capacité d'absorber elle-même les produits ou de se les injecter.

Une autre question concerne l'aïdant au suicide. Il peut s'agir d'un parent ou d'un conjoint ou d'une « personne de confiance » prévue par la loi Leonetti. Mais ces personnes n'ont pas la possibilité de fournir des produits létaux qui ne sont pas en vente libre. Elles doivent donc s'adresser aux médecins. Or, la plupart de ceux-ci refusent de procéder à cette forme de suicide assisté, qualifié parfois d' « euthanasie active ». Ils estiment, à juste raison, que cela est contraire à leur déontologie et risque de dévaloriser leur métier (en Suisse, le suicide assisté, qui a été légalisé, ne peut être pratiqué par des médecins). Et, dans l'affaire *Sébire*, le juge a refusé à un médecin la possibilité de faire une ordonnance pour ces produits à une personne souffrant d'une maladie incurable et désirant se suicider.

**Que penser de la création d'une commission qui autoriserait l'euthanasie active ?**

Déjà, en janvier 2000, le Comité consultatif national d'éthique (CNCE) avait proposé des dérogations à la pénalisation de l'euthanasie. Certes, il ne demandait pas la remise en cause

de l'interdiction du meurtre, mais il souhaitait que le législateur crée des « exceptions d'euthanasie ». Selon le CNCE, ce serait au juge de décider si les conditions de l'exception sont remplies, et non à un comité de professionnels. Mais la loi Leonetti n'a pas accédé à cette demande.

Après l'affaire *Sébire*, on s'était rendu compte que les soins palliatifs n'étaient pas suffisamment pratiqués et que certaines fins de vie se prolongeaient dans la souffrance, voire l'indifférence, dans les établissements de santé. Une mission d'évaluation des mesures prises par la loi de 2005 a été confiée à M. Leonetti. Mais certains parlementaires ont souhaité aller plus loin en demandant une modification de la loi avec la création d'une « Commission nationale d'euthanasie ». Cette commission examinerait les cas justifiant une exception d'euthanasie. Cela pourra-t-il aller jusqu'à une autorisation d'administrer la mort ? Je ne le pense pas. Si le code pénal n'est pas modifié, si l'infraction demeure, ce n'est pas à une commission administrative de décider des dérogations à la loi. Je pense plutôt que la commission formulera un avis qui sera remis au juge au cas de poursuite de la personne qui aura pratiqué l'acte d'euthanasie. Le juge se fondera alors sur cet avis pour adoucir la sanction, voire pour écarter toute peine s'il estime que la personne a agi dans un état de nécessité. Certes, la décision sera prise *a posteriori* et le risque d'une condamnation demeurera pour l'aïdant, alors que l'autorisation préalable lui aurait fourni un « parachute ». Mais, le plus important, c'est de donner la priorité à la vie, en évitant des règles générales qui permettraient d'y mettre fin. Le législateur a supprimé la peine de mort, peut-il instaurer la fin de la peine de vivre » ?

#### **Document 8 : CEDH, 5 juin 2015, Lambert et autres c. France, Req. N° 46043/14**

#### **PROCÉDURE**

1. À l'origine de l'affaire se trouve une requête (no 46043/14) dirigée contre la République française et dont quatre ressortissants de cet État, M. et Mme Pierre et Viviane Lambert, M. David Philippon et Mme Anne Tuarze (« les requérants »), ont saisi la Cour le 23 juin 2014 en vertu de l'article 34 de la Convention de sauvegarde des droits de

l'homme et des libertés fondamentales (« la Convention »).

2. Les requérants ont été représentés par Me J. Paillot, avocat à Strasbourg et Me J. Triomphe, avocat à Paris. Le gouvernement français (« le Gouvernement ») a été représenté par son agent, M. F. Alabruné, directeur des affaires juridiques au ministère des Affaires étrangères.

3. Les requérants allèguent en particulier que l'arrêt de l'alimentation et de l'hydratation artificielles de Vincent Lambert serait contraire aux obligations découlant pour l'État de l'article 2 de la Convention, constituerait un mauvais traitement constitutif de torture, au sens de l'article 3 de la Convention, ainsi qu'une atteinte à son intégrité physique, au sens de l'article 8 de la Convention.

(...)

#### **EN FAIT**

##### **I. LES CIRCONSTANCES DE L'ESPÈCE**

4. Les requérants, tous ressortissants français, sont M. Pierre Lambert et son épouse Mme Viviane Lambert, nés respectivement en 1929 et 1945 et résidant à Reims, M. David Philippon, né en 1971 et résidant à Mourmelon et Mme Anne Tuarze, née en 1978 et résidant à Milizac. Ils sont respectivement les parents, un demi-frère et une sœur de Vincent Lambert, né le 20 septembre 1976.

5. Victime d'un accident de la route le 29 septembre 2008, Vincent Lambert subit un grave traumatisme crânien qui le rendit tétraplégique et entièrement dépendant. Selon l'expertise médicale ordonnée par le Conseil d'État le 14 février 2014, il est dans un état végétatif chronique (paragraphe 34 ci-dessous).

6. De septembre 2008 à mars 2009, il fut hospitalisé dans les services de réanimation, puis de neurologie du centre hospitalier de Châlons en Champagne. De mars à juin 2009, il fut pris en charge au centre héliomarin de Berck sur Mer puis, à compter du 23 juin 2009, au centre hospitalier universitaire (CHU) de Reims, dans l'unité des patients en état pauci relationnel (unité de soins de suite et de réadaptation) où il est toujours hospitalisé. Cette unité accueille huit patients en état végétatif ou en état de conscience minimale. Vincent Lambert bénéficie d'une hydratation et d'une alimentation artificielles par voie entérale, à savoir au moyen d'une sonde gastrique.

7. En juillet 2011, il fit l'objet d'une évaluation dans un service spécialisé de l'université de Liège, le Coma Science Group, qui conclut qu'il était dans un état neurovégétatif chronique qualifié de « conscience minimale plus ». Conformément aux préconisations du Coma Science Group, il bénéficia de séances quotidiennes de kinésithérapie entre septembre 2011 et fin octobre 2012, qui ne donnèrent pas de résultats, ainsi que de 87 séances d'orthophonie entre mars et septembre 2012, en vue d'établir un code de communication. Toutefois, aucun code ne put être établi. Des essais de mise en fauteuil furent également réalisés  
(...)

#### G. La décision du Conseil d'État du 24 juin 2014

41. En l'espèce, le Conseil d'État répondit dans les termes suivants aux arguments fondés sur les articles 2 et 8 de la Convention :

« Considérant, d'une part, que les dispositions contestées du code de la santé publique ont défini un cadre juridique réaffirmant le droit de toute personne de recevoir les soins les plus appropriés, le droit de voir respectée sa volonté de refuser tout traitement et le droit de ne pas subir un traitement médical qui traduirait une obstination déraisonnable ; que ces dispositions ne permettent à un médecin de prendre, à l'égard d'une personne hors d'état d'exprimer sa volonté, une décision de limitation ou d'arrêt de traitement susceptible de mettre sa vie en danger que sous la double et stricte condition que la poursuite de ce traitement traduise une obstination déraisonnable et que soient respectées les garanties tenant à la prise en compte des souhaits éventuellement exprimés par le patient, à la consultation d'au moins un autre médecin et de l'équipe soignante et à la consultation de la personne de confiance, de la famille ou d'un proche ; qu'une telle décision du médecin est susceptible de faire l'objet d'un recours devant une juridiction pour s'assurer que les conditions fixées par la loi ont été remplies ;

Considérant ainsi que, prises dans leur ensemble, eu égard à leur objet et aux conditions dans lesquelles elles doivent être mises en œuvre, les dispositions contestées du code de la santé publique ne peuvent être regardées comme incompatibles avec les

stipulations de l'article 2 de la Convention (...), ainsi qu'avec celles de son article 8 (...) »  
Considérant qu'il résulte de l'ensemble des considérations qui précédent que les différentes conditions mises par loi pour que puisse être prise, par le médecin en charge du patient, une décision mettant fin à un traitement n'ayant d'autre effet que le maintien artificiel de la vie et dont la poursuite traduirait ainsi une obstination déraisonnable peuvent être regardées, dans le cas de M. Vincent Lambert et au vu de l'instruction contradictoire menée par le Conseil d'État, comme réunies ; que la décision du 11 janvier 2014 du Dr Kariger de mettre fin à l'alimentation et à l'hydratation artificielles de M. Vincent Lambert ne peut, en conséquence, être tenue pour illégale. »

45. En conséquence, le Conseil d'État, réformant le jugement du tribunal administratif, rejeta les demandes des requérants.

#### EN DROIT

##### II. SUR LA VIOLATION ALLÉGUÉE DE L'ARTICLE 2 DE LA CONVENTION

46. Les requérants considèrent que l'arrêt de l'alimentation et de l'hydratation artificielles de Vincent Lambert serait contraire aux obligations découlant pour l'État de l'article 2 de la Convention. Ils soulèvent l'absence de clarté et de précision de la loi du 22 avril 2005 et contestent le processus qui a abouti à la décision du médecin du 11 janvier 2014.

47. Le Gouvernement s'oppose à cette thèse.

###### A. Sur la recevabilité

(...)

###### B. Sur le fond

###### b) Appréciation de la Cour

###### i) Considérations générales

###### a) Sur l'état de la jurisprudence

60. La Cour n'a jamais statué sur la question qui fait l'objet de la présente requête, mais elle a eu à connaître d'un certain nombre d'affaires qui portaient sur des problèmes voisins.

61. Dans un premier groupe d'affaires, les requérants ou leurs proches invoquaient le droit de mourir en se fondant sur différents articles de la Convention.

Dans l'affaire Sanles Sanles précitée, la requérante faisait valoir au nom de son beau-frère, tétraplégique souhaitant mettre fin à ses jours avec l'assistance de tiers et décédé avant l'introduction de la requête, le droit à une mort digne, en invoquant les articles 2, 3, 5, 6, 8, 9

et 14 de la Convention. La Cour a rejeté la requête comme incompatible ratione personae avec les dispositions de la Convention.

Dans l'affaire Pretty précitée, la requérante souffrait d'une maladie neurodégénérative incurable au stade terminal et se plaignait, en invoquant les articles 2, 3, 8, 9 et 14 de la Convention, que son mari ne puisse l'aider à se suicider sans faire l'objet de poursuites de la part des autorités britanniques. La Cour a conclu qu'il n'y avait pas violation de ces articles.

Les affaires Haas et Koch précitées portaient sur le suicide assisté et les requérants invoquaient l'article 8 de la Convention. Dans l'affaire Haas, où le requérant, souffrant de longue date d'un grave trouble affectif bipolaire, souhaitait mettre fin à ses jours et se plaignait de ne pouvoir se procurer sans ordonnance médicale la substance létale nécessaire à cette fin, la Cour a conclu qu'il n'y avait pas violation de l'article 8 précité. Dans l'affaire Koch, le requérant alléguait que le refus d'autoriser son épouse (paralysée et sous ventilation artificielle) à se procurer une dose mortelle de médicaments pour lui permettre de mettre fin à ses jours avait porté atteinte au droit de celle-ci, ainsi qu'à son propre droit, au respect de leur vie privée et familiale. Il se plaignait également du refus des juridictions nationales d'examiner ses griefs au fond et la Cour n'a conclu à la violation de l'article 8 que sur ce point.

62. Dans un second groupe d'affaires, les requérants contestaient l'administration ou l'arrêt d'un traitement.

Dans l'affaire Glass précitée, les requérants se plaignaient de l'administration sans leur consentement de diamorphine à leur enfant malade par les médecins de l'hôpital, ainsi que de la mention « ne pas réanimer » figurant dans son dossier. Dans sa décision précitée du 18 mars 2003, la Cour a déclaré manifestement mal fondé leur grief tiré de l'article 2 de la Convention et, dans son arrêt du 9 mars 2004, elle a conclu à la violation de l'article 8 de la Convention.

Dans l'affaire Burke c. Royaume-Uni ((déc.), no 19807/06, 11 juillet 2006), le requérant souffrait d'une maladie neurodégénérative incurable et craignait que les directives applicables au Royaume Uni ne puissent conduire le moment venu à l'arrêt de son hydratation et de sa nutrition artificielles. La Cour a déclaré irrecevable pour défaut

manifeste de fondement sa requête, fondée sur les articles 2, 3 et 8 de la Convention.

Enfin, dans la décision Ada Rossi et autres précitée, la Cour a déclaré incompatible ratione personae la requête présentée par des personnes physiques et associations qui se plaignaient, sous l'angle des articles 2 et 3 de la Convention, des effets négatifs que pourrait avoir à leur égard l'exécution d'un arrêt de la Cour de cassation italienne autorisant l'arrêt de l'hydratation et de la nutrition artificielles d'une jeune fille en état végétatif.

63. La Cour rappelle qu'à l'exception des violations de l'article 8 dans les arrêts Glass et Koch précités, elle n'a conclu à la violation de la Convention dans aucune de ces affaires.

### β) Sur le contexte

64. L'article 2 impose à l'État l'obligation de prendre les mesures nécessaires à la protection de la vie des personnes relevant de sa juridiction (L.C.B., précité, § 36, et décision Powell précitée) ; dans le domaine de la santé publique, ces obligations positives impliquent la mise en place par l'État d'un cadre réglementaire imposant aux hôpitaux, qu'ils soient privés ou publics, l'adoption de mesures propres à assurer la protection de la vie des malades (Calvelli et Ciglio c. Italie [GC], no 32967/96, § 49, CEDH 2002 I, décision Glass précitée, Vo c. France [GC], no 53924/00, § 89, CEDH 2004 VIII et Centre de ressources juridiques au nom de Valentin Câmpeanu, précité, § 130).

65. La Cour souligne qu'elle n'est pas saisie dans la présente affaire de la question de l'euthanasie, mais de celle de l'arrêt de traitements qui maintiennent artificiellement la vie (voir paragraphe 55 ci-dessus).

66. La Cour a rappelé dans l'arrêt Haas précité (§ 54) que la Convention doit être lue comme un tout (voir mutatis mutandis Verein gegen Tierfabriken Schweiz (VgT) c. Suisse (no 2) [GC], no 32772/02, § 83, CEDH 2009). Dans cette affaire, la Cour a estimé que, dans le cadre de l'examen d'une éventuelle violation de l'article 8, il convenait de se référer à l'article 2 de la Convention (*ibidem*). La Cour considère que l'inverse est également vrai : dans une affaire telle que celle de l'espèce il faut se référer, dans le cadre de l'examen d'une éventuelle violation de l'article 2, à l'article 8 de la Convention, et au droit au respect de la vie privée ainsi qu'à la notion d'autonomie personnelle qu'il inclut. La Cour a déclaré dans l'arrêt Pretty (§ 67) ne pouvoir « exclure que le

fait d'empêcher par la loi la requérante d'exercer son choix d'éviter ce qui, à ses yeux, constituera une fin de vie indigne et pénible représente une atteinte au droit de l'intéressée au respect de sa vie privée, au sens de l'article 8 § 1 de la Convention ». Dans l'arrêt Haas précité (§ 51), elle a affirmé que le droit d'un individu de décider de quelle manière et à quel moment sa vie doit prendre fin était l'un des aspects du droit au respect de sa vie privée.

La Cour renvoie particulièrement aux paragraphes 63 et 65 de l'arrêt Pretty, où elle s'est ainsi exprimée :

« En matière médicale, le refus d'accepter un traitement particulier pourrait, de façon inéluctable, conduire à une issue fatale, mais l'imposition d'un traitement médical sans le consentement du patient s'il est adulte et sain d'esprit s'analyserait en une atteinte à l'intégrité physique de l'intéressé pouvant mettre en cause les droits protégés par l'article 8 § 1 de la Convention. Comme l'a admis la jurisprudence interne, une personne peut revendiquer le droit d'exercer son choix de mourir en refusant de consentir à un traitement qui pourrait avoir pour effet de prolonger sa vie. »

« La dignité et la liberté de l'homme sont l'essence même de la Convention. Sans nier en aucune manière le principe du caractère sacré de la vie protégé par la Convention, la Cour considère que c'est sous l'angle de l'article 8 que la notion de qualité de la vie prend toute sa signification. À une époque où l'on assiste à une sophistication médicale croissante et à une augmentation de l'espérance de vie, de nombreuses personnes redoutent qu'on ne les force à se maintenir en vie jusqu'à un âge très avancé ou dans un état de grave délabrement physique ou mental aux antipodes de la perception aiguë qu'elles ont d'elles-mêmes et de leur identité personnelle. »

67. La Cour tiendra compte de ces considérations dans l'examen du respect par l'État de ses obligations positives découlant de l'article 2. Elle rappelle aussi que, lorsqu'elle a été saisie de la question de l'administration ou du retrait de traitements médicaux dans les affaires Glass et Burke précitées, elle a pris en compte les éléments suivants :

- l'existence dans le droit et la pratique internes d'un cadre législatif conforme aux exigences de l'article 2 (décision Glass précitée) ;
- la prise en compte des souhaits précédemment exprimés par le requérant et par

ses proches, ainsi que l'avis d'autres membres du personnel médical (décision Burke précitée) ;

- la possibilité d'un recours juridictionnel en cas de doute sur la meilleure décision à prendre dans l'intérêt du patient (*ibidem*).

La Cour prendra ces éléments en considération pour l'examen de la présente affaire. Elle tiendra également compte des critères posés par le « Guide sur le processus décisionnel relatif aux traitements médicaux en fin de vie » du Conseil de l'Europe

γ) Sur la marge d'appréciation

68. La Cour rappelle que l'article 2 figure parmi les articles primordiaux de la Convention, qu'aucune dérogation au titre de l'article 15 n'y est autorisée en temps de paix et qu'elle interprète strictement les exceptions qu'il définit (voir notamment *Giuliani et Gaggio c. Italie* [GC], no 23458/02, §§ 174-177, CEDH 2011 (extraits)). Toutefois, dans le contexte des obligations positives de l'État, lorsqu'elle a été saisie de questions scientifiques, juridiques et éthiques complexes portant en particulier sur le début ou la fin de la vie et en l'absence de consensus entre les États membres, la Cour a reconnu à ces derniers une certaine marge d'appréciation.

Tout d'abord, la Cour rappelle que, lorsqu'elle a examiné sous l'angle de l'article 2 de la Convention le point de départ du droit à la vie dans l'affaire Vo précitée (qui concernait la relaxe du chef d'homicide involontaire du médecin responsable de la mort in utero de l'enfant de la requérante), elle a conclu que cette question relevait de la marge d'appréciation qui doit être reconnue aux États dans ce domaine. Elle a tenu compte de l'absence tant d'une solution commune entre les États contractants que d'un consensus européen sur la définition scientifique et juridique des débuts de la vie (§ 82).

Elle a réitéré cette approche, notamment dans l'affaire *Evans c. Royaume Uni* ([GC], no 6339/05, §§ 54-56, CEDH 2007 I, concernant le fait que le droit interne autorise le retrait par l'ex-compagnon de la requérante de son consentement à la conservation et à l'utilisation des embryons qu'ils avaient créés conjointement) et dans l'affaire *A, B et C c. Irlande* ([GC], no 25579/05, § 237, CEDH 2010, dans laquelle les requérantes contestaient pour l'essentiel, sous l'angle de l'article 8 de la Convention, l'interdiction en Irlande de

l'avortement pour motifs de santé ou de bien-être).

69. S'agissant de la question du suicide assisté, la Cour a relevé, dans le contexte de l'article 8 de la Convention, qu'il n'y avait pas de consensus au sein des Etats membres du Conseil de l'Europe quant au droit d'un individu de décider de quelle manière et à quel moment sa vie doit prendre fin et en a conclu que la marge d'appréciation des États dans ce domaine était « considérable » (Haas, précité, § 55 et Koch, précité, § 70).

70. Par ailleurs, la Cour a énoncé de façon générale, dans l'affaire Ciechońska c. Pologne (no 19776/04, § 65, 14 juin 2011), qui concernait la responsabilité des autorités dans le décès accidentel du mari de la requérante, que le choix par l'État des moyens pour assumer ses obligations positives découlant de l'article 2 précité relève en principe de sa marge d'appréciation.

71. La Cour constate qu'il n'existe pas de consensus entre les États membres du Conseil de l'Europe pour permettre l'arrêt d'un traitement maintenant artificiellement la vie, même si une majorité d'États semblent l'autoriser. Bien que les modalités qui encadrent l'arrêt du traitement soient variables d'un État à l'autre, il existe toutefois un consensus sur le rôle primordial de la volonté du patient dans la prise de décision, quel qu'en soit le mode d'expression.

72. En conséquence, la Cour considère que, dans ce domaine qui touche à la fin de la vie, comme dans celui qui touche au début de la vie, il y a lieu d'accorder une marge d'appréciation aux États, non seulement quant à la possibilité de permettre ou pas l'arrêt d'un traitement maintenant artificiellement la vie et à ses modalités de mise en œuvre, mais aussi quant à la façon de ménager un équilibre entre la protection du droit à la vie du patient et celle du droit au respect de sa vie privée et de son autonomie personnelle (voir mutatis mutandis A, B et C, précité, § 237). Cette marge d'appréciation n'est toutefois pas illimitée (*ibidem*, § 238), la Cour se réservant de contrôler le respect par l'État de ses obligations découlant de l'article 2.

## ii) Application au cas d'espèce

### a) Le cadre législatif

76. Dans sa décision du 14 février 2014, le Conseil d'État s'est prononcé sur le champ d'application de la loi : il a jugé qu'il résultait des termes mêmes des articles applicables,

ainsi que des travaux parlementaires préalables à l'adoption de la loi, que ces dispositions étaient de portée générale et qu'elles étaient applicables à tous les usagers du système de santé, que le patient soit ou non en fin de vie (paragraphe 27 ci dessus).

77. La Cour observe que, dans ses observations au Conseil d'État, M. Jean Leonetti, rapporteur de la loi du 22 avril 2005, a précisé dans ses observations en qualité d'*amicus curiae* que la loi s'appliquait à des patients cérébro lésés, et donc atteints d'une maladie grave et incurable dans un état avancé de leur maladie, mais qui ne sont pas obligatoirement « en fin de vie », ce qui avait amené le législateur à intituler la loi « droits des malades et fin de vie » et non pas « droits des malades en fin de vie » (voir dans le même sens au paragraphe 38 ci dessus les observations de l'Académie nationale de médecine).

### - La notion d'obstination déraisonnable

80. Aux termes de l'article L. 1110 5 du code, un traitement est constitutif d'une obstination déraisonnable lorsqu'il est inutile, disproportionné ou qu'il n'a « d'autre effet que le seul maintien artificiel de la vie ». C'est ce dernier critère qui a été appliqué dans la présente affaire, et que les requérants estiment imprécis.

82. Dans sa décision du 24 juin 2014, le Conseil d'État a détaillé les éléments à prendre à compte par le médecin pour apprécier si les conditions de l'obstination déraisonnable étaient réunies, tout en indiquant que chaque situation devait être appréhendée dans sa singularité : les éléments médicaux (dont il a indiqué qu'ils devaient couvrir une période suffisamment longue, être analysés collégialement et porter notamment sur l'état du patient, sur l'évolution de son état, sur sa souffrance et sur le pronostic clinique) et les éléments non médicaux, à savoir la volonté du patient, quel qu'en soit le mode d'expression, à laquelle le médecin doit « accorder une importance toute particulière », et l'avis de la personne de confiance, de la famille ou des proches.

83. La Cour relève que le Conseil d'État a énoncé deux importantes garanties dans cette décision : il a tout d'abord affirmé que « la seule circonstance qu'une personne soit dans un état irréversible d'inconscience ou, à plus forte raison, de perte d'autonomie la rendant tributaire d'un tel mode d'alimentation et

d'hydratation ne saurait caractériser, par elle-même, une situation dans laquelle la poursuite de ce traitement apparaîtrait injustifiée au nom du refus de l'obstination déraisonnable. » Par ailleurs, il a souligné qu'au cas où la volonté du patient ne serait pas connue, elle ne pourrait être présumée consister en un refus d'être maintenu en vie (paragraphe 42 ci-dessus).

84. Au terme de cette analyse, la Cour ne peut suivre l'argumentation des requérants. Elle considère que les dispositions de la loi du 22 avril 2005, telle qu'interprétées par le Conseil d'État, constituent un cadre législatif suffisamment clair, aux fins de l'article 2 de la Convention, pour encadrer de façon précise la décision du médecin dans une situation telle que celle de la présente affaire. La Cour conclut dès lors que l'État a mis en place un cadre réglementaire propre à assurer la protection de la vie des patients (voir paragraphe 64 ci-dessus).

#### δ) Considérations finales

105. La Cour est pleinement consciente de l'importance des problèmes soulevés par la présente affaire, qui touche à des questions médicales, juridiques et éthiques de la plus grande complexité. Dans les circonstances de l'espèce, la Cour rappelle que c'est en premier lieu aux autorités internes qu'il appartenait de vérifier la conformité de la décision d'arrêt des traitements au droit interne et à la Convention, ainsi que d'établir les souhaits du patient conformément à la loi nationale. Le rôle de la Cour a consisté à examiner le respect par l'État de ses obligations positives découlant de l'article 2 de la Convention.

Selon cette approche, la Cour a considéré conformes aux exigences de cet article le cadre législatif prévu par le droit interne, tel qu'interprété par le Conseil d'État, ainsi que le processus décisionnel, mené en l'espèce d'une façon méticuleuse. Par ailleurs, quant aux recours juridictionnels dont ont bénéficié les requérants, la Cour est arrivée à la conclusion que la présente affaire avait fait l'objet d'un examen approfondi où tous les points de vue avaient pu s'exprimer et tous les aspects avaient été mûrement pesés, au vu tant d'une expertise médicale détaillée que d'observations générales des plus hautes instances médicales et éthiques.

En conséquence, la Cour arrive à la conclusion que les autorités internes se sont conformées à leurs obligations positives découlant de l'article 2 de la Convention, compte tenu de la

marge d'appréciation dont elles disposaient en l'espèce.

#### ε) Conclusion

106. Il s'ensuit qu'il n'y aurait pas violation de l'article 2 de la Convention en cas de mise en oeuvre de la décision du Conseil d'État du 24 juin 2014.

### III. SUR LA VIOLATION ALLÉGUÉE DE L'ARTICLE 8 DE LA CONVENTION

### IV. SUR LA VIOLATION ALLÉGUÉE DE L'ARTICLE 6 DE LA CONVENTION

PAR CES MOTIFS, LA COUR,

1. Déclare, à l'unanimité, la requête recevable quant au grief tiré par les requérants de l'article 2 en leur propre nom ;
2. Déclare, par douze voix contre cinq, la requête irrecevable pour le surplus ;
3. Rejette, à l'unanimité, la demande de Rachel Lambert visant à représenter Vincent Lambert en qualité de tiers intervenant ;
4. Dit, par douze voix contre cinq, qu'il n'y aurait pas violation de l'article 2 de la Convention en cas de mise en oeuvre de la décision du Conseil d'État du 24 juin 2014.

**Document 9 : Proposition de loi de A. CLAEYS et J. LEONETTI créant de nouveaux droits en faveur des malades et des personnes en fin de vie, n° 2512, enregistrée à la présidence de l'Assemblée Nationale le 21 janvier 2015**

### EXPOSÉ DES MOTIFS

Mesdames, Messieurs,

Nos concitoyens souhaitent dans leur immense majorité être entendus, c'est-à-dire disposer de leur vie jusqu'à son ultime moment tout en bénéficiant d'une mort apaisée.

Par ailleurs, de fortes inégalités entre établissements de santé, au sein même de ceux-ci, entre structures médicalisées ou non, adjointes à la méconnaissance des dispositions légales, créent encore trop souvent, aujourd'hui, les conditions d'une mort peu digne d'une société avancée.

Nourrie par des débats éthiques, des expériences et des convictions philosophiques ou religieuses personnelles, relancée par des événements très médiatisés, la question de la fin de vie occupe une large place dans notre société. Nous devons y répondre avec sagesse et clarté.

Depuis plusieurs années, de nombreux pas ont été franchis : reconnaissance de droits accrus aux malades dans le sillage de la loi du 4 mars 2002, développement des soins palliatifs, condamnation de l'obstination déraisonnable, mise en place par la loi d'une procédure collégiale d'arrêt des traitements, même lorsque la souffrance du patient en fin de vie ne peut être évaluée, ont modifié très sensiblement les données médicales de la fin de vie de nos concitoyens.

La loi du 22 avril 2005, dite Loi Leonetti, a continué de produire de l'autonomie pour les malades par la condamnation de l'obstination déraisonnable, la mise en place par la loi d'une procédure collégiale d'arrêt des traitements même lorsque la souffrance du patient en fin de vie ne peut être évaluée et la création de directives anticipées.

Pendant la campagne pour l'élection présidentielle de 2012, François Hollande a souhaité aller plus loin en proposant que « toute personne majeure en phase avancée ou terminale d'une maladie incurable, provoquant une souffrance physique ou psychique insupportable, et qui ne peut être apaisée, puisse demander, dans des conditions précises et strictes, à bénéficier d'une assistance médicalisée pour terminer sa vie dans la dignité. ».

À la suite de l'élection présidentielle, le chef de l'État a confié à une commission présidée par le professeur Didier Sicard, ancien président du Comité consultatif national d'éthique (CCNE), le soin d'évaluer la loi de 2005 dans le cadre d'une réflexion sur la fin de vie.

Le rapport de cette commission, publié en décembre 2012, plaide pour une application plus effective des lois de 2002 et 2005, un renforcement du rôle des directives anticipées, un développement de l'enseignement des soins

palliatifs et l'administration d'une sédation à but terminal, encadrée.

De son côté, l'avis 121 du CCNE, rendu public le 28 juin 2013, appelle de ses vœux la nécessité de rendre accessible à tous le droit aux soins palliatifs et la mise en œuvre de directives anticipées contraignantes pour les soignants. La majorité de ses membres recommande de ne pas légaliser l'assistance au suicide et/ou l'euthanasie mais le comité se déclare favorable à un droit de la personne en fin de vie à une sédation profonde jusqu'au décès si elle en fait la demande, lorsque les traitements ont été interrompus à sa demande.

Le 14 décembre 2013, une conférence des citoyens instituée à l'initiative du Comité consultatif national d'éthique a défendu l'idée d'une exception d'euthanasie, appréciée dans des cas particuliers par des commissions locales.

Antérieurement, le 8 février 2013, le Conseil national de l'ordre des médecins avait milité pour l'introduction d'un droit à la sédation terminale dans des situations exceptionnelles. Le Conseil de l'Europe et le CCNE se sont rejoints sur l'élargissement de la délibération collective à toutes les situations complexes en fin de vie.

Le 20 juin 2014, le Premier ministre a confié une mission aux deux auteurs du présent texte dans le cadre de l'article L.O.144 du code électoral. Appelant de ses vœux une modification législative, le Premier ministre invite les deux députés en mission auprès du ministre des affaires sociales et de la santé à faire des propositions dans trois directions : « le développement de la médecine palliative, y compris dès la formation initiale des professionnels de santé, une meilleure organisation du recueil et de la prise en compte des directives anticipées en leur conférant un caractère contraignant et la définition des conditions et des circonstances précises dans lesquelles l'apaisement des souffrances peut conduire à abréger la vie dans le respect de l'autonomie de la personne. ».

Le 21 octobre 2014, le CCNE a publié un rapport rendant compte du débat public initié depuis deux ans. Il a dressé un constat sévère

sur l'accès aux droits des personnes en fin de vie reconnus par la loi. S'il adhère aux propositions antérieures en faveur du caractère contraignant des directives anticipées et d'une sédation profonde jusqu'au décès, il ouvre une réflexion sur la délibération et la décision collective sur les arrêts de traitement dans le sillage d'un rapport du Conseil de l'Europe.

Cette longue marche vers une citoyenneté totale, y compris jusqu'au dernier instant de sa vie, doit déboucher vers la reconnaissance de nouveaux droits. À la volonté du patient doit correspondre un acte du médecin.

C'est dans cet esprit que nous proposons les évolutions suivantes de la loi de 2005 qui ont pour principaux objectifs : l'accès à la sédation en phase terminale et le caractère contraignant des directives anticipées.

Le texte proposé reconnaît un droit à la sédation profonde et continue pour accompagner l'arrêt de traitement dans deux hypothèses où le patient en ferait la demande :

– lorsqu'un malade conscient est atteint d'une maladie grave et incurable dont le pronostic vital est engagé à court terme et souffre de symptômes réfractaires au traitement ;

– lorsque la décision prise par le malade conscient atteint d'une affection grave et incurable, d'arrêter un traitement de maintien en vie et que cet arrêt engage son pronostic vital.

Par ailleurs, ce droit à la sédation est également prévu lorsque le patient est hors d'état d'exprimer sa volonté et se trouve dans une situation d'obstination déraisonnable définie par la loi. La sédation sera mise en œuvre selon la procédure collégiale définie par l'article R. 4127-37 du code de la santé publique et sa traçabilité devra être effective. Le patient pourra spécifier dans ses directives anticipées sa demande d'accéder à une sédation dans les circonstances prévues par la loi.

Ce dispositif tient compte aussi des apports de la décision du Conseil d'État du 24 juin 2014, en inscrivant explicitement dans la loi que la

nutrition et l'hydratation artificielles constituent un traitement.

La proposition modifie également le statut des directives anticipées sur quatre plans. Afin de maximiser leur intérêt pratique pour les médecins, leur contenu sera fixé par décret en Conseil d'État après avis de la Haute autorité de santé. À cet effet, le modèle devra comprendre un cadre général ainsi qu'une partie plus spécifique concernant la maladie dont la personne est atteinte, qui pourra être rempli après que la personne dispose d'informations sur la maladie diagnostiquée et sur son éventuelle évolution. Une partie réservée à la libre expression de la personne sera prévue.

Elles s'imposeront désormais au médecin en charge du patient sauf dans des cas prévus spécifiquement par la loi. Elles n'auront plus de durée de validité limitée mais demeurent modifiables à tout moment.

Plusieurs mesures concrètes peuvent participer utilement de cet effort en faveur d'une meilleure prise en charge des patients en fin de vie et d'une diffusion de la culture palliative chez les professionnels de santé.

Les avancées que nous proposons, loin de s'opposer à cette culture palliative, doivent au contraire s'intégrer dans ces pratiques. Ces nouveaux droits nous semblent répondre à la volonté des Français de sauvegarder leur autonomie et de mourir de façon apaisée.

L'article premier de la présente proposition de loi a pour objet de procéder à une réécriture de l'article L. 1110-5 du code de la santé publique, en affirmant les droits des malades en fin de vie et les devoirs des médecins à l'égard de ces patients.

L'article 2 rappelle les critères alternatifs de l'obstination déraisonnable repris à l'article R. 4127-37, en dissipant une ambiguïté rédactionnelle sur l'effet de la portée des arrêts de traitement dans une telle situation.

En définissant un droit à la sédation profonde et continue à la demande du patient accompagnant l'arrêt de traitement, l'article 3 s'inscrit dans la ligne tracée par la loi du

4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé et constitue une avancée réelle par rapport à celle-ci. Ce droit à la sédation provoquant une altération profonde et continue de la vigilance, selon la terminologie admise par les professionnels de santé, aura vocation à s'appliquer à la demande du patient conscient dans deux hypothèses. Lorsque, atteint d'une affection grave et incurable avec un pronostic vital engagé à court terme, le malade présente une souffrance réfractaire au traitement. Lorsque, atteint d'une affection grave et incurable, il a décidé d'arrêter un traitement de maintien en vie, et que cet arrêt engage son pronostic vital à court terme. Par ailleurs, le médecin recourt à cette sédation si le patient ne peut plus exprimer sa volonté et s'il se trouve dans un des cas d'obstination déraisonnable prévus à l'article précédent de la présente proposition de loi. La mise en place de la sédation devra respecter la procédure collégiale définie par le code de déontologie médicale et être inscrite dans le dossier médical du patient.

L'article 4 aménage le principe du double effet chez le patient conscient, sujet à des souffrances réfractaires.

L'article 5 participe du renforcement des droits du patient. Il affirme le droit du malade à un refus de traitement, en rappelant le médecin à ses obligations de suivi du patient par l'application de soins palliatifs, dans une telle situation. Il place les directives anticipées en tête des éléments à consulter par le médecin en charge du patient et harmonise ainsi la rédaction de l'article L. 1111-4 avec l'article R. 4127-37, II du code de la santé publique.

L'article 6 abroge l'article L. 1111-10, dans la mesure où ce dispositif est satisfait par la nouvelle rédaction du II de l'article L. 1111-4, à l'article 5 de la présente proposition de loi.

L'article 7 consacre expressément le droit des patients à refuser un traitement dans le titre de la section 2 du chapitre 1<sup>er</sup> du titre 1<sup>er</sup> du livre 1<sup>er</sup> de la première partie du code de la santé publique.

À l'article 8, la portée des directives anticipées est sensiblement renforcée par rapport au droit actuel. Elles seront rédigées selon un modèle

fixé par décret en Conseil d'État après avis de la Haute autorité de santé, afin de leur conférer un effet opérationnel pour les professionnels de santé. Dans cet esprit, ce modèle devra prévoir la situation de la personne selon qu'elle se sait ou non atteinte d'une affection grave au moment de leur rédaction, comme le suggéraient le rapport de la commission Sicard et l'avis 121 du CCNE. À la différence du droit en vigueur et dans la droite ligne du renforcement des droits des patients, ces directives s'imposeront au médecin sauf cas limitativement énumérés par la loi. Le médecin en charge du patient ne pourra déroger à la volonté du malade que si les directives anticipées sont manifestement inappropriées et ce après consultation d'un confrère. Leur durée dans le temps ne sera plus limitée. Afin qu'elles soient plus diffusées parmi nos concitoyens, le dispositif proposé suggère de les inscrire sur la carte vitale des assurés sociaux. Il revient à un décret en Conseil d'État de préciser les conditions d'information, de validité, de confidentialité et de conservation de ces directives, les règles actuelles régissant ces procédures devant être mises à jour pour tirer les conséquences des nouveaux choix du législateur.

L'article 9 précise le statut du témoignage de la personne de confiance.

L'article 10 redéfinit la hiérarchie des modes d'expression de la volonté du patient en prévoyant qu'en l'absence de directives anticipées, c'est la personne de confiance qui devra être consultée en premier.

L'article 11 abroge l'article L. 1111-13 relatif à l'arrêt des traitements pour une personne hors d'état d'exprimer sa volonté, placée dans une situation d'obstination déraisonnable, cette hypothèse étant désormais prise en compte par les dispositions des articles 2 et 3 de la présente proposition de loi.

## PROPOSITION DE LOI

### Article 1<sup>er</sup>

L'article L. 1110-5 du code de la santé publique est ainsi rédigé :

« Toute personne a, compte tenu de son état de santé et de l'urgence des interventions que celui-ci requiert, le droit de recevoir les traitements et les soins les plus appropriés et de bénéficier des thérapeutiques dont l'efficacité est reconnue et qui garantissent la meilleure sécurité sanitaire au regard des connaissances médicales avérées. Les actes de prévention, d'investigation ou de traitements et de soins ne doivent pas, en l'état des connaissances médicales, lui faire courir de risques disproportionnés par rapport au bénéfice escompté.

« Toute personne a droit à une fin de vie digne et apaisée. Les professionnels de santé mettent en œuvre tous les moyens à leur disposition pour satisfaire ce droit. »

## Article 2

Après l'article L. 1110-5, il est inséré un article L. 1110-5-1 ainsi rédigé :

« *Art. L. 1110-5-1.* – Les actes mentionnés à l'article L. 1110-5 ne doivent pas être poursuivis par une obstination déraisonnable lorsqu'ils apparaissent inutiles ou disproportionnés. Lorsque les traitements n'ont d'autre effet que le seul maintien artificiel de la vie, sous réserve de la prise en compte de la volonté du patient et selon la procédure collégiale définie par le code de déontologie médicale, ils sont suspendus ou ne sont pas entrepris. Dans ce cas, le médecin sauvegarde la dignité du mourant et assure la qualité de sa vie en dispensant les soins visés à l'article L. 1110-10.

« La nutrition et l'hydratation artificielles constituent un traitement. ».

## Article 3

Après l'article L. 1110-5, il est inséré un article L. 1110-5-2 ainsi rédigé :

« *Art. L. 1110-5-2.* – À la demande du patient d'éviter toute souffrance et de ne pas prolonger inutilement sa vie, un traitement à visée sédatrice et antalgique provoquant une altération profonde et continue de la vigilance jusqu'au décès associé à l'arrêt de l'ensemble

des traitements de maintien en vie est mis en œuvre dans les cas suivants :

« – lorsque le patient atteint d'une affection grave et incurable dont le pronostic vital est engagé à court terme présente une souffrance réfractaire au traitement ;

« – lorsque la décision du patient, atteint d'une affection grave et incurable, d'arrêter un traitement, engage son pronostic vital à court terme.

« Lorsque le patient ne peut pas exprimer sa volonté et dans le cadre du refus de l'obstination déraisonnable visée à l'article L. 1110-5-1, dans le cas où le médecin arrête un traitement de maintien en vie, le médecin applique le traitement à visée sédatrice et antalgique provoquant une altération profonde et continue de la vigilance jusqu'au décès.

« Le traitement à visée sédatrice et antalgique prévu au présent article est mis en œuvre selon la procédure collégiale définie par le code de déontologie médicale, qui permet de vérifier que les conditions d'application du présent article sont remplies.

« L'ensemble de la procédure est inscrite dans le dossier médical du patient. ».

## Article 4

Après l'article L. 1110-5, il est inséré un article L. 1110-5-3 ainsi rédigé :

« *Art. L. 1110-5-3.* – Toute personne a le droit de recevoir des traitements et des soins visant à soulager sa souffrance. Celle-ci doit être en toute circonstance prévenue, prise en compte, évaluée et traitée.

« Le médecin met en place l'ensemble des traitements antalgiques et sédatifs pour répondre à la souffrance réfractaire en phase avancée ou terminale, même s'ils peuvent avoir comme effet d'abréger la vie. Il doit en informer le malade, sans préjudice des dispositions du quatrième alinéa de l'article L. 1111-2, la personne de confiance visée à l'article L. 1111-11-1, la famille ou, à défaut, un des proches. La procédure suivie est inscrite dans le dossier médical. »

## **Article 5**

I. – Le deuxième alinéa de l'article L. 1111-4 est ainsi rédigé :

« Toute personne a le droit de refuser ou de ne pas subir tout traitement. Le suivi du malade reste cependant assuré par le médecin, notamment son accompagnement palliatif. » ;

II. – Le troisième alinéa de l'article L. 1111-4 est ainsi rédigé :

« Le professionnel de santé a l'obligation de respecter la volonté de la personne après l'avoir informée des conséquences de ses choix et de leur gravité. Si par sa volonté de refuser ou d'interrompre tout traitement, la personne met sa vie en danger, elle doit réitérer sa décision dans un délai raisonnable. Il peut être fait appel à un autre membre du corps médical. L'ensemble de la procédure est inscrite dans le dossier médical du patient. Le médecin sauvegarde la dignité du mourant et assure la qualité de sa fin de vie en dispensant les soins visés à l'article L. 1110-10. » ;

III. – Le quatrième alinéa de l'article L. 1111-4 est supprimé.

IV. – Après le mot : « susceptible », la fin du cinquième alinéa de l'article L. 1111-4 est ainsi rédigée : « d'entraîner son décès ne peut être réalisé sans avoir respecté la procédure collégiale définie par le code de déontologie médicale et les directives anticipées ou, à défaut, sans que la personne de confiance prévue à l'article L. 1111-11-1, ou la famille ou les proches aient été consultés. La décision motivée de limitation ou d'arrêt de traitement est inscrite dans le dossier médical. »

## **Article 6**

L'article L. 1111-10 est abrogé.

## **Article 7**

Dans le titre de la section 2 du chapitre 1<sup>er</sup> du titre 1<sup>er</sup> du livre 1<sup>er</sup> de la première partie du code de la santé publique, après le mot : « volonté », sont insérés les mots : « des malades refusant un traitement et ».

## **Article 8**

L'article L. 1111-11 est ainsi rédigé :

« Toute personne majeure et capable peut rédiger des directives anticipées pour le cas où elle serait un jour hors d'état d'exprimer sa volonté. Ces directives anticipées expriment la volonté de la personne relative à sa fin de vie en ce qui concerne les conditions du refus, de la limitation ou l'arrêt des traitements et actes médicaux.

« Elles sont révisables et révocables à tout moment. Elles sont rédigées selon un modèle dont le contenu est fixé par décret en Conseil d'État pris après avis de la Haute autorité de santé. Ce modèle prévoit la situation de la personne selon qu'elle se sait ou non atteinte d'une affection grave au moment où elle rédige de telles directives.

« Elles s'imposent au médecin, pour toute décision d'investigation, d'intervention ou de traitement, sauf en cas d'urgence vitale pendant le temps nécessaire à une évaluation complète de la situation. Si les directives anticipées apparaissent manifestement inappropriées, le médecin, pour se délier de l'obligation de les respecter, doit consulter au moins un confrère et motiver sa décision qui est inscrite dans le dossier médical.

« Un décret en Conseil d'État définit les conditions d'information des patients, de validité, de confidentialité et de conservation des directives anticipées. Leur accès est facilité par une mention inscrite sur la carte vitale. »

## **Article 9**

I. – Après l'article L. 1111-11, il est inséré un article L. 1111-11-1 ainsi rédigé :

« *Art. L. 1111-11-1.* – Toute personne majeure peut désigner une personne de confiance, qui peut être un parent, un proche ou le médecin traitant et qui sera consultée au cas où elle-même serait hors d'état d'exprimer sa volonté et de recevoir l'information nécessaire à cette fin. Elle témoigne de l'expression de la volonté de la personne. Son témoignage prévaut sur tout autre témoignage. Cette désignation est faite par écrit. Elle est révocable à tout

moment. Si le malade le souhaite, la personne de confiance l'accompagne dans ses démarches et assiste aux entretiens médicaux afin de l'aider dans ses décisions.

« Lors de toute hospitalisation dans un établissement de santé, il est proposé au malade de désigner une personne de confiance dans les conditions prévues à l'alinéa précédent. Cette désignation est valable pour la durée de l'hospitalisation, à moins que le malade n'en dispose autrement.

« Les dispositions du présent article ne s'appliquent pas lorsqu'une mesure de tutelle est ordonnée. Toutefois, le juge des tutelles peut, dans cette hypothèse, soit confirmer la mission de la personne de confiance antérieurement désignée, soit révoquer la désignation de celle-ci. » ;

II. – L'article L. 1111-6 est abrogé.

## **Article 10**

L'article L. 1111-12 est ainsi rédigé :

« Lorsqu'une personne, en phase avancée ou terminale d'une affection grave et incurable, quelle qu'en soit la cause, est hors d'état d'exprimer sa volonté, le médecin a l'obligation de s'enquérir de l'expression de la volonté exprimée par le patient. En l'absence de directives anticipées, il recueille le témoignage de la personne de confiance et à défaut de tout autre témoignage de la famille ou des proches.

« S'agissant des mineurs, les titulaires de l'autorité parentale sont réputés être personnes de confiance. »

## **Article 11**

L'article L. 1111-13 est abrogé.

### III. L'INDISPONIBILITÉ DU CORPS HUMAIN

---

#### **Document 10 : Ass. Plén., 31 mai 1991, n° 90-20.105**

Sur le pourvoi dans l'intérêt de la loi formé par M. le Procureur général près la Cour de Cassation :

Vu les articles 6 et 1128 du Code civil, ensemble l'article 353 du même Code ;

Attendu que, la convention par laquelle une femme s'engage, fût-ce à titre gratuit, à concevoir et à porter un enfant pour l'abandonner à sa naissance contrevient tant au principe d'ordre public de l'indisponibilité du corps humain qu'à celui de l'indisponibilité de l'état des personnes ;

Attendu selon l'arrêt infirmatif attaqué que Mme X..., épouse de M. Y..., étant atteinte d'une stérilité irréversible, son mari a donné son sperme à une autre femme qui, inséminée artificiellement, a porté et mis au monde l'enfant ainsi conçu ; qu'à sa naissance, cet enfant a été déclaré comme étant né de Y..., sans indication de filiation maternelle ;

Attendu que, pour prononcer l'adoption plénière de l'enfant par Mme Y..., l'arrêt retient qu'en l'état actuel des pratiques scientifiques et des moeurs, la méthode de la maternité substituée doit être considérée comme licite et non contraire à l'ordre public, et que cette adoption est conforme à l'intérêt de l'enfant, qui a été accueilli et élevé au foyer de M. et Mme Y... pratiquement depuis sa naissance ;

Qu'en statuant ainsi, alors que cette adoption n'était que l'ultime phase d'un processus d'ensemble destiné à permettre à un couple l'accueil à son foyer d'un enfant, conçu en exécution d'un contrat tendant à l'abandon à sa naissance par sa mère, et que, portant atteinte aux principes de l'indisponibilité du corps humain et de l'état des personnes, ce processus constituait un détournement de l'institution de l'adoption, la cour d'appel a violé les textes susvisés ;

PAR CES MOTIFS :

CASSE ET ANNULE, mais seulement dans l'intérêt de la loi et sans renvoi, l'arrêt rendu le 15 juin 1990 par la cour d'appel de Paris.

#### **REQUETE DE M. LE PROCUREUR GENERAL PRES LA COUR DE CASSATION.**

Le Procureur général près la Cour de Cassation a l'honneur d'exposer :

- Que, par jugement du 28 juin 1989, le tribunal de grande instance de Paris a rejeté la requête présentée par Mme X..., épouse Y..., tendant à l'adoption plénière de l'enfant Z... déclarée comme étant née de M. Y..., mari de la requérante, sans indication de filiation maternelle ;

- Que, pour ne pas faire droit à cette requête, les premiers juges ont retenu que les époux Y..., pour remédier à la stérilité de leur couple, avaient eu recours à l'association Alma Mater, aujourd'hui dissoute, l'enfant étant né d'une mère de substitution qui l'a abandonné à la naissance, pratique déclarée illicite ;

- Que sur appel de Mme Y..., la première chambre civile, section C, de la cour d'appel de Paris, a, par arrêt du 15 juin 1990, infirmé la décision entreprise et prononcé l'adoption plénière sollicitée par la requérante ;

- Qu'au soutien de leur décision devenue définitive, les juges du second degré ont tiré de nos principes généraux relatifs à la filiation, des règles d'ordre public concernant les contrats et de certaines conventions ou déclarations internationales, des conclusions contraires à celles auxquelles était parvenue votre première chambre civile de la Cour de Cassation qui, dans un cas de figure pratiquement identique, a, par arrêt du 13 décembre 1989 (association Alma Mater contre procureur général Aix-en-Provence) reconnu le caractère illicite de la maternité pour autrui et les associations qui s'efforcent de la promouvoir ;

- Qu'il importe en cette matière particulièrement sensible, qui touche à un délicat problème de société et d'éthique, que soit mis fin à des divergences jurisprudentielles majeures et que la sécurité juridique soit assurée.

PAR CES MOTIFS :

Vu l'article 17 de la loi du 3 juillet 1967 relative à la Cour de Cassation ;

Requiert qu'il plaise à la Cour de Cassation ;

CASSE ET ANNULE, sans renvoi et dans le seul intérêt de la loi l'arrêt rendu le 15 juin 1990 par la cour d'appel de Paris ayant fait droit à la requête en adoption plénière présentée par Mme X..., épouse Y...

**Document 11 : Civ. 1<sup>ère</sup>, 6 avril 2011, n°09-171.30**

LA COUR DE CASSATION, PREMIÈRE CHAMBRE CIVILE, a rendu l'arrêt suivant :

Sur les deux moyens réunis :

Attendu que Y...est née le 27 octobre 2001, dans l'Etat du Minnesota, aux Etats-Unis, de Mme B...., qui était convenue le 29 octobre 2000, avec M. et Mme X..., de nationalité française, d'un contrat de gestation pour le compte d'autrui, l'embryon provenant des gamètes de M. X.... et d'une donneuse anonyme ; qu'un jugement du 31 octobre 2001 du tribunal local a constaté que M. X.... était le père biologique de Y..., que la garde de l'enfant lui était confiée et que Mme B... et son époux renonçaient à tout droit sur l'enfant ; qu'un second jugement du même jour a constaté que Mme B... n'entendait pas conserver ses droits parentaux sur l'enfant qui prenaient fin par cette décision ; que l'acte de naissance de Y..., établi le 1er novembre 2001 sous le timbre de l'Etat du Minnesota, a désigné M. et Mme X... comme ses parents ; que, de retour en France, ils ont obtenu du juge des tutelles, le 3 décembre 2003, un acte de notoriété constatant la possession d'état d'enfant légitime de Y... à leur égard; que le ministère public ayant refusé d'en porter la mention à l'état civil , M. et Mme X... ont engagé une action, à titre principal, en

transcription de l'acte de notoriété, et, à titre subsidiaire, en établissement de la filiation paternelle de Y... par la possession d'état ; que Mme A... a été désignée en qualité d'administratrice ad hoc chargée de représenter la mineure dans la procédure ;

Attendu qu'il est fait grief à l'arrêt confirmatif attaqué (Douai, 14 septembre 2009) d'avoir rejeté la demande principale, alors, selon le premier moyen :

1°/ que la possession d'état s'établit par une réunion suffisante de faits qui indiquent le rapport de filiation et de parenté entre un individu et la famille à laquelle il est dit appartenir, sans aucun lien avec un contrat ; qu'en relevant, pour débouter M. et Mme X... ainsi que Mme A... de leur demande de transcription de l'acte de notoriété dressé le 3 décembre 2003 établissant la possession d'état de l'enfant Y... sur le registre de l'état civil français, que cette possession d'état est viciée comme procédant d'une convention de gestation pour autrui illicite, la cour d'appel a violé les articles 311-1 et 320 du code civil dans leur rédaction alors applicable ;

2°/ que la possession d'état résulte d'un comportement qui doit être continu et non équivoque ; qu'en relevant, pour débouter M. et Mme X... ainsi que Mme A... de leur demande de transcription de l'acte de notoriété dressé le 3 décembre 2003 établissant la possession d'état de l'enfant Y... sur le registre de l'état civil français, que cette possession d'état est viciée comme résultant d'une convention de gestation pour autrui atteinte d'une nullité d'ordre public, la cour d'appel, qui n'a pas caractérisé en quoi la possession d'état de l'enfant Y... aurait été discontinue ou équivoque, a privé sa décision de toute base légale au regard des articles 311-1, 311-2 et 320 du code civil dans leur rédaction alors applicable ;

3°/ que l'enfant né de la gestation pour autrui peut voir sa filiation reconnue par la possession d'état ; qu'en jugeant le contraire, la cour d'appel a violé, ensemble, les articles 16-7 et 16-9 du code civil par fausse application et 311-1, 311-2 et 320 du code civil, dans leur rédaction alors applicable, ainsi que les articles 3-1 de la Convention de New-York du 26 janvier 1990 relative aux droits de

l'enfant, l'article 1er de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789 et l'article 8 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ;

4°/ que dans toutes les décisions qui concernent les enfants, l'intérêt supérieur de l'enfant doit être une considération primordiale ; que la cour d'appel a expressément relevé que Mme B..., la femme gestatrice, a renoncé à tous ses droits parentaux vis à vis de Y... , laquelle a été remise dès sa naissance à M. et Mme X... qui l'ont traitée comme leur enfant et ont pourvu à son éducation et à son entretien ; qu'en refusant de reconnaître aux époux X... la possession d'état de l'enfant Y... , la cour d'appel, qui a méconnu l'intérêt supérieur de cette enfant de voir reconnaître en droit français le lien établi entre elle et les personnes l'ayant élevée, l'une étant au demeurant son père biologique, a violé les articles 3-1 de la Convention de New-York du 26 janvier 1990 relative aux droits de l'enfant, ensemble, l'article 1er de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789 et l'article 8 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ;

Qu'il est ensuite fait grief à l'arrêt d'avoir rejeté la demande subsidiaire alors, selon le second moyen :

1°/ que la possession d'état s'établit par une réunion suffisante de faits qui indiquent le rapport de filiation et de parenté entre un individu et la famille à laquelle il est dit appartenir, sans aucun lien avec un contrat ; qu'en relevant, pour débouter M. X... de sa demande de reconnaissance de la possession d'état de l'enfant Y... , que cette possession d'état est viciée comme procédant d'une convention de gestation pour autrui illicite, la cour d'appel a violé les articles 311-1 et 320 du code civil dans leur rédaction alors applicable ;

2°/ que la possession d'état résulte d'un comportement qui doit être continu et non équivoque ; qu'en relevant, pour débouter M. X... de sa demande de reconnaissance de la possession d'état de l'enfant Y... , que cette possession d'état est viciée comme résultant d'une convention de gestation pour autrui

atteinte d'une nullité d'ordre public, la cour d'appel, qui n'a pas caractérisé en quoi la possession d'état de l'enfant Y... aurait été discontinue ou équivoque, a privé sa décision de toute base légale au regard des articles 311-1, 311-2 et 320 du code civil dans leur rédaction alors applicable ;

3°/ que l'enfant né de la gestation pour autrui peut voir sa filiation reconnue par la possession d'état ; qu'en jugeant le contraire, la cour d'appel a violé, ensemble, les articles 16-7 et 16-9 du code civil par fausse application et 311-1, 311-2 et 320 du code civil, dans leur rédaction alors applicable, ainsi que l'article 3-1 de la Convention de New-York du 26 janvier 1990 relative aux droits de l'enfant, l'article 1er de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789 et l'article 8 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et du citoyen ;

4°/ que dans toutes les décisions qui concernent les enfants, l'intérêt supérieur de l'enfant doit être une considération primordiale ; que la cour d'appel a expressément relevé que Mme B..., la femme gestatrice, a renoncé à tous ses droits parentaux vis-à-vis de Y... , laquelle a été remise dès sa naissance à M. et Mme X... qui l'ont traitée comme leur enfant et ont pourvu à son éducation et à son entretien ; qu'en refusant de reconnaître à M. X... la possession d'état de l'enfant Y... , la cour d'appel, qui a méconnu l'intérêt supérieur de cette enfant de voir reconnaître en droit français le lien établi entre elle et la personne l'ayant élevée, au demeurant son père biologique, a violé l'article 3-1 de la Convention de New-York du 26 janvier 1990 relative aux droits de l'enfant, ensemble, l'article 1er de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789 et l'article 8 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et du citoyen ;

Mais attendu qu'en l'état du droit positif, il est contraire au principe de l'indisponibilité de l'état des personnes, principe essentiel du droit français, de faire produire effet à une convention portant sur la gestation pour le compte d'autrui, nulle d'une nullité d'ordre public aux termes des articles 16-7 et 16-9 du code civil ; que ce principe fait obstacle aux

effets en France d'une possession d'état invoquée pour l'établissement de la filiation en conséquence d'une telle convention, fût-elle licitement conclue à l'étranger, en raison de sa contrariété à l'ordre public international français ;

Que dès lors, la cour d'appel a retenu à bon droit, qu'en l'état de la convention du 29 octobre 2000 portant sur la gestation pour le compte d'autrui, la possession d'état de Y... à l'égard de M. et Mme X... ne pouvait produire aucun effet quant à l'établissement de sa filiation ; qu'une telle situation, qui ne prive pas l'enfant de la filiation maternelle et paternelle que le droit de l'Etat du Minnesota lui reconnaît ni ne l'empêche de vivre avec les époux X... en France, ne porte pas atteinte au droit au respect de la vie privée et familiale de cette enfant au sens de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme, non plus qu'à son intérêt supérieur garanti par l'article 3 § 1 de la Convention internationale des droits de l'enfant ;

D'où il suit que la cour d'appel a rejeté à bon droit la demande des époux X... et de Mme A... en transcription du certificat de notoriété constatant la possession d'état de Y... à l'égard de M. et Mme X... ainsi que celle, subsidiaire, de M. X... visant à voir établi le lien de filiation existant entre lui et cette enfant par la possession d'état ; que les moyens ne sont pas fondés ;

PAR CES MOTIFS :

REJETTE le pourvoi ;

**Document 12 : Cass., Ass. Plén., 3 juillet 2015, n°14-21.323 :**

LA COUR DE CASSATION, siégeant en ASSEMBLÉE PLÉNIÈRE, a rendu l'arrêt suivant

Sur le second moyen, ci-après annexé :

Attendu qu'il n'y a pas lieu de statuer par une décision spécialement motivée sur ce moyen qui n'est manifestement pas de nature à entraîner la cassation ;

Mais sur le premier moyen :

Vu l'article 47 du code civil et l'article 7 du décret du 3 août 1962 modifiant certaines règles relatives à l'état civil, ensemble l'article 8 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ;

Attendu qu'il résulte des deux premiers de ces textes que l'acte de naissance concernant un Français, dressé en pays étranger et rédigé dans les formes usitées dans ce pays, est transcrit sur les registres de l'état civil sauf si d'autres actes ou pièces détenus, des données extérieures ou des éléments tirés de l'acte lui-même établissent, le cas échéant après toutes vérifications utiles, que cet acte est irrégulier, falsifié ou que les faits qui y sont déclarés ne correspondent pas à la réalité ;

Attendu, selon l'arrêt attaqué, que Y... X..., reconnu par M. X... le 10 mars 2011, est né le 27 août 2011 à Moscou ; que son acte de naissance, établi en Russie, désigne M. Dominique X..., de nationalité française, en qualité de père, et Mme Kristina Z..., ressortissante russe qui a accouché de l'enfant, en qualité de mère ; que le procureur de la République s'est opposé à la demande de M. X... tendant à la transcription de cet acte de naissance sur un registre consulaire, en invoquant l'existence d'une convention de gestation pour autrui conclue entre M. X... et Mme Z... ;

Attendu que, pour refuser la transcription, l'arrêt retient qu'il existe un faisceau de preuves de nature à caractériser l'existence d'un processus frauduleux, comportant une convention de gestation pour le compte d'autrui conclue entre M. X... et Mme Z... ;

Qu'en statuant ainsi, alors qu'elle n'avait pas constaté que l'acte était irrégulier, falsifié ou que les faits qui y étaient déclarés ne correspondaient pas à la réalité, la cour d'appel a violé les textes susvisés ;

PAR CES MOTIFS :

CASSE et ANNULE, mais seulement en ce qu'il rejette la demande de transcription de l'acte de naissance de Y... X..., l'arrêt rendu le 15 avril 2014, entre les parties, par la cour d'appel de Rennes ; remet, en conséquence, sur ce point, la cause et les parties dans l'état où

elles se trouvaient avant ledit arrêt et, pour être fait droit, les renvoie devant la cour d'appel de Paris.

#### IV. LA DIGNITÉ DE LA PERSONNE HUMAINE

---

##### **Document 13 : CEDH, 17 février 2005, K.A et A.D c. Belgique**

##### PROCÉDURE

82. A l'origine de l'affaire se trouvent 2 requêtes (n°s 42758/98 et 45558/98) dirigées contre le Royaume de Belgique et dont deux ressortissants de cet Etat, MM. K.A. et A.D. (« les requérants »), avaient saisi la Commission européenne des Droits de l'Homme (« la Commission ») les 3 juillet 1998 et 24 décembre 1998 respectivement en vertu de l'ancien article 25 de la Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales (« la Convention »).

83. Les requérants sont représentés par M<sup>e</sup> R. Verstraeten, avocat à Bruxelles. Le gouvernement belge (« le Gouvernement ») est représenté par son agent, M. Claude Debrulle, Directeur général au ministère de la Justice.

84. Les requérants alléguent en particulier le fait qu'ils n'ont pas eu communication au préalable du rapport du membre rapporteur de la Cour de cassation ni des conclusions de l'avocat général, que leur condamnation en application des articles 380bis et 398 du code pénal n'était pas prévisible en l'état de la jurisprudence à l'époque et qu'elle portait, comme ses conséquences, atteinte à leur vie privée.

85. Les requêtes ont été transmises à la Cour le 1<sup>er</sup> novembre 1998, date d'entrée en vigueur du Protocole n° 11 à la Convention (article 5 § 2 du Protocole n° 11).

86. Les requêtes ont été attribuées à la première section de la Cour (article 52 § 1 du règlement). Au sein de celle-ci, la chambre chargée d'examiner l'affaire (article 27 § 1 de la Convention) a été constituée conformément à l'article 26 § 1 du règlement.

87. Par une décision du 23 mai 2002, la chambre a décidé de joindre les requêtes

(article 42 § 1 du règlement) et les a déclarées partiellement irrecevables.

88. Par une décision du 15 septembre 2003, la chambre a déclaré le restant des requêtes recevables.

89. Tant les requérants que le Gouvernement ont déposé des observations écrites sur le fond de l'affaire (article 59 § 1 du règlement). La chambre ayant décidé après consultation des parties qu'il n'y avait pas lieu de tenir une audience consacrée au fond de l'affaire (article 59 § 3 *in fine* du règlement), les parties ont chacune soumis des commentaires écrits sur les observations de l'autre.

##### EN FAIT

##### I. LES CIRCONSTANCES DE L'ESPÈCE

90. Les requérants sont nés respectivement en 1945 et 1949. Le premier était magistrat et réside à Duffel (Belgique). Le second est médecin et réside à Herne (Belgique).

91. De 1990 à 1996, les requérants fréquentèrent un club sadomasochiste dont les propriétaires firent l'objet d'une enquête judiciaire qui fut étendue aux requérants. Ceux-ci se virent alors renvoyés devant la cour d'appel d'Anvers par application du privilège de juridiction visé à l'article 479 du code d'instruction criminelle, le premier requérant étant juge au tribunal de première instance de Malines.

92. Le 30 septembre 1997, la cour d'appel d'Anvers reconnut les requérants, avec trois autres personnes, coupables de coups et blessures volontaires (articles 392 et 398 du code pénal) et, en ce qui concerne le premier requérant, d'incitation à la débauche ou à la prostitution (article 380bis, § 1 ancien du code pénal). Le premier requérant fut condamné à un an d'emprisonnement et 100 000 francs

belges (BEF) (2 478 euros (EUR)) d'amende avec sursis, assorti notamment de l'interdiction d'exercer pendant cinq ans toute fonction, emploi ou office public (article 31, 1<sup>o</sup>, 3<sup>o</sup>, 4<sup>o</sup> et 5<sup>o</sup> du code pénal). Le second requérant fut condamné à un mois d'emprisonnement et 7 500 BEF (185 EUR) d'amende avec sursis.

93. S'agissant des coups et blessures, la cour d'appel constata une escalade des pratiques sadomasochistes du premier requérant avec son épouse et distingua quatre phases dans cette évolution. Alors que le couple s'y était adonné d'abord de manière inoffensive, au domicile conjugal (première phase), il se mit, après un certain temps, à fréquenter un club (deuxième phase), puis un autre (troisième phase), où les pratiques étaient plus violentes, pour finalement se livrer à des pratiques d'une extrême violence dans des locaux spécialement loués et aménagés à cet effet par les intéressés (quatrième phase), le règlement des clubs précédemment fréquentés interdisant celles-ci. La cour d'appel considéra que les pratiques constitutives de la première phase étaient beaucoup moins graves et eurent lieu dans des circonstances n'appelant pas l'intervention du juge pénal. Quant aux pratiques qui eurent lieu lors des deuxième et troisième phases, le dossier ne contenait pas de données précises au sujet du comportement du premier requérant à cette occasion, si bien qu'aucune condamnation n'était à prononcer de ce chef.

94. En revanche, la nature des pratiques lors de la quatrième phase, elle, était connue, car ces pratiques avaient été enregistrées sur des cassettes vidéo qui avaient été saisies lors de l'instruction. On y voyait les prévenus utiliser des aiguilles et de la cire brûlante, frapper violemment la victime, introduire une barre creuse dans son anus en y versant de la bière pour la faire déféquer, la hisser suspendue aux seins puis par une corde entre les jambes, lui infliger des chocs électriques, des brûlures et des entailles, lui coudre les lèvres vulvaires et lui introduire, dans le vagin et l'anus, des vibrateurs, leur main, leur poing, des pinces et des poids.

95. Ainsi par exemple, certaines scènes enregistrées en vidéo montrent-elles la victime hurlant de douleur pendant que les prévenus continuaient de la hisser par les seins au moyen d'une poulie, la fouettent puis lui attachent encore des poids aux seins. Lors d'une autre scène, la victime se voit hisser par une corde et

les prévenus lui attachent des pinces aux mamelons et aux lèvres vulvaires, pour ensuite lui administrer pendant plusieurs secondes des chocs électriques, suite à quoi la victime perd conscience et s'effondre. Une autre fois, la victime subit des marquages au fer rouge.

96. La cour d'appel nota aussi que plusieurs fois, les prévenus ont tout simplement ignoré que la victime criait « pitié ! », le mot par lequel il aurait été convenu entre les intéressés que la victime pouvait immédiatement mettre fin aux opérations en cours. Ainsi par exemple quand la victime, suspendue, se voyait planter des aiguilles dans les seins (au moins sept aiguilles dans chaque sein), les mamelons, le ventre et le vagin, elle se voyait ensuite introduire une bougie dans le vagin, puis fouetter les mamelons. Quant elle hurlait de douleur et criait « pitié ! » en pleurant, les prévenus continuaient de lui planter d'autres aiguilles dans les seins et dans les cuisses, au point qu'un des seins se mit à saigner. Peu après, la victime, qui était alors suspendue par les pieds, se voyait administrer cinquante coups de fouet, pendant qu'on lui faisait couler de la cire brûlante sur la vulve puis qu'on lui introduisait des aiguilles dans les seins et les lèvres vulvaires.

97. Même si ces faits n'ont pas laissé de séquelles durables, à part quelques cicatrices, ils étaient, de l'avis de la cour d'appel, d'une particulière gravité et susceptibles de provoquer des blessures et lésions sérieuses, en raison de la violence utilisée à cette occasion ainsi que de la douleur, de l'angoisse et de l'humiliation infligées à la victime.

98. La cour d'appel releva en outre que pendant leurs ébats, et contrairement à la norme dans ce domaine, les requérants buvaient toujours de grandes quantités d'alcool, ce qui leur faisait rapidement perdre tout contrôle de la situation.

99. Pour la cour d'appel, ces faits présentaient tous les éléments constitutifs du délit visé à l'article 398 du code pénal, qui punit le fait d'infliger volontairement des coups et blessures à une autre personne. En effet, s'agissant de l'élément « volontaire », exigé à l'article 392 du code pénal, il suffit, pour pouvoir conclure à sa présence, que l'intention de l'auteur du délit fût générale, ce qui était réalisé en l'espèce par la circonstance que les prévenus avaient agi en pleine

connaissance du fait que leurs actes étaient interdits par le droit pénal. L'article 392 n'exige pas que les prévenus aient eu, en plus, l'intention d'infliger un dommage à quiconque, et les effets de cette disposition ne sont pas neutralisés par le fait que les prévenus étaient animés d'une « bonne » intention, en l'occurrence celle de procurer un plaisir sexuel.

100. Pour que l'article 398 s'appliquât, il n'était pas requis non plus que les coups et blessures en cause eussent provoqué des lésions corporelles temporaires ou permanentes, cette situation étant visée par une autre disposition, l'article 399 du code pénal. Quant au consentement donné par la victime, il ne pouvait, en l'espèce, passer pour une cause de justification, dès lors que la loi pénale est d'ordre public et que le bien protégé par l'article 398, l'intégrité physique, est un droit fondamental dont seul le législateur peut réduire les exigences dans certains cas. Tout au plus le consentement de la victime pouvait-il agir comme cause d'excuse et influer sur la peine à prononcer.

101. De l'avis de la cour d'appel, les prévenus ne pouvaient pas non plus se prévaloir de l'erreur invincible de droit, puisque toute personne prévoyante et raisonnable aurait dû se rendre compte de ce que des faits aussi sérieux, commis en pareilles circonstances, même dans le cadre de pratiques sadomasochistes, restaient punis par le droit pénal, comme en témoignait d'ailleurs le fait que les prévenus n'avaient pas pu s'adonner à leurs pratiques dans les clubs qu'ils fréquentaient, en raison de la violence qui les accompagnait, mais avaient dû spécialement louer et aménager des locaux à cette effet. Le fait qu'on aurait convaincu les intéressés du contraire et l'absence de jurisprudence claire en la matière n'y changeaient rien. Tout au plus le *quantum* de la peine pouvait-il s'en voir affecté.

102. Enfin, le premier requérant ne pouvait se prévaloir de l'alcoolisme de la victime pour invoquer un quelconque état de nécessité, puisque comme juge, il aurait dû rechercher une solution responsable au problème, plutôt que de participer à l'escalade dans le degré de violence accompagnant les pratiques litigieuses, ce qui s'expliquait d'ailleurs sans doute par son propre problème d'alcoolisme.

103. De même, comme médecin, le deuxième requérant aurait dû apporter une aide thérapeutique à la victime, plutôt que de contribuer, lui aussi, à l'escalade, en cousant les lèvres de la victime et en prétendant qu'il s'agissait là d'un acte médical favorisant son bien-être physique et social.

104. S'interrogeant ensuite sur le caractère punissable des faits, au regard notamment de l'article 8 de la Convention, la cour d'appel émit d'abord des doutes, mais sans y répondre, sur le point de savoir si les faits commis en dehors du domicile conjugal (phases 2 à 4) pouvaient être considérés comme relevant de la « vie privée » au sens de cette disposition. Quoi qu'il en soit, elle considéra que la morale publique et le respect de la dignité de la personne humaine imposaient des limites qui ne sauraient être franchies en se prévalant du « droit à disposer de soi » ou de la « sexualité consensuelle ». Même à une époque caractérisée par l'hyper-individualisme et une tolérance morale accrue, y compris dans le domaine sexuel, les pratiques qui s'étaient déroulées lors de la phase 4 étaient tellement graves, choquantes, violentes et cruelles qu'elles portaient atteinte à la dignité humaine et ne sauraient en aucun cas être acceptées par la société. Le fait que les prévenus continuaient de soutenir qu'il n'y avait ici qu'une forme d'expérience sexuelle dans le cadre du rituel du jeu sadomasochiste entre personnes majeures consentantes et dans un lieu fermé, n'y changeait rien.

105. En outre, selon la cour d'appel, qui se référait à cet égard à l'arrêt Laskey, Jaggard et Brown c. Royaume-Uni, la gravité des coups administrés lors de la phase 4 et le danger potentiel de blessures et de lésions qui en résultait justifiaient également l'intervention du législateur du point de vue de la santé publique, ce qui était de nature à exclure toute tolérance implicite du législateur en la matière. En conséquence, les faits en question tombaient bel et bien dans le champ d'application des dispositions en question.

106. Enfin, la cour d'appel estima établi que le premier requérant s'était également rendu coupable d'incitation à la débauche et à la prostitution au sens de l'article 380bis, § 1, du code pénal, dès lors qu'il avait lui-même proposé aux dirigeants d'un club sadomasochiste que son épouse s'y livrât, comme « esclave » et moyennant rémunération, à des pratiques très violentes

relevant de la débauche et de la prostitution, qu'il avait implicitement consenti à l'insertion de petites annonces dans ce but et avait fourni une aide matérielle en conduisant quelques fois son épouse au club en question et en allant chaque fois la rechercher et réceptionner l'argent, et cela pendant des mois.

107. Les requérants introduisirent un pourvoi devant la Cour de cassation qui tint une audience le 6 janvier 1998. Le Gouvernement produit à cet égard une lettre adressée le 25 juillet 2002 par l'avocat général Bresseleers au ministre de la Justice et dont il ressort qu'en l'espèce, le rapport du conseiller rapporteur ainsi que les conclusions de l'avocat général avaient été présentés oralement pour la première fois à cette audience de la Cour de cassation.

108. Le 6 janvier 1998, la Cour de cassation rejeta le pourvoi des requérants contre larrêt de la cour d'appel. Selon elle, il suffit, pour que les articles 392 et 398 du code pénal trouvent application, que le prévenu ait consciemment et volontairement porté atteinte à l'intégrité physique d'une personne en lui infligeant des coups ou des blessures, quels que soient les motifs et intentions subjectifs de l'auteur des actes. Aussi les juges du fond n'ont pas à se demander si les actes incriminés avaient été commis dans le but d'accroître le bien-être psychologique ou physique de la personne qui en avait fait l'objet.

Pour que les articles 392 et 398 soient d'application, il n'est pas non plus nécessaire que les actes incriminés entraînent des lésions ou autres formes de dommage durable, celles-ci constituant seulement des circonstances aggravantes visées aux articles 399 à 401 du code pénal. Au contraire, le seul dommage requis par les articles 392 et 398 est l'atteinte à l'intégrité physique de la victime, laquelle atteinte avait été, en l'espèce, dûment constatée par les juges du fond.

109. D'après la Cour de cassation, les pratiques sadomasochistes relèvent, en règle générale, de la vie privée au sens de l'article 8 § 1 de la Convention. Toutefois, l'article 8 § 2 permet au législateur d'intervenir dans ce domaine si cela est nécessaire dans une société démocratique, notamment dans l'intérêt de la protection de la santé ou de la morale. A cet égard, l'incrimination de tout acte qui consiste à infliger volontairement des coups et blessures à une personne, y compris dans le contexte de

pratiques sadomasochistes, n'est pas une notion vague mais correspond à la notion de « loi » au sens de l'article 8 § 2.

110. Si des coups et blessures volontaires, même infligés dans le cadre de pratiques sadomasochistes, ne pourraient se voir justifiés par le consentement de la victime, ils pourraient toutefois passer pour excusables en vertu de l'article 8 § 1 de la Convention. Tel serait le cas quand ils ne sont pas de nature à porter atteinte à la santé de la victime et quand celle-ci y consent légalement. Dans ces conditions, les pratiques sadomasochistes devraient être considérées comme relevant de la vie privée, dont le respect exigerait qu'elles échappent à la condamnation, malgré le fait qu'elles réunissent les éléments constitutifs des coups et blessures volontaires. En l'espèce, toutefois, les juges du fond auraient légalement conclu, à partir d'une analyse des rapports entre les articles 392 et 398 du code pénal, d'une part, et de l'article 8 §§ 1 et 2 de la Convention, d'autre part, que la qualification des actes sadomasochistes commis par les requérants au titre de « coups et blessures volontaires » remplissait les exigences de la notion de « loi » au sens de l'article 8 § 2 et ont, ainsi, légalement justifié la condamnation des intéressés.

111. Le 7 janvier 1998, le premier requérant offrit sa démission comme juge au ministre de la Justice.

112. Le 20 février 1998, le procureur général près la Cour de cassation entama une procédure disciplinaire en destitution à l'encontre du premier requérant.

113. Le 25 juin 1998, la Cour de cassation prononça la destitution du premier requérant, estimant notamment que sa démission était impuissante à arrêter la procédure disciplinaire. Elle se référa au fait que le premier requérant avait encouru une condamnation du chef de coups et blessures volontaires et d'incitation à la débauche et à la prostitution. D'après elle, il résultait de larrêt de condamnation ainsi que de l'enquête qu'elle avait menée que le premier requérant avait sérieusement porté atteinte à la dignité de sa fonction de juge et que, dès lors, il n'était plus digne de l'exercer.

114. Par suite de sa destitution, le premier requérant perdit son droit à une pension de retraite du secteur public (article 397 du code judiciaire combiné avec l'article 50 de la loi générale du 21 juillet 1844 sur les pensions civiles et ecclésiastiques).

## II. LE DROIT ET LA PRATIQUE INTERNES PERTINENTS

(...)  
EN DROIT

### I. SUR LA VIOLATION ALLÉGUÉE DE L'ARTICLE 6 DE LA CONVENTION

(...)

### II. SUR LA VIOLATION ALLÉGUÉE DE L'ARTICLE 7 DE LA CONVENTION

(...)

### III. SUR LA VIOLATION ALLÉGUÉE DE L'ARTICLE 8 DE LA CONVENTION

115. Les requérants allèguent que leur condamnation a enfreint l'article 8 de la Convention, qui se lit ainsi :

« 1. Toute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale, de son domicile et de sa correspondance.

2. Il ne peut y avoir ingérence d'une autorité publique dans l'exercice de ce droit que pour autant que cette ingérence est prévue par la loi et qu'elle constitue une mesure qui, dans une société démocratique, est nécessaire à la sécurité nationale, à la sûreté publique, au bien-être économique du pays, à la défense de l'ordre et à la prévention des infractions pénales, à la protection de la santé ou de la morale, ou à la protection des droits et libertés d'autrui. »

#### A. Les arguments présentés à la Cour

(...)

#### B. Appréciation de la Cour

116. La Cour constate que les parties s'entendent à considérer qu'il y a eu ingérence dans le droit au respect de la vie privée quant aux faits sanctionnés par application de l'article 398 du code pénal. De ce fait, elle n'estime pas nécessaire d'examiner si la condamnation pour des faits constitutifs du délit d'incitation à la débauche et à la

prostitution, a également constitué une ingérence dans les droits reconnus par l'article 8 de la Convention.

79. La Cour a souvent souligné que l'expression de « vie privée » est large et ne se prête pas à une définition exhaustive. Des éléments tels que le sexe, l'orientation sexuelle et la vie sexuelle sont des composantes importantes du domaine personnel protégé par l'article 8 (voir, par exemple, les arrêts *Dudgeon c. Royaume-Uni* du 22 octobre 1981, série A n° 45, pp. 18-19, § 41, *B. c. France* du 25 mars 1992, série A n° 232-C, pp. 53-54, § 63, *Burghartz c. Suisse* du 22 février 1994, série A n° 280-B, p. 28, § 24).

117. Pour se concilier avec l'article 8 § 2, une ingérence dans l'exercice d'un droit garanti par l'article 8 doit être « prévue par la loi », inspirée par un ou des buts légitimes énoncés dans ce paragraphe et « nécessaire, dans une société démocratique », à la poursuite de ce ou ces buts (*Dudgeon c. Royaume-Uni*, arrêt du 22 octobre 1981, série A n° 45, p. 19, § 43).

118. Compte tenu de la conclusion à laquelle elle est arrivée quant au respect de l'article 7 de la Convention, la Cour conclut que l'ingérence est sans nul doute prévue par la loi.

119. De l'avis de la Cour, elle poursuivait en outre un ou des buts légitimes pleinement compatibles avec la Convention. Les poursuites et la condamnation pour coups et blessures visaient la protection « des droits et libertés d'autrui » dans la mesure où les juridictions nationales ont mis en cause, en l'espèce, la question du consentement de la « victime ». Ces juridictions ont aussi visé la « protection de la santé ». Quant à l'article 380bis du code pénal la Cour constate qu'il tend à protéger la « défense de l'ordre » et la « prévention des infractions pénales ». Rien ne donne à penser qu'en visant ces divers buts, les autorités judiciaires belges aient recherché d'autres objectifs, étrangers à la Convention.

120. Reste donc à déterminer si la condamnation des requérants pouvait passer pour nécessaire, « dans une société démocratique » pour atteindre ces buts. A cet égard, la mesure en cause doit se fonder sur un besoin social impérieux ce qui impose, notamment, qu'elle demeure proportionnée au but légitime recherché (*McLeod c. Royaume-Uni*, arrêt du 23 septembre 1998, *Recueil* 1998, § 52).

121. L'article 8 de la Convention protège le droit à l'épanouissement personnel, que ce soit sous la forme du développement personnel (*Christine Goodwin c. Royaume-Uni* [GC], arrêt du 11 juillet 2002, *Recueil* 2002-VI, § 90) ou sous l'aspect de l'autonomie personnelle qui reflète un principe important qui sous-tend l'interprétation des garanties de l'article 8 (*Pretty c. Royaume-Uni*, arrêt du 29 avril 2002, *Recueil* 2002-III, § 61). Ce droit implique le droit d'établir et entretenir des rapports avec d'autres êtres humains et le monde extérieur (voir, par exemple, *Burghartz c. Suisse*, série A n° 280-B, rapport de la Commission, § 47, et *Friedl c. Autriche*, série A n° 305-B, rapport de la Commission, § 45), en ce compris dans le domaine des relations sexuelles, qui est l'un des plus intimes de la sphère privée et est à ce titre protégé par cette disposition (*Smith et Grady c. Royaume-Uni*, arrêt du 27 septembre 1999, *Recueil* 1999-VI, § 89). Le droit d'entretenir des relations sexuelles découle du droit de disposer de son corps, partie intégrante de la notion d'autonomie personnelle. A cet égard, « la faculté pour chacun de mener sa vie comme il l'entend peut également inclure la possibilité de s'adonner à des activités perçues comme étant d'une nature physiquement ou moralement dommageables ou dangereuses pour sa personne. En d'autres termes, la notion d'autonomie personnelle peut s'entendre au sens du droit d'opérer des choix concernant son propre corps » (*Pretty*, précité, § 66).

122. Il en résulte que le droit pénal ne peut, en principe, intervenir dans le domaine des pratiques sexuelles consenties qui relèvent du libre arbitre des individus. Il faut dès lors qu'il existe des « raisons particulièrement graves » pour que soit justifiée, aux fins de l'article 8 § 2 de la Convention, une ingérence des pouvoirs publics dans le domaine de la sexualité.

123. En l'espèce, en raison de la nature des faits incriminés, l'ingérence que constituent les condamnations prononcées n'apparaît pas disproportionnée. Si une personne peut revendiquer le droit d'exercer des pratiques sexuelles le plus librement possible, une limite qui doit trouver application est celle du respect de la volonté de la « victime » de ces pratiques, dont le propre droit au libre choix quant aux modalités d'exercice de sa sexualité doit aussi être garanti. Ceci implique que les pratiques se déroulent dans des conditions qui permettent un tel respect, ce qui ne fut pas le cas.

En effet, à la lumière notamment des éléments retenus par la cour d'appel, il apparaît que les engagements des requérants visant à intervenir et arrêter immédiatement les pratiques en cause lorsque la « victime » n'y consentait plus n'ont pas été respectés. De surcroît, au fil du temps, toute organisation, tout contrôle de la situation étaient devenus absents. Il y a eu une escalade de violence et les requérants ont eux-mêmes avoué qu'ils ne savaient pas où elle se serait terminée.

124. Le *quantum* des peines prononcées et les conséquences résultant pour le premier requérant de sa condamnation, ne sont pas non plus de nature à convaincre la Cour que les autorités nationales sont intervenues de manière disproportionnée, eu égard notamment au fait que ce requérant pourra, en application de la loi du 5 août 1968, faire valoir ses droits pour les années prestées comme juge dans le cadre du régime général de pension du secteur privé et ne sera donc pas privé de tout moyen de subsistance (voir, *a contrario et mutatis mutandis*, *Azinas c. Chypre*, n° 56679/00, §§ 44, 20 juin 2002).

125. Eu égard à ces circonstances, la Cour considère que les autorités nationales étaient en droit de juger que les poursuites engagées contre les requérants et leur condamnation étaient des mesures nécessaires dans une société démocratique à la protection « des droits et libertés d'autrui » au sens de l'article 8 § 2 de la Convention.

126. Partant, il n'y a pas eu violation de l'article 8 de la Convention.

PAR CES MOTIFS, LA COUR, À  
L'UNANIMITÉ,

1. *Dit qu'il n'y a pas eu violation de l'article 6 de la Convention ;*
2. *Dit qu'il n'y a pas eu violation de l'article 7 de la Convention ;*
3. *Dit qu'il n'y a pas eu violation de l'article 8 de la Convention ;*

Fait en français, puis communiqué par écrit le 17 février 2005 en application de l'article 77 §§ 2 et 3 du règlement.

**Document 14 : Civ. 1<sup>ère</sup>, 16 septembre 2010,  
n° 09-67.456**

LA COUR DE CASSATION, PREMIÈRE CHAMBRE CIVILE, a rendu l'arrêt suivant :

Attendu que la société Encore Events (la société) avait organisé, dans un local parisien et à partir du 12 février 2009, une exposition de cadavres humains "plastinés", ouverts ou disséqués, installés, pour certains, dans des attitudes évoquant la pratique de différents sports, et montrant ainsi le fonctionnement des muscles selon l'effort physique fourni ; que les associations "Ensemble contre la peine de mort" et "Solidarité Chine", alléguant un trouble manifestement illicite au regard des articles 16 et suivants du code civil, L. 1232-1 du code de la santé publique et 225-17 du code pénal, et soupçonnant par ailleurs au même titre un trafic de cadavres de ressortissants chinois prisonniers ou condamnés à mort, ont demandé en référé la cessation de l'exposition, ainsi que la constitution de la société en séquestration des corps et pièces anatomiques présentés, et la production par elle de divers documents lui permettant de justifier tant leur introduction sur le territoire français que leur cession par la fondation ou la société commerciale dont elle prétendait les tenir ;

Sur le premier moyen du pourvoi principal de la société, tel qu'exposé au mémoire en demande et reproduit en annexe :

Attendu qu'il n'y a pas lieu de se prononcer sur ce moyen, qui ne serait pas de nature à permettre l'admission du pourvoi ;

Et sur le second moyen du même pourvoi :

Attendu que la société fait grief à l'arrêt attaqué (Paris, 30 avril 2009) d'avoir dit y avoir lieu à référer et de lui avoir fait interdiction de poursuivre l'exposition des corps et pièces anatomiques litigieuse, alors, selon le moyen :

1° / que la formation des référés n'est compétente pour prescrire les mesures conservatoires ou de remise en état qui s'imposent pour faire cesser un trouble que si celui-ci est manifestement illicite, c'est-à-dire d'une totale évidence, consistant en un non-respect caractérisé de la règle de droit ; que sa

compétence doit, dès lors, être exclue en cas de doute sérieux sur le caractère illicite du trouble invoqué ; qu'en l'espèce, la cour d'appel, qui, d'une part, a procédé à un véritable débat de fond sur le sens qu'il convenait de donner à l'article 16-1-1 du code civil et sur son éventuelle applicabilité au cas d'espèce et qui, d'autre part, a rappelé les termes des fortes divergences qui opposaient les parties sur l'origine licite ou non des corps litigieux, n'a pas tiré les conclusions qui s'évinçaient de ses propres constatations en estimant qu'elle était en présence, non d'un doute sérieux sur le caractère illicite du présumé trouble invoqué, mais d'une violation manifeste de ce même article 16-1-1, justifiant qu'il y ait lieu à référé, et a violé, de ce fait, l'article 809 du code de procédure civile ;

2° / que le respect dû au corps humain ne cesse pas avec la mort et les restes des personnes décédées, y compris les cendres de celles dont le corps a donné lieu à crémation, doivent être traités avec respect, dignité et décence ; qu'en l'espèce, pour déterminer si les corps exposés avaient été traités avec respect, dignité et décence, la cour d'appel a recherché s'ils avaient une origine licite et, plus particulièrement, si les personnes intéressées avaient donné leur consentement de leur vivant à l'utilisation de leurs cadavres ; qu'en se fondant sur ces motifs inopérants, tout en refusant, comme il lui était demandé, d'examiner les conditions dans lesquelles les corps étaient présentés au public, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard de l'article 16-1-1 du code civil ;

3° / que, par ailleurs, la cour d'appel, a expressément relevé que « le respect du corps n'interdisait pas le regard de la société sur la mort et sur les rites religieux ou non qui l'entourent dans les différentes cultures, ce qui permettait de donner à voir aux visiteurs d'un musée des momies extraites de leur sépulture, voire d'exposer des reliques, sans entraîner d'indignation ni de trouble à l'ordre public » ; que la juridiction d'appel a privé sa décision de base légale au regard de l'article 16-1-1 du code civil en ne recherchant pas, comme sa propre motivation aurait dû l'y conduire, si, précisément, l'exposition litigieuse n'avait pas pour objet d'élargir le champ de la connaissance, notamment grâce aux techniques modernes, en la rendant accessible au grand

public de plus en plus curieux et soucieux d'accroître son niveau de connaissances, aucune différence objective ne pouvant être faite entre l'exposition de la momie d'un homme qui, en considération de l'essence même du rite de la momification, n'a jamais donné son consentement à l'utilisation de son cadavre et celle, comme en l'espèce, d'un corps donné à voir au public a des fins artistiques, scientifiques et éducatives ;

4° / qu'enfin celui qui réclame l'exécution d'une obligation doit la prouver ; qu'en l'espèce, en ayant affirmé qu'il appartenait à la société Encore Events, défenderesse à l'instance en référé, de rapporter la preuve de l'origine licite et non frauduleuse des corps litigieux et de l'existence de consentements autorisés, la cour d'appel a inversé la charge de la preuve et a violé, de ce fait, l'article 1315 du code civil ;

Mais attendu qu'aux termes de l'article 16-1-1, alinéa 2, du code civil, les restes des personnes décédées doivent être traités avec respect, dignité et décence ; que l'exposition de cadavres à des fins commerciales méconnaît cette exigence ;

Qu'ayant constaté, par motifs adoptés non critiqués, que l'exposition litigieuse poursuivait de telles fins, les juges du second degré n'ont fait qu'user des pouvoirs qu'ils tiennent de l'article 16-2 du code civil en interdisant la poursuite de celle-ci ; que le moyen n'est pas fondé ;

Et sur le moyen unique du pourvoi incident, tel qu'il figure au mémoire en défense et est reproduit en annexe :

Attendu qu'en ses trois branches le moyen ne tend qu'à contester l'appréciation souveraine portée par la cour d'appel sur l'opportunité d'ordonner les mesures sollicitées ; qu'il ne peut donc être accueilli ;

PAR CES MOTIFS :  
REJETTE les pourvois principal et incident ;

**Document 15 : CE, 16 août 2002, n° 249552**

Vu la requête, enregistrée au secrétariat du contentieux du Conseil d'Etat le 13 août 2002, présentée pour Mme F. et pour Mme F.,

épouse G. ; Mme F. et Mme F., épouse G. demandent au juge des référés du Conseil d'Etat :

1° d'annuler l'article 2 de l'ordonnance du juge des référés du tribunal administratif de Lyon en date du 9 août 2002 en tant que cet article indique que l'injonction adressée au centre hospitalier universitaire de Saint-Etienne cessera de s'appliquer si Mme F. vient à se trouver dans une situation extrême mettant en jeu un pronostic vital ;

2° d'ordonner au centre hospitalier universitaire de Saint-Etienne de ne procéder en aucun cas à l'administration forcée d'une transfusion sanguine sur Mme F. contre son gré et à son insu ;

Mme F. et Mme F., épouse G. soutiennent que, compte tenu de l'état de santé de Mme F. et du risque qu'une nouvelle perfusion soit pratiquée, il y a urgence à prononcer l'injonction sollicitée ; qu'ainsi que l'a constaté le juge des référés du tribunal administratif, le droit pour le patient d'accepter ou de refuser un traitement a le caractère d'une liberté fondamentale ; qu'en revanche c'est à tort que ce même juge a estimé qu'il était possible, en cas de risque vital, d'intervenir contre le consentement du patient ; que tant les principes généraux qui découlent de l'inviolabilité du corps humain que les dispositions introduites dans le code de la santé publique par la loi du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé exigent au contraire ce consentement, dès lors que, comme en l'espèce, le patient est en mesure de l'exprimer ; que le juge des référés ne pouvait donc, sans méconnaître la loi du 4 mars 2002, assortir son injonction d'une réserve, au demeurant incompatible avec la nature même d'une injonction ; que la liberté de conscience consacrée par la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales impose également de respecter la volonté du patient ; Vu l'ordonnance attaquée ;

Vu, enregistré le 14 août 2002, le nouveau mémoire présenté pour Mme F. et Mme F., épouse G. ; il tend aux mêmes fins que la requête, par les mêmes moyens ;

Vu, transmis par télécopie le 14 août 2002, le mémoire en défense, présenté pour le centre hospitalier universitaire de Saint-Etienne ; il tend au rejet de la requête ; le centre hospitalier universitaire soutient que, compte tenu de l'amélioration de l'état de santé de Mme F., la

condition d'urgence n'est pas remplie ; que le comportement de l'administration hospitalière ne révèle, à la date à laquelle le juge des référés du Conseil d'Etat est appelé à se prononcer, aucune atteinte grave et manifestement illégale à une liberté fondamentale ; qu'une transfusion nécessaire à la survie du patient ne peut en aucun constituer une atteinte grave à une liberté fondamentale ; qu'il résulte de la jurisprudence du Conseil d'Etat, que la loi du 4 mars 2002 ne contredit pas, qu'en cas de risque vital, les médecins peuvent, sans commettre de faute, et donc sans illégalité manifeste, pratiquer les actes indispensables à la survie du patient, même sans le consentement de l'intéressé ;

Vu, transmises par télécopie le 14 août 2002, les observations présentées par le ministre de la santé, de la famille et des personnes handicapées ; le ministre indique qu'il n'a pas à prendre position dans un litige opposant un patient à un établissement public hospitalier, qui dispose de la personnalité juridique ; il ajoute que la loi du 4 mars 2002 s'inscrit dans une évolution qui tend à mieux protéger les droits du patient ;

Vu, transmis par télécopie le 16 août 2002, le mémoire en réplique présenté pour Mme F. et Mme F., épouse G. ; elles tendent aux mêmes fins que la requête, par les mêmes moyens ; les requérantes soutiennent en outre que l'urgence résulte du comportement même du centre hospitalier ; que les convictions religieuses de Mme F., qui doivent être respectées, lui interdisent d'accepter une transfusion sanguine ; qu'il appartient au juge des référés, dont la mission est tout autre que celle du juge du fond appréciant ensuite les responsabilités encourues, de prendre toutes les mesures nécessaires pour que l'administration ne porte pas atteinte à la liberté fondamentale qui est ainsi en cause ;

Vu les autres pièces du dossier ;

Vu la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ;

Vu le code civil ;

Vu le code de la santé publique, et notamment son article L. 1111-4, dans la rédaction que lui a donnée la loi n° 2002-303 du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé ;

Vu le code de justice administrative ;

Après avoir convoqué à une audience publique, d'une part, Mme F. et Mme F.,

épouse G., et d'autre part, le centre hospitalier universitaire de Saint-Etienne et le ministre de la santé, de la famille et des personnes handicapées,

Vu le procès verbal de l'audience publique du 16 août 2002 à 11 heures 30 à laquelle ont été entendus :

■ Me Blondel, avocat au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation, avocat de Mmes F. et F., épouse G.,

■ Me Bouzidi, avocat au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation, avocat du centre hospitalier universitaire de Saint-Etienne,

■ le représentant du ministre de la santé, de la famille et des personnes handicapées,

Considérant qu'aux termes de l'article L. 521-2 du code de justice administrative : "Saisi d'une demande en ce sens justifiée par l'urgence, le juge des référés peut ordonner toutes mesures nécessaires à la sauvegarde d'une liberté fondamentale à laquelle une personne morale de droit public aurait porté, dans l'exercice d'un de ses pouvoirs, une atteinte grave et manifestement illégale" ;

Considérant qu'il résulte de l'instruction que Mme F., hospitalisée le 28 juillet 2002 au service des soins intensifs post-opératoires du centre hospitalier de Saint-Etienne, a fait savoir oralement puis confirmé par écrit qu'en raison des convictions qui sont les siennes comme Témoin de Jéhovah, elle refusait, quelles que soient les circonstances, l'administration de tout produit sanguin ; que les médecins du centre hospitalier, estimant que le recours à une transfusion sanguine s'imposait pour sauvegarder la vie de la patiente, dont l'état évoluait dans des conditions qui présentaient un risque vital à court terme, ont néanmoins pratiqué un tel acte le 5 août 2002 ; que Mme F. et sa sœur ont alors saisi, le 7 août 2002, le juge des référés du tribunal administratif de Lyon en lui demandant, sur le fondement des dispositions de l'article L. 521-2 du code de justice administrative, d'enjoindre au centre hospitalier de ne procéder en aucun cas à l'administration forcée d'une transfusion sanguine sur la personne de l'intéressée ; que, par son ordonnance du 9 août 2002, le juge des référés a enjoint au centre hospitalier de s'abstenir de procéder à des transfusions sanguines sur la personne de Mme F. ; qu'il a

toutefois précisé que cette injonction cesserait de s'appliquer si la patiente "venait à se trouver dans une situation extrême mettant en jeu un pronostic vital" ; que les requérantes font appel de cette ordonnance en tant qu'elle comporte une telle réserve ;

Considérant que l'article 16-3 du code civil dispose : "Il ne peut être porté atteint à l'intégrité du corps humain qu'en cas de nécessité thérapeutique pour la personne./ Le consentement de l'intéressé doit être recueilli préalablement hors le cas où son état rend nécessaire une intervention thérapeutique à laquelle il n'est pas à même de consentir" ; qu'aux termes de l'article L. 1111-4 du code de la santé publique, dans la rédaction que lui a donnée la loi du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé : "Toute personne prend, avec le professionnel de santé et compte tenu des informations et des préconisations qu'il lui fournit, les décisions concernant sa santé./ Le médecin doit respecter la volonté de la personne après l'avoir informée des conséquences de son choix. Si la volonté de la personne de refuser ou d'interrompre un traitement met sa vie en danger, le médecin doit tout mettre en œuvre pour la convaincre d'accepter les soins indispensables./ Aucun acte médical ni aucun traitement ne peut être pratiqué sans le consentement libre et éclairé de la personne et ce consentement peut être retiré à tout moment" ;

Considérant que le droit pour le patient majeur de donner, lorsqu'il se trouve en état de l'exprimer, son consentement à un traitement médical revêt le caractère d'une liberté fondamentale ; que toutefois les médecins ne portent pas à cette liberté fondamentale, telle qu'elle est protégée par les dispositions de l'article 16-3 du code civil et par celles de l'article L. 1111-4 du code de la santé publique, une atteinte grave et manifestement illégale lorsqu'après avoir tout mis en œuvre pour convaincre un patient d'accepter les soins indispensables, ils accomplissent, dans le but de tenter de le sauver, un acte indispensable à sa survie et proportionné à son état ; que le recours, dans de telles conditions, à un acte de cette nature n'est pas non plus manifestement incompatible avec les exigences qui découlent de la convention européenne de sauvegarde des

droits de l'homme et des libertés fondamentales, et notamment de son article 9 ;

Considérant qu'il résulte de ce qui précède que Mme F. et Mme F., épouse G. ne sont pas fondées à soutenir que c'est à tort que, par l'ordonnance attaquée, le juge des référés du tribunal administratif de Lyon, à qui il appartenait, contrairement à ce que soutiennent les requérantes, de déterminer les limites de l'injonction qu'il formulait, a décidé que l'injonction qu'il adressait au centre hospitalier universitaire de Saint-Etienne de s'abstenir de procéder à des transfusions sanguines sur la personne de Mme F. cesserait de s'appliquer si l'intéressée venait à se trouver dans une situation extrême mettant en jeu un pronostic vital ; qu'il y a lieu toutefois d'ajouter à la réserve mentionnée par le juge des référés qu'il incombe au préalable aux médecins du centre hospitalier d'une part de tout mettre en œuvre pour convaincre la patiente d'accepter les soins indispensables, d'autre part de s'assurer que le recours à une transfusion soit un acte indispensable à la survie de l'intéressée et proportionné à son état ;

#### ORDONNÉ :

Article 1er : Avant de recourir, le cas échéant, à une transfusion dans les conditions indiquées à l'article 2 de l'ordonnance du juge des référés du tribunal administratif de Lyon en date du 9 août 2002, il incombe aux médecins du centre hospitalier universitaire de Saint-Etienne d'une part d'avoir tout mis en œuvre pour convaincre la patiente d'accepter les soins indispensables, d'autre part de s'assurer qu'un tel acte soit proportionné et indispensable à la survie de l'intéressée.

Article 2 : L'article 2 de l'ordonnance du juge des référés du tribunal administratif de Lyon en date du 9 août 2002 est réformé dans le sens indiqué à l'article 1er de la présente décision.

Article 3 : Le surplus des conclusions de la requête de Mme F. et de Mme F., épouse G. est rejeté.

Article 4 : La présente décision sera notifiée à Mme F., à Mme F., épouse G., au centre hospitalier universitaire de Saint-Etienne et au ministre de la santé, de la famille et des personnes handicapées.



**Document 16 : J. LEPERS, « Un reste humain peut-il appartenir au domaine public ? », AJDA, 2008, p. 1896**

*« Objets inanimés, avez-vous donc une âme ; Qui s'attache à notre âme et la force d'aimer ?, écrivait le poète.*

Peut-être faut-il faire un long détour vers l'Océanie pour comprendre la valeur des choses, mais aussi la nature et la valeur de l'art ou encore pour percevoir les oppositions complexes entre le vivant et le mort, entre les personnes et les objets, entre les droits patrimoniaux et non patrimoniaux... C'est à ce détour que nous amène la présente affaire, qui a déjà suscité beaucoup de polémiques et de réflexions ; l'originalité de la question juridique qui doit être tranchée vous a conduit à la soumettre à la formation plénière de votre Cour.

Préalablement, il nous faut rappeler le contexte factuel du dossier, en partant de Nouvelle-Zélande pour aboutir au muséum de Rouen.

En janvier 1840, la reine Victoria annexe la Nouvelle-Zélande à la couronne britannique et conclut le traité de Waitangi avec les chefs des tribus du Nord. Les Maoris deviennent ainsi sujets de la Couronne, ce qui leur garantit certains droits. Menacé d'extinction, le peuple maori a retrouvé, au siècle dernier et dans les années 60, une certaine vitalité. Sa renaissance culturelle et un activisme politique ont conduit le gouvernement néo-zélandais à des restitutions de terres et des indemnisations partielles. Les Maoris sont actuellement environ 600 000 en Nouvelle-Zélande et 90 000 en Australie.

Parmi les coutumes maories, existait celle du tatouage, de leur vivant, de la tête des guerriers et des chefs. En cas de décès au combat, les têtes étaient naturalisées puis exposées avant d'être remises au clan ou à la famille.

Cette pratique a suscité une curiosité, ou même une certaine fascination, de la part des Européens et a contribué à alimenter un trafic de têtes. De nombreux spécimens se sont retrouvés parmi les collections savantes ou les cabinets de curiosités.

Pour tenter de mettre fin à ce trafic, qui avait provoqué l'indignation en Grande-Bretagne, le parlement de Westminster a voté, dès 1831, une loi interdisant l'envoi vers l'Europe à partir de l'Australie de têtes de guerrier maori.

En 1875, M. Drouet, un particulier, a fait don d'une de ces têtes au muséum de Rouen, qui a, à présent, reçu l'appellation de « Musée de France » par arrêté interministériel du 17 septembre 2003. Elle y a été exposée jusqu'en 1996, date à laquelle des travaux ont été réalisés dans le musée, puis fut remisée dans les réserves jusqu'à aujourd'hui, sans sortir de l'inventaire.

Depuis les années 90, les tribus maories, soutenues par le gouvernement néo-zélandais, ont lancé un programme tendant au rapatriement gratuit des restes maoris conservés dans diverses parties du monde, avec comme point d'orgue le musée Te Papa.

Souscrivant à cette démarche, le conseil municipal de Rouen a adopté, le 19 octobre 2007, une délibération autorisant la restitution de la tête maorie contenue dans les collections du muséum et la signature de l'accord nécessaire avec le musée Te Papa en Nouvelle-Zélande.

L'exposé des motifs de cette résolution montre l'objectif poursuivi : « En effectuant cette restitution, la ville de Rouen s'inscrit dans une démarche éthique. Cet acte symbolique exprime le respect que l'on doit aux croyances d'un peuple qui refuse que meurent sa culture et son identité. Cette tête a en outre un caractère sacré aux yeux des tribus maories : elle retournera donc dans sa terre d'origine et pourra y recevoir une sépulture conforme aux rites ancestraux».

Après suspension de la délibération par une ordonnance du juge des référés du tribunal administratif de Rouen du 24 octobre 2007, sur demande du préfet de la région Haute-Normandie, préfet de Seine-Maritime, contestée en appel, le président de votre cour a prononcé un non-lieu par ordonnance du 7 avril 2008. Sur le fond, par un jugement du 27 décembre 2007, le tribunal administratif de Rouen a annulé ladite délibération ; tel est donc le jugement dont la commune relève régulièrement appel.

Avant d'entrer dans l'analyse juridique de la problématique au cœur du litige, il faut souligner que la volonté de la ville de Rouen de restituer une tête maorie conservée dans les collections de son muséum d'histoire naturelle au gouvernement néo-zélandais a remis en lumière les problèmes éthiques liés à la conservation de restes humains dans les musées.

Ceux-ci demeurent d'actualité comme l'illustre la polémique suscitée par l'organisation à Lyon d'une exposition intitulée « Our Body, A corps ouvert », qui se tiendra jusqu'au

24 août 2008, exposition à vocation anatomique présentant des organes et des corps humains « plastinés » (technique de conservation mise au point par von Gunther qui rend les corps imputrescibles). Le comité national d'éthique a rendu le 23 novembre 2007 un avis très réservé sur l'opération en mettant en exergue des contradictions « évidentes » avec la loi française. Selon lui, « l'idée que l'on peut approcher la mort de l'autre sans risque suppose que cet autre soit tellement anonymisé qu'il n'y ait plus de référence à quelque dignité humaine que ce soit. Or, bien qu'anonymes, les corps représentés n'en ont pas moins été des individus ; leur exhibition et leur réification constituent une atteinte à leur identité, et donc à leur dignité. La plupart des civilisations ont cherché à éviter de telles formes de manque de respect pour une dépouille réelle [...] ».

Pour réfléchir à ces questions, le musée du Quai-Branly, à la demande du ministre chargé de la culture, a même organisé, en février 2008, un symposium de deux jours sur le thème « Des collections anatomiques aux objets de culte : conservation et exposition des restes humains dans les musées ». Des directeurs de musées européens, africains et océaniens, des représentants des communautés africaines, maories, aborigènes et du Vanuatu, des anthropologues, des responsables du rapatriement des collections, des sociologues, des philosophes, des historiens et des juristes ont ainsi débattu du bien-fondé ou non de la restitution des restes humains à leur communauté d'origine.

En effet, deux visions des choses s'affrontent sur ces questions. D'un côté, celle des peuples dits « premiers » pour qui le corps des ancêtres, même morts, conserve une force magique et spirituelle et qui désirent pouvoir rendre à ceux-ci les cultes qui leur sont dus. De l'autre, celle de la communauté scientifique occidentale, qui redoute la restitution de tous ces restes humains qui ont permis de faire avancer la médecine, l'histoire et les recherches sur l'évolution de l'espèce.

« L'affaire est un véritable condensé de fantasmes. Elle mêle le religieux, le morbide, le débat sur la spoliation de certaines cultures, et la mauvaise conscience occidentale, dans une opposition Nord-Sud caricaturale », regrette Yves Le Fur, directeur adjoint responsable des collections permanentes au musée du Quai Branly, farouchement opposé à ces restitutions.

« On cherche à travers de tels gestes à réparer une histoire tragique, poursuit-il. Mais ne va-t-on pas, au contraire, l'effacer en inhumant ces têtes, comme le souhaite la Nouvelle-Zélande ? Dans un musée, restituées dans le contexte guerrier qui les a vues naître, puis dans celui de leur trafic par les colons, elles pourraient servir à la sensibilisation de milliers de visiteurs ».

Pourtant, d'autres voix s'élèvent, et non des moindres, pour défendre la restitution de ces dépouilles, au nom de considérations éthiques comme le paléontologue Pascal Picq à la tête du comité de soutien constitué par la ville de Rouen, où figurent le généticien Axel Kahn, le philosophe Edgar Morin... Un site internet ([rouen.blogs.com/tetemaori/](http://rouen.blogs.com/tetemaori/)) a d'ailleurs été ouvert pour informer le public des mobiles du projet et ouvrir le débat surcelui-ci.

L'ethnologue Maurice Godelier les soutient de façon plus nuancée : « Les restes humains ne sont pas des objets de collection comme les autres et doivent être considérés séparément. On ne peut pas rejeter avec arrogance les demandes de sociétés qui souhaitent rapatrier les restes de leurs ancêtres afin de leur donner une sépulture ».

Il n'est donc pas facile de concilier ces deux points de vue, même quand les deux parties prônent la coopération.

A la différence de la Suède, décidée à restituer l'intégralité ou presque de ses collections, la France donne l'impression d'hésiter pour des raisons largement liées à son ordre juridique interne. Certains des transferts se réalisent cependant sans controverse juridique. Il en aurait été ainsi de la restitution à l'Uruguay d'un « cacique indien » par le muséum de Paris en 2002. Une loi spécifique (loi du 2 mars 2002) a même été votée pour permettre en 2002 la restitution à l'Afrique du Sud de la dépouille mortelle de Saartjie Baartman, dite la « Vénus hottentote », ce qui révèle les doutes sur la manière de traiter les restes humains dans le cadre juridique pertinent. C'est à tort, nous semble-t-il, d'ailleurs, que la commune de Rouen voit dans le recours à la loi une obligation d'en passer par le régime de protection particulière du corps humain.

Selon elle, le droit du domaine public mobilier aurait ici montré ses limites face à ces restes humains. La notion de restitution ne serait pas équivalente à celle d'appropriation, un simple dépôt dans une collection restant possible. Elle se prévaut, de manière plus pertinente, de tergiversations réelles entre les deux autorités ministérielles de tutelle : celle de l'enseignement supérieur ferait primer l'article 16-1 du code civil alors que celle de la culture se prononcerait en faveur des règles de la domanialité publique.

Mme Catherine Morin-Desailly, sénatrice, conseillère municipale de Rouen, à l'origine de l'opération, a d'ailleurs, sans attendre le résultat de l'appel formé par la commune, déposé, le 20 février 2008, une proposition de loi autorisant la restitution par la France des têtes maories. Elle y explicite à nouveau le sens de la démarche de restitution de cette tête maorie afin qu'elle puisse être inhumée de façon digne et respectueuse des coutumes de ce peuple. Elle repose sur quatre critères déterminants :

- que le pays d'origine d'un peuple contemporain ait formulé la demande de restitution de ce bien ;
- que celui-ci ne fasse pas l'objet de recherches scientifiques ;
- qu'il ne soit pas destiné à être exposé ni conservé dans des réserves dans le pays d'origine mais qu'il soit inhumé ;
- qu'il soit issu d'actes de barbarie ayant entraîné la mort.

Ainsi, cet acte, parfaitement assumé par la commune, suscite des interrogations sur divers plans.

S'agissant d'une dimension morale ou éthique, la démarche est explicitement fondée sur le respect dû aux autres et notamment aux autres cultures.

S'agissant de la dimension politique, il s'agit d'une reconnaissance implicite du droit des minorités indigènes opprimées par le colonialisme européen et d'un soutien affiché à une lutte de reconnaissance et renaissance identitaires.

S'agissant de la dimension sacrée et religieuse, sont en cause les références au caractère sacré de la tête, les rites funéraires ancestraux et le souci de donner une sépulture décente à ce reste humain.

S'agissant de la dimension juridique, enfin, la commune entend opposer explicitement le code civil au code du patrimoine et, implicitement, droit de l'Etat de Nouvelle-Zélande au droit de l'Etat français.

Sans méconnaître les autres aspects du problème, c'est bien évidemment cette dimension juridique qui nous retiendra et qui sera déterminante dans votre règlement du litige.

Votre compétence matérielle et territoriale pour connaître de ce dernier ne pose pas problème, la commune ayant renoncé à sa demande, exprimée en première instance, tendant à un renvoi vers le tribunal de grande instance de Rouen, ce qui était d'ailleurs contradictoire avec sa thèse axée sur l'impossibilité d'arguer d'une appropriation de la tête maorie présentée comme élément du corps humain. La régularité du jugement ne peut être mise en doute contrairement aux allégations de la commune, dès lors que la minute de celui-ci permet de constater que l'ensemble des mémoires produits devant le tribunal administratif ont été visés et analysés.

Sur le fond, le tribunal administratif a justifié sa solution d'annulation de l'acte, en estimant que les dispositions de la loi n° 94-653 du 29 juillet 1994, dite « loi bioéthique », ayant introduit dans le code civil les articles 16-1 et suivants « qui ne constituent que l'un des aspects du principe supérieur de sauvegarde de la dignité de la personne humaine, ont pour objet d'interdire l'appropriation à des fins mercantiles ou l'utilisation aux mêmes fins du corps humain, de ses éléments ou de ses produits ». Il en a déduit que « les conditions actuelles de conservation de la tête maorie au sein des collections municipales du muséum ne sont contraires, ni dans leur principe, ni dans leurs modalités, à l'article 16-1 du code civil ». Dès lors, cet article ne fait pas obstacle, du seul fait qu'il s'agit d'un reste humain, à ce que la tête soit soumise au code du patrimoine.

Devant vous, la commune de Rouen axe son propos sur la question de principe en critiquant la position du tribunal administratif.

Le droit de la domanialité publique, applicable en particulier aux collections des musées de France, ne doit-il pas s'effacer devant les dispositions d'ordre général de l'article 16-1 du code civil qui interdisent la constitution de tout droit patrimonial sur le corps humain, ses éléments et ses produits ?

Elle estime que l'interprétation donnée à l'article 16-1 par le tribunal est contraire à la lettre du texte, l'appropriation de ce corps ou de certains de ses éléments, quelle qu'en soit la finalité, étant concernée selon elle.

Elle considère, par la suite, que la présence de restes humains dans les collections publiques et, partant, leur appartenance au domaine public apparaissent contraires à ce principe d'interdiction de toute appropriation, quand bien même elles n'obéiraient pas à une fin mercantile, dès lors qu'il est désormais admis que les personnes publiques détiennent de véritables droits de propriété sur les biens compris dans le domaine public et que la désaffection permet la cession à titre onéreux.

La ville vous demande, dans le cadre de l'effet dévolutif de l'appel, d'écartez l'autre voie d'interprétation suggérée par le préfet en première instance tirée de ce que la disposition figurant au code civil visait essentiellement le trafic d'organes par les vivants et n'avait pas à s'appliquer à des restes humains de personnes décédées de longue date.

Le régime juridique du corps humain est donc une première composante de la question qui vous est soumise.

Le respect dû au corps humain est consacré dans de nombreux textes de droit international ou européen : au travers de la reconnaissance de la dignité de la personne humaine ou de son intégrité dans la charte des Nations unies, de la Déclaration universelle des droits de l'homme ou, plus récemment, de la Charte

des droits fondamentaux de l'Union européenne (art. 4), appelée à avoir valeur juridique contraignante au travers du traité de Lisbonne, en cours de ratification.

A l'instar d'autres ordres juridiques, le législateur français a voulu, en prolongeant les termes du Préambule de la Constitution de 1946, consacrer le respect dû au corps humain, l'article 16 du code civil issu de la loi précitée du 29 juillet 1994 affirmant désormais 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 la vie ». L'inviolabilité du corps humain vient le protéger contre diverses atteintes (art. 16-1 et s. C. civ.), sous réserve de dérogations fondées sur l'intérêt général ou sur un intérêt médical.

L'indisponibilité du corps humain, forgée par la jurisprudence civile notamment, est illustrée par l'article 16-1 du code civil, dont l'alinéa 3 proclame que « le corps humain, ses éléments et ses produits ne peuvent faire l'objet d'un droit patrimonial ». Plus loin, les articles 16-5 et 16-6 du code civil disposent respectivement que « les conventions ayant pour effet de conférer une valeur patrimoniale au corps humain, à ses éléments ou à ses produits sont nulles » et qu'« aucune rémunération ne peut être allouée à celui qui se prête à une expérimentation sur sa personne, au prélèvement d'éléments de son corps ou à la collecte de produits de celui-ci ».

De cette série de règles d'ordre public découle clairement l'idée de non-patrimonialité du corps humain, de ses éléments et de ses produits. Qui plus est, cette non-patrimonialité est précisément entendue comme une inaccessibilité à l'échange, comme le relevait le professeur Sériaux dans la rubrique patrimoine du Répertoire civil Dalloz. Pour autant, certains produits du corps humain peuvent faire l'objet de conventions, comme le rappelle l'article L. 1211-8 du code de la santé publique, et de nombreuses lois dérogeant au principe d'indisponibilité du corps humain sous la pression des progrès de la science et parfois de la marchandisation de notre société, la loi française y résistant par le principe très généralisé de gratuité de nombreuses formes de dons (sang, sperme, tissus..).

En introduisant dans le code civil l'article 16-7, selon lequel « toute convention portant sur la procréation ou la gestation pour le compte d'autrui est nulle », la loi du 29 juillet 1994 allait dans le même sens, même si le Sénat vient dans un tout récent rapport d'information, de proposer de légaliser la maternité pour autrui les « mères porteuses ». Il constate notamment que la cour d'appel de Paris, dans un arrêt d'octobre 2007, avait déjà brisé le tabou en validant la transcription sur les registres de l'état civil français des actes de naissance américains de jumelles nées en Californie d'une mère porteuse.

Mais le débat qui nous occupe aujourd'hui porte davantage sur le caractère sacré que l'on reconnaît aujourd'hui volontiers à la dépouille mortelle et qui justifie le respect qu'on lui doit (et qu'on doit plus généralement au corps humain). Concerne-t-il également le corps pulvérisé ? Certains ont pu affirmer qu'un « embryon n'a rien d'humain » parce qu'il n'est qu'un ensemble de cellules et ne ressemble à rien. Peut-on dire dans le même esprit que les restes pulvérisés de l'individu n'auraient plus rien d'humain ? Et qu'ils ne mériteraient pas de ce fait la protection de l'article 16-1 du code civil et ne justifieraient pas pour les mêmes raisons la protection du juge prévue à l'article 16-2 ?

Visiblement, la commune de Rouen assimile le corps humain et le cadavre, alors que le commissaire du gouvernement devant le tribunal administratif considérait que le régime de protection sus-évoqué ne valait que pour les personnes vivantes.

Selon la doctrine civiliste : « La mort est le moment de l'anéantissement de la personnalité » (professeur Penneau) ou encore la mort est, du point de vue juridique,

« l'évanouissement de la personnalité » (doyen Carbonnier) ou, plus radicalement, « les morts ne sont plus des personnes, ils ne sont plus rien » (Planiol). Mais ce moment de la mort ne fait pas totalement basculer le corps humain du côté des choses à défaut d'être encore « le substratum de la personnalité ». Il est admis « un certain prolongement de la personnalité après la mort », au travers notamment de la protection de la mémoire du défunt, des souvenirs de famille, du droit à l'image, de la protection temporaire de la vie privée du défunt.

Le cadavre conserve encore, plus ou moins longtemps, comme un reste d'âme qui justifie le droit

reconnu aux ayants cause du défunt d'agir en justice lorsque est portée atteinte à son image ou à sa mémoire (v. Civ. 1re, 20 déc. 2000, pourvoi n° 98-13.875, D. 2001. Jur. 885, faisant référence à l'article 16 du code civil pour l'exposition de la photo de la dépouille du préfet Erignac). Procèdent des mêmes préoccupations la limitation des prélèvements d'organes à des fins thérapeutiques ou scientifiques et les lourdes peines encourues par ceux qui enfreignent le respect dû aux morts (art. 225-17, art. 225-18, C. pén.).

Certes, sur le plan de votre jurisprudence, le Conseil d'Etat dans un arrêt Milhaud (CE ass. 2 juill. 1993, Lebon 194 ; AJDA 1993. 579, chron. C. Maugué et L. Touvet ; RFDA 1993. 1002, concl. D. Kessler) a considéré que les dispositions du code de déontologie, applicables en l'espèce, ne concernaient que les personnes vivantes et non pas une personne décédée, soit, en l'occurrence, après constat de la mort cérébrale.

Mais le Conseil d'Etat a souligné, en contrepoint, que le médecin avait méconnu le fait que les « principes déontologiques fondamentaux relatifs au respect de la personne humaine, qui s'imposent au médecin dans ses rapports avec son patient ne cessent pas de s'appliquer avec la mort de celui-ci ».

Dans un arrêt rendu en formation plénière le 9 juin 1998 (Mme D., n° 95PA03104, Lebon 582), concernant la transfusion sanguine forcée sur un malade témoin de Jéhovah en état critique, la cour administrative d'appel de Paris avait également fait référence aux articles 16-1 et 16-3 du code civil comme retranscrivant les principes d'inviolabilité et d'intégrité du corps humain.

On peut être, en revanche, troublé par les dispositions du décret n° 2007-328 du 12 mars 2007, qui paraît confirmer l'idée selon laquelle on peut devenir propriétaire d'une urne funéraire. On est parti de l'idée que l'urne funéraire est de nature mobilière, comme les cendres qu'elle contient. La sépulture a, en revanche, un caractère immobilier et la dépouille qui s'y trouve devient logiquement immeuble par destination. L'urne est mobile et la sépulture immobile ; c'est pourquoi le décret est venu tolérer une certaine appropriation privative : une urne peut être déposée dans une propriété privée lorsque le défunt l'a voulu (art. R. 2213-39, CGCT).

Peut-être faut-il en définitive voir le corps humain comme une chose, ainsi que le suggère le professeur Labbée dans un article (JCP 2008, n° 15, act. 239). Selon lui, s'il est respectable au sens de la loi du 29 juillet 1994, c'est parce qu'il est sacré. Et s'il est sacré, c'est peut-être qu'il « appartiendrait » à une entité supérieure, à l'image de Dieu ou de la collectivité. Quelle est précisément l'étendue du droit réel que l'individu exerce sur une chose sacrée ? Ce droit ne s'apparenterait-il pas davantage au droit d'usage qu'au droit de propriété ? La catégorie des choses sacrées ne mérite-t-elle pas d'être redécouverte ?

Sans répondre à ces interrogations, il nous semble en définitive délicat de considérer que seules les personnes vivantes seraient concernées par les dispositions protectrices du corps humain et notamment son indisponibilité.

Une seconde composante plus déterminante de la discussion menée devant vous intéresse le droit patrimonial, la commune estimant que les dispositions du code du patrimoine, sur lesquelles nous reviendrons, doivent s'effacer devant celles du code civil précédemment analysées.

On dit souvent que le patrimoine renferme « les droits et les biens d'une personne ». Comme le relèvent les professeurs Mazeaud dans leurs célèbres Leçons de droit civil (éd. Montchrestien), cela est inexact. Le patrimoine ne contient pas les choses dont une personne est propriétaire, mais les droits dont cette personne est titulaire, notamment ses droits de propriété sur les choses.

Le patrimoine renferme donc tous les droits de la personne : droits réels, droits personnels, droits intellectuels.

Il n'est pas inutile de rappeler aussi qu'une personne possède des biens inaliénables sans même avoir à les déclarer siens, tant ils font corps avec elle, s'agissant de la

corporéité et de la spiritualité qui caractérisent l'être humain. Ces biens extra-patrimoniaux sont, selon l'expression du professeur Sériaux dans le Répertoire civil déjà cité, de l'ordre de l'être. Les biens patrimoniaux relèvent plutôt de l'avoir, en ce qu'ils sont destinés par essence même à circuler entre les personnes. Les frontières sont cependant poreuses entre les notions.

Comme le démontrait Isabelle Savarit, dans un article paru à la Revue française de droit administratif (RFDA 1998. 305), « le patrimoine s'est échappé du fief notarial pour envahir de nouveaux domaines et fut alors récupéré par les publicistes. Ainsi le patrimoine est-il apparu dans plusieurs textes de droit public sans faire l'objet de définition précise ». Mais alors, plus que la propriété ne s'agit-il pas davantage d'un droit de garde ?

On assisterait à une « véritable allégorie du patrimoine » selon les termes de Françoise Choay (in L'allégorie du patrimoine, Seuil, 1992), qu'on retrouve dans le rituel annuel des journées du patrimoine, en tant que volonté de préserver des traces très diverses d'un riche passé.

La définition que donne aujourd'hui l'Unesco de cette notion renouvelée de patrimoine (extrait du site internet de l'organisation) l'illustre bien:

« Désignant d'abord les vestiges les plus monumentaux des cultures, la notion de patrimoine s'est progressivement enrichie de nouvelles catégories issues de secteurs d'activités non artistiques, comme le patrimoine industriel, ou de contextes particuliers, comme le patrimoine subaquatique. Aujourd'hui, la notion de patrimoine est une notion ouverte, qui peut développer de nouveaux objets et de nouveaux sens car elle reflète la culture vivante plutôt qu'une image figée du passé. Nous savons depuis une trentaine d'années que nature et culture ne peuvent être séparées dans notre approche du patrimoine afin de rendre compte de la diversité des formes culturelles et particulièrement de celles où s'exprime un lien étroit de l'être humain avec son environnement naturel. [...] Plus récemment, un effort particulier a été porté sur la conceptualisation et la désignation d'une dimension complémentaire du patrimoine [...]. Le patrimoine immatériel regroupe d'ores et déjà, les actes de création et de représentation (arts du spectacle, rites, événements festifs, arts plastiques), les processus de transmission (pratiques sociales, savoirs et savoirs-faire traditionnels, croyances et pratiques relatives à la nature) ainsi que les contenus non pérennisés de la créativité (langues et traditions orales) ».

Le droit français est loin d'ignorer la notion de patrimoine commun. Il est utilisé dans le code civil dans une acception économique : le patrimoine commun des époux. Une acception plus large est mentionnée dans l'article L. 110-1 du code de l'urbanisme : « le territoire français est le patrimoine commun de la nation », ce qui implique, selon ce code, une compétence partagée entre les acteurs publics de l'aménagement du territoire.

Le code de l'environnement mentionne aussi cette notion pour indiquer que « les espaces, ressources et milieux naturels, les sites et paysages, la qualité de l'air, les espèces animales et végétales, la diversité et les équilibres biologiques auxquels ils participent, font partie du patrimoine commun de la nation » (art. L. 110-1) et l'eau y est ajoutée (art. L. 210).

Le code du patrimoine issu d'une ordonnance n° 2004-178 du 20 février 2004 procède de ce mouvement, en ayant le souci de souligner la cohérence de l'action des pouvoirs publics en faveur du patrimoine. L'article L. 1 de ce code précise qu'au sens de celui-ci le patrimoine « s'entend de l'ensemble des biens, immobiliers ou mobiliers, relevant de la propriété publique ou privée, qui présentent un intérêt historique, artistique, archéologique, esthétique, scientifique ou technique ».

Ce code définit ensuite un régime de protection des biens culturels particulièrement prégnant. C'est l'objet du titre 1er du livre 1er avec un chapitre 1 concernant le régime de circulation des biens culturels et un chapitre 2 qui concerne la restitution des biens culturels. Si l'échange et le mouvement des biens ne sont pas exclus, ils apparaissent encadrés et limités, même par rapport au régime habituel de la domanialité publique déjà très protecteur (par référence à l'édit de Moulins de 1566). Cette protection marquée des biens l'est encore plus avec l'appellation de « trésors nationaux » qui fait sortir ces biens de la sphère des marchandises et les met aussi hors commerce aussi longtemps qu'ils font partie des collections. Selon l'article L. 111-1 de ce code : « Les biens appartenant aux collections publiques et

aux collections des musées de France [...] sont considérés comme trésors nationaux».

C'est donc principalement un droit de la conservation et, exceptionnellement, un droit de l'échange.

Enfin, le titre V du livre 4 concerne les collections des musées de France et plus directement, la présente instance.

Selon ces dispositions, toute acquisition est soumise à l'avis d'instances scientifiques (art. L. 451-1). Les collections font l'objet d'une inscription sur inventaire avec recollement tous les dix ans (art. L. 451-2). Les collections sont imprescriptibles (art. L451-3). L'impresscriptibilité concerne les collections qu'elles soient privées ou publiques. Toute cession irrégulière de toute ou partie d'une collection est réputée nulle (art. L. 451-4).

Dans le cas de personnes publiques, les biens des collections font partie du domaine public et sont à ce titre inaliénables (art. L. 451-5). Toute décision de déclassement d'un de ces biens ne peut être prise qu'après avis conforme d'une commission scientifique dont la composition et les modalités de fonctionnement sont fixées par décret (il s'agit du décret n° 2002-1302 du 26 déc. 2002).

L'inaliénabilité concerne les biens des collections publiques.

Dans le rapport qui lui a été demandé par le ministre en charge de la culture (Réflexion sur la possibilité pour les opérateurs publics d'aliéner des œuvres de leurs collections, remis le 6 février 2008), M. Jacques Rigaud rappelait clairement ce principe : « Les œuvres sont inaliénables sauf s'il est décidé de les aliéner » (p. 20), ce qui est finalement conforme au droit du domaine public, le Conseil constitutionnel ayant rappelé que le principe d'inaliénabilité « s'oppose seulement à ce que des biens qui constituent ce domaine soient aliénés sans qu'ils aient été au préalable déclassés » (Cons. const. 18 sept. 1986, n° 86-217 DC).

Sur ces bases, comment résoudre la contradiction que vous soumet la commune de Rouen entre les dispositions du code civil et celles du code du patrimoine ?

En récusant, tout d'abord, l'idée selon laquelle il faudrait raisonner par rapport à la notion de propriété publique ou privée, idée encore contenue dans les dernières écritures de la commune.

L'appropriation dont il est ici question ne peut se confondre avec la constitution d'un droit patrimonial, même si, comme le plaide la commune, l'ancien article 538 du code civil, issu d'un décret pris en 1790 selon lequel toute portion du territoire français insusceptible d'appropriation privée appartiendrait au domaine public, ne doit pas être abusivement interprété.

En réalité, à l'opposé des conceptions civilistes, nous pensons que le patrimoine dont il est ici question dépasse l'appropriation. Dans cette logique, la propriété n'est plus un droit mais une charge, celle d'administrer, d'assurer la garde et la sauvegarde des composantes du patrimoine. Cela nous ramène aux caractéristiques mêmes du domaine public, la doctrine ayant, dès le XIXe siècle, refusé d'admettre l'idée de propriété par la personne publique. L'Etat ne détient, selon celle-ci, ni l'usus qui revient au public, ni le fructus qui n'existe pas, ni l'abusus, le domaine public étant inaliénable.

L'article L. 2112-1 du code général de la propriété des personnes publiques renforce selon nous ce raisonnement. Les biens meubles sont déterminés ainsi à l'aide du prisme de l'intérêt public, appréhendé du point de vue de l'histoire, de l'art, de l'archéologie, de la science et de la technique.

Dans un article de l'Actualité juridique droit administratif (Le domaine public mobilier au regard du code général de la propriété des personnes publiques, AJDA 2007. 619), Jean-Gabriel Sorbara, maître de conférences, jugeait qu'il s'agissait là de l'affirmation d'un domaine « par nature » au sens fonctionnel. Le bien peut être déclassé s'il perd son intérêt. Il devient inaliénable dès lors qu'il entre dans une collection. Selon lui, ces biens sont placés hors commerce par la nature des choses et par la volonté du législateur. Peut-être faut-il aussi y voir le signe d'une exception française en ce que la sacralisation des biens culturels et cultuels dans notre pays est inscrite dans les gênes de l'identité du pays, à raison des rapports entretenus autrefois par une monarchie de droit divin avec l'art et la culture... Les musées français procèdent à ce titre d'une volonté politique de l'Etat. Dès le 2 octobre 1789, la Nation devint héritière des biens de la Couronne, les biens des académies, de l'Eglise et des émigrés furent expropriés au profit de la Nation.

Au cours des siècles, on retrouve cette volonté étatique de rassembler tout un patrimoine artistique. Cette même volonté s'est retrouvée pour le muséum d'histoire naturelle, continuation du Jardin royal des plantes médicinales créé sous Louis XIII, qui, depuis 2002, est soumis à la législation des musées de France et qui renferme des collections de plantes, d'insectes et d'animaux, dont certains ont déjà disparu. La loi du 6 mars 2002, évoquée au début de nos conclusions, pourrait laisser planer certaines zones d'ombre en ce qu'elle ne clarifie pas nettement l'application du code du patrimoine aux collections publiques comprenant des éléments humains.

Le rapport n° 3563 du 30 janvier 2002 fait au nom de la commission des affaires culturelles, familiales et sociales sur la proposition de loi, adoptée par le Sénat, relative à cette restitution estime qu'il y a « absence de difficultés juridiques ». En effet, il est considéré que le principe d'inaliénabilité n'oblige pas à l'adoption d'une loi, une simple décision de déclassement suffit.

Cependant, il conclut que, « compte tenu du caractère politique de la présente demande, une proposition de loi se révèle être aujourd'hui la plus adaptée », car après le traitement infamant subi par le corps de Saartjie Baartman de son vivant et après sa mort, le passage devant une commission scientifique afin de valider sa restitution pouvait paraître indécent. Néanmoins, le rapport précise que, « dans l'hypothèse où seraient présentées d'autres demandes comparables, rien n'empêcherait de recourir à la procédure de déclassement actuellement en vigueur ».

Les termes de la loi semblent, quant à eux, reconnaître l'appartenance des restes de la dépouille mortelle en précisant parallèlement qu'ils cessent de faire partie des collections du muséum.

On pourrait donc penser que le législateur a voulu marquer les limites du champ d'application de la loi bioéthique de 1994, sans trancher la question de la propriété de ladépouille.

Si l'on revient aux principes fondamentaux, la domanialité publique repose sur cette idée originale par rapport au lien que le code civil établit entre le propriétaire et son patrimoine selon laquelle l'usage des biens faisant partie du domaine public n'est pas réservé à leur propriétaire mais à des tiers. La domanialité publique est tout entière caractérisée par l'affectation publique qui grève les biens concernés.

Faut-il alors en arriver à un nécessaire arbitrage entre le code civil et le code du patrimoine comme voudrait vous y inviter la commune ?

Autrement dit, la situation qui vous est soumise ne doit-elle pas être réglée en tirant toutes conséquences de l'autonomie du droit administratif par rapport au droit commun ?

Par nature, l'action de l'administration se différencie clairement de celle du particulier, soit par la majoration des pouvoirs que le droit confère à celui-ci, soit par leur réduction. Jean Rivero, dans son article (RD publ. 1953. 279, Existe-t-il un critère du droit administratif ?) l'a brillamment démontré. Et, dans ses conclusions sous l'arrêt Savonneries H. Olive du 25 novembre 1921 (RD publ. 1922. 107), M. Rivet, commissaire du gouvernement, rappelait au juge administratif qu'il lui appartenait de créer sa jurisprudence en ne retenant les règles du code civil que dans la mesure où l'application en est compatible avec les nécessités de la vie collective.

Le régime de protection particulière qu'offre le code du patrimoine pour les besoins spécifiques des collections publiques et des collections des musées de France nous semble clairement inspiré par les principes constants de la domanialité publique, reposant comme nous avons tenté de le montrer sur une certaine conception du patrimoine, différente de celle du droit privé. Il doit, au regard des considérations qui précèdent, primer y compris sur les dispositions d'ordre public du code civil, posées d'ailleurs par précaution pour éviter des dérives dans la négociation contractuelle.

Par voie de conséquence, la circonstance que la tête maorie ait été rangée dans les réserves du muséum depuis 1996 n'a pas eu pour objet et ne pouvait avoir légalement pour effet de la faire sortir des collections du musée.

Avant de prononcer, par la délibération litigieuse, la restitution de la tête maorie à la Nouvelle-Zélande, il est constant que la ville de Rouen, propriétaire du muséum, n'a pas procédé au déclassement de ce bien qui relève du domaine public mobilier communal et n'a d'ailleurs ni sollicité, ni obtenu de la

commission scientifique nationale des collections des musées de France l'avis conforme pour procéder à ce déclassement. En l'absence d'une loi spéciale qui aurait prononcé la sortie de ce reste des collections dudit muséum, alors que cet élément demeure inséré dans une collection d'un musée de France bénéficiant de la protection accordée à ces biens par le code du patrimoine, la décision portant restitution de la tête maorie se trouve dès lors entachée d'un vice de procédure.

Cela nous amènera à préconiser une confirmation de la solution de première instance. Par ces motifs, nous concluons au rejet de la requête.

**SÉANCE 3 :  
LA PERSONNE PHYSIQUE : L'ÉTAT CIVIL**

**Sommaire :**

**1. Nom et prénom**

- Civ. 1<sup>ère</sup>, 15 février 2012, n° 10-27.512
- Civ. 1<sup>ère</sup>, 15 février 2012, n° 11-19.963
- Civ. 1<sup>ère</sup>, 2 mars 1999, n° 97-15.958
- Civ. 1<sup>ère</sup>, 17 mars 2010, n° 08-14.619

**2. Transsexualisme**

- Ass. Plén., 11 décembre 1992, n° 91-11.900
- Civ. 1<sup>ère</sup>, 7 juin 2012, n° 10-26.947
- Civ. 1<sup>ère</sup>, 7 juin 2012, n° 11-22.490
- Cour d'appel de Rennes 16 octobre 2012 – D. 2013. 156
- CA Montpellier, 14 nov. 2018, n° 16/06059

**TRAVAIL À EFFECTUER**

- Commentaire **rédigé** : Ass. Plén., 11 décembre 1992, n° 91-11.900
- Analyse de tous les arrêts
- Lecture des documents

## I. NOM ET PRÉNOM

---

### **Document 1 : Civ. 1<sup>ère</sup>, 15 février 2012, n° 10-27.512**

LA COUR DE CASSATION, PREMIÈRE CHAMBRE CIVILE, a rendu l'arrêt suivant : Vu leur connexité, joint les pourvois n° B 11-19. 963 et M 10-27. 512 ;

Sur le moyen unique :

Attendu, selon l'arrêt attaqué (Versailles, 7 octobre 2010), que M. X... a déclaré vouloir prénommer son fils, né le 7 novembre 2009, Titeuf, Gregory, Léo ; que l'officier d'état civil a informé le procureur de la République que le choix du premier prénom, Titeuf, lui paraissait contraire à l'intérêt de l'enfant ; que, sur le fondement de l'article 57 du code civil, le parquet a fait assigner les parents afin de voir prononcer la suppression du prénom Titeuf ; que, par jugement du 1er juin 2010, le tribunal de grande instance de Pontoise, se fondant sur l'intérêt de l'enfant, a ordonné la suppression du prénom Titeuf de son acte de naissance et dit qu'il se prénommera Grégory, Léo ;

Attendu que M. X... et la mère de l'enfant, Mme Y..., font grief à l'arrêt de confirmer le jugement, alors, selon le moyen :

1°/ que la contrariété à l'intérêt de l'enfant qui peut justifier que le prénom choisi par ses parents soit supprimé doit être appréciée de façon objective ; qu'en appréciant la conformité à l'intérêt de l'enfant du prénom Titeuf uniquement par référence à un personnage de bande dessinée dont la notoriété est nécessairement éphémère et limitée, dont elle relève au demeurant qu'il est "plutôt sympathique", et en se livrant à une analyse subjective des caractéristiques de ce personnage, sans se prononcer au regard de critères objectifs seuls à même de garantir le principe d'égalité devant la loi, la cour d'appel a violé l'article 57 du code civil, ensemble l'article 3 de la Convention de New York du 20 novembre 1989 et l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme ;

2°/ que toute restriction à la liberté de choix du prénom de l'enfant par ses parents ne peut être justifiée que par l'intérêt de l'enfant ; qu'en jugeant que le prénom Titeuf n'était pas conforme à l'intérêt de l'enfant et en ordonnant sa suppression de l'acte de naissance, sans rechercher, ainsi qu'elle y était invitée, si le

fait qu'au moins un autre enfant ait reçu ce prénom sans opposition du ministère public et que d'autres enfants aient reçu les prénoms d'autres personnages de bande dessinée ou dessins animés n'était pas de nature à mettre en évidence que le choix du prénom litigieux ne portait pas atteinte à l'intérêt de l'enfant, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard de l'article 57 du code civil, ensemble l'article 3 de la Convention de New York du 20 novembre 1989 et l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme ;

Mais attendu que c'est par une appréciation souveraine qu'en une décision motivée la cour d'appel a estimé qu'il était contraire à l'intérêt de l'enfant de le prénommer Titeuf ; que le moyen qui ne tend en réalité qu'à contester cette appréciation ne peut être accueilli ;

PAR CES MOTIFS :

REJETTE les pourvois ;

Condamne M. X... et Mme Y... aux dépens ; Vu l'article 700 du code de procédure civile, rejette la demande ;

Ainsi fait et jugé par la Cour de cassation, première chambre civile, et prononcé par le président en son audience publique du quinze février deux mille douze.

### **Document 2 : Civ. 1<sup>ère</sup>, 2 mars 1999, n° 97-15.958**

Sur le moyen unique :

Vu l'article 60 du Code civil ;

Attendu que M. Mohammed X..., né le 27 février 1945 en Algérie, avait choisi, lors de sa réintégration en 1976 dans la nationalité française, le prénom de Daniel ; qu'en 1994, il a présenté une requête pour être autorisé à reprendre son prénom d'origine en exposant notamment qu'en 1980, il avait fondé une famille avec une femme de confession musulmane comme lui, que ses cinq enfants

portaient tous des prénoms arabes et que son prénom actuel l'isolait des siens ;

Attendu que, pour rejeter la requête, l'arrêt confirmatif attaqué énonce, par motif adopté, que l'intérêt légitime du requérant réside en sa qualité de français, dans une volonté d'intégration dans la communauté française, plutôt que d'éloignement de cette communauté ;

Attendu qu'en se déterminant ainsi, par un motif d'ordre général, sans rechercher si, eu égard aux circonstances, l'état de fait invoqué n'était pas de nature à constituer pour l'intéressé un intérêt légitime à la reprise de son prénom d'origine, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision ;

PAR CES MOTIFS :

CASSE ET ANNULE, dans toutes ses dispositions, l'arrêt rendu le 26 septembre 1996, entre les parties, par la cour d'appel d'Aix-en-Provence ; remet, en conséquence, la cause et les parties dans l'état où elles se trouvaient avant ledit arrêt et, pour être fait droit, les renvoie devant la cour d'appel de Grenoble.

**Document 3 : Civ. 1<sup>re</sup>, 17 mars 2010, n° 08-14.619**

LA COUR DE CASSATION, PREMIÈRE CHAMBRE CIVILE, a rendu l'arrêt suivant :

Sur le moyen unique des pourvois principal et incident, qui sont identiques, pris en ses deux branches :

Attendu que le 7 avril 1999 est née Eglantine Charlotte X... de Brigitte X... qui l'a reconnue le 14 avril 1999 ; que le 30 octobre 1999, M. Y..., concubin de la mère, a reconnu l'enfant ; que par déclaration conjointe de Brigitte X... et de M. Y... du 2 mars 2000, Eglantine a pris le nom de Y... ; que le 14 juin 2002, M. Z... a déclaré, devant l'officier d'état civil, reconnaître pour sa fille Eglantine Y... et a, le

11 juillet 2003, fait assigner Brigitte X... et M. Y... en contestation de la reconnaissance de ce dernier ; qu'à la suite du décès de Brigitte X... survenu le 7 octobre 2004, Mme Liliane X..., épouse A..., tante de l'enfant, a été désignée en qualité d'administrateur ad hoc d'Eglantine par le juge des tutelles ; que, statuant après dépôt d'un rapport d'expertise ayant exclu de façon certaine la paternité de M. Y... et dit que M. Z... avait 99,999 chances sur cent d'être le père de l'enfant, le tribunal de grande instance de Nanterre a, par jugement du 8 septembre 2006, annulé la première reconnaissance paternelle, donné son plein effet à la seconde et dit que l'enfant porterait désormais le nom de X... ;

Attendu que M. Y... et Mme A..., ès qualités, font grief à l'arrêt attaqué (Versailles, 28 février 2008) de les débouter de leur demande tendant à ce qu'Eglantine conserve le nom de Y... et ce, malgré son changement de filiation paternelle, alors, selon le moyen :

1°/ que conformément aux dispositions de la Convention internationale relative aux droits de l'enfant du 26 novembre 1989, ayant une autorité supérieure à la loi, les décisions concernant l'enfant doivent être impérativement rendues en considération de l'intérêt supérieur de celui-ci, fût-ce au prix d'une mise à l'écart des dispositions internes contraires ; qu'en l'espèce, M. Y... faisait régulièrement valoir qu'il était de l'intérêt supérieur de l'enfant Eglantine, aujourd'hui âgée de 9 ans, de conserver le nom de Y... et non pas de prendre le nom de sa mère, aujourd'hui décédée qu'en jugeant pourtant que l'intérêt supérieur de l'enfant ne peut justifier une contrariété directe avec la loi, la cour d'appel a violé, par refus d'application, les articles 3.1 et 8.1 de la Convention internationale des droits de l'enfant du 20 novembre 1989 ;

2°/ que le principe de l'immutabilité du nom ne fait pas obstacle à ce que la possession prolongée d'un nom puisse en permettre l'acquisition, dès lors que cette possession n'est pas déloyale ; qu'en l'espèce en jugeant que la possession d'état ne pouvait constituer un mode autonome d'acquisition du nom

patronymique, la cour d'appel a violé l'article 1er de la loi du 6 fructidor an II ;

Mais attendu qu'après avoir justement rappelé que l'intérêt supérieur de l'enfant doit être une considération primordiale dans toutes les décisions concernant les enfants conformément à l'article 3 de la Convention internationale des droits de l'enfant du 20 novembre 1989 et que cette disposition était directement applicable devant les tribunaux français, la cour d'appel a constaté que les premiers juges avaient à bon droit annulé la reconnaissance effectuée par M. Y... et donné plein effet à celle souscrite par M. Z... le 14 juin 2002 et en a déduit que l'annulation de la première reconnaissance entraînait le changement de patronyme de l'enfant dès lors que le seul fait d'avoir porté ce nom depuis l'âge de un an ne pouvait

permettre à l'enfant d'acquérir ce nom et qu'en outre, l'enfant allait reprendre le nom de sa mère qui demeurait dans sa mémoire et à laquelle elle était très attachée et non celui de son père qu'elle ne connaissait pas encore ; que par ces motifs, la cour d'appel, qui a pris en compte l'intérêt supérieur de l'enfant et n'a pas refusé de le faire prévaloir, a souverainement estimé qu'en l'espèce, cet intérêt ne justifiait pas le maintien du nom de l'auteur de la reconnaissance annulée ; d'où il suit que le moyen n'est pas fondé ;

PAR CES MOTIFS :

REJETTE les pourvois ;

## II. LE TRANSSEXUALISME

---

### **Document 4 : Ass. Plén., 11 décembre 1992, n° 91-11.900**

Sur le moyen unique :

Vu l'article 8 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, les articles 9 et 57 du Code civil et le principe de l'indisponibilité de l'état des personnes ;

Attendu que lorsque, à la suite d'un traitement médico-chirurgical, subi dans un but thérapeutique, une personne présentant le syndrome du transsexualisme ne possède plus tous les caractères de son sexe d'origine et a pris une apparence physique la rapprochant de l'autre sexe, auquel correspond son comportement social, le principe du respect dû à la vie privée justifie que son Etat civil indique désormais le sexe dont elle a l'apparence ; que le principe de l'indisponibilité de l'état des personnes ne fait pas obstacle à une telle modification ;

Attendu que M. René X..., né le 3 mars 1957, a été déclaré sur les registres de l'Etat civil comme étant du sexe masculin ; que, s'étant depuis l'enfance considéré comme une fille, il s'est, dès l'âge de 20 ans, soumis à un traitement hormonal et a subi, à 30 ans, l'ablation de ses organes génitaux externes avec création d'un néo-vagin ; qu'à la suite de cette opération, il a saisi le tribunal de grande instance de demandes tendant à la substitution, sur son acte de naissance, de la mention " sexe féminin " à celle de " sexe masculin " ainsi qu'au changement de son prénom ; que le Tribunal a décidé que M. X... se prénommerait Renée, mais a rejeté ses autres prétentions ; que l'arrêt attaqué a confirmé la décision des premiers juges aux motifs que la conviction intime de l'intéressé d'appartenir au sexe féminin et sa volonté de se comporter comme tel ne sauraient suffire pour faire reconnaître qu'il était devenu une femme, et que le principe de l'indisponibilité de l'état des personnes s'opposait à ce qu'il soit tenu compte des transformations obtenues à l'aide d'opérations volontairement provoquées ;

Attendu, cependant, que la cour d'appel a d'abord constaté, en entérinant les conclusions de l'expert-psychiatre commis par le Tribunal, que M. X... présentait tous les caractères du transsexualisme et que le traitement médico-chirurgical auquel il avait été soumis lui avait donné une apparence physique telle que son nouvel état se rapprochait davantage du sexe féminin que du sexe masculin ; qu'elle a énoncé, ensuite, que l'insertion sociale de l'intéressé était conforme au sexe dont il avait l'apparence ; d'où il suit qu'en statuant comme elle l'a fait, elle n'a pas tiré de ses constatations les conséquences légales qui s'en déduisaient ;

Et attendu qu'il y a lieu, conformément à l'article 627, alinéa 2, du nouveau Code de procédure civile, de mettre fin au litige en appliquant la règle de droit appropriée ;

PAR CES MOTIFS :

CASSE ET ANNULE, l'arrêt rendu le 15 novembre 1990, entre les parties, par la cour d'appel d'Aix-en-Provence ;

DIT n'y avoir lieu à renvoi ;

DIT que Renée X..., née le 3 mars 1957 sera désignée à l'Etat civil comme de sexe féminin.

### **Document 5 : Civ. 1<sup>ère</sup>, 7 juin 2012, n° 10-26.947**

LA COUR DE CASSATION, PREMIÈRE CHAMBRE CIVILE, a rendu l'arrêt suivant : Sur le moyen unique, pris en ses diverses branches :

Attendu, selon l'arrêt attaqué (Paris, 23 septembre 2010), que M. X..., né le 10 septembre 1983 à Séoul (Corée), a été déclaré à l'état civil, sous les prénoms d'Axel, Hugo, Suk, Jung comme étant de sexe masculin ; que, par acte du 11 septembre 2008, il a assigné le procureur de la République pour voir dire qu'il

est de sexe féminin et se prénommera Axelle ; qu'il a produit, à l'appui de sa demande, divers certificats médicaux émanant de praticiens français et étrangers, dont l'un faisait état d'une intervention chirurgicale de "réassignation" sexuelle réalisée en Thaïlande le 3 juillet 2008 à la clinique B... ; que, par jugement du 17 février 2009, le tribunal de grande instance de Paris a ordonné, avant dire droit, une expertise médicale pluridisciplinaire confiée à un psychiatre, un endocrinologue et un gynécologue ; que M. X... s'étant opposé à cette mesure, le tribunal a rejeté sa demande ; que la cour d'appel, tout en ordonnant la rectification de son prénom, a refusé celle de la mention du sexe figurant sur son acte de naissance ;

Attendu que M. X... fait grief à l'arrêt de statuer ainsi, alors, selon le moyen :

1°/ que le droit au respect de sa vie privée et familiale commande que le changement de sexe d'une personne soit autorisé à chaque fois que son apparence physique la rapproche de l'autre sexe, auquel correspond son comportement social ; qu'en l'espèce, pour refuser de faire droit à la demande de changement de sexe, la cour d'appel s'est fondée sur le fait que l'exposante ait refusé de déferer à une expertise ayant pour objet, d'une part, de se prononcer sur l'origine du syndrome de transsexualisme et son évolution, d'autre part, de caractériser qu'elle ne présentait plus tous les caractères du sexe masculin ; qu'en statuant ainsi après avoir relevé que l'exposante était connue sous un prénom féminin, qu'elle avait la conviction d'appartenir au sexe féminin, qu'elle avait suivi divers traitements médico-chirurgicaux et que la réalité de sa vie sociale était celle d'une femme, ce qui était suffisant pour faire droit à la demande, la cour d'appel a violé l'article 8 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ;

2°/ que même s'il est exigé de la personne qui demande à changer de sexe de justifier présenter le syndrome du transsexualisme, de justifier d'un traitement médico-chirurgical et de justifier d'une apparence physique la rapprochant de l'autre sexe, auquel correspond son comportement social, la preuve de ces éléments n'est pas nécessairement rapportée par une expertise judiciaire mais peut être rapportée par les pièces produites par le demandeur, qui ne doivent pas être dénaturées ; qu'en l'espèce, l'exposante produisait

notamment le certificat établi le 12 avril 2007 par M. Y... qui indiquait suivre la patiente « pour un syndrome typique de transsexualisme », le certificat établi le 16 janvier 2008 par M. Z..., qui certifiait la « suivre sur le plan hormonal pour transsexualisme primaire typique depuis le 1er juin 2006 » et qui soulignait que l'exposante était « éligible pour la réassignation chirurgicale, qu'elle attend légitimement », le certificat médical du psychiatre D... établi le 3 avril 2008 qui certifiait que la patiente « présente un syndrome de Benjamin typique ; il n'existe actuellement aucune contre-indication aux traitements médicaux et/ ou chirurgicaux nécessités pour la réassignation de genre demandée par le sujet », le certificat de M. B... qui détaillait l'opération réalisée et concluait que « l'opération est irréversible et change de manière permanente l'identité sexuelle masculine de M. X... pour une identité sexuelle féminine », le certificat médical établi le 26 mai 2009 par M. A..., postérieurement à l'opération, qui indiquait que « la chirurgie de réassignation des organes génitaux externe a été réalisée et est irréversible », le certificat médical du psychiatre D..., établi le 23 juillet 2009, qui soulignait que la patiente « a suivi un traitement hormonal et les interventions chirurgicales nécessaires pour que son aspect et son comportement soient désormais féminins », l'attestation de l'orthophoniste C..., en date du 27 mai 2009, qui témoignait que « actuellement la voix et l'apparence de l'exposante sont parfaitement féminines et concordantes » et l'attestation du docteur en psychopathologie fondamentale H... qui certifiait qu'elle avait pu « constater la cohérence entre les propos de Mlle X... et son identité de genre revendiquée » ; que ces pièces établissaient pleinement que l'exposante présentait le syndrome du transsexualisme, qu'elle avait subi un traitement chirurgical faisant d'elle une femme et que son apparence physique comme son comportement social étaient féminins, de sorte qu'en jugeant que ces pièces étaient insuffisantes pour prouver les conditions nécessaires au changement de sexe et en faisant grief à l'exposante de ne pas avoir déferé à l'expertise judiciaire ordonnée, la cour d'appel a dénaturé les pièces précédemment citées ;

3°/ que tout patient a le libre choix de son médecin et que constitue une discrimination illicite le fait de le priver de ses droits sous

prétexte qu'il s'est fait opérer par un médecin exerçant hors de France ; qu'en se fondant, pour dire que l'exposante aurait dû se soumettre à l'expertise judiciaire, sur le fait que le dossier complet exigé pour les patients opérés en France ne paraisse pas exigé par le chirurgien qui avait opéré l'exposante en Thaïlande et sur le fait que la notoriété scientifique et chirurgicale de ce chirurgien ne soit pas établie, pas plus que la pertinence de l'intervention pratiquée au regard des pratiques de la communauté médicale, la cour d'appel s'est prononcée par des motifs discriminatoires, violant ainsi les articles 8 et 14 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, ensemble l'article L. 1110-8 du code de la santé publique ;

Mais attendu que, pour justifier une demande de rectification de la mention du sexe figurant dans un acte de naissance, la personne doit établir, au regard de ce qui est communément admis par la communauté scientifique, la réalité du syndrome transsexuel dont elle est atteinte ainsi que le caractère irréversible de la transformation de son apparence ; qu'après avoir examiné, sans les dénaturer, les documents produits, et relevé, d'une part, que le certificat faisant état d'une opération chirurgicale effectuée en Thaïlande était lapidaire, se bornant à une énumération d'éléments médicaux sans constater l'effectivité de l'intervention, d'autre part, que M. X... opposait un refus de principe à l'expertise ordonnée par les premiers juges, la cour d'appel a pu rejeter sa demande de rectification de la mention du sexe dans son acte de naissance ; que le moyen n'est pas fondé ;

PAR CES MOTIFS :

REJETTE le pourvoi ;

**Document 6 : Civ. 1<sup>ère</sup>, 7 juin 2012, n° 11-22.490**

Sur le moyen unique, pris en ses quatre branches :

Attendu, selon larrêt attaqué (Montpellier, 27 septembre 2010), que Mme Louis Anne X..., ayant, depuis l'enfance le sentiment d'appartenir au sexe masculin, dont elle a adopté le comportement, a entrepris une démarche de changement de sexe avec l'aide

d'une équipe médicale spécialisée ; qu'elle fait grief à larrêt de rejeter sa demande en rectification de la mention du sexe figurant sur son acte de naissance, alors, selon le moyen :

1°/ que si le juge du fond peut parfaitement se référer à une jurisprudence, c'est à la double condition de rappeler les motifs de cette jurisprudence ou de cette décision et de constater en fait l'analogie des situations qui en justifie l'application à l'espèce ; qu'en se bornant à retenir que « la jurisprudence est fixée en ce sens que la réalité du syndrome transsexuel ne peut être établie que par une expertise judiciaire », la cour d'appel a privé de motifs sa décision en violation de l'article 455 du code de procédure civile ;

2°/ qu'il est interdit aux juges du fond de dénaturer l'écrit qui est soumis à leur examen, et dont les termes sont clairs et précis ; qu'il résulte du certificat médical daté du 1er octobre 2008 que Mme X... Anne a subi des transformations physiques dans le sens d'une virilisation irréversible ; qu'en retenant que le caractère irréversible du changement de sexe ne résulte pas des pièces médicales produites, la cour d'appel a violé l'article 1134 du code civil ;

3°/ que s'il a le pouvoir d'ordonner toutes les mesures d'instruction légalement admissibles, le juge ne dispose que d'une simple faculté et peut se prononcer au seul vu des éléments de preuve produits par les parties au litige et doit limiter le choix de la mesure à ce qui est suffisant pour la solution du litige, en s'attachant à retenir ce qui est le plus simple et le moins onéreux ; que l'expertise judiciaire pour établir la réalité du syndrome transsexuel, doit être limitée aux seuls cas de doute sérieux sur la réalité du transsexualisme du demandeur, notamment en l'absence d'attestations émanant de plusieurs médecins, reconnus pour leur compétence en la matière ou qui ont suivi la personne concernée ; qu'en l'espèce, l'expertise judiciaire s'avérait surabondante dès lors qu'il était produit plusieurs certificats médicaux attestant du changement de sexe irréversible ; qu'en retenant, nonobstant, les nombreuses pièces attestant du syndrome transsexuel et du

caractère irréversible du changement de sexe, que la réalité du syndrome transsexuel ne peut être établie que par une expertise judiciaire, la cour d'appel a violé les articles 10, 144, 146, 147, 263 du code de procédure civile ;

4°/ que lorsque le syndrome transsexuel, le traitement suivi et le caractère irréversible du changement de sexe sont certifiés par les médecins qui ont suivi la personne transsexuelle, le juge ne peut, sous peine d'atteintes au respect de la vie privée, à la dignité humaine et à l'intégrité du corps humain, ordonner une expertise judiciaire tendant à établir la réalité du syndrome transsexuel ; que la cour d'appel a retenu, sans égards pour les certificats médicaux produits et les attestations d'une apparence physique et d'un mode de vie au masculin, que la réalité du syndrome transsexuel ne peut être établie que par une expertise judiciaire qui ne peut s'analyser en une atteinte à l'intimité de la vie privée ; qu'en statuant comme elle l'a fait, la cour d'appel a violé les articles 9 et 16-1 du code civil et 8 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ;

Mais attendu que, pour justifier une demande de rectification de la mention du sexe figurant dans un acte de naissance, la personne doit établir, au regard de ce qui est communément admis par la communauté scientifique, la réalité du syndrome transsexuel dont elle est atteinte ainsi que le caractère irréversible de la transformation de son apparence ; que la cour d'appel, après avoir examiné, sans les dénaturer, les documents produits par Mme X... tendant à établir qu'elle présentait le syndrome de Benjamin, qu'elle avait subi une mastectomie totale avec greffe des aréoles et suivait un traitement hormonal, a estimé que le caractère irréversible du changement de sexe n'en résultait pas ; qu'elle a pu, dès lors, constatant en outre que Mme X... refusait, par principe, de se prêter à des opérations d'expertise en vue de faire cette démonstration, rejeter la demande de celle-ci ; que le moyen, qui manque en fait en sa première branche, n'est pas fondé pour le surplus ;

PAR CES MOTIFS :  
REJETTE le pourvoi ;

Condamne Mme X... aux dépens ;  
u l'article 37 de la loi du 10 juillet 1991, rejette la demande de Me Ricard ;

Ainsi fait et jugé par la Cour de cassation, première chambre civile, et prononcé par le président en son audience publique du sept juin deux mille douze.

**Document 7 : Cour d'appel de Rennes 16 octobre 2012 – D. 2013. 156**

*LA COUR : - Faits et procédure :*

Wilfrid Francis A. et Marie Jeanne T. se sont mariés le 9 août 1997. Trois enfants mineurs sont issus de leur union. L'époux en conformité avec son vécu, prenait en 2010 la décision de changer de sexe. Il subissait dès lors les traitements et interventions qui faisaient de lui une femme de façon irréversible. En conséquence, les époux A. saisissaient le tribunal de grande instance de Brest aux fins de faire modifier tant l'acte de naissance du mari que leur acte de mariage, en ce qu'il serait dit que Wilfrid Francis A. est du sexe féminin et qu'à ses prénoms se substituerait celui de Chloé, sans que le lien matrimonial ne soit dissous.

L'Association tutélaire du Ponant, désignée ès qualités de tuteur *ad hoc* des trois enfants mineurs s'en est rapportée à justice.

Les deux aînés alors âgés de 14 et 11 ans ont été entendus par le tribunal et ont indiqué adhérer à la démarche de leurs parents.

Le ministère public ne s'opposait pas à la requête.

Le tribunal déboutait les époux A. de leurs demandes par jugement du 15 décembre 2011.

Ceux ci ont relevé appel de cette décision par déclaration reçue au greffe de la Cour d'appel le 21 décembre 2011 (RG 11/08743), et par lettre recommandée avec accusé de réception reçue au greffe du tribunal de grande instance de Brest le 22 décembre 2011 (RG 12/00535).

Dans le dernier état de leurs écritures du 10 janvier 2012, ils maintiennent leur demande initiale et sollicitent que la décision à intervenir soit déclarée opposable à Marie Jeanne T. ainsi qu'au tuteur ad hoc de leurs enfants.

Celui ci s'en rapporte à nouveau à justice.

Le ministère public a conclu le 5 mars 2012 à la confirmation de la même décision.

Motifs de la décision :

Il convient pour une bonne administration de la justice, de joindre les instances mises au rôle de la Cour sous les numéros RG 12/00535 et 11/08743.

Le premier juge considérait que c'était à tort que les requérants fondaient leur action sur les dispositions de l'article 99 du code civil, ne s'agissant pas d'une action en rectification d'erreur matérielle, mais d'une action d'état fondée sur le respect de la vie privée ; que cette demande tend à consacrer un nouvel état de la personne ayant changé de sexe, qu'elle ne saurait donc avoir d'effet déclaratif d'une situation antérieure.

Le tribunal considérait dès lors que la demande qui lui était soumise le conduirait non à constater, mais à créer un mariage entre deux personnes de même sexe, ce qui est en l'état interdit par la loi. Il faisait encore référence à la jurisprudence de la CEDH (Parry/Royaume-Uni du 28 novembre 2006) qui a déclaré conforme aux articles 8 et 12 de la convention européenne la loi britannique ayant subordonné à l'annulation préalable du mariage le changement de sexe de l'un des époux.

Le premier juge constatait enfin qu'il n'y avait pas de possibilité de régularisation a posteriori, dans la mesure où le mariage en cause n'était pas susceptible d'annulation, pour avoir été prononcé dans des conditions régulières, notamment quant à la différence de sexe des époux.

Les appellants ont en premier lieu adhéré à la qualification juridique de l'action d'état fondée sur le respect dû à la vie privée et à la possibilité de changer de prénom lorsqu'un intérêt légitime s'attache à cette substitution, ce au visa des articles 9 et 60 du code civil.

Ils font en second lieu valoir que le tribunal, contrairement à son affirmation implicite, n'était pas saisi d'une demande de mariage homosexuel.

Ils demandent que soit seulement constaté, le transsexualisme de Wilfrid A. et qu'en soient tirées les conséquences de droit quant à son état civil.

Le ministère public, s'est, comme le tribunal et les appellants, rallié à la qualification d'action d'état de la présente saisine de la cour.

Par ailleurs, il adhère à la motivation du premier juge tant en ce qui concerne la non conformité à la loi française de l'union de deux personnes de même sexe, qu'à sa référence à la jurisprudence européenne validant une telle prohibition dans le présent cas d'espèce. Il fait valoir une incohérence potentielle de la situation qu'il est demandé de valider, ainsi dans l'hypothèse d'une demande d'adoption par le couple ; enfin il considère la requête comme contraire à l'intérêt des enfants dont l'état civil devrait également être rectifié.

Motifs de la décision :

Sur la constatation du changement de sexe de Wilfrid A.,

La cour relèvera que nul ne conteste que l'appelant ne soit effectivement devenu une femme, de façon légitime et définitive. Dès lors, il ne saurait sans infraction à l'article 8 de la Convention Européenne des Droits de l'Homme, lui être refusé d'avoir un état civil en conformité avec son identité véritable.

En conséquence, il sera dit qu'il est désormais de sexe féminin et que le prénom de Chloé se

substituera à celui de Wilfried ; la mention de cette décision sera portée en marge de son acte de naissance.

Sur le mariage A. T.,

La cour relèvera en premier lieu que le choix de Wilfrid A. et de Marie Jeanne T. de poursuivre leur vie commune, relève d'un choix de vie privée dans lequel elle n'a pas à intervenir.

Elle constatera en second lieu, tout d'abord qu'elle n'est pas saisie de la validité de ce mariage; que celle ci est d'ailleurs incontestable en ce qu'elle doit être appréciée à la date de sa célébration ; qu'en l'espèce a bien été prononcée l'union de deux personnes de sexes différents dont sont issus trois enfants biologiques.

Cependant, la mention de la rectification qui précède en marge de l'acte de mariage, consacreraient de fait l'existence d'une union entre deux personnes de même sexe ce qui, en l'état du droit positif français, demeure contraire à l'ordre public. Au demeurant, cette mention n'a pas de caractère indispensable, puisqu'en tant que de besoin la concordance entre cet acte et l'acte de naissance rectifié de Wilfrid A. est suffisamment établie par la mention de ce mariage figurant déjà en marge de celui ci. Cette mention nouvelle ne sera donc pas ordonnée.

Encore qu'elle ne soit pas sollicitée, mais envisagée par le Ministère Public, une telle mention n'a pas davantage lieu d'être en marge des actes de naissance des enfants : outre qu'elle heurterait indirectement la prohibition d'ordre public ci avant rappelée, elle serait matériellement absurde en ce qu'elle indiquerait que ceux ci sont les enfants biologiques de deux personnes de même sexe.

Sur l'opposabilité du présent arrêt,

La demande formée par les demandeurs en ce sens tant à l'égard de Marie Jeanne T. que de l'Association Tutélaire du Ponant est sans objet, puisque ces deux personnes sont parties à la présente procédure.

Les dépens seront supportés par le Trésor Public.

Par ces motifs, la cour, après rapport à l'audience, ordonne la jonction des instances mises au rôle de la Cour sous les numéros RG 12/00535 et 11/08743, infirmant le jugement du 15 décembre 2011, dit que Wilfrid A. né de sexe masculin à Tours (37) le 31 juillet 1970, est désormais de sexe féminin et qu'il portera le prénom de Chloé en lieu et place de celui de Wilfrid, ordonne qu'il soit fait mention de cette décision en marge dudit acte de naissance, dit n'y avoir lieu à porter la même mention en marge de l'acte de mariage des époux A. T., célébré à Luble (37) le 9 août 1997, dit que le Trésor Public supportera la charge des dépens.

#### Document 8 : CA Montpellier, 14 Novembre 2008, n°16/06059

##### **Texte intégral**

##### **COUR D'APPEL DE MONTPELLIER**

3<sup>emes</sup> Chambres A et B en formation réunie ARRÊT DU 14 NOVEMBRE 2018 Numéro d'inscription au répertoire général : N° RG 16/06059 Décision déférée à la Cour : Jugement du 22 JUILLET 2016 TRIBUNAL DE GRANDE INSTANCE DE MONTPELLIER N° RG 15/05019 APPELANTE : AK (75014)

représentée par M<sup>e</sup> Michèle ARNOLD de la SELARL ARNOLD MICHELE, avocat au barreau de MONTPELLIER, avocat postulant

et M<sup>e</sup> Clélia RICHARD, avocat au barreau de AK, avocat plaidant INTIME : Monsieur le Procureur général Cour d'appel

il, [...] [...] représenté par M. Pierre DENIER, avocat général près la Cour d'appel de MONTPELLIER INTERVENANTS : UDAF En qualité d'administrateur ad hoc de l'enfant à . -- enfant mineure née le à MONTPELLIER Grosse + copie 34) domiciliée chez Mme délivrées le à désigné par ordonnance du 5 avril 2018 [...] [...]

représenté par M<sup>me</sup> X, responsable de secteur UDAF, mandataire judiciaire et par M. Y, mandataire judiciaire représenté par

M<sup>me</sup> Pierre PALIES de la SCP PALIES – DEBERNARD-JULIEN – MARTIN-VELEINE, avocat au barreau de MONTPELLIER ST Page 2

Madame

assignée par acte en date du 29 mai 2018 représentée par M<sup>me</sup> Aude DENARNAUD, avocat au barreau de CARCASSONNE

**ORDONNANCE DE CLÔTURE** du 29 Août 2018 Le délibéré initialement prévu au 24 octobre 2018 a été prorogé au 14 novembre 2018, les parties en ayant été avisées le 24 octobre 2018. **COMPOSITION DE LA COUR** : L'affaire a été débattue le 5 septembre 2018, en chambre du conseil Madame Sylvie BONNIN, Présidente de chambre, ayant fait le rapport prescrit par l'article 785 du Code de Procédure Civile, devant la Cour composée de la formation réunie des deux chambres 3%" A et B conformément à l'article R 312-11-1 du Code de l'Organisation Judiciaire et présidée par M. Tristan GERVAIS de LAFOND, Premier Président de la Cour d'appel de MONTPELLIER et comprenant :

M<sup>me</sup> Sylvie BONNIN, Présidente de chambre, M. Philippe GAILLARD, Président de chambre, M. Bernard BETOUS, Conseiller,

M<sup>me</sup> Béatrice VERNHET, Conseiller M<sup>me</sup> Magali VENET-LEJEUNE, Conseiller,

M<sup>me</sup> AC AD, magistrat honoraire exerçant des fonctions juridictionnelles, désignés par Ordonnance de M. Le Premier Président de la Cour d'appel de MONTPELLIER en date du 29 septembre 2017, modifiée le 16 octobre 2017, le 16 janvier 2018, le 06 février 2018 et le 7 août 2018.

qui en ont délibéré.

M<sup>me</sup> Cécile YOUL-PAILHES, conseiller, était présente lors des débats mais n'a pas participé au délibéré. Greffier, lors des débats : M. AE AF Ministère public :

L'affaire a été communiquée au ministère public. Page 3 ARRET : – contradictoire — prononcé par mise à disposition de larrêt au greffe de la cour, les parties en ayant été préalablement avisées dans les conditions

---

prévues au deuxième alinéa de l'article 450 du Code de procédure civile — signé par M. Tristan GERVAIS de LAFOND, Premier président de la Cour d'appel de MONTPELLIER, et par M. AE AF, Greffier. EXPOSE DU LITIGE Monsieur Z et Madame A se sont mariés le [...] 1999 et deux premiers enfants sont issus de cette union : Le DS

En 2009, Monsieur B faisant état d'un syndrome transsexuel, a saisi le tribunal de grande instance de Montpellier d'une demande de changement de sexe et à obtenu, le 3 février 2011, un jugement lui donnant satisfaction, aux termes duquel il sera désormais inscrit à l'état civil de sexe féminin avec Clarisse pour prénom.

Cette décision a été portée en marge de son acte de naissance et de son acte de mariage. Madame C malgré son transsexualisme, avait conservé la fonctionnalité de AA organes sexuels masculins, ainsi que les termes du jugement en rendent compte, et a continué à entretenir avec Madame des relations intimes. C'est dans ces conditions, postérieurement donc au changement de sexe de Madame que Madame D tombée enceinte de AA oeuvres.

Madame E souscrit le 14 mars 2014 une reconnaissance prénatale de maternité de l'enfant {Se ée le Cette reconnaissance prénatale a été reçue par Maître AG AH de la Marlière, notaire à AK, le 14 mars 2014, qui a mentionné la particularité de la situation et noté qu'il ne faisait que reprendre a déclaration de l'intéressée : « reconnaissance prénatale..déclarée être de nature maternelle, non gestatrice ».

Page 4 L'enfant a été déclarée par ailleurs à l'état civil comme née de Madame F sous le nom de . Madame G à demandé ultérieurement la transcription, sur l'acte de naissance de l'enfant, de la reconnaissance de maternité par elle souscrite, ce qui lui a été

refusé par l'officier de l'état civil agissant sur instruction du procureur de la République. Il lui a été opposé, pour justifier ce refus, que la transcription demandée doterait l'enfant d'une double filiation maternelle, ce que la loi interdirait. Madame} 2 contesté ce refus en assignant le procureur de la République devant le tribunal de grande instance de Montpellier. Par jugement du 22 juillet 2016 le tribunal de grande instance de MONTPELLIER a rejeté sa demande de transcription sur les registres de l'état civil de sa reconnaissance de maternité en affirmant notamment que «la création d'un être humain procède de la rencontre d'un ovocyte(principe féminin) et d'un spermatozoïde (principe masculin) et qu'il est donc impossible que deux personnes du même sexe soient les parents biologiques d'un enfant» ; que la filiation en ce qui concerne la maternité est une réalité biologique « qui se prouve par la gestation et l'accouchement», qu'en ce qui concerne la paternité, la filiation est une réalité sociale qui «résulte soit de la présomption de paternité du mari de la mère, soit de la reconnaissance de paternité», au motif enfin que «par l'acte de procréation masculine qu'elle revendique a fait le choix de revenir de façon unilatérale sur le fait qu'elle est désormais reconnue comme une personne de sexe féminin, et elle doit en assumer les conséquences, à savoir soit procéder à une reconnaissance de paternité sur l'enfant en revenir dans son sexe masculin d'origine, soit engager une procédure d'adoption plénière de l'enfant de sa conjointe et rester dans son sexe féminin». Madame H : régulièrement relevé appel de ce jugement le 28 juillet 2016. Par requête en date du 2 février 2017, elle a demandé au conseiller de la mise en état d'ordonner une expertise biologique en avançant, d'une part, que « même si cela n'est pas contesté par le procureur de la République ni par quiconque, elle ne peut apporter la preuve du lien biologique existant entre elle et l'enfant que par une expertise biologique », et, d'autre part, qu'il est admis par la jurisprudence qu'en matière de filiation l'expertise biologique est de droit sauf s'il existe un motif légitime de ne pas y procéder. Cette demande a été rejetée le 27 avril 2017 par ordonnance du conseiller de la mise en état, au motif qu'elle ne présentait aucun

intérêt pour la solution du litige dès lors que la réalité du lien biologique n'était pas contestée par le ministère public, seule partie Page 5 intimée, lequel mettait seulement en cause la qualification donnée à ce rapport de filiation dans la reconnaissance, à savoir celle d'une « maternité » et non d'une paternité.

Par la même ordonnance, le conseiller de la mise en état a par ailleurs fait injonction à l'appelante de produire son acte de mariage datant de moins de trois mois. Cette pièce a été versée aux débats le 7 juin 2017 confirmant le maintien du lien marital entre Madame I Madame J

Le procureur général a conclu le 11 octobre 2017, d'une part à la nomination d'un administrateur ad hoc au soutien des intérêts de l'enfant | et d'autre part, au fond, à la confirmation de la décision entreprise sur le fondement des articles 325, 326 et 332 du code civil, au motif que «l'article 320 du code civil fait obstacle à l'établissement d'une autre filiation qui contredit une filiation légalement établie et non contestée en justice», solution rappelée, selon le procureur général, par le conseil constitutionnel au paragraphe 40 de sa décision n°2013-669 DC du 17 mai 2013 relative à la loi ouvrant le mariage aux couples de même sexe.

Par arrêt avant dire droit en date du 21 mars 2018, la cour d'appel de MONTPELLIER 2 : — désigné le président du conseil départemental de l'Hérault en qualité d'administrateur ad hoc de l'enfant mineure RS. aux fins d'assurer sa représentation dans la présente procédure, — sursis à statuer au fond,

— enjoint à Monsieur le procureur général près la cour d'appel de MONTPELLIER de faire assigner Madame L — renvoyé l'affaire au fond à l'audience collégiale le 27 juin 2018, avec ordonnance de clôture fixée au 20 juin 2018,

— invité Monsieur le procureur général à faire traduire par un expert assermenté la décision de la cour fédérale de Karsiruhe du 6 septembre 2017, pièce versée aux débats. Par ordonnance du conseiller de la mise en état en date du 5 avril 2018, il a été procédé au remplacement du Président du conseil

départemental de l'Hérault par l'UDAF en qualité d'administrateur ad hoc de l'enfant mineure AM-AN.

L'affaire a été renvoyée à l'audience du 5 septembre 2018. Dans AA dernières conclusions en date du 28 août 2018, Madame M demande à la cour de : — infirmer en toutes AA dispositions le jugement rendu le 22 juillet 2016 par le tribunal de grande instance de MONTPELLIER, Page 6 — dire et juger que la filiation de C à l'égard de Madam ne peut pas être établie par le jeu de la présomption de paternité, — dire et juger que la filiation de à l'égard de Rs Madame :: peut pas être établie par l'adoption, — dire et juger que la filiation paternelle de Re. à l'égard de Madame O ne peut pas être établie, — dire et juger que l'acte de reconnaissance maternelle pré-natale établi à la demande de Madame est régulier, — dire et juger qu'aucun principe du droit français ne s'oppose à la transcription de l'acte de reconnaissance maternelle pré-natale établi à la demande de Madame sur l'acte de naissance de — dire et juger le refus de transcrire l'acte de reconnaissance maternelle pré-natale établi à la demande de Madame sur l'acte de naissance de SD comme contraire à l'intérêt supérieur d'E: t comme méconnaissant son droit au respect de la vie privée, — dire et juger que l'établissement d'une filiation paternelle à l'égard de Q et contraire à l'intérêt supérieur de celle-ci, — dire et juger que l'établissement d'une filiation paternelle à l'égard d viole le droit au respect de la vie privée de e Madame et en conséquence de : — rejeter les demandes de l'UDAF, tant principales que subsidiaires, — ordonner la transcription de l'acte de reconnaissance

pré-natale consacrant le deuxième lien de filiation maternelle de à l'égard de Madame D sur l'acte de naissance de — conférer à Madame P Les prérogatives de l'autorité parentale en application de l'article 331 du code civil, — condamner le ministère public et l'union départementale des associations familiales (UDAF) aux entiers dépens et à verser, chacun, à Madame Q: somme de 3 500 € au titre de l'article 700 du code de procédure civile. Dans AA dernières conclusions en date du 22 août 2018, l'Union départementale des associations familiales (UDAF) I qualité d'administrateur

ad hoc de demande à la cour de : — dire et juger que NU est le père biologique de l'enfant mineure née le am =, — ordonner la transcription de cette mention sur l'acte de naissance de l'enfant, Page 7 À titre subsidiaire, et si la cour venait à considérer que Madame ne peut être reconnue en tant que père biologique de l'enfant, — ordonner une expertise biologique de Madame R et de | afin de démontrer scientifiquement le lien de filiation biologique qui les unit, — statuer ce que de droit sur les dépens. Dans AA dernières conclusions en date du 16 juillet 2018, Madame , appelée en intervention forcée, demande à Ja cour de : — infirmer en toutes AA dispositions le jugement rendu le 22 juillet 2016 par le tribunal de grande instance de MONTPELLIER; — à titre principal, elle demande de : — constater le refus de Madame de consentir à l'adoption, — se prononcer sur le contrôle de conventionnalité, primordial en ce qui concerne la filiation, — constater l'inégalité instaurée entre les enfants de la famille RD par Le refus de transcription de la reconnaissance de Re r: crc P) — ordonner la transcription de l'acte de reconnaissance pré-natale consacrant le deuxième lien de filiation de à l'égard de Madame M l'acte de naissance de — conférer à Madame (SD les prérogatives de l'autorité parentale en application de l'article 331 du code civil; — à titre subsidiaire, elle demande à la cour de : — établir judiciairement la filiation de P : l'égard de AA deux parents biologiques, en application des dispositions de l'article 321 et suivants du code civil, — conférer à Madame les prérogatives de l'autorité parentale en application de l'article 331 du code civil, — condamner le Ministère Public aux entiers dépens et à verser à Madame la somme de 1 200 € au titre de l'article 700 du code de procédure civile. Page 8 Monsieur le procureur général: n'a pas conclu à nouveau sur le fond de l'affaire mais a communiqué une pièce le 4 septembre 2018 à savoir un article de doctrine, «vers un droit spécial de la filiation», de Madame AI AJ, publié au recueil Dalloz 2018. Pour un plus ample exposé des éléments de la cause, moyens et prétentions des parties, 11 est fait renvoi aux écritures susvisées, conformément à l'article 455 du code de procédure civile. L'ordonnance de

clôture est intervenue le 29 août 2018. Le délibéré fixé initialement au 24 octobre a été prorogé au 14 novembre 2018. MOTIFS DE LA DECISION: sur l'incident relatif à la communication de pièce par le Procureur Général : La pièce communiquée par le Procureur Général intitulée «vers un droit spécial de la filiation» de Madame AI AJ, publiée au recueil Dalloz 2018 a été communiquée le 4 septembre 2018, postérieurement à l'ordonnance de clôture. Par application des dispositions de l'article 783 du code de procédure civile, cette pièce sera d'office écartée des débats. Au fond Le litige porte sur la question de savoir si une seconde maternité de l'enfant peut-être établie au profit de Madame en application des

dispositions de l'article 316 du code civil, comme l'affirment principalement Madame M et Madame où que celle-ci est impossible comme l'affirme le Ministère Public dès lors qu'en droit français c'est l'accouchement qui définit la filiation maternelle biologique et que cette filiation maternelle a déjà été établie conformément aux dispositions de l'article 311-25 du code civil par le seul fait de l'accouchement, l'UDAF estimant pour sa part qu'il est de l'intérêt de l'enfant de voir établi que Madame T est: Le père biologique de l'enfant de manière à ce que A ainsi de la même filiation que AA deux frères ainés.

Au soutien de leurs demandes respectives, Madame = Madame Si, et l'UDAF font état en outre du principe de l'intérêt supérieur de l'enfant et celui du droit au respect de la vie privée, les premières pour fonder juridiquement la retranscription à l'état civil de l'acte notarié de reconnaissance pré-natale souscrit par Madame

la seconde pour demander que Madame (C soit Page 9 reconnue comme le père biologique de cet enfant, traduisant ainsi une conception différente de ce qui constitue dans le cas d'espèce l'intérêt de l'enfant. Madame M soutient plus particulièrement que son rapport de filiation avec ne peut constituer un rapport de filiation paternelle, puisqu'elle est devenue femme, et qu'il doit, pour ce motif, être qualifié de rapport de filiation maternelle, avec la précision qu'il s'agit d'une « maternité non-gestatrice », qui n'entre pas en conflit avec

la maternité gestatrice de Madarre MS mais au contraire la « complète ». Elle conteste en outre la voie de l'adoption moralement et juridiquement impossible, qui lui est fermée en tout état de cause du fait de l'opposition de Madame U à cette procédure d'adoption. Elle observe que la confirmation de la décision entreprise aurait pour conséquence de la priver de toute possibilité de faire reconnaître son lien de filiation avec l'enfant, en contradiction avec les dispositions de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales qui garantissent le respect de sa vie privée, et en contradiction avec l'intérêt de l'enfant. La cour observe que la loi du 18 novembre 2016 qui a modifié les modalités de changement juridique de sexe ne comporte de fait aucune disposition spéciale relative à la déclaration à l'état civil d'une enfant née postérieurement au changement juridique de sexe de son auteur . Le législateur s'est en effet borné à préciser, dans l'article 68-1 de la loi nouvelle que le changement de sexe restera sans incidence sur la filiation des enfants nés de la personne avant ce changement sans envisager la possibilité pourtant démontrée par ce dossier qu'un enfant naîsse des relations sexuelles de deux personnes reconnues de sexe féminin, Le visa par l'appelante de l'article 21 de la loi du 17 mai 2013 qui dispose que « le mariage entre personnes de même sexe contracté avant l'entrée en vigueur de la présente loi est reconnu, dans AA effets, à l'égard des époux et des enfants, en France» est inopérant au cas d'espèce car cet article concerne exclusivement les mariages entre personnes de même sexe contractés dans les pays étrangers qui en reconnaissent la validité alors que la France ne la reconnaissait pas encore, et qu'il avait pour but, en tant que mesure transitoire, de consolider leur situation. Page 10 apparaît à la seule lecture de la loi nationale un vide juridique quant au droit applicable à la situation particulière de Madame et l'impossibilité d'une double reconnaissance maternelle selon l'argumentaire développé par les juges du premier degré et par le parquet général. Néanmoins, le jugement déféré est critiquable en ce que, nonobstant l'interprétation qu'il fait des dispositions de l'article 316, il s'est limité pour statuer sur la demande de Madame V à considérer les seules dispositions du droit national, sans examiner si

ces dispositions n'étaient pas contraires à l'intérêt supérieur de l'enfant d'une part, au respect du droit à la vie privée de Madame et/ou de RD d'autre part. Une disposition de la loi ne saurait en effet en raison du principe de la hiérarchie des normes qui régit notre ordonnancement juridique aller en contradiction avec des dispositions du droit international issues d'une convention régulièrement ratifiée par la France. Il convient de rappeler à cet égard l'intérêt supérieur de l'enfant tel qu'il a été posé par l'article 3-1 de la déclaration internationale des droits de l'enfant (ci après la CIDE) qui stipule : «dans toutes les décisions qui concernent les enfants, qu'elles soient le fait des institutions publiques ou privées de protection sociale, des tribunaux, des autorités administratives ou des organes législatifs, l'intérêt supérieur de l'enfant doit être une considération primordiale». La CIDE reconnaît également à l'enfant dans son article 7 «dans la mesure du possible le droit de connaître AA parents et d'être éduqué par eux». A cet égard il n'est contesté par aucune partie la réalité de la filiation biologique de l'enfant issue des relations sexuelles de Madame W de Madame Il est manifeste qu'il est de l'intérêt supérieur de l'enfant de voir établir la réalité de sa filiation à l'égard de Madame C. Il convient d'évoquer, à titre d'illustration de cette réalité, la situation qui résulterait pour du décès de Madame AA en l'absence de tout lien de filiation reconnu avec son enfant, créant ainsi une inégalité de fait en matière de succession entre les trois enfants issus pourtant de la même union, ou, pour le cas où Madame et Madame M toujours unies par les liens du mariage, divorceraient, les difficultés qui pourraient en résulter : l'exercice même de l'autorité parentale de cette dernière pouvant alors être contesté, alors qu'il est de l'intérêt de l'enfant que celle-ci puisse être exercée par AA deux parents. Page 11 Il est non moins certain que cette filiation ne saurait être établie par la voie de l'adoption, outre que celle-ci est rendue impossible par le refus de Madame refus qui ne saurait constituer un abus de droit, dans la mesure où, comme son enfant, Madame M intérêt à ce que soit reconnu la réalité du lien biologique unissant Madame – elle viendrait directement à l'encontre e l'intérêt supérieur de de voir reconnaître à l'égal de AA frères la réalité de sa filiation

biologique, et non pas la fiction d'une filiation par voie d'adoption. C'est d'ailleurs au regard de cet intérêt supérieur de 5 à voir reconnaître la vérité de sa filiation bilogique qu'il apparaît à la Cour qu'il ne peut pas être fait droit à la demande de Madame AB d'être déclarée comme mère non gestatrice ; cette déclaration aurait pour effet de nier à I toute filiation paternelle, tout en brouillant la réalité de sa filiation maternelle, et qu'il convient sur ce point de confirmer la décision des premiers juges. Même si la Cour considère que notre droit offrait la possibilité à Madame M tout en conservant son identité de femme, de se reconnaître comme le père biologique de l'enfant une reconnaissance qui aurait traduit la réalité d'une situation certes complexe, le droit au respect de la vie privée de Madame dans la mesure où il n'est pas incompatible avec l'intérêt supérieur de l'enfant, qui doit prévaloir en tout état de cause, exclut qu'on puisse lui imposer cette reconnaissance de paternité. Imposer à Madame un retour à l'ancien sexe, même par Le détour limité au rétablissement de la présomption de paternité, reviendrait en effet à la contraindre à renoncer partiellement à l'identité

sexuelle qui lui a été reconnue et constituerait une ingérence dans le droit au respect de sa vie privée et de celle de l'enfant, dans la mesure où chaque production de son livret de famille serait l'occasion d'une révélation de la transidentité de son auteur, nonobstant par ailleurs U risque pour l'un et l'autre de discrimination ou d'intolérance.

Dans ces circonstances il est apparu à la cour qu'outre la reconnaissance de la pleine autorité parentale à Madam il convenait de faire droit à la demande subsidiaire de Madame M 'd'établir judiciairement la filiation de 2: l'égard de AA deux parents biologiques», seule là mention sur l'acte de naissance de de Madame comme «parent biologique» étant de nature à concilier l'intérêt supérieur de l'enfant de voir établi la réalité de sa filiation biologique avec le droit de de voir reconnaître la réalité de son lien de filiation avec son enfant AA et Le droit au respect de sa vie privée consacré par l'article 8 de la CEDH, le terme de «parent» - Page 12 neutre, pouvant s'appliquer indifféremment au père et à la mère, la précision, «biologique» – établissant

de son côté la réalité du lien entre Madame C et son enfant. Cet état sera donc mentionné sur l'acte de naissance de l'enfant. Les deux parents disposeront conjointement des pleines prérogatives de l'autorité parentale. — sur les dépens et l'application de Article 700 du code de procédure civile: Il y a lieu compte tenu de la nature du litige, de la situation respective des parties de laisser à chacune d'entre elles la charge de leurs frais non compris dans les dépens et la charge de AA dépens. PAR CES MOTIFS la cour, statuant par arrêt contradictoire, rendu par mise à disposition au greffe Déclare irrecevable la pièce intitulée « vers un droit spécial de la filiation (recueil Dalloz 2018) communiquée le 4 septembre 2018, Confirme le jugement en ce qu'il a rejeté la demande de transcription sur les registres de l'état civil de la reconnaissance de maternité de Madame M à l'égard de l'enfant Ÿ ajoutant, et par substitution de motifs : CONSTATE que le lien biologique I RE à VS à C née lc à

AK 14<sup>e</sup> n'est pas contesté ; DIT qu'il est de l'intérêt de l'enfant à MONTPELLIER (34) de voir ce lien biologique retranscrit Sur son acte de naissance sous la mention de Madame née à AK AL comme «parent biologique» der enfant ; ORDONNE la transcription de cette mention sur l'acte de naissance ée l'enfer C: DIT, en application des dispositions de l'article 331 du code civil, que Madame C V exercera avec Madame toutes les prérogatives de l'autorité parentale sur l'enfant C ? Page 13 DEBOUTE les parties de leurs autres demandes ; Dit n'y avoir lieu à application de l'article 700 du code de procédure civile ; DIT que chacune des parties supportera la charge de AA propres dépens d'appel qui seront recouvrés conformément aux dispositions de l'article 699 du code de procédure civile. Le Greffier Le Premier Président SS/TGDL

