

UNIVERSITÉ DE NEUCHÂTEL
FACULTÉ DE DROIT
Institut de droit de la santé
UNIVERSITÉ D'AIX-MARSEILLE
ÉCOLE DOCTORALE 67
FACULTÉ DE DROIT ET DE SCIENCE POLITIQUE
Centre de droit social – EA 901

THÈSE PRÉSENTÉE POUR OBTENIR LE GRADE UNIVERSITAIRE DE DOCTEUR EN DROIT PAR

ANAËLLE CAPPELLARI

L'INFLUENCE DU DROIT DE LA SANTÉ SUR LE DROIT
EXTRAPATRIMONIAL DE LA FAMILLE
REPENSER LE DROIT FRANÇAIS À LA LUMIÈRE DU DROIT SUISSE

SOUTENUE À AIX-EN-PROVENCE
LE 9 DÉCEMBRE 2014 DEVANT LE JURY COMPOSÉ DE :

JEAN-RENÉ BINET, PROFESSEUR À L'UNIVERSITÉ DE RENNES 1, RAPPORTEUR
CHRISTIANA FOUNTOULAKIS, PROFESSEUR À L'UNIVERSITÉ DE FRIBOURG, RAPPORTEUR
OLIVIER GUILLOD, PROFESSEUR À L'UNIVERSITÉ DE NEUCHÂTEL, CO-DIRECTEUR DE THÈSE
ANNE LEBORGNE, PROFESSEUR À L'UNIVERSITÉ D'AIX-MARSEILLE
DOMINIQUE SPRUMONT, PROFESSEUR À L'UNIVERSITÉ DE NEUCHÂTEL
DOMINIQUE VIRIOT-BARRIAL, PROFESSEUR À L'UNIVERSITÉ D'AIX-MARSEILLE,
DIRECTRICE DE THÈSE

IMPRIMATUR POUR LA THESE

L'influence du droit de la santé sur le droit extrapatrimonial de la famille
Repenser le droit français à la lumière du droit suisse

Anaëlle CAPPELLARI

UNIVERSITE DE NEUCHATEL

FACULTE DE DROIT

En cotutelle de thèse avec l'Université d'Aix-Marseille

La Faculté de droit de l'Université de Neuchâtel,
sur le rapport des membres du jury

- M. Jean-René Binet (Professeur, Université de Rennes 1, président et rapporteur)
- Mme Dominique Viriot-Barrial (Professeur, Université d'Aix-Marseille, co-directeur)
- M. Olivier Guillod (Professeur, Université de Neuchâtel, co-directeur)
- Mme Christina Fountoulakis (Professeur, Université de Fribourg, rapporteur)
- M. Dominique Sprumont (Professeur, Université de Neuchâtel, membre du jury)
- Mme Anne Leborgne (Professeur, Université d'Aix-Marseille, membre du jury)

autorise l'impression de la présente thèse.

Neuchâtel, le 9 décembre 2014



Christoph Müller
Doyen de la Faculté de droit

UNIVERSITÉ DE NEUCHÂTEL
FACULTÉ DE DROIT
Institut de droit de la santé
UNIVERSITÉ D'AIX-MARSEILLE
ÉCOLE DOCTORALE 67
FACULTÉ DE DROIT ET DE SCIENCE POLITIQUE
Centre de droit social – EA 901

THÈSE PRÉSENTÉE POUR OBTENIR LE GRADE UNIVERSITAIRE DE DOCTEUR EN DROIT PAR

ANAËLLE CAPPELLARI

L'INFLUENCE DU DROIT DE LA SANTÉ SUR LE DROIT
EXTRAPATRIMONIAL DE LA FAMILLE
REPENSER LE DROIT FRANÇAIS À LA LUMIÈRE DU DROIT SUISSE

SOUTENUE À AIX-EN-PROVENCE
LE 9 DÉCEMBRE 2014 DEVANT LE JURY COMPOSÉ DE :

JEAN-RENÉ BINET, PROFESSEUR À L'UNIVERSITÉ DE RENNES 1, RAPPORTEUR
CHRISTIANA FOUNTOULAKIS, PROFESSEUR À L'UNIVERSITÉ DE FRIBOURG, RAPPORTEUR
OLIVIER GUILLOD, PROFESSEUR À L'UNIVERSITÉ DE NEUCHÂTEL, CO-DIRECTEUR DE THÈSE
ANNE LEBORGNE, PROFESSEUR À L'UNIVERSITÉ D'AIX-MARSEILLE
DOMINIQUE SPRUMONT, PROFESSEUR À L'UNIVERSITÉ DE NEUCHÂTEL
DOMINIQUE VIRIOT-BARRIAL, PROFESSEUR À L'UNIVERSITÉ D'AIX-MARSEILLE,
DIRECTRICE DE THÈSE

Résumé de la thèse :

L'influence du droit de la santé sur le droit extrapatrimonial de la famille. Repenser le droit français à la lumière du droit suisse

Le droit de la santé constitue une matière relativement récente, en pleine expansion, qui régit les actions de santé *lato sensu*. En encadrant juridiquement une pluralité d'actes médicaux, comme l'AMP, l'interruption de grossesse, l'examen des empreintes génétiques ou encore les dons d'éléments et produits du corps humain, il influence le droit extrapatrimonial de la famille. Cette influence est indiscutablement protéiforme et se manifeste à la fois sur la détermination des liens familiaux et sur les droits et devoirs en découlant. Le droit comparé franco-suisse, dans sa fonction de connaissance du droit, permet de révéler et d'expliquer les manifestations de cette influence. Le droit de la santé français exerce fréquemment un rôle moteur, subversif des concepts civilistes traditionnels. Il en résulte certaines incohérences. Le droit de la santé et le droit de la famille sont le plus souvent pensés séparément, le premier tendant parfois à s'autonomiser. À l'inverse, le droit de la santé suisse s'inspire régulièrement des constructions civilistes préexistantes, même si la finalité sanitaire justifie parfois un renouvellement des concepts. Ainsi, les deux champs du droit sont le plus souvent pensés globalement, approche dont le droit français gagnerait à s'inspirer. L'influence du droit de la santé sur le droit extrapatrimonial de la famille doit être repensée en tenant compte des objectifs poursuivis par les différentes règles de droit. La spécificité des actes médicaux à finalité familiale justifie que le droit de la santé soit cantonné à un rôle technique, suiveur de l'évolution du droit de la famille. Il doit être un outil au service du droit de la famille. En revanche, lorsqu'il régit les actes médicaux susceptibles d'influencer les droits et devoirs familiaux, le droit de la santé peut exercer un rôle complémentaire à celui du droit de la famille. Cette complémentarité se traduit, d'une part par l'articulation des deux branches du droit au service de finalités partagées, et d'autre part, par la recherche de critères permettant de concilier les finalités opposées poursuivies par ces deux matières.

Mots clés : droit de la famille – droit de la santé – autorité parentale – majeurs protégés – procréation médicalement assistée – tests génétiques – filiation – couple – don d'éléments et produits du corps humain – bioéthique – consentement – gestation pour autrui – tourisme procréatif – interruption volontaire de grossesse – devoirs familiaux – liberté personnelle.

The influence of health law on extrapatrimonial family law

Health law is a relatively recent and rapidly growing branch of law which regulates medical activity. By giving a legal framework to several medical acts, such as ART, abortion, DNA identification or donations of components and products of the human body, it influences extrapatrimonial family law. This influence is undeniably protean as it is exerted on both the definition and the legal regime of family ties. In its quest for improving knowledge of legal systems, French-Swiss comparative law can reveal and explain the manner in which this influence is expressed. In France, health law often plays a leading role, thus subverting traditional family law concepts and sometimes leading to inconsistencies. Health law and family law are usually viewed separately, with health law often taking an autonomous stance. In Switzerland, on the other hand, health law frequently draws on preexisting civil and family law concepts. Most of the time, these two fields of law are thought of together. This analysis incites us to rebuild French law in the light of Swiss law. The influence of health law on extrapatrimonial family law must be rethought, by taking into account the goal of each legal rule. The specificity of medical acts pursuing family interests justifies confining health law to a technical role, following the evolution of family law. Health law must be a tool for family law. However, health law can complement family law when it comes to the determination of family rights and duties. This complementarity is expressed either through the articulation of both branches of law when common goals are visible, or through the search for criteria capable of reconciling the conflicting goals pursued by these two subjects.

Key words : family law – health law – parental authority – protected people – medically assisted reproduction – DNA identification – filiation – couple – donations of components and products of the human body – bioethics – consent – surrogacy – procreative tourism – abortion – family duties – personal freedom.

Je tiens à exprimer toute ma gratitude à Madame le Professeur Dominique Viriot-Barrial et à Monsieur le Professeur Olivier Guillod pour avoir accepté la direction de cette thèse. Qu'ils soient remerciés pour leur grande disponibilité, leur soutien continu et leurs conseils avisés tout au long de ce travail.

Je remercie chaleureusement Jean Perrenoud qui a su guider mes premiers pas dans la recherche en droit suisse, Guylène Nicolas qui m'a transmis sa passion pour le droit de la biomédecine et Caroline Siffrein-Blanc pour ses conseils bienveillants.

Je remercie également l'ensemble des membres du jury de m'avoir fait l'honneur d'évaluer ce travail.

*Enfin, mes pensées se tournent vers mes proches qui ont su m'entourer de leur soutien constant et précieux.
Je suis particulièrement reconnaissante à l'égard de ceux qui ont accepté de relire cette thèse.*

TABLE DES ABRÉVIATIONS

- § : Paragraphe
- 1^{er} : Premier
- 1^{re} : Première
- 2^e : Deuxième
- 3^e : Troisième
- **ABM** : Agence de la biomédecine
- **ADN** : Acide désoxyribonucléique
- **AFDS** : Association française de droit de la santé
- **AFSSAPS** : Agence française de sécurité sanitaire des produits de santé
- **AIJC** : Annuaire international de justice constitutionnelle
- **AJ famille** : Actualité juridique famille
- **AJ pénal** : Actualité juridique pénal
- **AJDA** : Actualité juridique droit administratif
- **al.** : Alinéa(s)
- **AMP** : Assistance médicale à la procréation
- **AMU** : Aix-Marseille Université
- **AN** : Assemblée nationale
- **ANSM** : Agence nationale de sécurité du médicament et des produits de santé
- **APD** : Archives de philosophie du droit
- **AP-HP** : Assistance publique-hôpitaux de Paris
- **APIE** : Relative à l'autorité parentale et à l'intérêt de l'enfant
- **APGL** : Association des parents et futurs parents gays et lesbiens
- **ARS** : Agence(s) régionale(s) de santé
- **Art.** : Article(s)
- **ARTANES** : Association romande et tessinoise des éducatrices/teurs, formatrices/teurs, en santé sexuelle et reproductive
- **Ass. plén.** : Assemblée plénière
- **ASSM** : Académie suisse des sciences médicales
- **ATF** : Arrêt du Tribunal fédéral publié au Recueil officiel des Arrêts du Tribunal fédéral
- **BICC** : Bulletin d'information de la Cour de cassation
- **BNDS** : Bibliothèque numérique de droit de la santé et d'éthique médicale
- **BO** : Bulletin officiel
- **BOAS** : Bulletin officiel des affaires sociales
- **BOEN** : Bulletin officiel de l'Éducation nationale
- **BOMJ** : Bulletin officiel du ministère de la Justice
- **Bull. civ.** : Bulletin des arrêts des chambres civiles de la Cour de cassation
- **Bull. crim.** : Bulletin des arrêts de la chambre criminelle de la Cour de cassation
- **C. patr.** : Code du patrimoine
- **CA** : Cour d'appel
- **CAA** : Cour administrative d'appel
- **CADA** : Commission d'accès aux documents administratifs
- **CAHBI** : Comité *ad hoc* d'experts pour la bioéthique
- **CAJ-E** : Commission des affaires juridiques du Conseil des États
- **CAJ-N** : Commission des affaires juridiques du Conseil national
- **CASF** : Code de l'action sociale et des familles
- **Cass. civ.** : Cour de cassation, chambre civile
- **Cass. crim.** : Cour de cassation, chambre criminelle
- **Cass. req.** : Cour de cassation, chambre des requêtes
- **Cass. soc.** : Cour de cassation, chambre sociale
- **CC** : Code civil français
- **CCNE** : Comité consultatif national d'éthique
- **CCS** : Code civil suisse
- **CDBI** : Comité directeur pour la bioéthique
- **CECOS** : Centres d'étude et de conservation des œufs et du sperme

- **CEDH** : Cour européenne des droits de l'homme
- **CEE** : Communauté économique européenne
- **CESDH** : Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales
- **CFEJ** : Commission fédérale pour l'enfance et la jeunesse
- **Chron.** : Chronique
- **CHU** : Centre hospitalier universitaire
- **CIDE** : Convention internationale relative aux droits de l'enfant
- **CIEC** : Commission internationale de l'état civil
- **CJA** : Code de justice administrative
- **CJCE** : Cour de justice des Communautés européennes
- **CJUE** : Cour de justice de l'Union européenne
- **CLARA** : Comité de soutien pour la légalisation de la gestation pour autrui et l'aide à la reproduction assistée
- **CMS** : Cahiers médico-sociaux
- **CMU** : Couverture maladie universelle
- **CNAOP** : Conseil national d'accès aux origines personnelles
- **CNOM** : Conseil national de l'Ordre des médecins
- **CNRS** : Centre national de la recherche scientifique
- **CO** : Conseil d'orientation
- **Comm. EDH** : Commission européenne des droits de l'homme
- **Comm.** : Commentaire
- **Concl.** : Conclusions
- **Consid.** : Considérant
- **Contra.** : En sens contraire
- **CP** : Code pénal français
- **CPCS** : Code de procédure civile suisse
- **CPS** : Code pénal suisse
- **CRCI** : Commissions régionales de conciliation et d'indemnisation des accidents médicaux
- **CREDOF** : Centre de recherches et d'études sur les droits fondamentaux
- **CRS** : Croix-Rouge suisse
- **CSEC-E** : Commission de la science, de l'éducation et de la culture du Conseil des États
- **CSEC-N** : Commission de la science, de l'éducation et de la culture du Conseil national
- **CSIS** : Conseil supérieur de l'information sexuelle
- **CSP** : Code de la santé publique
- **Cst. féd.** : Constitution fédérale de la Confédération suisse
- **D. A.** : Recueil analytique de jurisprudence et de législation
- **D. H.** : Recueil Dalloz hebdomadaire
- **D. P.** : Recueil périodique et critique Dalloz
- **D.** : Recueil Dalloz
- **DACS** : Direction des affaires civiles et du Sceau
- **DC** : Contrôle de constitutionnalité des lois ordinaires, lois organiques, des traités, des règlements des Assemblées
- **DDHC** : Déclaration des droits de l'homme et du citoyen
- **Defrénois** : Répertoire du notariat Defrénois
- **DFI** : Département fédéral de l'intérieur
- **DGS** : Direction générale de la santé
- **Dir.** : Sous la direction de
- **Doctr.** : Doctrine
- **DPI** : Diagnostic préimplantatoire
- **DPN** : Diagnostic prénatal
- **Dr. fam.** : Revue droit de la famille
- **Dr. pénal** : Revue droit pénal
- **DRASS** : Direction régionale des affaires sanitaires et sociales
- **EMS** : Établissements médico-sociaux
- **EPLE** : Établissements publics locaux d'enseignement
- **ESHRE** : European society of human reproduction and embryology
- **et al.** : Et les autres personnes
- **et s.** : Et suivants
- **Fampra.ch** : Revue la pratique du droit de la famille
- **Fasc.** : Fascicule
- **FF** : Feuille fédérale

- **FIV** : Fécondation *in vitro*
- **FIVETE** : Fécondation *in vitro* et transfert d'embryons
- **FIVNAT** : Fécondation *in vitro* national
- **FMH** : Fédération des médecins suisses
- **FMJ** : Frottis de la muqueuse jugale
- **FNS** : Fonds national suisse
- **GACEDH** : Grands arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme
- **GADS** : Grands arrêts du droit de la santé
- **GAJC** : Grands arrêts de la jurisprudence civile
- **Gaz. Pal.** : Gazette du palais
- **GDCC** : Grandes décisions du Conseil constitutionnel
- **GPA** : Gestation pour autrui
- **HLA** : Antigènes des leucocytes humains
- **IAC** : Insémination artificielle avec le sperme du conjoint
- **IAD** : Insémination artificielle avec don de sperme
- **Ibid.** : Ibidem
- **IDS** : Institut de droit de la santé
- **IFR** : Institut fédératif de recherche
- **IGAS** : Inspection générale des affaires sociales
- **in** : Dans
- **INED** : Institut national d'études démographiques
- **INSERM** : Institut national de la santé et de la recherche médicale
- **IR** : Information rapides
- **IVG** : Interruption volontaire de grossesse
- **JAF** : Juge aux affaires familiales
- **JAMA** : Journal of the american medical association
- **JCP A** : La semaine juridique. Édition administrations et collectivités territoriales
- **JCP G** : La semaine juridique. Édition générale
- **JCP N** : La semaine juridique. Édition notariale
- **JDI** : Journal du droit international
- **JIB** : Journal international de bioéthique
- **JORF** : Journal officiel de la République française
- **JOUE** : Journal officiel de l'Union européenne
- **JT** : Journal des tribunaux
- **Jurisp.** : Jurisprudence
- **LAGH** : Loi fédérale sur l'analyse génétique humaine
- **LAMal** : Loi fédérale sur l'assurance maladie
- **LDIP** : Loi fédérale sur le droit international privé
- **LEH** : Les études hospitalières
- **LEp.** : Loi fédérale sur la lutte contre les maladies transmissibles de l'homme
- **LERADP** : L'équipe de recherches appliquées au droit privé
- **Let.** : Lettre
- **LGDJ** : Librairie générale de droit et de jurisprudence
- **LPA** : Revue les petites affiches
- **LPart** : Loi fédérale sur le partenariat enregistré entre personnes du même sexe
- **LPD** : Loi fédérale sur la protection des données
- **LPMA** : Loi fédérale sur la procréation médicalement assistée
- **LPMéd.** : Loi fédérale sur les professions médicales universitaires
- **LPP** : Loi fédérale sur la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité
- **LPTb** : Loi fédérale sur les médicaments et les dispositifs médicaux
- **LRCS** : Loi fédérale relative à la recherche sur les cellules souches embryonnaires
- **LRH** : Loi fédérale relative à la recherche sur l'être humain
- **LStér.** : Loi fédérale sur les conditions et la procédure régissant la stérilisation des personnes
- **LStup.** : Loi fédérale sur les stupéfiants et les substances psychotropes
- **LTrans.** : Loi fédérale sur la transplantation d'organes, de tissus et de cellules
- **MPA** : Maternité pour autrui
- **n°** : Numéro
- **CPC** : Code de procédure civile français
- **NEK-CNE** : Commission nationale d'éthique dans le domaine de la médecine humaine
- **Obs.** : Observations

- **OFSP** : Office fédéral de la santé publique
- **OLP** : Ordonnance sur le libre passage
- **OMS** : Organisation mondiale de la santé
- **ONU** : Organisation des Nations-Unies
- **OPECST** : Office parlementaire d'évaluation des choix scientifiques et technologiques
- **OPMA** : Ordonnance sur la procréation médicalement assistée
- **p.** : Page
- **PACS** : Pacte civil de solidarité
- **PAFA** : Placement à des fins d'assistance
- **Pan.** : Panorama
- **PDC** : Parti démocrate-chrétien
- **PFRLR** : Principes fondamentaux reconnus par les lois de la République
- **PJA** : Revue pratique juridique actuelle
- **PLANeS** : Fondation suisse pour la santé sexuelle et reproductive (devenue santé sexuelle suisse)
- **PLFSS** : Projet de loi de financement de la sécurité sociale
- **PMA** : Procréation médicalement assistée
- **PNR** : Programme national de recherche
- **PNVI** : Programme national VIH et autres infections sexuellement transmissibles
- **pp.** : Pages
- **PUAM** : Presses universitaires d'Aix-Marseille
- **PUF** : Presses universitaires de France
- **QPC** : Question prioritaire de constitutionnalité
- **Rapp.** : Rapport
- **RCA** : Revue responsabilité civile et assurances
- **RCDIP** : Revue critique de droit international privé
- **RDC** : Revue des contrats
- **RDLF** : Revue des droits et libertés fondamentaux
- **RDS** : Revue de droit suisse
- **RDSS** : Revue de droit sanitaire et social
- **RDТ** : Revue du droit de tutelle
- **Rec.** : Recueil
- **Rev. dr. pub.** : Revue du droit public et de la science politique à l'étranger
- **RFDA** : Revue française de droit administratif
- **RFDC** : Revue française de droit constitutionnel
- **RGDM** : Revue générale de droit médical
- **RIDC** : Revue internationale de droit comparé
- **RJN** : Recueil de jurisprudence neuchâteloise
- **RJPF** : Revue juridique personnes et famille
- **RLDC** : Revue Lamy droit civil
- **RLDI** : Revue Lamy droit de l'immatériel
- **RMA** : Revue de la protection des mineurs et des adultes
- **RO** : Recueil officiel
- **RRJ** : Revue de la recherche juridique
- **RS** : Recueil systématique
- **RSAG** : Recueil systématique du canton d'Argovie
- **RSC** : Revue de science criminelle et de droit pénal comparé
- **RSDS** : Revue suisse de droit de la santé
- **RSG** : Recueil systématique du canton de Genève
- **RSJ** : Revue suisse de jurisprudence
- **RSNE** : Recueil systématique du canton de Neuchâtel
- **RSPC** : Revue suisse de procédure civile
- **RSTI** : Recueil systématique du canton du Tessin
- **RSV** : Recueil systématique du canton de Vaud
- **RTD civ.** : Revue trimestrielle de droit civil
- **RTD eur.** : Revue trimestrielle de droit européen
- **RTDH** : Revue trimestrielle des droits de l'homme
- **SIDA** : Syndrome d'immunodéficience acquise
- **Somm.** : Sommaire
- **SSMR** : Société suisse de la médecine de la reproduction
- **TA** : Tribunal administratif

- **TCE** : Traité instituant la Communauté européenne
- **TF** : Tribunal fédéral
- **TFA** : Tribunal fédéral des assurances
- **TGI** : Tribunal de grande instance
- **TI** : Tribunal d'instance
- **UDC** : Union démocratique du centre
- **UE** : Union européenne
- **UNESCO** : Organisation des Nations-Unies pour l'éducation, la science et la culture
- **Unine** : Université de Neuchâtel
- **VIH** : Virus de l'immunodéficience humaine
- **Vol.** : Volume

SOMMAIRE

Introduction

Partie 1 : L'influence du droit de la santé sur le droit extrapatrimonial de la famille, révélée par le droit comparé

Titre 1 : L'influence du droit de la santé sur la détermination des liens familiaux en France et en Suisse

Chapitre 1 : L'évolution du lien de couple révélée par le droit comparé

Chapitre 2 : L'évolution du lien de filiation révélée par le droit comparé

Titre 2 : L'influence du droit de la santé sur les droits et devoirs familiaux en France et en Suisse

Chapitre 1 : L'influence de l'autonomie du patient sur les prérogatives familiales de protection dans chacun des deux pays

Chapitre 2 : L'influence de l'impératif de protection de la santé sur les droits et devoirs familiaux dans chacun des deux pays

Partie 2 : L'influence du droit de la santé sur le droit extrapatrimonial de la famille, repensée grâce au droit comparé

Titre 1 : La limitation du rôle du droit de la santé dans la détermination des liens familiaux

Chapitre 1 : Une limitation justifiée par la spécificité de l'acte médical procréatif : un acte à dimension civile et familiale

Chapitre 2 : L'utilité d'une reconstruction civiliste du droit de la procréation grâce au droit comparé

Titre 2 : Le rôle complémentaire du droit de la santé dans la détermination des droits et devoirs familiaux

Chapitre 1 : L'articulation du droit de la santé et du droit de la famille par une théorie générale construite grâce au droit comparé

Chapitre 2 : Les aménagements à la théorie générale encadrés grâce au droit comparé

Conclusion générale

INTRODUCTION

1. **Définition du droit de la santé** – S'intéresser à l'influence du droit de la santé sur le droit de la famille nécessite au préalable de délimiter ces deux objets d'étude. *A priori*, il semblerait logique d'appréhender le droit de la santé par référence à son objet, c'est-à-dire comme le droit applicable à la santé. Cette dernière est définie par le préambule de la Constitution de l'OMS¹ comme « *un état de complet bien-être physique, mental et social [ne consistant pas] seulement en une absence de maladie ou d'infirmité* »². Une telle définition présente l'avantage de ne pas aborder la santé uniquement sous l'angle de l'absence de maladie, ce qui s'inscrit en cohérence avec l'évolution de la médecine, laquelle ne se réduit plus uniquement à l'acte thérapeutique, mais embrasse désormais d'autres missions³. Cette définition a cependant fait l'objet de nombreuses critiques. Tout d'abord, il est loisible de lui reprocher son caractère trop général⁴, du fait de l'utilisation d'un vocabulaire flou et extensif. Le terme « bien-être » peut notamment faire l'objet d'une interprétation large et éminemment subjective. Cette impression est encore renforcée par la référence au bien-être « *social* » qui pourrait, à terme, conférer au droit de la santé une « *portée considérable* » englobant l'ensemble du droit social⁵. On peut ensuite lui reprocher son caractère utopique, en considération de la situation des pays pauvres⁶. Pour toutes ces raisons, la définition donnée par l'OMS n'offre pas une « *définition juridiquement opératoire* »⁷.

Bien que la doctrine s'y soit attelée, elle n'a pu qu'exprimer un certain embarras en tentant de donner une définition juridique de la santé. Les auteurs admettent tantôt que « *la recherche d'une définition unique du mot « santé » paraît vaine* »⁸, tantôt laissent la question en suspens en estimant « *qu'il n'est pas nécessaire de définir la notion de santé pour mener une étude sur le droit à la santé* »⁹. Il semble alors possible d'affirmer que la santé constitue « *un état et non une catégorie juridique* »¹⁰. Ainsi, ce n'est qu'à travers le prisme de l'appréhension normative de cet objet d'étude qu'une analyse juridique pourra être envisagée. De ce point de vue, deux principales perspectives apparaissent : la santé peut être l'objet d'un « droit à », ou elle peut constituer l'objet d'une discipline juridique. C'est là distinguer le droit à la santé du droit de la santé.

¹ Divers textes font mention de la santé sans pour autant la définir. Tel est notamment le cas du Pacte international relatif aux droits civils et politiques.

² Préambule de la Constitution de l'OMS, Disponible sur : www.who.int/governance/eb/who_constitution_fr.pdf, Consulté le 2 septembre 2014.

³ FEUILLET B., « Réflexions d'un privatiste sur l'évolution du droit de la santé », *RGDM*, 2005, n° 15, p. 8.

⁴ ELSHOUD S., *L'essentiel du droit de la santé et du droit médical*, Paris, Ellipses, 2010, p. 5.

⁵ AUBY J.-M., *Le droit de la santé*, Paris, Thémis, PUF, 1981, p. 11.

⁶ PÉDROT P. (Dir.), *Dictionnaire de droit de la santé et de la biomédecine*, Paris, Dictionnaires de droit, Ellipses, 2006, p. 403.

⁷ TRUCHET D., *Droit de la santé publique*, Paris, Mémentos, Dalloz, 2012, p. 18.

⁸ CASAUX-LABRUNÉE L., « Le droit à la santé », in CABRILLAC R. (Dir.), *Libertés et droits fondamentaux*, Paris, CRFPA Grand oral, Dalloz, 2014, p. 916.

⁹ SAUVAT C., « Réflexions sur le droit à la santé », Aix-Marseille, Collection du Centre Pierre Kayser, PUAM, 2004, p. 30.

¹⁰ TRUCHET D., *Droit de la santé publique*, Paris, Mémentos, Dalloz, 2012, p. 18.

Le droit à la santé est formulé par de nombreux textes internationaux¹¹, à commencer par le préambule de la Constitution de l'OMS qui dispose que « *la possession du meilleur état de santé qu'il est capable d'atteindre constitue l'un des droits fondamentaux de tout être humain, quelles que soient sa race, sa religion, ses opinions politiques, sa condition économique et sociale* »¹². En droit français, il bénéficie d'un fondement textuel à l'alinéa 11 du préambule de la Constitution de 1946, aux termes duquel la Nation « *garantit à tous, notamment à l'enfant, à la mère et aux vieux travailleurs, la protection de la santé* »¹³. Depuis la loi du 4 mars 2002, il faut y ajouter l'article L 1110-1 CSP faisant mention « *du droit fondamental à la protection de la santé* ». Enfin, une jurisprudence relativement abondante peut y être rattachée. Malgré ces fondements, le droit à la santé est « *difficilement identifiable* »¹⁴. Souvent contesté, il ne pourrait « *se formuler que comme un droit à des prestations de santé* »¹⁵. Une étude détaillée ayant d'ores et déjà été menée sur l'existence, la nature et la consistance du droit à la santé, nous nous permettons d'y renvoyer le lecteur¹⁶. En droit suisse, l'article 41 de la Constitution fédérale prévoit que « *la Confédération et les cantons s'engagent, en complément de la responsabilité individuelle et de l'initiative privée, à ce que toute personne bénéficie des soins nécessaires à sa santé* ». Cette disposition n'est pas classée dans les droits fondamentaux mais dans les buts sociaux assignés aux cantons et à la Confédération. Le droit à la santé continue donc d'être qualifié par la doctrine de « *droit en émergence* »¹⁷.

En revanche, la seconde perspective mérite d'être davantage développée. En effet, malgré l'existence d'un nombre croissant de recherches portant sur le droit de la santé, un certain flou persiste quant à sa nature, sa délimitation et sa définition. Or, notre étude ne peut se passer d'une clarification de cette notion. L'expression « *droit de la santé* » est désormais d'utilisation courante¹⁸ et « *le droit de la santé donne aujourd'hui l'image d'une matière en pleine expansion* »¹⁹. Il connaît un important développement à la fois substantiel et formel²⁰, empêchant *a priori* de remettre en cause son existence. En France, dans un premier temps, le droit de la santé a été présenté comme le droit applicable « *aux actions de santé* »²¹. Il a ensuite été

¹¹ Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux, culturels, 16 décembre 1966, Art. 12 ; Charte sociale européenne, 18 octobre 1961, Art. 11 ; Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale, 21 décembre 1965, Art. 5 (cités par AUBY J.-M., *Le droit de la santé*, Paris, Thémis, PUF, 1981, p. 19). Déclaration universelle des droits de l'Homme, 10 décembre 1948, Art. 25-1 : « *Toute personne a droit à un niveau de vie suffisant pour assurer sa santé* » (cité par LAUDE A., MATHIEU B., TABUTEAU D., *Droit de la santé*, Thémis, PUF, 2012, p. 2.)

¹² Préambule de la Constitution de l'OMS, Disponible sur : www.who.int/governance/eb/who_constitution_fr.pdf, Consulté le 2 septembre 2014.

¹³ Al. 11 du préambule de la Constitution du 27 octobre 1946, in GODECHOT J., *Les Constitutions de la France depuis 1789*, Paris, Garnier-Flammarion, 1979, p. 390.

¹⁴ LAUDE A., MATHIEU B., TABUTEAU D., *Droit de la santé*, Thémis, PUF, 2012, p. 2.

¹⁵ *Ibid.*

¹⁶ SAUVAT C., *Réflexions sur le droit à la santé*, Aix-Marseille, Collection du Centre Pierre Kayser, PUAM, 2004, 538 p.

¹⁷ GUILLOD O., SPRUMONT D., « Le droit à la santé : un droit en émergence », in *De la Constitution : études en l'honneur de Jean-François AUBERT*, Bâle, Helbing & Lichtenhahn, 1996, p. 337 ; KRAUS D., SCHMIDT A., « Le « droit à la santé » : quelques considérations de droit constitutionnel suisse à la lumière du droit international », *RSDS*, 2006, n° 2, p. 91.

¹⁸ PÉDROT P. (Dir.), *Dictionnaire de droit de la santé et de la biomédecine*, Paris, Dictionnaires de droit, Ellipses, 2006, 476 p. ; AUBY J.-M., *Le droit de la santé*, Paris, Thémis, PUF, 1981, 508 p. ; CLÉMENT J.-M., *Les grands principes du droit de la santé*, Bordeaux, LEH, 2005, 209 p. ; FORGES J.-M. (de), *Le droit de la santé*, Paris, Que sais-je ?, PUF, 2012, 128 p. ; DEMICHEL A., *Le droit de la santé*, Bordeaux, LEH, 2011, 142 p. ; ELSHOUD S., *L'essentiel du droit de la santé et du droit médical*, Paris, Ellipses, 2010, 144 p. ; LAUDE A., MATHIEU B., TABUTEAU D., *Droit de la santé*, Thémis, PUF, 2012, 768 p. ; TRUCHET D., *Droit de la santé publique*, Paris, Mémentos, Dalloz, 2012, 260 p. ; RAJA C., *Droit de la concurrence et droit de la santé : étude d'un entrecroisement normatif*, Montpellier 1, Thèse en droit, 2010, 872 p. ; ROUSSET G., *L'influence du droit de la consommation sur le droit de la santé*, Bordeaux, LEH, 2010, 635 p. ; CAYLA J.-S., « La santé et le droit », *RDSS*, 1996, n° 2, p. 278 ; FEUILLET B., « Réflexions d'un privatiste sur l'évolution du droit de la santé », *RGDM*, 2005, n° 15, p. 7 ; LAUDE A., « Les nouvelles problématiques du droit de la santé », *Droit et patrimoine*, 2003, n° 1, p. 52 ; LEMOYNE DE FORGES J., « Qu'est-ce que le droit de la santé ? », *RGDM*, 2005, n° 15, p. 15.

¹⁹ LAUDE A., « Les nouvelles problématiques du droit de la santé », *Droit et patrimoine*, 2003, n° 1, p. 52.

²⁰ MÉMETEAU G., « Une vision du droit médical, une parmi d'autres... », *RGDM*, 2005, n° 15, pp. 22-23.

²¹ AUBY J.-M., *Le droit de la santé*, Paris, Thémis, PUF, 1981, p. 13.

envisagé plus précisément comme « *l'ensemble des règles applicables aux activités dont l'objet est de restaurer la santé humaine, de la protéger et d'en prévenir les dégradations* »²² ; son unité est donc fonctionnelle²³. Toutefois, du fait des évolutions scientifiques, cette définition doit être quelque peu élargie dans la mesure où désormais « *la santé ne vise plus uniquement l'acte médical thérapeutique* »²⁴ mais englobe également de nouvelles missions (IVG, recherche, AMP, stérilisation, prélèvements...). L'ensemble des questions relatives aux activités biomédicales doit donc être considéré comme faisant partie intégrante du droit de la santé. Au-delà de ce premier aspect, le droit de la santé se traduit par « *la mise en place d'une administration de la santé* »²⁵ et s'attache à « *régir, réglementer et réguler les relations entre les soignants et les patients* »²⁶. En Suisse, la doctrine qualifie le droit de la santé de « *branche du droit* »²⁷ mais elle peine à en donner une définition. Il a ainsi été considéré que « *la question de la définition du droit de la santé peut probablement être résolue par une approche somme toute pragmatique qui consiste simplement à constater son existence. (...) L'expression « droit de la santé » fait désormais partie de l'univers discursif des juristes. Rares sont les facultés de droit, d'Europe, des Amériques et d'ailleurs qui n'offrent pas un cours, voire un programme, en droit de la santé. Les principaux moteurs de recherche de l'Internet reconnaissent sans difficulté l'expression. Les bibliographies sont innombrables. (...) le droit de la santé doit bien exister puisqu'il existe* »²⁸. Le « *concept d'actions de santé* » du Doyen AUBY est également retenu, dans la mesure où il permet d'englober les « *interventions de nature privée* », « *publique* », ou « *mixte* », les interventions « *locales, nationales et internationales* », ainsi que les « *interventions positives tout comme les interventions négatives* »²⁹. Le droit de la santé est appréhendé comme un droit « *construit* », pour l'essentiel par la doctrine³⁰, qui propose de le définir comme « *l'ensemble des normes applicables aux actions touchant la santé humaine* »³¹.

2. Le droit de la santé : une branche du droit ? – Néanmoins, il convient de ne pas se contenter de constater l'existence sémantique de l'expression et de s'interroger, de manière théorique, sur la place du droit de la santé au sein de l'ordre juridique. Sa qualification de branche du droit mérite d'être interrogée. En effet, si certains auteurs affirment que le droit de la santé constitue une véritable branche du droit³², d'autres contestent fortement l'apparition de « *soi-disant branches nouvelles, sous l'influence sans doute un peu pernicieuse de la spécialisation de l'enseignement, voire la multiplication contemporaine des codes (...) [et jugent que] le droit privé n'a rien à gagner de cette spécialisation artificielle* »³³. La constatation de ces avis antagonistes invite à s'interroger sur la définition même d'une branche du droit, afin de déterminer si le droit de la santé peut être qualifié comme tel.

²² FORGES J.-M. (de), *Le droit de la santé*, Paris, Que sais-je ?, PUF, 2012, p. 7.

²³ *Ibid.*

²⁴ FEUILLET B., « Réflexions d'un privatiste sur l'évolution du droit de la santé », *RGDM*, 2005, n° 15, p. 8.

²⁵ LAUDE A., MATHIEU B., TABUTEAU D., *Droit de la santé*, Thémis, PUF, 2012, p. 5.

²⁶ *Ibid.*

²⁷ SPRUMONT D., « Le droit de la santé, fondements et perspectives », in *Droit de la santé : fondements et perspectives, Actes de la 10^e journée de droit de la santé*, Neuchâtel, Rapport IDS n° 7, Georg, 2004, p. 1.

²⁸ MOLINARI P. A., « Émergence et structuration du droit de la santé : du colloque singulier à la théorie des droits sociaux », in *Droit de la santé : fondements et perspectives, Actes de la 10^e journée de droit de la santé*, Neuchâtel, Rapport IDS n° 7, Georg, 2004, p. 10.

²⁹ *Ibid.*

³⁰ *Ibid.*

³¹ GUILLOD O., STAUFFER V., « Le droit de la santé : bilan et perspectives », in *Droit de la santé : fondements et perspectives, Actes de la 10^e journée de droit de la santé*, Neuchâtel, Rapport IDS n° 7, Georg, 2004, p. 43.

³² CLÉMENT J.-M., *Les grands principes du droit de la santé*, Bordeaux, LEH, 2005, p. 11. Plus spécifiquement concernant le droit médical, voir : BINET J.-R., *Droit médical*, Paris, Cours, Montchrestien, Lextenso, 2010, 555 p.

³³ CABRILLAC R., *Introduction générale au droit*, Paris, Cours, Dalloz, 2013, p. 63.

Étonnamment, alors que l'expression est très largement employée, la doctrine est peu prolifique sur la notion de branche du droit, laquelle semble relativement indéterminée et peu consensuelle. La branche du droit a pu être présentée comme « *une division ou une subdivision du droit objectif ; une discipline juridique* »³⁴. Il s'agit donc d'une division, c'est-à-dire du résultat de l'« *opération analytique consistant à établir une distinction entre deux ou plusieurs éléments, surtout en vue de leur classification* »³⁵. Mais cette première approche ne fournit pas de critère permettant de qualifier une branche du droit. La recherche d'un critère est complexe et conduit certains auteurs à nier la pertinence même d'un concept juridique de branche du droit. En effet, « *à quel degré de généralité ou de spécificité s'arrête la construction d'une branche ? Quand y a-t-il branche principale et branchillon secondaire ? À quel moment le rameau devient-il feuille ? (...) Quel groupe de règles haussera-t-on à la dignité de branche du droit ? Sur quel critère ?* »³⁶. La réponse à ces questions n'est pas aisée ; elle ne doit pas pour autant conduire à la démission. Bien que la définition d'une branche du droit ne fasse pas l'objet d'un consensus, il semble en effet possible de déterminer plusieurs critères récurrents. S'il est souvent mentionné qu'une branche du droit doit revêtir une certaine unité³⁷, une cohérence³⁸ qui se traduit le plus souvent par un objet³⁹, une finalité⁴⁰ ou des moyens particuliers, la question de l'autonomie⁴¹ semble constituer une véritable pierre d'achoppement. Pour certains auteurs, une branche du droit peut être reconnue quand bien même elle ne jouirait pas d'une autonomie ; il convient alors de distinguer l'existence et l'autonomie des branches du droit⁴². Pour d'autres, au contraire, la notion d'autonomie constitue un critère nécessaire à la qualification de branche du droit⁴³. En réalité, il semble que la question centrale ait été posée par le Doyen VEDEL : face à une division du droit il convient de s'interroger sur sa portée. S'agit-il d'un simple « *regroupement pédagogique et pratique* »⁴⁴ de normes issues de disciplines éparses dont elles ne remettent pas en cause la substance et que l'on pourrait qualifier de champ interdisciplinaire ou, au contraire, s'agit-il d'« *un corps de principes jouant de façon autonome* » ?

Tirée du grec, l'autonomie, entendue comme « *le droit de se régir par ses propres lois* »⁴⁵, est une notion qui a parfois été qualifiée d'« *auberge espagnole* »⁴⁶ du fait de sa « *minceur juridique* »⁴⁷. Il semble cependant possible de caractériser l'autonomie dans un certain nombre de situations.

³⁴ CORNU G., *Vocabulaire juridique*, Paris, Dicos poche, Quadrige, PUF, 2007, p. 123.

³⁵ *Ibid.*, p. 322.

³⁶ MARTIN R., « Le droit en branches », *D.*, 2002, n° 21, p. 1703 et s., § 4.

³⁷ FRISON-ROCHE M.-A., « La régulation, objet d'une branche du droit », *LPA*, 3 juin 2002, n° 110, p. 4.

³⁸ FRISON-ROCHE M.-A., « Le droit de la régulation », *D.*, 2001, n° 7, p. 614.

³⁹ *Ibid.*, p. 611.

⁴⁰ BROSSET E., *Cours de droit de l'Union européenne de la santé*, Master 2 droit privé et public de la santé, Aix-Marseille III, 2009-2010.

⁴¹ AUBERT J.-L., SAVAUX E., *Introduction au droit et thèmes fondamentaux du droit civil*, Paris, Université, Sirey, 2014, p. 38 ; CABRILLAC R., *Introduction générale au droit*, Paris, Cours, Dalloz, 2013, p. 63.

⁴² FEUILLET-LE-MINTIER B., « La biomédecine, nouvelle branche du droit ? », in FEUILLET-LE-MINTIER B. (Dir.), *Normativité et biomédecine*, Paris, Études juridiques, Economica, 2003, p. 3 ; CADEAU E., « Sur l'autonomie » du droit de la santé... publique. À partir d'un texte éditant du Doyen Jean Carbone, in FIALAIRE J., MONDIELLI É., *L'homme, ses territoires, ses cultures. Mélanges offerts à André-Hubert Mesnard*, Paris, Décentralisation et développement local, LGDJ, 2006, p. 311.

⁴³ AUBERT J.-L., SAVAUX E., *Introduction au droit et thèmes fondamentaux du droit civil*, Paris, Université, Sirey, 2014, p. 43.

⁴⁴ VEDEL G., « Le droit économique existe-t-il ? », in *Mélanges offerts à Pierre Vigreux*, Toulouse, Travaux et recherches de l'IPA-IAE de Toulouse, IPA-IAE, 1981, p. 770.

⁴⁵ CORNU G., *Vocabulaire juridique*, Paris, Dicos poche, Quadrige, PUF, 2007, p. 94.

⁴⁶ HERZOG R., « L'autonomie en droit : trop de sens, trop peu de signification », in *Mélanges Paul Amssele*, Bruxelles, Bruylant, 2005, p. 445.

⁴⁷ *Ibid.*

Tout d'abord, pour certains auteurs, l'autonomie implique une « *séparation organique* »⁴⁸. Cette autonomie peut difficilement être appliquée aux branches du droit dans la mesure où « *ni le parlement, ni le gouvernement ne peuvent être exclus de certaines matières du droit* »⁴⁹. Elle peut, par contre, être retenue s'agissant de l'exercice du pouvoir juridictionnel lorsque les compétences sont spécialisées par branches⁵⁰. Dans ce cas, la division du droit résulte de la compétence spécifique d'une juridiction et la division du fond suit la division procédurale⁵¹. À titre d'exemple, le droit administratif a pu être considéré comme autonome du droit civil du fait de la compétence des juridictions administratives dans le cadre d'un contentieux spécifique.

On peut ensuite envisager l'autonomie en se fondant sur un critère conceptuel, c'est-à-dire en considérant que « *la réalité d'une branche du droit découle[rait] de l'autonomie de ses principes et de ses concepts par rapport au droit commun* »⁵². Ainsi, il serait possible de reconnaître une autonomie lorsque l'application des principes et des concepts d'une autre branche du droit conduirait à des « *inexactitudes* »⁵³.

Plus particulièrement, si l'on transpose au domaine de la santé ces questionnements relatifs à la spécificité et à l'autonomie, il appert que l'essentiel de la réflexion doctrinale s'est jusqu'ici focalisé sur la responsabilité médicale. À titre d'exemple, il y a quelques années, C. ATIAS soulignait que « *pour découvrir le droit de l'erreur de diagnostic, il faut (...) se situer dans le domaine de la responsabilité et plus particulièrement dans le domaine de la responsabilité contractuelle et plus étroitement encore dans le domaine de l'obligation de moyen. À emprunter un tel chemin, l'observateur ne laisse guère de chance à la spécificité du droit médical* »⁵⁴. De nos jours, cette spécificité apparaît de plus en plus prégnante, notamment depuis le revirement de jurisprudence de 2010⁵⁵ qu'une partie de la doctrine appelait de ses vœux⁵⁶.

Relevons à titre préliminaire que le terme de « spécificité », appliqué à un champ du droit, a été critiqué en ce qu'il constituerait un truisme ; le terme de « particularisme » a ainsi pu lui être préféré⁵⁷. Nous le retiendrons cependant, dans la mesure où l'adjectif « *spécifique* » signifie « *particulier à une espèce* »⁵⁸ ; la nuance entre les deux termes semble dès lors relativement mince. Quels pourraient ainsi être les critères permettant d'évaluer le degré de spécificité du droit de la santé ?

⁴⁸ *Ibid.*, p. 460.

⁴⁹ *Ibid.*, p. 460.

⁵⁰ *Ibid.*, p. 461.

⁵¹ GRUA F., « Les divisions du droit », *RTD civ.*, 1993, n° 1, p. 59 et s., § 12.

⁵² CABRILLAC R., *Introduction générale au droit*, Paris, Cours, Dalloz, 2013, p. 63.

⁵³ VEDEL G., « Le droit économique existe-t-il ? », in *Mélanges offerts à Pierre Vigreux*, Toulouse, Travaux et recherches de l'IPA-IAE de Toulouse, IPA-IAE, 1981, p. 770.

⁵⁴ ATIAS C., *Épistémologie juridique*, Paris, Précis, Dalloz, 2002, p. 117.

⁵⁵ Cass. civ. 1^{re}, 3 juin 2010, n° 09.13.591 : *D.*, 2010, 1522, Note SARGOS P. ; *D.*, 2010, 1801, Note BERT D. ; *RTD civ.*, 2010, 571, Note JOURDAIN P. ; *AJDA*, 2010, 2169, Note LANTERO C. ; *JCP G*, 2010, 788, Note PORCHY-SIMON S. ; *RDC*, 2010, 1235, Note BORGHETTI J.-S. ; *D.*, 2010, 1522, Note GALLMEISTER I. ; *RDS*, 2010, 898, ARHAB-GIRARDIN F. ; *LPA*, 18 août 2010, 9, Note MISLAWSKI R.

⁵⁶ GIRER M., *Contribution à une analyse rénovée de la relation de soins. Essai de remise en cause du contrat médical*, Bordeaux, Collection thèses, LEH, 2008, 806 p.

⁵⁷ Voir les propos tenus par F. GÉNY qui préférera appliquer le terme « particularisme » au droit fiscal : GÉNY F., « Le particularisme du droit fiscal », in *Mélanges Raymond Carré de Malberg*, Paris, Librairie du recueil Sirey, 1933, p. 197.

⁵⁸ CORNU G., *Vocabulaire juridique*, Paris, Dicos poche, Quadriga, PUF, 2007, p. 883.

La spécificité pourrait d'abord être liée à l'objet. Cependant, une telle vision pose difficulté pour plusieurs raisons. Elle est contestée par un certain nombre d'auteurs qui arguent que la « *spécificité d'une branche du droit n'existe pas par son objet* »⁵⁹. En outre, l'objet du droit de la santé est la santé, laquelle apparaît comme nous l'avons déjà vu difficilement saisissable, ce qui constitue un obstacle à la reconnaissance d'une spécificité. On ne saurait ainsi délimiter le droit de la santé par « *référence à son seul objet* », le « *critère matériel* » s'avérant en l'occurrence insuffisant⁶⁰. Pour terminer, la santé pénètre de nombreuses branches du droit déjà constituées sans pour autant les altérer⁶¹.

La spécificité pourrait ensuite apparaître d'un point de vue formel, c'est-à-dire à travers les sources mêmes du droit de la santé. Bien qu'*a priori* les sources du droit de la santé « *ne présentent pas de particularités formelles considérables* »⁶², dans le sens où il s'agit de normes issues soit de l'ordre juridique international, soit de l'ordre juridique interne, il est possible de relever un certain nombre de particularités. Tout d'abord, du point de vue de l'élaboration des normes, il faut convenir de l'« *originalité des instances de proposition des normes juridiques* »⁶³ qui s'illustre, notamment, à travers l'importance du rôle de la profession médicale et des comités d'éthique⁶⁴. L'organisation des états généraux de la bioéthique⁶⁵, visant à donner une plus grande légitimité démocratique au droit biomédical, mérite également d'être soulignée. Il faut, en outre, relever la multiplication des lois spéciales relatives au domaine de la santé⁶⁶. Ensuite, d'un point de vue systématique, l'existence du droit de la santé est en partie matérialisée par le Code de la santé publique qui lui donne une certaine cohérence formelle. L'adoption d'un code n'est pas anodine et donne notamment lieu à « *un effet de contenu* »⁶⁷. Elle participe à la consécration d'une matière nouvelle en lui donnant une autorité certaine⁶⁸. Il est clair que l'existence de lois spéciales et d'un code nouveau peut être un indice en faveur de l'émergence d'une unité de connaissance⁶⁹.

La spécificité du droit de la santé pourrait également se développer au niveau organique, du fait de la mise en place d'un certain nombre d'institutions relatives au domaine sanitaire. Ces institutions tendent à se multiplier au niveau national et international⁷⁰. Le phénomène des agences⁷¹ en constitue une illustration topique. La question de l'existence de juridictions particulières se pose également. Le

⁵⁹ CABRILLAC R., *Introduction générale au droit*, Paris, Cours, Dalloz, 2013, p. 63.

⁶⁰ Le raisonnement est tiré de : VAN LANG A., *Droit de l'environnement*, Paris, Thémis, Droit public, PUF, 2011, p. 21.

⁶¹ Remarque inspirée par les propos de : PRIEUR M., *Droit de l'environnement*, Paris, Précis, Dalloz, 2011, p. 12.

⁶² AUBY J.-M., *Le droit de la santé*, Paris, Thémis, PUF, 1981, p. 17.

⁶³ BERGEL J.-L., « Rapport de synthèse », in FEUILLET-LE-MINTIER B. (Dir.), *Normativité et biomédecine*, Paris, Études juridiques, Economica, 2003, p. 290.

⁶⁴ MARTINEZ É., *Manuel du comité consultatif national d'éthique*, Bordeaux, Ouvrages généraux, LEH, 2004, 483 p.

⁶⁵ Voir le site internet, disponible sur : <http://www.etatsgenerauxdelabioethique.fr/>, Consulté le 2 septembre 2014.

⁶⁶ Pour ne citer que les principales : Loi n° 94-653 relative au respect du corps humain et loi 94-654 relative au don et à l'utilisation des éléments et produits du corps humain à l'AMP et au diagnostic prénatal, du 29 juillet 1994, *JORF*, 30 juillet 1994, p. 11056 ; Loi n° 2002-303 du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé, *JORF*, 5 mars 2002, p. 4118 ; Loi n° 2004-800 du 6 Août 2004 relative à la bioéthique, *JORF*, 7 août 2004, p. 14040 ; Loi n° 2004-806 du 9 août 2004 relative à la politique de santé publique, *JORF*, 11 août 2004, p. 14277 ; Loi n° 2009-879 du 27 juillet 2009 portant réforme de l'hôpital et relative aux patients, à la santé et aux territoires, *JORF*, 22 juillet 2009, p. 12184 ; Loi n° 2011-814 du 7 juillet 2011 relative à la bioéthique, *JORF*, 8 juillet 2011, p. 11826.

⁶⁷ CABRILLAC R., *Les codifications*, Paris, Droit, éthique, société, PUF, 2002, p. 99.

⁶⁸ *Ibid.*, pp. 99-100.

⁶⁹ ATIAS C., *Épistémologie juridique*, Paris, Précis, Dalloz, 2002, p. 108.

⁷⁰ Pour la présentation détaillée de ces institutions, voir le titre 2 de la première partie de l'ouvrage d'A. LAUDE *et al.* intitulé : « Les institutions » : LAUDE A., MATHIEU B., TABUTEAU D., *Droit de la santé*, Thémis, PUF, 2012, pp. 153-294.

⁷¹ Voir par exemple : NICOLAS G., « L'agence de la biomédecine : un nouveau modèle de sécurité sanitaire ? », *LPA*, 18 février 2005, n° 35, p. 15.

contentieux est pour l'essentiel soumis aux juridictions de droit commun. Il existe bien des pôles de santé publique, institués pour traiter des catastrophes sanitaires, cependant leur domaine de compétence est relativement restreint. Au-delà des juridictions, le règlement non contentieux par le biais des CRCI ne constitue pas une technique particulière au domaine de la santé.

Enfin, le droit de la santé pourrait recourir à un certain nombre de concepts qui lui seraient propres. On peut en citer deux exemples. Le droit de la santé envisage certaines catégories spécifiques⁷², comme celle des « *éléments et produits du corps humain* », qui ne s'insère pas aisément dans la *summa divisio* des choses et des personnes. Par ailleurs, la nature du consentement nécessaire à « *la disposition par l'individu de son corps* »⁷³ interroge également la doctrine et conduit à des solutions spécifiques⁷⁴, bien que le consentement constitue un concept d'essence civiliste.

Nous proposons d'étendre le champ de la réflexion relative au degré de spécificité et d'autonomie du droit de la santé, en procédant à l'étude des rapports entre ce droit et celui de la famille. Plus précisément, il s'agit de se demander dans quelle mesure le droit de la santé influence le droit de la famille. Une telle étude complète utilement les réflexions doctrinales relatives aux relations qui se sont tissées entre le droit de la santé et le droit de la consommation⁷⁵.

3. Définition du droit de la famille – Le droit de la famille, parfois appelé « *droit des familles* »⁷⁶, régit, selon la doctrine française, « *les relations patrimoniales et extrapatrimoniales entre les membres de la cellule familiale qu'unissent des liens de parenté ou d'alliance* »⁷⁷. En droit suisse, la doctrine oppose parfois « *l'acception étroite* » du droit de la famille qui « *comprend l'ensemble des règles du Code civil sur la formation, les effets et la dissolution des liens du mariage et de la filiation* »⁷⁸ à une acception plus « *large* » selon laquelle le droit de la famille « *étudie l'interaction entre les normes primaires du droit de la famille et les autres normes pertinentes (libertés fondamentales, droit des étrangers, assurances sociales, droit fiscal, droit pénal, etc.)* »⁷⁹. Cette distinction se retrouve également en droit français à travers la mention d'un « *droit non civil de la famille* » qui engloberait, notamment, les rapports entre famille et droit médical⁸⁰.

⁷² PAUVERT B., « Le droit des éléments et produits du corps humain ou les enjeux d'une réification silencieuse », in NICOLAS G. (Dir.), *Les éléments et produits du corps humain*, Bordeaux, Les cahiers du droit de la santé du sud est, LEH, 2011, p. 13.

⁷³ PRIEUR S., *La disposition par l'individu de son corps*, Bordeaux, Collection thèses, LEH, 1999, 453 p.

⁷⁴ Voir : MAZIAU N., « Le consentement dans le champ de l'éthique biomédicale française », *RDSS*, 1999, n° 3, p. 484 : « *Le consentement dans le champ de la bioéthique ne concerne pas une approbation des individus à une convention portant sur une chose mais bien la libre acceptation informée et encadrée à saisir le corps comme un élément essentiel de la personne. Ainsi cette notion même de consentement est-elle une dérogation à la notion de droit commun* ».

⁷⁵ ROUSSET G., *L'influence du droit de la consommation sur le droit de la santé*, Bordeaux, LEH, 2010, 635 p. ; HAOULIA N., *L'influence du droit de la santé sur le marché de la consommation*, Aix-Marseille, Collection de droit de la santé, PUAM, 2013, 569 p.

⁷⁶ TERRÉ F., FENOUILLET D., *Droit civil. La famille*, Paris, Précis, Dalloz, 2011, p. 1 : les auteurs relèvent : « *c'est le singulier qui est le plus souvent utilisé (...). Le pluriel semble pourtant mieux adapté. (...) La compréhension du droit de la famille, dans toute la mesure où le droit et la famille s'accordent, impose le pluriel, car il y a plusieurs sortes de familles, aux sens larges ou aux sens étroits, ainsi qu'en fonction de leurs composantes* » ; GUILLOD O., *Droit des familles*, Bâle, Les abrégés, Unine, Helbing & Lichtenhahn, 2014, 345 p.

⁷⁷ VIAL G., *La preuve en droit extrapatrimonial de la famille*, Paris, Nouvelle bibliothèque des thèses, Dalloz, 2008, p. 8.

⁷⁸ GUILLOD O., *Droit des familles*, Bâle, Les abrégés, Unine, Helbing & Lichtenhahn, 2014, p. 16 ; STEINAUER P.-H., « Le droit de la famille », in *La famille, un défi face à l'avenir*, Fribourg, Éditions universitaires, 1982, p. 220.

⁷⁹ GUILLOD O., *Droit des familles*, Bâle, Les abrégés, Unine, Helbing & Lichtenhahn, 2014, p. 16.

⁸⁰ CIMAR L., « Le lien familial en droit médical », in MARIA I., FARGE M. (Dir.), *Le lien familial hors du droit civil de la famille*, Paris, Colloques & essais, Lextenso-Fondation Varenne, 2014, p. 79 ; FENOUILLET D., « Le droit civil de la famille hors le Code civil », *LP4*, 21 septembre 2005, n° 88, p. 3 ; MÉMETEAU G., « Le droit médical de la famille », in *Le droit non civil de la famille*, Paris, Publications de la faculté de droit et des sciences sociales, PUF, 1983, p. 231.

En droit français comme en droit suisse, le droit de la famille constitue une branche du droit civil à part entière. En France, s'il existe bien un droit de la famille, ce dernier n'est pas identifié en tant que tel et résulte de dispositions éparpillées du Code civil. Ces dispositions sont localisées dans deux principales subdivisions du Code. D'une part, « *si l'on cherche les institutions du droit de la famille qui se présentent le plus spontanément à l'esprit, le mariage, l'autorité parentale, la présomption de paternité, c'est dans le livre Des personnes, le livre 1^{er}, qu'on les découvrira* »⁸¹. D'autre part, le droit de la famille « *occupe (...) une partie d'un autre livre, le livre III, Des différentes manières dont on acquiert la propriété* », lequel regroupe notamment les règles relatives aux régimes matrimoniaux et au droit des successions et des libéralités⁸². En Suisse, le contenu du droit de la famille apparaît plus clairement, dans la mesure où il est matérialisé par le livre deuxième du Code civil. Celui-ci se compose de trois parties, intitulées respectivement « Des époux »⁸³, « Des parents »⁸⁴ et « De la protection de l'adulte »⁸⁵. Le droit des successions figure dans un livre autonome⁸⁶ et n'est donc pas inclus dans le droit de la famille. L'incorporation du droit de la protection de l'adulte (qui équivaut au droit des majeurs protégés français) au sein du droit de la famille peut surprendre. En effet, cette matière est en général présentée au titre du droit des personnes. Toutefois, nous l'incluons dans le champ de notre étude, en nous fondant sur trois arguments. D'abord, elle relève matériellement du droit de la famille suisse. Ensuite, elle s'insère clairement dans le champ des solidarités familiales, lesquelles sont comprises dans le droit de la famille⁸⁷. Enfin, certains auteurs français, comme D. FENOUILLET, intègrent cette problématique dans les sources du droit de la famille. Nous nous fonderons sur le périmètre du droit privé de la famille proposé par cet auteur, afin de délimiter un champ d'étude identique dans chacun des deux pays. Ainsi, le droit de la famille englobe plusieurs titres du livre premier du Code civil, à savoir, « *les titres V (Du mariage), IV (Du divorce – et séparation de corps), VII (De la filiation), VIII (De la filiation adoptive), IX (De l'autorité parentale), X (De la minorité et de l'émancipation), parfois XI (De la majorité et des majeurs protégés par la loi) et XII (De la gestion du patrimoine des mineurs et majeurs en tutelle), XIII (du pacte civil de solidarité et du concubinage), et enfin XVI (Des mesures de protection des victimes de violences)* »⁸⁸.

Précisons, par ailleurs, que l'influence du droit de la santé sur le droit patrimonial de la famille sera exclue de cette étude.

Elle aurait pu s'y intégrer dans la mesure où le Code de la santé publique prévoit expressément le recours des établissements de santé contre les débiteurs d'aliments⁸⁹. Le droit suisse inclut également le financement des soins de santé dans les obligations familiales. Les obligations des membres du couple varient en fonction de leur statut juridique. Un devoir d'entretien est mis à la charge des couples mariés

⁸¹ CARBONNIER J., *Droit civil. La famille, l'enfant, le couple*, Tome 2, Paris, Thémis, PUF, 2002, p. 2.

⁸² *Ibid.*, pp. 2-3.

⁸³ Cette première partie est constituée par : le titre troisième : « Du mariage » ; le titre quatrième : « Du divorce et de la séparation de corps » ; le titre cinquième : « Des effets généraux du mariage » ; le titre sixième : « Du régime matrimonial ».

⁸⁴ Cette deuxième partie est constituée par : le titre septième : « De l'établissement de la filiation » ; le titre huitième : « Des effets de la filiation » ; le titre neuvième : « De la famille ».

⁸⁵ Cette troisième partie est constituée par : le titre dixième : « Des mesures personnelles anticipées et des mesures appliquées de plein droit » ; le titre onzième : « Des mesures prises par l'autorité » ; le titre douzième : « De l'organisation de la protection de l'adulte ».

⁸⁶ Livre 3 CCS.

⁸⁷ Sans mentionner directement cette matière, M. DOUCHY-LOUDOT traite dans son ouvrage des solidarités familiales au sein d'un chapitre particulier : DOUCHY-LOUDOT M., *Droit civil 1^{re} année. Introduction, personnes, famille*, Paris, Hypercours, Dalloz, 2013, p. 437 et s.

⁸⁸ FENOUILLET D., *Droit de la famille*, Paris, Cours, Dalloz, 2013, p. 22.

⁸⁹ Art. L 6145-11 CSP.

suisses⁹⁰. Il doit permettre d'assurer « *l'entretien convenable de la famille* »⁹¹ dont font partie les soins médicaux et les primes de l'assurance maladie obligatoire⁹². Il en va de même pour les partenaires enregistrés⁹³. En revanche, sous réserve d'éventuelles dispositions contractuelles, il n'existe aucun devoir d'entretien entre concubins⁹⁴. La prise en charge financière des soins peut également passer par la dette alimentaire résultant des articles 328 et 329 CCS. Ce schéma se retrouve dans une certaine mesure en droit français où les couples mariés sont tenus au devoir de secours⁹⁵ et à la contribution aux charges du mariage⁹⁶. La situation des couples de partenaires liés par un PACS, qui sont tenus de s'apporter une « *aide matérielle et une assistance réciproque* »⁹⁷, se rapproche de celle des couples mariés. Les concubins ne sont en revanche ni tenus par l'obligation de secours ni par la contribution aux charges⁹⁸.

Cependant, la question du financement des soins par la famille ne peut être étudiée de manière pertinente qu'accompagnée d'une étude approfondie des règles de droit de la sécurité et de l'action sociale. Elle renvoie à la problématique plus large de l'articulation entre la solidarité familiale et la solidarité nationale et nous semble donc constituer un sujet de thèse à elle seule. Les périmètres du droit de la santé et du droit de la famille étant délimités, le choix de la méthode comparative mérite d'être explicité.

4. Difficile définition de la méthode en droit comparé – L'appréhension du droit comparé est complexe puisque ce dernier se révèle à la fois insaisissable et polymorphe. Le droit comparé est parfois

⁹⁰ GUILLOD O., *Droit des familles*, Bâle, Les abrégés, Unine, Helbing & Lichtenhahn, 2014, p. 41.

⁹¹ Art. 163 al. 1 CCS : « *Mari et femme contribuent, chacun selon ses facultés, à l'entretien convenable de la famille* ». Art. 163 al. 2 CCS : « *Ils conviennent de la façon dont chacun apporte sa contribution, notamment par des prestations en argent, son travail au foyer, les soins qu'il voue aux enfants ou l'aide qu'il prête à son conjoint dans sa profession ou son entreprise* ».

⁹² GUILLOD O., *Droit des familles*, Bâle, Les abrégés, Unine, Helbing & Lichtenhahn, 2014, p. 41.

⁹³ Selon l'art. 13 LPart, « *les partenaires contribuent, chacun selon ses facultés, à l'entretien convenable de la communauté* ». Comme le relève O. GUILLOD, cette obligation « *doit être interprétée de la même manière que celle posée à l'article 163* » : *Ibid.*, p. 48.

⁹⁴ *Ibid.*, p. 49.

⁹⁵ Art. 212 CC : « *Les époux se doivent mutuellement respect, fidélité, secours, assistance* ».

⁹⁶ Art. 214 CC : « *Si les conventions matrimoniales ne règlent pas la contribution des époux aux charges du mariage, ils y contribuent à proportion de leurs facultés respectives* ».

⁹⁷ Art. 515-4 CC : « *Les partenaires liés par un pacte civil de solidarité s'engagent à une vie commune, ainsi qu'à une aide matérielle et une assistance réciproques. Si les partenaires n'en disposent autrement, l'aide matérielle est proportionnelle à leurs facultés respectives* ». Ce texte résulte de la révision du 23 juin 2006 (Loi n° 2006-728 du 23 juin 2006 portant réforme des successions et libéralités, JORF, 24 juin 2006, p. 9513) et la formulation retenue contribue à favoriser le rapprochement du mariage et du PACS. En effet, sous l'empire de la loi du 15 novembre 1999 (Loi n° 99-944 du 15 novembre 1999 relative au pacte civil de solidarité, JORF, 16 novembre 1999, p. 16959) l'article 515-4 CC disposait que « *les partenaires liés par un pacte civil de solidarité s'apportent une aide mutuelle et matérielle. Les modalités de cette aide sont fixées par le pacte* ».

⁹⁸ Cass. civ. 1^{re}, 19 mars 1991, n° 88-19.400 : *Bull. civ.*, 1991, I, n° 92 ; Defrénois, 1991, 942, Obs. MASSIP J. : « *Mais attendu qu'aucune disposition légale ne réglant la contribution des concubins aux charges de la vie commune, chacun d'eux doit, en l'absence de volonté expresse à cet égard, supporter les dépenses de la vie courante qu'il a exposées* ». Exactement la même formule dans : Cass. civ. 1^{re}, 17 octobre 2000, n° 98-19.527 : *Bull. civ.*, 2000, I, n° 244 ; *Dr. fam.*, 2000, Comm. 139, BEIGNIER B. ; *JCP G*, 2001, II, 10568, Obs. GARÉ T. ; Defrénois, 2001, 93, Obs. MASSIP J. ; D., 2001, 497, Note CABRILLAC R. ; Cass. civ. 1^{re}, 28 novembre 2006, n° 04-15.480 : *Bull. civ.*, 2006, I, n° 517 ; *Af famille*, 2007, 33, Obs. CHENÉDÉ F. ; Cass. civ. 1^{re}, 24 septembre 2008, n° 06-11.294 : *Bull. civ.*, 2008, I, n° 211. Voir également : Cass. civ. 1^{re}, 31 janvier 2006, n° 02-19.277 : « *Qu'en statuant ainsi, alors que, d'une part, il était établi que M. X... avait participé au financement du bien indivis dans des proportions supérieures à celles de Mme Y... et que, d'autre part, aucune disposition légale ne règle la contribution aux charges du ménage de la vie commune des concubins, lesquels n'ont droit à aucune indemnité à ce titre, la cour d'appel a violé les textes susvisés (art. 214, 220 et 815 CC)* » ; Cass. civ. 1^{re}, 25 juin 2014, n° 31-18.891 : « *Qu'en statuant ainsi, alors, d'une part, que le titulaire d'un compte bancaire est présumé seul propriétaire des fonds déposés sur ce compte et qu'il appartient à son adversaire d'établir l'origine indivise des fonds employés pour financer l'acquisition de l'immeuble indivis, et alors, d'autre part, qu'aucune disposition légale ne règle la contribution aux charges de la vie commune, la cour d'appel a violé les textes susvisés* ». La solution est différente en présence d'une volonté expresse de contribuer : « *Mais attendu qu'ayant constaté que certaines échéances d'emprunt avaient été payées par prélèvement sur le compte joint qui avait été ouvert au nom des deux concubins pour les dépenses de la vie commune, la cour d'appel en a souverainement déduit que les versements effectués par M. X... sur ce compte traduisaient un accord tacite de répartition des charges du ménage et une volonté de M. X... d'équilibrer par cet arrangement la part des charges de la vie courante supportée par Mme Y... ; que le moyen ne peut être accueilli* » : Cass. civ. 1^{re}, 17 juin 2009, n° 07.20.628 ; « *Attendu, (...) qu'il ne résulte pas de ses conclusions que, devant la cour d'appel, Mme Y... ait invoqué l'existence d'un accord tacite de répartition des charges de la vie commune entre les concubins ; que les juges d'appel n'étaient donc pas tenus de procéder à la recherche invoquée* » : Cass. civ. 1^{re}, 25 juin 2014, n° 13-13.812. Les correctifs de l'obligation naturelle, de l'enrichissement sans cause et de la société créée de fait peuvent être mobilisés.

présenté comme « *l'application de la méthode comparative à tout ou partie des systèmes juridiques dans le but essentiel d'en améliorer la connaissance* »⁹⁹. Néanmoins, cette définition n'est pas totalement éclairante car elle ne définit pas la méthode comparative. Ainsi que le souligne M.-C. PONTTHOREAU, « *pour la plupart des comparatistes, le droit comparé est une méthode et non pas une discipline, mais ils ne nous disent rien ou si peu de la méthode elle-même* »¹⁰⁰. La qualification du droit comparé comme méthode, plutôt que comme discipline, ne semble d'ailleurs pas faire l'unanimité. En effet, d'autres auteurs l'envisagent tantôt comme une « *discipline juridique qui consiste dans l'étude scientifique de la comparaison des droits, c'est-à-dire des systèmes juridiques et des institutions juridiques des divers États ou groupements d'États* »¹⁰¹, tantôt comme une « *discipline qui permet de décrire les structures de n'importe quel système juridique à l'aide de concepts généraux présentant la finesse nécessaire et suffisante* »¹⁰². Il en résulte que la définition même du droit comparé porte à discussion. Cela peut être lié d'une part aux incertitudes relatives aux fonctions et à l'objet du droit comparé et d'autre part à la difficulté de déterminer une méthode en droit comparé.

5. L'objet du droit comparé – L'objet du droit comparé réside dans la comparaison des droits, il est donc nécessaire de revenir sur les deux termes de l'expression.

Bien que cela puisse sembler redondant, il est indispensable de rappeler que le droit comparé est par nature comparatif. Cela permet de le distinguer de la simple étude des droits étrangers dont il diffère sur deux points. Tout d'abord, la comparaison ne consiste pas en « *des exposés parallèles de droits nationaux, étanches d'une certaine manière les uns aux autres* »¹⁰³, contrairement à ce qui est parfois réalisé dans certains colloques ou ouvrages. Elle implique la mise en perspective des droits. Ensuite, il existe une différence d'objectif puisque le spécialiste d'un droit étranger étudie le système juridique pour lui-même, alors que le juriste de droit comparé recourt à l'étude d'un droit étranger afin d'éclairer le regard qu'il porte sur son propre droit¹⁰⁴. La comparaison peut porter aussi bien sur les points communs (comparaison intégrative) que sur les différences (comparaison différentielle).

Par ailleurs, le recours au droit comparé offre plusieurs perspectives d'approche. La comparaison peut être globale¹⁰⁵, il s'agit alors d'une macro-comparaison¹⁰⁶ qui a pour objectif de comparer entre eux les systèmes juridiques pour en identifier les caractères généraux afin de les classer. R. DAVID¹⁰⁷ s'est tout particulièrement illustré dans ce domaine en procédant à une classification par familles de droits¹⁰⁸. Mais il est également possible de recourir à la micro-comparaison qui tend plutôt à comparer des institutions ou des solutions apportées sur tel ou tel point spécifique du droit¹⁰⁹. Dans ce cadre, la comparaison peut être systématique, c'est-à-dire porter sur un corps complet de règles ou sur une notion dans les deux droits, ou

⁹⁹ LAITHIER Y.-M., *Droit comparé*, Paris, Cours, Dalloz, 2009, p. 2.

¹⁰⁰ PONTTHOREAU M.-C., « Le droit comparé en question(s) entre pragmatisme et outil épistémologique », *RIDC*, 2005, Vol. 57, n° 1, p. 8.

¹⁰¹ DRAGO G., « Droit comparé », in ALLAND D., RIALS S., *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, Dicos poche, Quadrige, PUF, 2003, pp. 453-457.

¹⁰² PFERSMANN O., « Le droit comparé comme interprétation et comme théorie du droit », *RIDC*, 2001, Vol. 53, n° 2, p. 286.

¹⁰³ PICARD E., « L'état du droit comparé en France, en 1999 », *RIDC*, 1999, Vol. 51, n° 4, p. 892.

¹⁰⁴ PONTTHOREAU M.-C., « Le droit comparé en question(s) entre pragmatisme et outil épistémologique », *RIDC*, 2005, Vol. 57, n° 1, p. 8.

¹⁰⁵ PICARD E., « L'état du droit comparé en France, en 1999 », *RIDC*, 1999, Vol. 51, n° 4, p. 890.

¹⁰⁶ JALUZOT B., « Méthodologie du droit comparé, bilan et prospective », *RIDC*, 2005, Vol. 57, n° 1, p. 46.

¹⁰⁷ DAVID R., *Les grands systèmes de droit contemporains*, Paris, Précis, Dalloz, 2002, 553 p.

¹⁰⁸ ANCEL B., « Familles de droits (Classification) », in ALLAND D., RIALS S., *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, Dicos poche, Quadrige, PUF, 2003, pp. 701-706.

¹⁰⁹ JALUZOT B., « Méthodologie du droit comparé, bilan et prospective », *RIDC*, 2005, Vol. 57, n° 1, p. 47.

elle peut être simplement ponctuelle¹¹⁰ lorsqu'une étude, essentiellement consacrée au droit français, apporte quelques éclairages à partir du droit étranger.

Il est enfin nécessaire d'envisager les termes mêmes de la comparaison. La comparaison peut s'opérer de manière universelle et concerner la quasi-totalité des ordres juridiques. Elle peut également envisager un champ géographique beaucoup plus restreint. Le comparatiste peut alors se concentrer sur un ensemble régional présentant une signification particulière¹¹¹ ou un seul pays étranger présentant un intérêt spécifique au regard du sujet envisagé.

6. Fonctions et intérêts du recours au droit comparé – Quelle que soit la délimitation du champ de la comparaison, une question semble essentielle : pourquoi comparer ? Autrement dit : quel est l'apport du droit comparé ? Cet intérêt peut s'illustrer à travers les diverses fonctions¹¹² qui ont pu être assignées au droit comparé. Certaines sont de nature théorique, d'autres poursuivent une finalité plus pratique, mais quoi qu'il en soit, la circularité des concepts y est fondamentale. En effet, en raison du rapprochement engendré par l'Union européenne ou le Conseil de l'Europe, par exemple, il n'est plus possible d'ignorer les droits étrangers.

Une des principales fonctions du droit comparé est à visée théorique : la connaissance du droit. Le droit comparé apparaît alors comme une science ayant pour objet la comparaison des modèles juridiques, afin de faire apparaître leurs similitudes ou différences et de « *contribuer à la connaissance desdits modèles* »¹¹³. Le droit comparé tire sa légitimité de cette seule fin théorique « *indépendamment de toute utilisation pratique* »¹¹⁴. La comparaison va permettre non seulement une meilleure connaissance du droit étranger, mais surtout une meilleure connaissance de son propre droit. Comme l'a souligné E. PICARD « *toute connaissance (...) procède plus ou moins de la comparaison : le froid ne se révèle bien que si l'on a déjà éprouvé le tiède ou le chaud* »¹¹⁵. Ainsi, le recours au droit comparé peut permettre d'approfondir la connaissance du droit national, en faisant émerger ses spécificités par la confrontation à l'altérité. Le droit comparé s'inscrit alors dans une tension. D'une part, il permet de « *relativiser la portée ou la valeur de notre propre droit* »¹¹⁶, d'autre part, il permet d'affirmer notre singularité conduisant ainsi au resserrement des spécificités nationales qu'il convient d'expliquer. Au-delà de la seule compréhension, le droit comparé permet de s'interroger sur son propre droit¹¹⁷ et peut, par la connaissance critique du droit, participer au renouveau des analyses. Il exerce alors une « *fonction subversive* » qui permet de « *libérer le raisonnement juridique de certains carcans conceptuels sclérosants en ouvrant la porte à d'autres grilles de lecture* »¹¹⁸.

¹¹⁰ PICARD E., « L'état du droit comparé en France, en 1999 », *RIDC*, 1999, Vol. 51, n° 4, p. 890.

¹¹¹ PONTTHOREAU M.-C., « Le droit comparé en question(s) entre pragmatisme et outil épistémologique », *RIDC*, 2005, Vol. 57, n° 1, pp. 13-14.

¹¹² La nature, le nombre et la validité des fonctions assignées font l'objet de controverses.

¹¹³ SACCO R., *La comparaison juridique au service de la connaissance du droit*, Paris, Études juridiques comparatives, Economica, 1991, p. 8.

¹¹⁴ *Ibid.*

¹¹⁵ PICARD E., « L'état du droit comparé en France, en 1999 », *RIDC*, 1999, Vol. 51, n° 4, p. 892.

¹¹⁶ *Ibid.*, p. 897.

¹¹⁷ PONTTHOREAU M.-C., « Le droit comparé en question(s) entre pragmatisme et outil épistémologique », *RIDC*, 2005, Vol. 57, n° 1, p. 13.

¹¹⁸ MUIR-WATT H., « La fonction subversive du droit comparé », *RIDC*, 2000, Vol. 52, n° 3, p. 503. Nous utiliserons à de multiples reprises cette fonction du droit comparé, le terme subversif sera donc mis entre guillemets sans systématiquement rappeler la référence de cet article.

Allant plus loin, certains auteurs confèrent au droit comparé une visée pratique ayant pour but l'amélioration du droit¹¹⁹. Cette fonction, aussi qualifiée de « *normative* »¹²⁰, consiste à créer du droit en s'inspirant de l'expérience étrangère. Il convient à cet égard de noter que de nombreuses réformes législatives sont désormais précédées d'une étude relative à l'encadrement des pratiques à l'étranger. Néanmoins, cette conception du droit comparé a fait l'objet de critiques, aux motifs, tout d'abord, qu'elle procéderait de « *l'illusion du juriste législateur, soit par la revendication d'un ordre idéal, soit en revendiquant la compétence de sa production* »¹²¹. En outre, il ne faut pas perdre de vue que l'argument de droit comparé peut être « *stratégique* » en ce qu'il possède un fort potentiel de persuasion¹²². La comparaison pourrait ainsi devenir un instrument de propagande si elle était « *dépourvue de méthode ou à tout le moins d'instruments opératoires* »¹²³. Enfin, il est possible que l'imitation n'aboutisse pas aux résultats escomptés du fait de la différence de terrain¹²⁴. Il est donc nécessaire de garder à l'esprit que le droit comparé ne constitue pas un argument d'autorité, mais un élément rhétorique qui vient renforcer une analyse. Il ne revêt pas d'aspect prescriptif dans la mesure où le processus de décision ne relève que de la Nation et des spécificités nationales.

D'un point de vue pratique, le droit comparé peut également poursuivre d'autres objectifs, notamment l'harmonisation, voire l'unification des droits¹²⁵. De nombreux juristes continuent à en faire une fonction essentielle du droit comparé. La recherche d'une harmonisation est particulièrement prégnante dans le cadre de certains ensembles régionaux comme le Conseil de l'Europe ou l'Union européenne ; il va sans dire que toute tentative d'harmonisation doit être précédée d'une étude de droit comparé. L'unification est en général limitée à des matières spéciales. Elle présente l'avantage de simplifier les relations internationales en évitant les conflits de lois dans l'espace¹²⁶, contribuant ainsi à favoriser les échanges et à garantir la sécurité juridique. Néanmoins, ce procédé présente en parallèle de nombreux inconvénients. Tout d'abord, il « *risque de sacrifier l'identité culturelle de la région qui véhicule le modèle le plus faible* »¹²⁷. Ensuite, l'uniformisation constitue un vecteur d'appauvrissement du droit dans la mesure où elle limite le nombre de modèles juridiques sur lesquels la comparaison peut ensuite prendre appui¹²⁸. Enfin, elle repose sur une vision réductrice du droit, étant entendu que ce dernier constitue également un phénomène culturel¹²⁹.

Le recours au droit comparé s'avère nécessaire en ce qu'il permet, à travers un regard sur l'autre, d'approfondir les spécificités nationales et d'identifier les raisons de notre résistance au changement et à l'unification. Néanmoins, le droit comparé est également ambitieux et prend le risque de l'inflation des grilles d'analyses. Il faut donc envisager la méthode comparative.

¹¹⁹ LAITHIER Y.-M., *Droit comparé*, Paris, Cours, Dalloz, 2009, p. 17.

¹²⁰ BERGEL J.-L., *Théorie générale du droit*, Paris, Méthodes du droit, Dalloz, 2012, p. 162.

¹²¹ PFERSMANN O., « Le droit comparé comme interprétation et comme théorie du droit », RIDC, 2001, Vol. 53, n° 2, p. 277.

¹²² FAUVARQUE-COSSON B., « Le droit comparé : art d'agrément ou entreprise stratégique ? », in *De tous horizons - Mélanges Xavier Blanc-Jouvan*, Paris, Société de législation comparée, 2005, p. 73.

¹²³ *Ibid.*

¹²⁴ LAITHIER Y.-M., *Droit comparé*, Paris, Cours, Dalloz, 2009, p. 20.

¹²⁵ *Ibid.*, pp. 22-23.

¹²⁶ GAMBARO A. et al., *Le droit de l'occident et d'ailleurs*, Paris, LGDJ, 2011, p. 27.

¹²⁷ *Ibid.*, p. 28.

¹²⁸ LAITHIER Y.-M., *Droit comparé*, Paris, Cours, Dalloz, 2009, p. 24.

¹²⁹ *Ibid.*

7. Identification des différentes méthodes – Comme l’a souligné B. JALUZOT, « *la méthodologie du droit comparé est invoquée par de nombreux auteurs. Pourtant, ce que chacun entend par cette expression n’est pas toujours clair* »¹³⁰. Après avoir identifié les différentes méthodes proposées en droit comparé avec, le cas échéant, les critiques dont elles ont fait l’objet¹³¹, il semble possible de proposer quelques pistes d’analyse générale.

8. Principaux écueils du droit comparé – Les études consacrées au droit comparé font régulièrement l’objet de critiques diverses. Il est donc fondamental d’identifier les écueils éventuels, afin de proposer des pistes permettant de les éviter. Trois éléments principaux ne doivent pas être négligés.

Tout d’abord, le champ et les critères de la comparaison doivent être délimités. Le juriste doit réfléchir aux limites de la comparaison et éviter de sombrer dans le « *tout comparer* » parfois dénoncé¹³². Cela impose au juriste de déterminer un « *espace de pertinence* »¹³³. Il n’est pas possible de procéder à une comparaison sans préalablement s’interroger sur les motivations et les objectifs de cette dernière. Il convient donc, d’abord, de justifier le choix du ou des pays envisagés (ce qui nécessite de connaître suffisamment leur(s) système(s) pour pouvoir le(s) cerner de l’intérieur). Il est également nécessaire de justifier le champ de l’étude (à savoir les notions, règles, matières envisagées...) et d’évacuer des notions connexes ou périphériques qui auraient pu être appréhendées, mais qui ne le seront pas.

Ensuite, la recherche doit être suffisamment approfondie. De nombreuses thèses de doctorat se sont vu reprocher le recours au « *droit comparé décoratif* »¹³⁴ qui consiste à envisager le droit étranger de manière ponctuelle, hâtive et en dehors de son contexte. De telles analyses peuvent « *compromettre l’intérêt, voire la validité de ces éclairages* »¹³⁵. Il est donc fondamental de ne pas se contenter d’étudier la règle au sens formel. Cela nécessite de prendre en compte deux éléments principaux. Il faut d’une part envisager la règle dans son contexte, à la fois historique, économique, juridique, institutionnel, sociétal... En effet, « [le droit] ne saurait être [entendu] sans la connaissance de la société qu’il gouverne, et dans l’ignorance des manières de se conduire, de penser et de se sentir des membres de cette société »¹³⁶. La comparaison, entendue comme processus herméneutique, s’avère d’ailleurs essentielle dans les domaines juridiques en lien avec les valeurs morales ou la politique¹³⁷. Il faut, d’autre part, porter son attention sur les « *formants* »¹³⁸ qui contribuent à modeler la règle juridique. Il est également nécessaire d’approfondir chaque notion étudiée, de l’épuiser, quitte à limiter les normes de comparaison. L’étude approfondie de la notion ou de la norme nécessite d’envisager sa proclamation, puis son application pratique pour enfin tirer un résultat de la comparaison. Le respect de

¹³⁰ JALUZOT B., « Méthodologie du droit comparé, bilan et prospective », *RIDC*, 2005, Vol. 57, n° 1, p. 29.

¹³¹ Voir annexe 1 : la méthode en droit comparé.

¹³² PONTTHOREAU M.-C., « Le droit comparé en question(s) entre pragmatisme et outil épistémologique », *RIDC*, 2005, Vol. 57, n° 1, p. 9.

¹³³ *Ibid.*, p. 19.

¹³⁴ *Ibid.*, p. 9.

¹³⁵ PICARD E., « L’état du droit comparé en France, en 1999 », *RIDC*, 1999, Vol. 51, n° 4, p. 891.

¹³⁶ DAVID R., *Traité élémentaire de droit civil comparé*, Paris, LGDJ, 1950, p. 17.

¹³⁷ DELYANNI-DIMITRAKOU C., « Les mutations des prémisses philosophiques du droit comparé », in *De tous horizons - Mélanges Xavier Blanc-Jouvan*, Paris, Société de législation comparée, 2005, p. 48.

¹³⁸ SACCO R., *La comparaison juridique au service de la connaissance du droit*, Paris, Études juridiques comparatives, Economica, 1991, p. 35.

ces trois étapes semble essentiel. Une comparaison aussi approfondie nécessite d'avoir acquis d'importantes connaissances et une culture solide concernant le droit étranger étudié.

Enfin, il convient de prendre du recul à l'égard des droits étudiés. S'il paraît évident que le recours au droit comparé ne doit pas conduire à émettre un jugement de valeur sur les droits étudiés, deux écueils méritent en revanche une attention particulière. Il convient de garder à l'esprit que le comparatiste « *n'est pas libre de penser ce qu'il veut. Obéré, il continue à être inscrit culturellement, mettant en œuvre la comparaison selon un canon marqué par sa première culture juridique* »¹³⁹. Ainsi, le juriste, marqué par les connaissances qu'il a acquises antérieurement, est « *spontanément conduit, plus ou moins, à ramener l'inconnu ou le méconnu au connu et le différent ou l'analogue à l'identique* »¹⁴⁰. Or, ce qui est semblable n'est pas identique. Le juriste doit donc faire un effort constant pour essayer d'intégrer l'autre manière de raisonner prévalant à l'étranger et ne pas envisager dogmatiquement un principe et sa comparaison dans l'autre système. Cette remarque est particulièrement prégnante s'agissant de la traduction et de l'appréhension du vocabulaire juridique. S'il arrive qu'un mot ne connaisse pas d'équivalent dans la langue du pays étudié (auquel cas il convient d'en expliquer la signification), il arrive aussi que deux termes juridiques équivalents existent dans les deux pays. Il est alors nécessaire de se montrer particulièrement vigilant, car ces termes peuvent ne pas recouvrir deux réalités identiques. Le comparatiste doit donc procéder à une sorte d'« *interprétation-explicitation* »¹⁴¹ de la notion.

9. Le recours au droit comparé appliqué à la thèse : le choix du droit suisse – Au vu des écueils précédemment cités, le choix de la Suisse est apparu intéressant du fait, tout d'abord, de son caractère francophone. L'appréhension directe des sources législatives étrangères est en effet indispensable. Notre travail présente toutefois un certain nombre de limites, dans la mesure où il se contente, pour l'essentiel, de la littérature en langue française alors que la littérature germanophone est relativement abondante. Ces limites sont compensées, autant que faire se peut, par une recension la plus complète possible de la doctrine française, ainsi que par un examen systématique des travaux préparatoires et notamment des divers messages du Conseil fédéral. Au-delà de cet aspect pratique, la comparaison avec la Suisse s'est imposée à la fois pour des considérations générales et plus spécifiques au sujet envisagé.

10. Intérêt général de la comparaison avec la Suisse – D'une manière générale, la Suisse constitue un terrain d'étude intéressant. Certains auteurs déplorent le caractère euro-centré des études comparatives et regrettent notamment l'insuffisante prise en compte des pays de *common law*. Cependant, bien que son droit ne relève pas de ce type de systèmes juridiques, la Suisse présente diverses spécificités qui contribuent à en faire un terrain particulièrement fécond.

Comme le souligne D. MANAÏ, la Suisse « *est un chantier intellectuel, un laboratoire d'idées où convergent en particulier les influences juridiques aussi bien allemande que française* »¹⁴². La situation même de ce pays présente un fort intérêt. Il est en effet traversé par des fractures linguistiques (français, allemand, italien, romanche) et culturelles importantes, lesquelles permettent de mesurer l'influence du contexte socioculturel sur la règle de droit. Il est d'ores et déjà possible d'en donner une illustration à travers l'exemple de la

¹³⁹ LEGRAND P., *Le droit comparé*, Paris, Que sais-je ?, PUF, 2011, p. 6.

¹⁴⁰ PICARD E., « L'état du droit comparé en France, en 1999 », *RIDC*, 1999, Vol. 51, n° 4, p. 893.

¹⁴¹ *Ibid.*, p. 896.

¹⁴² MANAÏ D., *Le juge entre la loi et l'équité, essai sur le pouvoir d'appréciation du juge en droit suisse*, Lausanne, Payot, 1985, p. 36.

procréation médicalement assistée, telle qu'elle sera envisagée dans cette thèse. Antérieurement à l'adoption de la loi fédérale relative à la procréation médicalement assistée, il semblait possible d'établir une sorte de scission entre les cantons latins et les cantons alémaniques qui avaient adopté une position très restrictive en essayant d'interdire les dons de gamètes. La comparaison avec un pays limitrophe (comme la France) partageant en partie un fond historique commun avec la Suisse pourrait, semble-t-il, permettre d'approfondir cet aspect.

S'agissant des modalités d'élaboration de la loi qui résultent de son organisation politique et institutionnelle, la Suisse présente également un fort intérêt puisqu'il s'agit d'un État fédéral. Ainsi, la Confédération bénéficie d'une compétence d'attribution, ce qui signifie que les cantons sont compétents en dehors du cas où la Constitution fédérale habilite la Confédération à agir. La Constitution peut être révisée à l'initiative du peuple (initiative populaire), de l'Assemblée (Parlement) ou du Conseil fédéral (gouvernement). La révision de la Constitution doit, ensuite, être approuvée à la majorité du peuple et des cantons. L'insertion, dans la Constitution, d'un article habilitant la Confédération à légiférer est particulièrement intéressante dans la mesure où elle aboutit parfois à inscrire des normes précises dans celle-ci (comme le droit à la connaissance de son ascendance) qui peuvent ensuite rayonner dans l'ensemble de l'ordre juridique. Une fois la base constitutionnelle acquise, le législateur fédéral peut intervenir. La loi votée peut être soumise à un référendum facultatif sous certaines conditions, ce qui fait peser un couperet sur le législateur. Ces modalités particulières d'élaboration de la loi ont pu jouer un rôle notable dans les choix réalisés. L'importante divergence existant avec le processus législatif français pourrait permettre de mieux cerner les spécificités de chaque pays à travers l'exemple de l'adoption de la législation relative à la biomédecine.

11. Intérêt de la problématique consacrée à l'influence du droit de la santé sur le droit de la famille – Le droit de la famille « *est particulièrement propice aux études comparatives. Celles-ci révèlent tout à la fois l'universalité de la famille en même temps que sa diversité* »¹⁴³. Néanmoins, la comparaison n'est pas toujours aisée. Il n'a pas manqué d'être souligné que « *le droit de la famille est dans une si étroite dépendance de considérations raciales, religieuses et politiques que la comparaison est ici pleine de difficultés et parfois ne permet de tirer aucune conclusion* »¹⁴⁴. Il est vrai que dans un domaine aussi sensible, le recours au droit comparé « *suscite une certaine défiance lorsqu'il se présente comme un instrument d'évolution à marche forcée du droit français, sans considération de ses racines et de ses particularismes* »¹⁴⁵. Ces considérations doivent être gardées à l'esprit, mais ne constituent pas pour autant une fin de non-recevoir à notre étude pour deux raisons. Tout d'abord, ces remarques s'inscrivent dans le cadre d'une critique du recours au droit comparé en tant qu'argument d'autorité. Or, si l'on recourt au droit comparé aux fins de connaissance du droit, il apparaît que, même dans un domaine aussi sensible, le regard porté sur l'autre peut contribuer à éclairer la vision de notre propre droit et à stimuler la réflexion.

¹⁴³ LEMOULAND J.-J., *Répertoire de droit civil Dalloz*, « Famille », Mars 2013, n° 217.

¹⁴⁴ GUTTERIDGE H.-C., *Le droit comparé : introduction à la méthode comparative dans la recherche juridique et l'étude du droit*, Paris, LGDJ, 1953, pp. 53-54.

¹⁴⁵ LEMOULAND J.-J., *Répertoire de droit civil Dalloz*, « Famille », Mars 2013, n° 219.

Ensuite, les progrès de la science¹⁴⁶ ont conduit à l'émergence du droit de la santé qui acquiert progressivement sa légitimité en tant que branche du droit. Cette prise en compte normative de la santé dans ces deux pays peut exercer à divers égards une influence sur le droit de la famille, notamment en ce qui concerne sa définition, sa cohésion, sa cohérence... Les deux pays étudiés, issus du modèle romano-germanique, connaissent certaines similitudes (à distinguer de l'identité), mais aussi d'importantes divergences (anonymat, place de l'autonomie, secret...) qui méritent d'être comparées.

12. Exposé de la problématique – Il s'agira dès lors de s'interroger sur l'influence exercée par le droit de la santé sur le droit de la famille. Assiste-t-on à l'émergence d'un droit spécifique tendant à l'autonomisation ou, au contraire, cette branche du droit se réfère-t-elle aux catégories juridiques traditionnelles ? Dans la mesure où le droit de la santé a influencé le droit de la famille dans chacun des deux pays, le regard comparatiste visera à identifier les spécificités nationales, tout en stimulant la réflexion sur l'évolution de la physionomie du droit de la santé, ainsi que sur son intégration au sein de l'ordre juridique.

13. Réponses envisageables à la problématique – Ce questionnement pourrait se solder par diverses constatations.

Il est tout d'abord possible que le « *droit commun* [soit] à la source du droit de la santé »¹⁴⁷. La santé est alors « *intégrée dans le fonctionnement des institutions civiles* »¹⁴⁸ et la loi spéciale « *s'incorpore* »¹⁴⁹ au droit commun.

Il est ensuite possible que le droit de la santé apparaisse comme un « *moteur d'évolution du droit commun* »¹⁵⁰ en renouvelant l'appréhension de notions bien connues. La loi spéciale « *contamine* »¹⁵¹ alors le droit commun et « *influence l'analyse traditionnelle d'un concept* »¹⁵². Le droit de la santé pourrait, en outre,

¹⁴⁶ Rappelons ici que le sujet porte bien sur l'influence du droit de la santé sur le droit de la famille et non sur l'influence de la science sur le droit de la famille. Sur les interactions entre droit et sciences, voir parmi une doctrine abondante : BAUDOIN J.-L., « L'incidence de la biologie et de la médecine moderne sur le droit civil », *Revue juridique Thémis*, 1970, 2, p. 217 ; BINET J.-R., *Droit et progrès scientifique : science du droit, valeurs et biomédecine*, Paris, Partage du savoir, PUF, 2002, 298 p. ; CORNAVIN T., « Théorie des droits de l'homme et progrès de la biologie », *Droits*, 1985, n° 2, p. 99 ; GOBERT M., « Les incidences juridiques des progrès des sciences biologique et médicale sur le droit des personnes », in *Génétique, procréation et droit*, Arles, Actes sud, 1985, p. 161 ; MAZEAUD H., « Le droit de la famille face aux progrès de la science médicale », in *Aspects du droit privé en fin du 20^e siècle : Études réunies en l'honneur de Michel de Juglart*, Paris, Montchrestien, Techniques, LGDJ, 1986, p. 45 ; NERSON R., « L'influence de la biologie et de la médecine modernes sur le droit civil », *RTD civ.*, 1970, p. 661 ; NERSON R., « Les progrès scientifiques et l'évolution du droit familial » in *Le droit privé français au milieu du XX^e siècle. Études offertes à Georges Ripert*, Tome 1, Paris, LGDJ, 1950, p. 403 ; OUELLETTE M., *Droit et science*, Montréal, Thémis, 1986, 176 p. ; PIRNAY P., *Bioéthique et droit : interaction*, Bordeaux, Essentiel, LEH, 2011, 158 p. ; ROBERT J., « La biologie et la génétique face aux incertitudes du droit », *Rev. dr. publ.*, 1984, n° 5, p. 1255 ; SAVATIER R., « Le droit civil de la famille et les conquêtes de la biologie », *D.*, 1948, Chron. IX, p. 33 ; THÉLIN M.-H., « L'incidence de la biologie et de la médecine moderne sur le droit civil », in *Recueil de travaux suisses présentés au VII^e congrès international de droit comparé*, Bâle, Helbing & Lichtenhahn, 1970, p. 123 ; CNRS, *Droit et sciences*, APD, 1991, Tome 36, p. 5 ; EDELMAN B., « Sujet de droit et techno-science », *APD*, 1989, Tome 34, p. 165 ; RIPERT G., *Les forces créatrices du droit*, Paris, LGDJ, 1955, p. 31 ; SAVATIER R., *Les métamorphoses économiques et sociales du droit privé aujourd'hui. L'universalisme renouvelé des disciplines juridiques*, Seconde série, Paris, Dalloz, 1959, p. 235 ; FEUILLET-LIGER B., « Un droit à l'écoute de la bioéthique ou une bioéthique à l'écoute du droit ? », *RGDM*, 2008, n° 29, p. 63 ; TAORMINA G., « Le droit de la famille à l'épreuve du progrès scientifique », *D.*, 2006, n° 16, p. 1071.

¹⁴⁷ COUR DE CASSATION, *Rapport annuel de la Cour de cassation : la santé dans la jurisprudence de la Cour de cassation*, Paris, La documentation française, 2008, p. 51.

¹⁴⁸ LABRUSSE-RIOU C., « Code civil et Code de la santé publique », *RDSS*, 2008, n° 3, p. 433.

¹⁴⁹ GASSIN R., « Lois spéciales et droit commun », *D.*, 1961, 19^e cahier, Chron. XVIII, p. 96.

¹⁵⁰ Expression reprise à : TRÉBULLE F.-G., « Place et domaine d'un droit privé de l'environnement », *Bulletin du droit de l'environnement industriel*, 2009, Supplément au n° 19, p. 21.

¹⁵¹ GASSIN R., « Lois spéciales et droit commun », *D.*, 1961, 19^e cahier, Chron. XVIII, p. 96.

¹⁵² *Ibid.*

permettre de révéler certaines « *limites du droit privé* »¹⁵³ et, par là même, nécessiter de repenser certaines notions.

Enfin, il est possible que le droit de la santé apparaisse comme un moteur de subversion du droit civil. On note alors une « *autorité des notions ou critères biomédicaux* »¹⁵⁴ sur le droit civil. L'apogée d'un tel mouvement résiderait dans la création d'un droit commun nouveau par des lois spéciales, « *phénomène qui se produit lorsqu'une discipline juridique acquiert (...) son autonomie* »¹⁵⁵.

14. Exposé pratique de la méthode utilisée pour traiter la problématique – En ce qui concerne le droit comparé, signalons que cette thèse recourt parfois à l'approche conceptuelle consistant à comparer les institutions ou les notions de différents pays¹⁵⁶. Deux principales objections peuvent être formulées à l'encontre d'une telle méthode. Tout d'abord, il n'y a pas de concordance parfaite entre les notions juridiques utilisées dans les deux pays. Ensuite, si certaines notions se retrouvent dans les deux pays, force est de constater qu'elles n'ont pas le même sens ni les mêmes implications. Il faut donc être vigilant car deux termes identiques peuvent désigner des réalités différentes. On tentera donc de procéder à une « *interprétation-explicitation* » des notions afin de ne pas conclure hâtivement à leur identité. Au vu de ces difficultés, l'approche fonctionnelle, consistant à déterminer dans les droits étudiés « *des problèmes à résoudre* », puis à « *comparer les solutions apportées* » à ces problèmes dans les différents pays¹⁵⁷, sera souvent privilégiée. Cette méthode permet de surmonter l'absence de similitude des notions et des concepts, dans la mesure où elle part d'une vision plus factuelle.

La détermination de l'influence du droit de la santé sur le droit de la famille est en outre passée par le recensement des articles du Code de la santé publique faisant référence de manière explicite ou implicite aux liens familiaux¹⁵⁸. En droit civil, la famille est traditionnellement appréhendée comme « *un groupe de personnes unies par des rapports de parenté et d'alliance* »¹⁵⁹. Toutefois, comme le constate M. FARGE, « *l'expression « lien familial » (...) ne fait l'objet d'aucune définition juridique incontestable et définitive. (...) La notion de « lien familial » est incertaine, évolutive et éminemment politique* »¹⁶⁰. Par ailleurs, les conceptions du lien familial varient d'un champ à l'autre du droit. Cela explique que nous ayons adopté une approche pragmatique en répertoriant le vocabulaire, mentionné dans les textes juridiques, susceptible d'englober directement ou indirectement les liens familiaux. Une telle approche éclaire utilement l'appréhension du lien familial par le droit de la santé et son influence sur les règles de droit de la famille.

15. Justification du choix du plan – Cette première étape a permis de délimiter le champ de la thèse. L'influence du droit de la santé se manifeste à la fois sur la définition du lien familial et sur le régime juridique découlant des liens familiaux. Les thématiques concernées par cette influence sont nombreuses. Elles pourraient de prime abord sembler très hétéroclites. Cette diversité aurait pu expliquer un traitement

¹⁵³ Expression reprise à : TRÉBULLE F.-G., « Place et domaine d'un droit privé de l'environnement », *Bulletin du droit de l'environnement industriel*, 2009, Supplément au n° 19, p. 23.

¹⁵⁴ LABRUSSE-RIOU C., « Code civil et Code de la santé publique », *RDSS*, 2008, n° 3, p. 434.

¹⁵⁵ GASSIN R., « Lois spéciales et droit commun », *D.*, 1961, 19^e cahier, Chron. XVIII, p. 97.

¹⁵⁶ JALUZOT B., « Méthodologie du droit comparé, bilan et prospective », *RIDC*, 2005, Vol. 57, n° 1, p. 39.

¹⁵⁷ *Ibid.*

¹⁵⁸ Voir annexe 2 : liste des articles du CSP susceptibles d'englober les liens familiaux.

¹⁵⁹ MALAURIE P., *La famille*, Paris, Droit civil, Defrénois, Lextenso, 2011, pp. 6-7.

¹⁶⁰ FARGE M., « Avant-propos », in MARIA I., FARGE M. (Dir.), *Le lien familial hors du droit civil de la famille*, Paris, Colloques & essais, Lextenso-Fondation Varenne, 2014, p. 8.

juridique partiel de la question, c'est-à-dire fondé soit sur l'étude de l'influence du droit de la santé sur la création du lien familial, soit sur celle de l'influence du droit de la santé sur la fonction protectrice du lien familial. Une telle scission du sujet n'est cependant pas apparue opportune.

D'abord, les thèses sur des thématiques particulières comme l'assistance médicale à la procréation, les actes médicaux sur le corps du mineur ou celui des personnes âgées sont d'ores et déjà nombreuses¹⁶¹. L'intérêt de notre approche réside justement dans sa dimension élargie. Son caractère novateur résulte de l'appréhension du lien familial dans l'ensemble du droit de la santé.

Ensuite, la scission du sujet en aurait nécessairement limité la pertinence. En effet, l'influence du droit de la santé est relativement étendue. Ce droit contribue à la reconnaissance des liens de couple et de filiation, en encadrant l'accès à l'assistance médicale à la procréation et aux empreintes génétiques. Il participe ainsi à la détermination même du lien familial. Il exerce également une influence sur les droits et devoirs familiaux, en modelant notamment l'autorité parentale, la protection des majeurs et, plus largement, les formes de la solidarité familiale. Ces deux types d'influence constituent deux aspects indissociables d'une même problématique. En effet, étudier la manière dont la famille est saisie par le droit implique nécessairement d'en décrire la définition et le régime.

Cette subdivision classique, fondée sur la distinction nature/régime, aurait aisément pu former les deux parties de cette thèse. Cependant, elle atténuait l'apport du droit comparé qui est un élément fondamental. Une présentation fondée sur l'utilité du droit comparé a donc été privilégiée, bien qu'elle implique de réaliser un mouvement de va-et-vient entre l'influence exercée par le droit de la santé sur la détermination du lien familial et celle exercée sur les droits et devoirs familiaux.

16. Plan – Ainsi, on recherchera la façon dont les droits de la santé de chacun des pays ont appréhendé les difficultés pratiques auxquelles la France et la Suisse ont été confrontées. Le droit comparé révélera l'influence du droit de la santé sur le droit de la famille (Partie 1). Cette première partie permettra d'acquérir une connaissance suffisamment approfondie de chacun des deux droits, laquelle constitue un préalable nécessaire à leur mise en perspective. Elle permettra, en outre, d'éviter les critiques parfois émises à l'encontre du caractère « *superficiel* » de la méthode fonctionnelle qui ignorerait les « *particularités des droits* » en accordant une place trop importante « *aux solutions juridiques* »¹⁶². Une fois cette approche relativement statique réalisée, il sera possible de poser des pistes de réflexion dans une perspective plus dynamique. La comparaison, ainsi mise au « *service de la connaissance du droit* »¹⁶³, permettra de renouveler l'analyse du droit français à la lumière du droit suisse. L'influence du droit de la santé sur le droit de la famille pourra alors être repensée grâce au droit comparé (Partie 2).

¹⁶¹ Ces thèses seront mentionnées au fur et à mesure de la présentation de chacune de ces thématiques.

¹⁶² DELYANNI-DIMITRAKOU C., « Les mutations des prémisses philosophiques du droit comparé », in *De tous horizons - Mélanges Xavier Blanc-Jouvan*, Paris, Société de législation comparée, 2005, p. 34 et p. 36.

¹⁶³ SACCO R., *La comparaison juridique au service de la connaissance du droit*, Paris, Études juridiques comparatives, Economica, 1991, p. 8.

PARTIE 1 : L'INFLUENCE DU DROIT DE LA SANTÉ SUR LE DROIT EXTRAPATRIMONIAL DE LA FAMILLE, RÉVÉLÉE PAR LE DROIT COMPARÉ

17. **Le droit comparé en tant que révélateur de l'influence du droit de la santé sur le droit de la famille** – L'objectif essentiel du droit comparé réside dans l'identification des différences existant entre plusieurs modèles juridiques, afin d'en renforcer la connaissance¹⁶⁴. La comparaison du droit français et du droit suisse s'est de ce fait imposée. En effet, alors qu'il s'agit de pays proches, ayant des traditions pour partie communes, les deux droits présentent d'importantes différences. Ces différences se manifestent principalement autour du droit à la connaissance de ses origines et de l'articulation entre l'autonomie du patient et la protection familiale dont il bénéficie. Il aurait été possible d'axer le plan autour des points communs et des différences entre les deux droits, ce qui aurait sans doute donné le sentiment d'une approche plus dynamique des résultats de la comparaison. Toutefois, une telle présentation nous a semblé inopportune à double titre. D'une part, la comparaison des droits montre que l'influence du droit de la santé sur le droit de la famille varie selon les thématiques concernées. Les sensibilités nationales et les enjeux juridiques ne sont pas similaires en fonction des enjeux familiaux en cause. Une présentation thématique permet donc de mieux identifier les vecteurs de variation. D'autre part, au sein d'une même thématique, il arrive que l'influence du droit de la santé sur le droit de la famille ne soit pas uniforme. Elle n'est pas linéaire et la présenter comme telle aurait donné lieu à une simplification inexacte du cheminement qui a eu lieu dans chacun des deux droits. Cela explique pourquoi une présentation thématique, plus statique, a été conservée. L'influence du droit de la santé sur la détermination des liens familiaux sera d'abord présentée (Titre 1), avant de s'attacher à l'influence du droit de la santé sur les droits et devoirs familiaux (Titre 2).

¹⁶⁴ SACCO R., *La comparaison juridique au service de la connaissance du droit*, Paris, Études juridiques comparatives, Economica, 1991, p. 8.

TITRE 1 : L'INFLUENCE DU DROIT DE LA SANTÉ SUR LA DÉTERMINATION DES LIENS FAMILIAUX EN FRANCE ET EN SUISSE

18. **Détermination des activités médicales concernées par le droit de la santé** – L'identification des règles de droit de la santé susceptibles d'influer sur les règles de droit de la famille apparaît primordiale. Le droit de la santé peut être défini, en partie du moins, comme « *le droit de la réglementation des pratiques biomédicales* »¹⁶⁵. Dans ce cadre, il régit trois principales catégories d'activités susceptibles de nous intéresser.

La première correspond à ce qui est parfois appelé le « *droit de la reproduction* »¹⁶⁶ et englobe la réglementation des actes médicaux tels que l'interruption de grossesse, la procréation médicalement assistée ou encore la stérilisation. En réglementant ces actes, dont la finalité consiste à permettre aux patients d'avoir ou non des enfants, le droit de la santé contribue à « *produire l'homme* »¹⁶⁷ et influence par là même la reconnaissance des liens familiaux.

La deuxième catégorie correspond à la régulation des conditions de réalisation de l'identification par empreintes génétiques. De tels actes ne contribuent pas à faire naître des individus mais à révéler les liens biologiques entre eux. Le droit de la santé, en ce qu'il réglemente l'accès à ces tests, s'avère potentiellement porteur d'influence sur les liens familiaux puisqu'il peut donner lieu à la remise en cause des liens préexistants et à la création de nouveaux liens de filiation.

Enfin, une troisième catégorie, l'opération des personnes transsexuelles, s'avère plus problématique d'un double point de vue. La première difficulté a trait à son incorporation au sein du droit de la santé. En effet, la question du transsexualisme n'apparaît ni dans le Code de la santé publique¹⁶⁸, ni dans certains ouvrages essentiels dans lesquels elle n'est visée que de manière allusive à propos d'autres problématiques¹⁶⁹. Néanmoins, plusieurs ouvrages intègrent clairement l'étude de l'encadrement juridique du transsexualisme¹⁷⁰. On peut d'ailleurs penser que le défaut de mention au sein du Code de la santé

¹⁶⁵ LAUDE A., MATHIEU B., TABUTEAU D., *Droit de la santé*, Paris, Thémis, PUF, 2012, p. 601.

¹⁶⁶ *Ibid.*, p. 603.

¹⁶⁷ BAUDOUIN J.-L., LABRUSSE-RIOU C., *Produire l'homme, de quel droit ? Étude juridique et éthique des procréations artificielles*, Paris, Les voies du droit, PUF, 1987, 288 p. ; BINET J.-R., *Droit médical*, Paris, Cours, Montchrestien, Lextenso, 2010, p. 139.

¹⁶⁸ *Code de la santé publique*, Paris, Codes Dalloz professionnels, Dalloz, 2014, 3644 p.

¹⁶⁹ LAUDE A., MATHIEU B., TABUTEAU D., *Droit de la santé*, Paris, Thémis, PUF, 2012, 768 p. : l'index ne se réfère pas à cette question ; DEMICHEL A., *Le droit de la santé*, Bordeaux, LEH, 2011, 142 p. : la seule mention du transsexualisme est faite à la p. 61 qui envisage les atteintes volontaires au corps du patient ; BINET J.-R., *Droit médical*, Paris, Cours, Montchrestien, Lextenso, 2010, p. 145 : mention du transsexualisme à l'occasion du recours à l'AMP ; LECA A., *Droit de l'exercice médical en clientèle privée*, Bordeaux, Intempora, LEH, 2013, 590 p. : quelques mentions du caractère pathologique du transsexualisme (p. 61 et p. 238) ; ELSHOUD S., *L'essentiel du droit de la santé et du droit médical*, Paris, Ellipse, 2010, 144 p. : l'index ne se réfère pas à cette question.

¹⁷⁰ MÉMETEAU G., *Cours de droit médical*, Bordeaux, LEH, 2010, pp. 423-424 : intégration au sein des quasi-contrats médicaux ; BERTHIAU D., *Droit de la santé*, Paris, Mémentos, Gualino, 2007, pp. 194-200 : intégration au sein des actions de santé relatives à l'identité sexuelle ; AUBY J.-M., *Le droit de la santé*, Paris, Thémis PUF, 1981, pp. 429-430 : intégration au sein des atteintes au corps humain en dehors des actions de prévention ou de traitement des maladies ; *Dictionnaire permanent santé, bioéthique, biotechnologies*, Éditions législatives, Étude : transsexualisme ; *Lamy droit de la santé*, Étude 336 : transsexualisme : intégrant la

publique pourrait s'expliquer par le caractère jurisprudentiel de la matière. Dans la mesure où plusieurs auteurs intègrent le transsexualisme au sein du droit de la santé, il ne semble pas possible d'en exclure l'étude. Néanmoins, un second critère d'exclusion peut être envisagé. En effet, l'objectif poursuivi est de déterminer, de manière générale, l'influence du droit de la santé sur le lien familial. Dès lors, toutes les questions liées au changement de sexe qui se rapportent davantage à l'état civil de la personne et au genre¹⁷¹ ne concernent pas directement la problématique. Seules les conséquences familiales de l'encadrement du transsexualisme relèvent de la thématique envisagée puisqu'il s'agit bien d'étudier l'influence de régulation jurisprudentielle d'un acte médical, permettant de changer de sexe, sur le lien familial. Toutefois, il nous semble peu opportun d'envisager les conséquences du changement de sexe sans envisager les conditions auxquelles il est subordonné. La thématique du transsexualisme, qui revêt une certaine spécificité, ne sera donc pas étudiée.

19. Relevé des références aux liens de couple et de filiation en droit de la santé – Une fois déterminées les activités médicales incluses dans notre champ d'étude, il est apparu nécessaire de procéder à un relevé systématique des dispositions de droit de la santé mentionnant le lien familial. La codification du droit de la santé français favorise ce recensement. Elle constitue un point de départ pour la délimitation du champ d'analyse du droit suisse qui ne bénéficie pas d'une telle codification. Les lois suisses particulières à chacun des domaines ayant donné lieu à une référence aux liens familiaux en droit français ont donc été analysées. L'étude de l'ensemble des dispositions françaises et suisses montre que les règles encadrant les activités biomédicales se réfèrent fréquemment aux liens familiaux, tant dans leur aspect vertical que dans leur aspect horizontal.

En ce qui concerne la dimension horizontale du lien, il est intéressant de constater que le Code de la santé publique français se réfère exclusivement au lien de couple pour désigner le couple parental, ce qui témoigne indiscutablement de la spécificité de l'appréhension de l'acte médical procréatif en droit de la santé. Le droit suisse se réfère à la notion de couple dans ces mêmes hypothèses.

En revanche, le Code de la santé publique français se montre nettement plus discret dès lors qu'il s'agit du lien de filiation, qui n'est mentionné qu'à trois reprises¹⁷². Il convient d'y ajouter les dispositions codifiées au sein du Code civil issues des lois de bioéthique de 1994¹⁷³. En effet, ces lois ont clairement affiché leur objectif, lequel consiste à encadrer les activités biomédicales¹⁷⁴. Leur codification au sein du

problématique dans les activités spécifiques de santé ; PÉDROT P. (Dir.), *Dictionnaire de droit de la santé et de la biomédecine*, Paris, Dictionnaires de droit, Ellipses, 2006, pp. 443-445.

¹⁷¹ Sur cette question voir : KUHN C., « Droit et transsexualisme : la consécration d'une métamorphose », in ZATTARA-GROS A.-F., *Bioéthique et genre*, LGDJ, Lextenso, 2013, p. 201 ; « Chapitre 1 : sexe et genre », in BERENI L., CHAUVIN S., JAUNAIT A., REVILLARD A., *Introduction aux études sur le genre*, Bruxelles, Ouvertures politiques, De Boeck, 2012, pp. 23-55.

¹⁷² Art. L 2113-3 CSP (composition de la commission nationale de biologie de la reproduction et du diagnostic prénatal par des personnalités ayant compétence dans le domaine de la filiation) ; Art. R 2144-2 CSP (information du donneur de gamètes sur les dispositions relatives au don et sur leurs conséquences sur le droit de la filiation) ; Art. R 2141-2 CSP (information des membres du couple donneur d'un embryon sur les dispositions relatives à l'accueil d'embryon et leurs conséquences sur le droit de la filiation).

¹⁷³ Loi n° 94-654 du 29 juillet 1994 relative au don et à l'utilisation des éléments et produits du corps humain, à l'assistance médicale à la procréation et au diagnostic prénatal, *JORF*, 30 juillet 1994, p. 11060 (cette loi ne fait qu'envisager le commission nationale de la médecine et de biologie de la reproduction) ; Loi n° 94-653 du 29 juillet 1994 relative au respect du corps humain, *JORF*, 30 juillet 1994, p. 11056 (art. 16-11 relatif à l'identification d'une personne par ses empreintes génétiques) ; Art. 311-19 et 311-20 (relatifs à la filiation en cas de procréation médicalement assistée).

¹⁷⁴ AN, Projet de loi relatif au corps humain et modifiant le Code civil, Présenté au nom de Mme Édith CRESSON par M. Michel SAPIN, n° 2599, Enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 25 mars 1992, Exposé des motifs, p. 2 : « Les développements récents des sciences de la vie sont de nature à multiplier les formes d'intervention sur le corps humain et les utilisations de celui-ci. Une telle évolution rend

Code civil traduit d'ailleurs clairement l'influence du droit de la santé sur le lien familial. Quant au droit suisse, il mentionne fréquemment le lien de filiation dans la LPMA¹⁷⁵ et dans la LAGH¹⁷⁶.

20. Influence du droit de la santé sur le lien de couple et sur le lien de filiation – L'étude de l'ensemble des dispositions susmentionnées montre que le droit de la santé exerce, dans chacun des pays, une influence sur le lien de couple (Chapitre 1) mais aussi sur le lien de filiation (Chapitre 2).

nécessaire une réflexion sur le statut de la personne humaine au regard de son corps » ; AN, Projet de loi relatif au don et à l'utilisation des éléments et produits du corps humain et à la procréation médicalement assistée, et modifiant le Code de la santé publique, Présenté au nom de Mme Édith CRESSON par M. Jean-Louis BIANCO, n° 2600, Enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 25 mars 1992, Exposé des motifs pp. 2-3 : « *Les progrès de la biologie et de la génétique sont en passe de bouleverser les modes d'intervention de la médecine. (...) Il faut éviter que le corps humain soit traité comme une entité dissociée de la personne (...). Le présent projet de loi vise, en deuxième lieu, à répondre au fait que celle-ci est désormais en mesure d'intervenir directement sur les processus naturels de vie* ».

¹⁷⁵ Art. 3 LPMA (bien de l'enfant, détermination des couples bénéficiaires de la PMA) ; Art. 22 LPMA (utilisation du sperme provenant de dons, identité de groupe sanguin et ressemblance physique entre le donneur et le membre du couple à l'égard duquel la filiation va être établie) ; Art. 23 LPMA (lien de filiation, interdiction de le contester et exclusion de l'action en paternité) ; Art. 43 LPMA (lien de filiation, enfants nés avant l'entrée en vigueur de la loi).

¹⁷⁶ Art. 1^{er} LAGH (champ d'application) ; Art. 31 LAGH (profils visant à établir la filiation d'une personne, principe) ; Art. 33 LAGH (profils visant à établir la filiation d'une personne en procédure administrative) ; Art. 34 LAGH (établissement de la filiation hors procédure).

CHAPITRE 1 : L'ÉVOLUTION DU LIEN DE COUPLE

RÉVÉLÉE PAR LE DROIT COMPARÉ

21. Utilité de la référence à la notion de couple – La multiplication des références au couple par le droit de la santé nécessite de revenir brièvement sur l'utilité de cette notion. La reconnaissance du couple en tant que notion juridique répond à la nécessité pour le juriste de conceptualiser, c'est-à-dire d'abstraire et de généraliser le réel (induction) afin de pouvoir ensuite l'appliquer à la réalité (déduction)¹⁷⁷. Ainsi, l'un des principaux intérêts de cette notion réside dans sa faculté à englober les divers modes de vie en commun au sein d'une même catégorie afin de leur appliquer un régime juridique unifié¹⁷⁸, aboutissant à créer une sorte de « *droit commun du couple* »¹⁷⁹.

22. Les critiques liées à l'émergence de la notion de couple – La consécration d'un « *droit commun du couple* »¹⁸⁰ fait l'objet de trois principales critiques, liées notamment à sa coexistence avec d'autres notions. Cette idée de droit commun apparaissant encore en retrait dans la doctrine suisse, seule la doctrine française sera ici développée.

Une première critique est liée au fait que la notion de couple n'englobe pas systématiquement le lien existant entre deux personnes vivant en commun, ce qui contribue à en limiter la portée. À titre d'exemple, le Code de la santé publique se réfère parfois à d'autres notions telles que la famille ou les proches.

Il est en outre possible de s'interroger sur l'intérêt même de consacrer une notion unifiée tout en créant des statuts particuliers. En effet, « *depuis que le législateur a consacré la notion de couple, ce n'est plus au concubinage [ni au PACS] mais à cette notion nouvelle qu'il faut se référer* »¹⁸¹. L'idée selon laquelle la notion de couple introduit en droit civil un nouveau modèle est donc très prégnante. Pourtant, il semble que la notion de couple se superpose parfois aux notions déjà existantes. Deux illustrations tirées du Code de la santé publique montrent les limites de l'utilité de cette notion. La réglementation relative à l'AMP ne se réfère au « couple » que pour partie. En effet, l'article L 1141-10 CSP dispose que « *les époux, les partenaires liés par un pacte civil de solidarité ou les concubins qui, pour procréer, recourent à une assistance médicale nécessitant l'intervention d'un tiers donneur doivent préalablement donner, dans les conditions prévues par le Code civil, leur consentement au juge ou au notaire* ». Le terme de « couple » ne semble donc pas empêcher le recours aux catégories existantes en droit civil. L'article L 3211-2 plaide également en ce sens¹⁸².

¹⁷⁷ LÉCUYER H., « Rapport introductif », in BRUNETTI-PONS C. (Dir.), *La notion juridique de couple*, Paris, Études juridiques n° 4, Economica, 1998, pp. 3-5.

¹⁷⁸ GABRIEL A., *L'influence du lien de couple sur la théorie de la représentation*, Aix-Marseille, Collection du Centre Pierre Kayser, PUAM, 2011, p. 29.

¹⁷⁹ LABBÉE X., *Le droit commun du couple*, Villeneuve d'Ascq, Presses universitaires du Septentrion, 2012, 245 p.

¹⁸⁰ *Ibid.*

¹⁸¹ BRUNETTI-PONS C. « L'émergence d'une notion juridique de couple en droit civil », *RTD Civ.*, 1999, n° 1, p. 27 et s., § 26.

¹⁸² Il se contente de se référer au statut des personnes en mentionnant que le juge des libertés et de la détention peut être saisi d'une demande de mainlevée d'une mesure de soins psychiatriques par « *son conjoint, son concubin, la personne avec laquelle elle est liée par un pacte civil de solidarité* ».

Enfin, l'idée même de recourir à un droit commun du couple a pu être critiquée en ce qu'elle contiendrait le germe du déclin du pluralisme du droit de la famille. Il a en effet été souligné que « *la proposition qui consisterait à construire un droit commun de base applicable à toute forme de conjugalité, fondé sur la volonté de vivre en couple, soulève un certain nombre d'interrogations majeures. En cas de convergence encore accentuée du régime juridique du mariage, du PACS et du concubinage, quid des principes de pluralisme et d'autonomie de la volonté consacrant une réelle liberté de choix pour les individus entre les différents modes de conjugalité existants* »¹⁸³. Le pluralisme se traduit, au plan légal, par le fait que la loi tend davantage à proposer qu'à imposer, conduisant ainsi à refuser « *une loi dictée par une sorte d'idéal et [à préférer] une loi (...) flegmatique, parcellaire et empirique* »¹⁸⁴. Le rapprochement des différents régimes viendrait donc limiter la liberté de choix des individus. Il convient cependant de relever que l'émergence d'un droit commun ne fait pas obstacle à l'existence de règles spécifiques à chaque type de couple¹⁸⁵. Cela limite toutefois l'intérêt du recours à la notion de couple, celle-ci se contentant de se superposer aux catégories existantes pour aboutir à un régime juridique commun sur certains points particuliers uniquement.

23. Le couple : une notion fonctionnelle – Au-delà des critiques liées à l'approche unificatrice inhérente à la notion de couple, il convient de relever une limite de la notion de couple qui réside dans son caractère fonctionnel. Le conceptualisme est essentiel en droit en ce qu'il participe à l'opération de qualification. Il est alors nécessaire que « *tout concept juridique soit susceptible d'une définition fondée sur les attributs qu'il comporte et les relations spécifiques entre ses divers éléments. Une définition doit représenter un modèle permettant une comparaison afin que l'on puisse y rattacher les situations que sécrète la vie juridique* »¹⁸⁶. Cette définition du concept peut figurer dans une source du droit positif, être précisée par le juge ou suggérée par la doctrine. Si le couple apparaît comme une notion juridiquement consacrée, il pêche par la faiblesse de sa définition¹⁸⁷. Ainsi que nous le verrons, une définition légale en a été donnée afin de préciser les bénéficiaires de l'assistance médicale à la procréation. Il apparaît cependant que cette définition est, à elle seule, insuffisante pour déterminer les contours de la notion de couple. Le juge s'est également prononcé, mais sa définition du couple de concubins (union d'un homme et d'une femme) a été remise en question par la loi de 1999 relative au PACS qui ne suffit pas davantage à délimiter la notion. C'est donc essentiellement la doctrine, dans son rôle de proposition et de systématisation, qui a tenté de dégager une définition du concept juridique de couple, c'est-à-dire d'« *en décrire la substance et [d'] en révéler les critères distinctifs* »¹⁸⁸.

Les difficultés inhérentes à cette tâche de définition ont été surmontées par le recours à la distinction entre les notions conceptuelles et les notions fonctionnelles posée par le Doyen VEDEL¹⁸⁹. Les premières sont susceptibles « *de recevoir une définition complète selon les critères logiques habituels et [leur] contenu*

¹⁸³ 106^e CONGRES DES NOTAIRES DE FRANCE, *Couple, patrimoine : les défis de la vie à deux*, p. 113, Disponible sur : <http://www.scribd.com/doc/30854390/106eme-Congres-des-notaires-de-France-Couples-Patrimoines-les-defis-de-la-vie-a-deux>, Consulté le 3 juin 2012.

¹⁸⁴ LEMOULAND J.-J., « Le pluralisme et le droit de la famille, post-modernité ou pré-déclin ? », *D.*, 1997, n° 18, p. 133 et s., § 2.

¹⁸⁵ LABBEE X., *Le droit commun du couple*, Villeneuve d'Ascq, Presses universitaires du Septentrion, 2010, p. 16.

¹⁸⁶ BERGEL J.-L., *Méthodologie juridique*, Paris, Thémis, Droit privé, PUF, 2001, p. 108.

¹⁸⁷ SAGAUT J.-F., « Couples au XXI^e siècle : le nécessaire état des lieux de la conjugalité », *LPA*, 21 mai 2010, n° 101, p. 13.

¹⁸⁸ BERGEL J.-L., *Théorie générale du droit*, Paris, Méthodes du droit, Dalloz, 2012, p. 230.

¹⁸⁹ VEDEL G., « La juridiction compétente pour prévenir, faire cesser ou réparer la voie de fait », *JCP G*, 1950, I, 851, n° 4, auquel se réfère LÉCUYER H., « Rapport introductif », in BRUNETTI-PONS C. (Dir.), *La notion juridique de couple*, Paris, Études juridiques n°4, Economica, 1998, p. 7.

est déterminé une fois pour toutes »¹⁹⁰. Les secondes procèdent au contraire « *directement d'une fonction qui [leur] confère seule une véritable unité* »¹⁹¹. Le couple apparaît indiscutablement comme une notion fonctionnelle dans la mesure où il existe une sorte d' « *atomisation de la notion* »¹⁹². Comme le souligne J. NORMAND, il existe en réalité plusieurs notions de couple qui « *diffèrent dans le détail. Elles sont appréhendées quant aux caractéristiques requises, avec une rigueur variable selon le type d'effets que l'on prétend lui faire produire* »¹⁹³. Cette diversité se constate au sein des différentes branches du droit mobilisées mais résulte également de la dichotomie du couple.

24. Fonction de la notion de couple en droit de la santé – Il convient dès lors de s'interroger sur la fonction de la notion de couple en droit de la santé. Notons qu'il ne sera, pour l'instant, pas fait mention de la loi ouvrant le mariage aux couples de même sexe¹⁹⁴. En effet, nous recherchons l'influence du droit positif de la santé sur le droit de la famille. Or, jusqu'à présent, le couple mentionné en droit de la santé concerne exclusivement le couple parental hétérosexuel. Cette notion permet donc d'attribuer des prérogatives dans le domaine de la procréation. L'étude des différentes dispositions concernées montre que la reconnaissance du lien de couple par le droit de la santé s'est traduite doublement. Le droit de la santé a reconnu l'accès à l'assistance médicale à la procréation à certains couples particulièrement définis. Il a donc exercé une influence sur la détermination du couple parental (Section 1). Mais au-delà de la définition du couple susceptible d'accéder à l'assistance médicale à la procréation, le droit de la santé a participé à la consécration de prérogatives directement attachées au lien de couple (Section 2).

¹⁹⁰ *Ibid.*

¹⁹¹ *Ibid.*

¹⁹² NORMAND J., « Rapport de synthèse », in BRUNETTI-PONS C. (Dir.), *La notion juridique de couple*, Paris, Études juridiques n° 4, Economica, 1998, p. 152.

¹⁹³ *Ibid.*

¹⁹⁴ Sur cette question voir, *infra* § 435.

SECTION 1 : L'INFLUENCE DIVERGENTE DES DROITS DE LA SANTÉ SUR LA DÉFINITION DU COUPLE PARENTAL

25. La participation du droit de la santé à la consécration d'un modèle – Dans chacun des pays, le droit de la santé, en définissant la notion de couple, participe à la consécration d'un modèle familial. Le modèle doit ici être envisagé comme un « *archétype* »¹⁹⁵, c'est-à-dire comme « *un modèle idéal, intelligible, sur lequel a été copiée toute chose sensible* »¹⁹⁶. Or, il s'avère que « *le modèle archétype n'est pas neutre ; il poursuit plus ou moins ouvertement une fonction normative* »¹⁹⁷. Il s'agit d'une « *fonction de référence [qui] s'accomplit (...) à travers des opérations de jugement* »¹⁹⁸. Dans le domaine de l'assistance médicale à la procréation, ce modèle s'est construit par référence à des critères à la fois médicaux et familiaux visant à se rapprocher de la nature, c'est-à-dire à « *s'en tenir à une conformité d'apparence avec le modèle de la reproduction naturelle* »¹⁹⁹. Cette référence à la nature est fréquente, tant en droit français qu'en droit suisse²⁰⁰. Toutefois, l'archétype, en tant que conception d'un modèle idéal, « *semble conduire nécessairement à des exclusions* »²⁰¹. En effet, il semble que la notion de couple ait essentiellement pour objectif de déboucher sur ce qui est parfois appelé le « *non-droit des non-couples* »²⁰². L'émergence de la catégorie des couples conduit nécessairement à l'exclusion de tous les modes de vie insusceptibles de s'intégrer dans le modèle proposé par le législateur. Le recours au terme de couple permet donc d'évincer les personnes célibataires. En outre, dans le domaine de l'AMP, le couple doit être composé d'un homme et d'une femme, ce qui contribue à évincer les couples homosexuels. Ces pistes étant posées, il convient de détailler l'analyse. En France comme en Suisse, le droit de la santé définit le couple. Ce dernier constitue une composante d'un modèle médical et familial de l'AMP partagé par les deux pays (I). En définissant le couple bénéficiaire d'un acte médical, le droit de la santé participe à la construction d'une vision normative du couple parental, autrement dit d'un modèle. L'étude comparée des rapports entre ce modèle et le modèle du couple préexistant en droit de la famille, témoigne de la dimension novatrice du droit commun du couple, tel qu'il résulte du droit de la santé français (II).

¹⁹⁵ TERRASSON DE FOUGÈRES A., *Le modèle dans le droit de la famille : notion et fonction (essai de droit comparé interne)*, Paris II, Thèse en droit privé, 1994, p. 284.

¹⁹⁶ *Ibid.*, p. 285.

¹⁹⁷ *Ibid.*, p. 286.

¹⁹⁸ *Ibid.*

¹⁹⁹ BRUNET L., « Des usages protéiformes de la nature : essai de relecture du droit français de la filiation », in BONTE P., PORQUERES I GENE E., WILGAUX J. (Dir.), *L'argument de la filiation. Aux fondements des sociétés européennes et méditerranéennes*, Paris, Éditions de la maison des sciences de l'homme, 2011, p. 304.

²⁰⁰ *Ibid.*, p. 305 et s. ; NEK-CNE, *La procréation médicalement assistée. Considérations éthiques et propositions pour l'avenir*, Prise de position n° 22/2013, Berne, Décembre 2013, pp. 26-27.

²⁰¹ TERRASSON DE FOUGÈRES A., *Le modèle dans le droit de la famille : notion et fonction (essai de droit comparé interne)*, Paris II, Thèse en droit privé, 1994, p. 285.

²⁰² DEKEUWER-DÉFOSSÉZ F., « Réflexions sur les mythes fondateurs du droit contemporain de la famille », *RTD civ.*, 1995, n° 2, p. 258.

I. LE COUPLE PARENTAL, COMPOSANTE D'UN MODÈLE MÉDICAL ET FAMILIAL DE L'AMP PARTAGÉ PAR LES DEUX PAYS

26. Appréhension du couple par le droit de la santé – L'influence du droit de la santé sur la détermination du lien de couple se révèle à travers l'étude de l'assistance à la procréation. L'objectif consiste à confronter les réactions juridiques de deux pays de tradition romano-germanique, face à l'apparition de la procréation médicalement assistée. Plus particulièrement, il s'agit de déterminer comment le droit de la santé appréhende le couple.

27. Variation sémantique : AMP et PMA – Relevons au préalable une difficulté sémantique liée à cette comparaison. En effet, en Suisse, la loi se réfère au terme de « procréation médicalement assistée » qu'elle définit comme l'ensemble des « *méthodes permettant d'induire une grossesse en dehors de l'union naturelle de l'homme et de la femme, en particulier l'insémination, la fécondation in vitro avec transfert d'embryons et le transfert de gamètes* »²⁰³. En France, l'article 2141-1 CSP dispose que « *l'assistance médicale à la procréation s'entend des pratiques cliniques et biologiques permettant la conception in vitro, la conservation des gamètes, des tissus germinaux et des embryons, le transfert d'embryons et l'insémination artificielle* ». Le législateur a opté pour le terme d'« assistance médicale à la procréation » afin de montrer que « *la loi régit des activités médicales et non la procréation elle-même* »²⁰⁴. Les textes insérés dans le Code civil font quant à eux référence à la « procréation médicalement assistée ». Tout en gardant à l'esprit l'existence de cette dissociation, nous n'en ferons néanmoins pas usage dans le cadre de ce travail, dans la mesure où seule la France la consacre. Les termes AMP et PMA seront donc utilisés indifféremment.

28. Détermination du couple reconnu par le droit de la santé – Comme le prouve l'étude de la réglementation adoptée dans chacun des pays, la notion de couple constitue dans les deux États une référence du droit de la santé (A). Conformément à la méthode comparative retenue, il conviendra d'explicitier la notion de couple utilisée par le droit de la santé. Cela nous permettra de constater l'existence d'une conception relativement restrictive de la PMA dans chacun des pays (B). L'ensemble de ces éléments montre que le couple parental constitue une composante d'un modèle médical et familial de l'AMP.

A. La référence au couple dans le droit de la santé de chacun des deux pays

29. Après avoir retracé le processus normatif ayant conduit l'émergence commune d'une réglementation relative à l'AMP (1) et avoir expliqué en quoi il est possible de l'inclure dans la définition du droit de la santé, il sera loisible de relever la référence commune du droit de la santé au terme de « couple » (2).

²⁰³ Art. 2. a. de la loi fédérale sur la procréation médicalement assistée du 18 décembre 1998, Entrée en vigueur au 1er janvier 2001, RS 810.11, RO 2000 3055.

²⁰⁴ *Dictionnaire permanent santé, bioéthique et biotechnologies*, Étude : assistance médicale à la procréation, n° 2.

1. L'émergence commune d'une réglementation relative à l'AMP

30. Passage de l'éthique au droit – L'apparition des nouvelles techniques de procréation a permis à l'homme de maîtriser sa reproduction en la déconnectant des rapports charnels. La question de la légitimité puis de la régulation de ces pratiques s'est donc rapidement posée. Il convient, dès lors, de comparer la réaction juridique adoptée dans chacun des pays. Cette réaction, qui s'est déroulée en deux temps, permet d'identifier le passage de « *l'éthique au droit* »²⁰⁵.

31. L'encadrement éthique de la procréation médicalement assistée – En France, l'insémination artificielle avec donneur a d'abord été largement condamnée²⁰⁶. Dans les années 50, elle était décriée comme étant une pratique allant à l'encontre du « *respect de la société, de la famille voire de la dignité humaine* »²⁰⁷. On lui reprochait notamment de violer la loi naturelle et de constituer un adultère. Cette position a également été défendue par l'Église catholique²⁰⁸. L'IAD était alors reléguée au rang de pratique clandestine, rémunérée et pratiquée dans des conditions sanitaires souvent problématiques. G. DAVID a beaucoup œuvré pour l'acceptation sociale de l'insémination artificielle, en créant la première banque de sperme française. Son objectif était de permettre la « *reconnaissance de cette pratique comme moyen thérapeutique légitime de la stérilité masculine* »²⁰⁹. Cette réhabilitation est passée par l'adoption d'un certain nombre de principes regroupés au sein d'une charte appliquée par l'ensemble des CECOS (non-rétribution, paternité préalable, accord du conjoint du donneur...), ce qui a permis de rendre le donneur plus « *honorable* »²¹⁰. Dans la pratique des CECOS, l'IAD était ouverte aux couples mariés et aux couples stables de concubins hétérosexuels. La FIV a ensuite fait son apparition. Avec la naissance d'Amandine, le premier « bébé éprouvette » français, « *les techniques de fécondation in vitro ont fait des débuts fracassants (...), dans un grand déploiement médiatique. (...) Ces techniques ont d'emblée fait en France l'objet d'un engouement particulier, dû sans doute à la qualité des premières équipes médicales qui les ont mises en œuvre* »²¹¹.

En Suisse, « *les doutes initialement émis sur la licéité de l'IAD ne l'ont pas empêchée de se propager au cours des années septante, en même temps qu'a crû graduellement son acceptation morale* »²¹². L'académie suisse des sciences

²⁰⁵ CONSEIL D'ÉTAT (Section du rapport et des études), *Sciences de la vie : de l'éthique au droit*, Paris, La documentation française, 25 mars 1988, 208 p.

²⁰⁶ Pour plus de détails, voir : DAVID G., « Don et utilisation du sperme », in *Actes du colloque génétique, procréation et droit*, Paris, Actes sud, 1985, pp. 204-207.

²⁰⁷ RIVES N., « Peut-on se prononcer pour ou contre la levée de l'anonymat du don de gamètes », *Gynécologie, obstétrique et fertilité*, 2007, n° 35, p. 696.

²⁰⁸ La sacrée congrégation pour la doctrine de la foi, instruction sur le respect de la vie humaine naissante et la dignité de la procréation, 22 février 1987, citée par : COMMISSION FÉDÉRALE D'EXPERTS POUR LA GÉNÉTIQUE HUMAINE ET LA MÉDECINE DE LA REPRODUCTION, *Rapport au département fédéral de l'intérieur et au département fédéral de justice et police*, Berne, 19 août 1988, FF 1989 III 1015.

²⁰⁹ DAVID G., « Don et utilisation du sperme », in *Actes du colloque génétique, procréation et droit*, Paris, Actes sud, 1985, p. 206.

²¹⁰ INSTITUT SUISSE DE DROIT COMPARÉ, *Procréation artificielle, génétique et droit, Colloque de Lausanne des 29 et 30 novembre 1985*, Zurich, Schulthess, 1986, p. 66.

²¹¹ LENOIR N., *Rapport au Premier ministre, Aux frontières de la vie : une éthique biomédicale à la française*, Tome 1, Paris, Collection des rapports officiels, La documentation française, 1991, p. 28.

²¹² GUILLOD O., « Des cigognes aux éprouvettes : les méthodes changent, l'amour reste », In *Journées de la Société de législation comparée*, Paris, Société de législation comparée, 1989, Vol. 11, n° spécial, p. 639.

médicales, une association privée, a alors émis des directives sur l'insémination artificielle, en 1981²¹³, qui préconisaient son autorisation sous certaines conditions. Si ces directives n'ont pas de valeur juridique, elles jouissent d'une profonde considération, c'est pourquoi la jurisprudence et la doctrine tendent à s'y référer. D'après ces directives, l'insémination artificielle était ouverte aux couples mariés et aux couples de partenaires non occasionnels²¹⁴. Pourtant, alors que le recours à un tiers pour la procréation semblait acquis, l'apparition de la FIVETE a réactivé le débat sur l'admissibilité même de la procréation assistée. La FIV n'a donc pas bénéficié en Suisse du même engouement qu'en France. Trois éléments permettent de comprendre ce phénomène, au premier rang desquels figure le contexte social. Divers incidents ont en effet « *grandement contribué à présenter ces méthodes sous un jour douteux* »²¹⁵, ce à quoi il faut ajouter une confusion fréquente entre procréation assistée et manipulations génétiques au sein de la population. Ensuite, contrairement au don de sperme, le don d'ovule n'est pas sans risque pour la santé de la femme. Enfin, la FIVETE est beaucoup plus inquiétante que l'insémination artificielle, car « *depuis qu'il est possible techniquement qu'un être humain commence son développement en éprouvette, il devient vulnérable à un stade de développement où il avait toujours été protégé par le ventre de sa mère* »²¹⁶. Toutes ces raisons expliquent que l'ASSM ait fait le choix d'interdire tout don de cellules germinales dans ses directives de 1985 sur la FIVETE. Elle y relève une contradiction avec les directives sur l'IAD qu'elle justifie par l'existence d'une « *situation complexe* ». La contradiction a été résolue par l'adoption de directives médico-éthiques pour la procréation médicalement assistée du 31 décembre 1990 qui prévoient qu'« *il est permis d'utiliser les gamètes de tiers, mâles ou femelles, mais non les deux simultanément* »²¹⁷. Concernant les bénéficiaires de l'AMP, le point 3 des directives prévoyait que « *les méthodes de procréation artificielle ne doivent être pratiquées que sur des couples mariés ou des couples non mariés vivant dans des conditions analogues à celle de la vie conjugale et décidés à assumer eux-mêmes leurs obligations de parents envers l'enfant. Il est permis d'utiliser des gamètes mâles ou femelles de tiers. Le recours au don de gamètes mâles et femelles n'est autorisé que pour le traitement des couples mariés* »²¹⁸.

Dans les deux pays, la réglementation éthique encadrait le champ des bénéficiaires de la procréation médicalement assistée. Les bénéficiaires devaient former un couple hétérosexuel et l'AMP répondait uniquement à une indication médicale. En France comme en Suisse, les règles éthiques prévoyaient que la procréation homologue²¹⁹ était ouverte aux couples de conjoints et de concubins stables. Il existait donc une assimilation du concubinage au mariage. On pouvait cependant relever une différence concernant la procréation hétérologue²²⁰ puisque la Suisse ne l'ouvrait qu'aux couples mariés alors que la France en octroyait également le bénéfice aux couples non mariés.

²¹³ HITZIG W., « Position de la commission d'éthique de l'académie suisse des sciences médicales », *CMS*, 1993, Vol. 37, n° 2, p. 122.

²¹⁴ ASSM, *Recommandations d'éthique médicale sur l'insémination artificielle*, 1981, Point 2.

²¹⁵ COMMISSION FÉDÉRALE D'EXPERTS POUR LA GÉNÉTIQUE HUMAINE ET LA MÉDECINE DE LA REPRODUCTION, *Rapport au département fédéral de l'intérieur et au département fédéral de justice et police*, Berne, 19 août 1988, FF 1989 III 1012.

²¹⁶ MANDOFIA BERNEY M., CAMPANA A., « Introduction aux méthodes de procréation assistée », *CMS*, 1993, Vol. 37, n° 2, 1993, p. 111.

²¹⁷ HITZIG W., « Position de la commission d'éthique de l'académie suisse des sciences médicales », *CMS*, 1993, Vol. 37, n° 2, p. 124.

²¹⁸ ASSM, *Directives médico-éthiques pour la procréation médicalement assistée*, 1990, Point 3.

²¹⁹ C'est-à-dire avec les gamètes du couple.

²²⁰ C'est-à-dire avec don de gamètes.

32. L'encadrement juridique de la procréation médicalement assistée – Cette différence s'est maintenue avec le passage de l'éthique au droit qui eut lieu dans les deux pays de manière relativement précoce. Précisons toutefois qu'en raison de la structure fédérale de la Suisse, l'adoption de la législation s'est faite en deux temps. La Confédération bénéficiant d'une compétence d'attribution, les cantons sont compétents dans le domaine de la santé, à moins qu'une disposition de la Constitution n'habilite la Confédération à agir.

Dès 1986, les cantons se sont ainsi emparés de la question de l'autorisation des pratiques de procréation artificielle et ont légiféré de manière disparate. O. GUILLOD met en exergue la possibilité de scinder les cantons en deux²²¹. Les cantons latins se sont montrés beaucoup plus permissifs en autorisant en général la FIVETE homologue ainsi que l'insémination artificielle avec donneur ou non. Certains cantons, comme ceux de Vaud, de Genève ou de Neuchâtel renvoyaient aux directives de l'ASSM qui se voyaient alors conférer des effets au plan légal²²². Si le renvoi à une certaine version des directives n'était pas en soi problématique, O. GUILLOD émet de sérieux doutes sur la légitimité d'un renvoi aux directives « *dans leur dernière version* »²²³. En effet, nous avons pu voir que l'ASSM a modifié ses directives en 1990 en autorisant le don d'ovocytes. Ce simple changement de position d'une autorité privée aurait, dans ce cas, abouti à une modification substantielle de la législation cantonale, ce qui semble difficilement admissible vu le caractère fondamental des choix en cause²²⁴. Les cantons alémaniques²²⁵ avaient quant à eux adopté une attitude très restrictive et méfiante, laissant peu de place au désir d'enfant des couples stériles. En effet, la moitié d'entre eux n'autorisaient que l'insémination homologue. Ce fut notamment le cas du canton de Saint-Gall²²⁶.

On pourrait peut-être l'expliquer par l'influence allemande qui accorde une plus grande importance au droit du sang et par l'existence d'un certain climat de défiance vis-à-vis des nouvelles techniques. Dans ce débat de société, l'ouvrage du philosophe H. JONAS, « *Le principe de responsabilité* », a contribué « *à nourrir une peur souvent irrationnelle envers la technologie et spécialement le génie génétique* »²²⁷.

Ces législations cantonales restrictives ont donné au Tribunal fédéral l'occasion de se prononcer sur la licéité des pratiques de procréation médicalement assistée. Ce dernier a rendu un arrêt de principe à l'occasion de l'examen de la constitutionnalité de la loi saint-galloise²²⁸. Dans son arrêt, il adopte une position très favorable à l'intérêt des couples stériles dans la mesure où il accorde une protection constitutionnelle à l'accès à la PMA : un canton ne peut désormais plus interdire l'IAD et les éventuels

²²¹ GUILLOD O., « Des cigognes aux éprouvettes : les méthodes changent, l'amour reste », in *Journées de la Société de législation comparée*, Paris, Société de législation comparée, 1989, Vol. 11, n° spécial, p. 642.

²²² *Ibid.*

²²³ *Ibid.*

²²⁴ *Ibid.*

²²⁵ Voir notamment les législations des cantons de Saint-Gall, Glaris et Bâle-ville détaillées in : COMMISSION FÉDÉRALE D'EXPERTS POUR LA GÉNÉTIQUE HUMAINE ET LA MÉDECINE DE LA REPRODUCTION, *Rapport au département fédéral de l'intérieur et au département fédéral de justice et police*, Berne, 19 août 1988, FF 1989 III 1033-1035.

²²⁶ GUILLOD O., « Des cigognes aux éprouvettes : les méthodes changent, l'amour reste », in *Journées de la Société de législation comparée*, Paris, Société de législation comparée, 1989, Vol. 11, n° spécial, p. 642.

²²⁷ THÉVOZ J.-M., « La France et la Suisse opposées à propos de la protection de l'anonymat des donneurs de gamètes », *JIB*, 1996, Vol. 7, n° 1, pp. 23-27.

²²⁸ ATF 115 Ia 234.

risques pour l'enfant ne sont pas suffisants pour prohiber de manière générale l'accès à la PMA²²⁹. En revanche, le Tribunal ne se prononce pas sur la question de l'interdiction de la FIVETE hétérologue.

Le législateur fédéral est intervenu par la suite. Les choix législatifs réalisés en France et en Suisse ont été relativement différents quant au champ des pratiques autorisées. Alors que la France, dans la lignée de la jurisprudence de certains juges du fond²³⁰, a opté pour une large autorisation des pratiques de don (de gamètes, mais aussi d'embryon), la Suisse n'a autorisé que le don de sperme. Ces divergences peuvent s'expliquer, en partie, par le contexte social (défiance pour la FIV) que nous avons précédemment décrit, mais il ne faut pas non plus sous-estimer l'influence des modalités d'élaboration de la loi sur les choix législatifs.

La France a en effet, dans un premier temps, opté pour une approche plus « technicienne » que la Suisse où le peuple a largement été intégré aux débats. En France, la naissance du premier « bébé éprouvette » a conduit à la création du CCNE en 1983²³¹, suivie de peu par celle de l'OPECST²³². L'un des objectifs était de mener une réflexion indépendante en dépolitisant le débat. Dès 1984²³³, le CCNE a appelé de ses vœux une grande consultation publique et estimé que les citoyens devaient être associés à la réflexion. Si des journées annuelles d'éthique²³⁴ favorisèrent une relative participation des citoyens, le débat n'en resta pas moins cantonné aux instances. Un grand colloque multidisciplinaire²³⁵ fut organisé afin de mieux cerner les enjeux auxquels la société devait faire face et divers rapports furent rendus²³⁶. Seul le CCNE émit quelques réserves éthiques quant au don d'ovocytes, sans pour autant s'y opposer²³⁷. Ces réserves tenaient notamment à l'absence de connaissance des effets de la dissociation de la maternité génétique et de la maternité gestationnelle. Une première discussion eut lieu devant le Parlement, mais fut interrompue par le changement de gouvernement et de majorité. La rédaction d'un dernier rapport fut confiée à J-F. MATTEI et le processus aboutit à l'adoption de deux lois²³⁸. Les deux types de don de gamètes furent autorisés. Nous voyons donc qu'en France, le processus ayant conduit à l'adoption des lois de 1994 a consisté, pour l'essentiel, dans la rédaction de rapports par des professionnels et dans le débat

²²⁹ Voir également : ATF 119 Ia 460 (concernant l'interdiction générale de la FIV).

²³⁰ TGI Rennes, 30 juin 1993 : *JCP G*, 1994, II, 22250, Note NEIRINCK C. : validité de la convention applicable au prélèvement des ovocytes et de la fécondation *in vitro* avec le sperme de l'homme au regard de l'article 1128 CC.

²³¹ Décret n° 83-132 du 23 février 1983 portant création d'un Comité consultatif national d'éthique pour les sciences de la vie et de la santé, *JORF*, 25 février 1983, p. 630.

²³² Loi n° 83-609 du 8 juillet 1983 portant création d'une délégation parlementaire dénommée Office parlementaire d'évaluation des choix scientifiques et technologiques, *JORF*, 9 juillet 1983, p. 2125.

²³³ CCNE, Avis n° 3, « Problèmes éthiques nés des techniques de reproduction artificielle », 23 octobre 1984, 16 p.

²³⁴ AMBROSELLI C., WORMSER G. (Dir.), *Du corps humain à la dignité de la personne humaine, Genèse, débats et enjeux des lois d'éthique biomédicale*, Paris, Documents, actes et rapports pour l'éducation, Centre national de documentation pédagogique, 1999, p. 90.

²³⁵ ACTES DU COLLOQUE, *Génétique, procréation et droit*, Arles, Actes sud, 1985, 570 p.

²³⁶ ALNOT M.-O., *Les procréations artificielles : rapport préliminaire au Premier ministre*, Paris, La documentation française, Février 1986, 229 p. ; CONSEIL D'ÉTAT (Section du rapport et des études), *Sciences de la vie : de l'éthique au droit*, Paris, La documentation française, 25 mars 1988, 208 p. ; LENOIR N., *Rapport au Premier ministre, Aux frontières de la vie : une éthique biomédicale à la française*, Tome 1, Paris, Collection des rapports officiels, La documentation française, 1991, 237 p. ; AN, Rapport d'information déposé par la commission des affaires culturelles, familiales et sociales et la commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République sur la bioéthique, Par M. Bernard BIOULAC, n° 2565, Enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 18 février 1992.

²³⁷ Cité par MAGE T., *La bioéthique devant le parlement français 1988-1994*, Tome 3, p. 595.

²³⁸ Loi n° 94-653 relative au respect du corps humain et loi n° 94-654 relative au don et à l'utilisation des éléments et produits du corps humain à l'AMP et au diagnostic prénatal, du 29 juillet 1994, *JORF*, 30 juillet 1994, p. 11056 et p. 11060.

au Parlement. La loi de 1994 a été révisée en 2004 puis en 2011 sans que les pratiques autorisées n'aient été remises en question.

La Suisse s'illustre par la place accordée au citoyen dans le processus décisionnel²³⁹, beaucoup plus importante qu'en France, ce qui n'est pas sans conséquence sur les solutions adoptées. Dans un premier temps, le Conseil fédéral a préféré ne pas intervenir dans ce domaine arguant de ce qu'il « *suivait attentivement les efforts déployés par le Conseil de l'Europe* » et « *qu'il était urgent d'attendre* »²⁴⁰. C'est l'influence du peuple qui a permis de lancer le processus normatif. En effet, le Beobachter a lancé, en 1985, une initiative populaire « *contre l'application abusive des techniques de reproduction et de manipulation génétique à l'espèce humaine* ». Elle demandait l'introduction d'un article 24^{octies} donnant compétence à la Confédération pour légiférer afin d'éviter les abus, notamment dans le domaine de la reproduction humaine. Ses auteurs désiraient « *obtenir que la médecine de la reproduction et les méthodes du génie génétique applicables à l'homme ne soient utilisées qu'avec une réserve extrême* », sans pour autant « *en interdire l'usage à bon escient* »²⁴¹. En 1986, le Conseil fédéral a chargé une commission pluridisciplinaire d'experts de rédiger un rapport. Cette commission s'est prononcée en faveur de l'autorisation du don de gamètes en général. Ses conclusions rejoignaient donc les positions adoptées en France dans les divers rapports. En vertu d'une proposition de la commission AMSTAD, le Conseil fédéral élaborait un contre-projet à l'initiative, laquelle fut finalement retirée. Le contre-projet fut modifié par les chambres et l'article 24^{novies} entra en vigueur, à la suite de la votation populaire du 17 mai 1992. Cet article donnait compétence à la Confédération pour légiférer tout en lui fixant des lignes directrices. Elle devait veiller, par ses prescriptions, à protéger la dignité humaine, la personnalité et la famille. Bien qu'il y ait eu un débat sur une éventuelle interdiction du don d'ovocytes, le constituant renvoya cette question au législateur²⁴². Seuls les dons d'embryons et la maternité de substitution sont donc constitutionnellement interdits.

Mais le contexte social de l'époque était très tendu, si bien que le soir même de la votation populaire une nouvelle initiative populaire « *pour une procréation respectant la dignité humaine* » fut annoncée puis déposée le 19 janvier 1994. Elle visait à modifier l'article 24^{novies} afin d'interdire toute procréation en dehors du corps de la femme, ainsi que l'utilisation des gamètes issus de tiers²⁴³. Si cette initiative avait abouti, toutes les techniques de PMA auraient été constitutionnellement interdites, à part l'IAC. Le Conseil fédéral, se rangeant derrière l'interprétation donnée par le Tribunal fédéral, a estimé que les prescriptions de l'initiative seraient disproportionnées et feraient de la législation suisse la législation la plus stricte d'Europe²⁴⁴. Les risques que faisait courir l'adoption de cette initiative populaire aux couples stériles ont alors conduit le législateur à adopter (sous la forme d'un contre-projet indirect à l'initiative) une

²³⁹ Voir annexe 3 : le processus législatif en droit fédéral suisse.

²⁴⁰ GUILLOD O., « Des cigognes aux éprouvettes : les méthodes changent, l'amour reste », in *Journées de la Société de législation comparée*, Paris, Société de législation comparée, 1989, Vol. 11, n° spécial, p. 640.

²⁴¹ Message concernant l'initiative populaire « *contre l'application abusive des techniques de reproduction et de manipulation génétique à l'espèce humaine* », 18 septembre 1989, FF 1989 III 946.

²⁴² Message relatif à l'initiative populaire « *pour la protection de l'être humain contre les techniques de reproduction artificielle (initiative pour une procréation respectant la dignité humaine, PPD)* » et à la loi fédérale sur la procréation médicalement assistée (LPMA), 26 juin 1996, FF 1996 III 207.

²⁴³ *Ibid.*, FF 1996 III 209-210.

²⁴⁴ *Ibid.*, FF 1996 III 218.

loi d'exécution de l'article 24^{novies} très restrictive, permettant de rassurer la population²⁴⁵. La question de l'interdiction du don d'ovocytes fut très controversée, aussi bien en procédure de consultation que devant les chambres²⁴⁶. L'avant-projet et le projet de loi l'interdisaient²⁴⁷. Il fut introduit par le Conseil des États²⁴⁸, mais refusé par le Conseil national²⁴⁹ qui l'emporta au stade de l'élimination des divergences²⁵⁰. La prohibition a donc été choisie à une courte majorité.

Cet aperçu historique montre l'importance capitale que peuvent jouer les modalités d'élaboration d'une loi sur les positions adoptées. Si, à l'instar de la position française, celle du rapport AMSTAD était relativement permissive, on voit clairement la pression que les initiatives populaires ont pu faire peser sur le législateur. Il faudrait par ailleurs y ajouter celle qui découle du référendum facultatif. Il faut, en effet, signaler qu'en Suisse toute loi peut être soumise à un référendum si 50 000 citoyens ou 8 cantons en font la demande dans les 100 jours suivant sa publication à la feuille fédérale²⁵¹. Si la majorité de la population se prononce contre la loi, cette dernière ne peut pas entrer en vigueur. Il s'agit alors d'un désaveu du Parlement, dont le travail est anéanti. Il est clair que de pareilles menaces aboutissent nécessairement à des positions restrictives, notamment lorsqu'il s'agit de sujets aussi brûlants que la PMA.

33. L'émergence d'un droit de la santé dans les deux pays – Il résulte de cet historique que les deux pays ont réagi de manière relativement similaire en adoptant des lois spécifiques : la loi relative au don et à l'utilisation des éléments et produits du corps humain, à l'assistance médicale à la procréation et au diagnostic prénatal²⁵² pour la France, et la loi relative à la procréation médicalement assistée²⁵³ pour la Suisse. Ces deux textes s'insèrent dans la définition matérielle que nous avons donnée du droit de la santé. En effet, il s'agit de règles destinées à réguler les activités biomédicales et en particulier l'assistance médicale à la procréation. D'un point de vue formel, il est également possible de mettre en avant un processus normatif particulier qui pourrait plaider en faveur de la spécificité du droit de la santé en tant que champ du droit. Dans les deux pays, on observe que la pratique ayant devancé le droit, la procréation médicalement assistée s'est d'abord développée en dehors de tout cadre juridique. Les médecins, conscients des dérives possibles, ont spontanément encadré les pratiques avant que la loi ne prenne le relais. Il faut également souligner la volonté d'intégrer la réflexion citoyenne dans le processus décisionnel, dans la mesure où la France, suivant en cela la démocratie suisse, a organisé des États généraux de la bioéthique lors de la dernière révision de la loi. L'existence de l'encadrement de la PMA par le droit de la santé étant démontrée, il est désormais possible de s'intéresser aux références à la notion de couple au sein de cette réglementation.

²⁴⁵ BOURRIT B.-F., « Procréation médicalement assistée », in BERTRAND D., DUMOULIN J.-F., LA HARPE R., HUMMEL M., *Médecin et droit médical*, Genève, Médecine et hygiène, 2009, pp. 248-249.

²⁴⁶ MANAÏ D., *Droits du patient et biomédecine*, Berne, Stämpfli, 2013, p. 331.

²⁴⁷ *Ibid.*

²⁴⁸ *Ibid.*

²⁴⁹ *Ibid.*

²⁵⁰ *Ibid.*

²⁵¹ Voir annexe 3 : le processus législatif en droit fédéral suisse.

²⁵² Loi 94-654 du 29 juillet 1994 relative au don et à l'utilisation des éléments et produits du corps humain à l'AMP et au diagnostic prénatal, *JORF*, 30 juillet 1994, p. 11060.

²⁵³ Loi fédérale sur la procréation médicalement assistée du 18 décembre 1998, Entrée en vigueur au 1er janvier 2001, RS 810.11, RO 2000 3055.

2. La référence commune du droit de la santé au terme de « couple »

34. **Référence légale à la notion de couple** – Si l'on compare les législations de la France et de la Suisse, on se rend compte que sur le fond, les deux pays ont fait des choix différents quant aux pratiques autorisées. La position suisse est plus stricte dans la mesure où les dons d'ovocytes et d'embryons sont interdits. Ainsi, les couples ayant besoin d'un don d'ovocytes pour pouvoir procréer ne peuvent en bénéficier. Mis à part cet aspect, la position des deux pays est relativement similaire lorsqu'il s'agit de déterminer les bénéficiaires de l'assistance médicale à la procréation. La LPMA et la loi relative au don et à l'utilisation des éléments et produits du corps humain, à l'AMP et au diagnostic prénatal ont encadré l'AMP en l'insérant dans un cadre à la fois familial et médical. L'accès aux techniques médicales de procréation est réservé aux couples. Cette notion est largement utilisée dans les deux pays puisque ce terme est mentionné à seize reprises dans la LPMA et apparaît trente-cinq fois dans la loi n° 94-654. De nombreux auteurs français ont d'ailleurs pu souligner que cette loi est à l'origine de l'apparition de « *la notion théorique de couple* »²⁵⁴ en droit civil. Confrontés à un progrès scientifique, les deux pays ont donc choisi d'adopter une réglementation faisant appel à la notion de couple. Dès lors, il convient de se demander ce que recouvre ce terme dans les deux pays. Il faut, en effet, rester vigilant dans la mesure où, en droit comparé, deux termes juridiques *a priori* équivalents peuvent ne pas recouvrir deux réalités identiques.

B. Le couple, composante d'une conception restrictive de l'AMP dans chacun des pays

35. Dans les deux pays, la réglementation relative à l'AMP s'est référée au terme de couple. La loi française comme la loi suisse ont ainsi posé des critères de définition du couple susceptible de bénéficier d'une assistance médicale à la procréation. Ces critères sont de deux ordres et permettent de conclure à l'adoption commune d'une conception restrictive de l'AMP qui revêt une dimension à la fois familiale (1) et médicale (2).

1. L'adoption commune d'une conception familiale de l'AMP

36. **Conception familiale commune aux deux pays** – La France et la Suisse prônent une conception familiale de l'AMP. Ces deux pays s'inscrivent ainsi en contradiction avec d'autres qui se sont tournés vers une conception plus individualiste, voire consumériste²⁵⁵. Cette conception familiale de l'AMP transparaît à travers un certain nombre de conditions.

²⁵⁴ FENOUILLET D., « Le droit civil de la famille hors le Code civil », *LPA*, 21 septembre 2005, n° 188, p. 3 et s, Note 69.

²⁵⁵ POUSSON-PETIT J., « Procréation artificielle dans les pays romanistes », in MEULDERS-KLEIN M.-T., DEECH R., VLAARDINGERBROEK P. (Dir.), *Biomedicine, the family and human rights*, La Haye, Kluwer law international, 2002, p. 515.

37. Les conditions tenant à l'âge du couple (en âge de procréer et vivants) – La condition relative à l'âge du couple se décline doublement, le couple devant être vivant et en âge de procréer dans chacun des pays. En France, l'article L 2141-2 al. 2 dispose que « *l'homme et la femme formant le couple doivent être (...) en âge de procréer* ». La Suisse pose une exigence plus stricte à l'article 3 al. 2 let. b. LPMA puisque le couple doit, en considération de son âge et de sa situation personnelle, être à même d'élever l'enfant jusqu'à sa majorité. La disposition suisse constitue une concrétisation de la protection de la famille prévue par l'article 119 de la Constitution fédérale. Pour le législateur, cette protection passe notamment par le souci de garantir à l'enfant un cadre familial pendant toute sa croissance. L'âge des parents doit donc être mis « *en rapport avec le bien de l'enfant* »²⁵⁶. Cette condition permet en outre de se rapprocher de la procréation naturelle²⁵⁷. Elle marque la réprobation du législateur envers les grossesses tardives. Enfin, elle permet de protéger l'ensemble de la société en évitant, dans un premier temps, toute déstructuration liée à un bouleversement des écarts intergénérationnels. Dans un second temps, elle évite à la collectivité de devoir subvenir aux besoins d'un enfant orphelin. Ces mêmes considérations ont prévalu lorsque le législateur a imposé que le couple soit en vie²⁵⁸. Bien que la question d'une éventuelle autorisation du transfert d'embryon *post mortem* ait été largement discutée lors de l'adoption de la loi relative à la bioéthique de 2011, le législateur français a finalement fait le choix de maintenir l'interdiction de toute procréation *post mortem*.

38. Les conditions tenant à la différence de sexe – Contrairement à d'autres pays, comme l'Angleterre ou l'Espagne, où le droit individuel d'une personne à procréer est primordial, la France et la Suisse ont estimé que la liberté individuelle devait s'effacer devant l'intérêt de l'enfant à naître au sein d'une famille traditionnelle composée d'un père et d'une mère, « *pas un de plus* », « *pas un de moins* »²⁵⁹. Il s'est agi d'affirmer « *la valeur des structures naturelles de la parenté* »²⁶⁰. L'idée selon laquelle les nouvelles possibilités techniques ne devaient pas conduire à une déstructuration de la famille a été fondamentale. La Suisse et la France ont estimé que l'intérêt de l'enfant était d'avoir à la fois un référent paternel et maternel. Il en résulte l'exclusion des femmes seules ainsi que des couples de même sexe.

S'agissant des femmes seules, G. DAVID a pu indiquer qu'elles étaient « *normale[s]* » et « *qu'il n'y a[vait donc] pas de problème médical* »²⁶¹. Cette phrase résume tout l'enjeu de la détermination du cadre à donner à l'AMP avec tiers donneur : doit-il s'agir d'une simple méthode alternative de procréation supplémentaire ou, au contraire, doit-elle elle constituer un mode subsidiaire destiné à pallier certaines difficultés spécifiques ? Certains pays, à l'image de l'Angleterre, ont fait le choix de consacrer l'accès à l'AMP sous la forme d'un droit individuel de la femme. Ils considèrent alors l'AMP comme un service

²⁵⁶ Message relatif à l'initiative populaire « pour la protection de l'être humain contre les techniques de reproduction artificielle (initiative pour une procréation respectant la dignité humaine, PPD) » et à la loi fédérale sur la procréation médicalement assistée (LPMA), 26 juin 1996, FF 1996 III 245.

²⁵⁷ *Ibid.*, FF 1996 III 246.

²⁵⁸ Art. L 2141-2 al. 2 CSP : « *L'homme et la femme formant le couple doivent être vivants* » ; Art. 3 al. 4 LPMA : « *Il est interdit d'utiliser les gamètes ou les ovules imprégnés d'une personne après sa mort* ».

²⁵⁹ CONSEIL D'ÉTAT (Section du rapport et des études), *Sciences de la vie : de l'éthique au droit*, Paris, La documentation française, 25 mars 1988, p. 57.

²⁶⁰ *Ibid.*

²⁶¹ DAVID G., « Don et utilisation du sperme », in *Actes du colloque génétique, procréation et droit*, Paris, Actes sud, 1985, pp. 203-224.

dont les femmes seraient des usagères²⁶². Cette conception, d'inspiration consumériste, tend à une certaine instrumentalisation de l'homme, réduit au rang de simples paillettes. Elle pose la question de la réification de l'enfant. En effet, la forte protection accordée à la volonté individuelle de la femme conduit à la naissance « *d'enfants juridiquement sans père* »²⁶³. C'est cette raison qui a poussé nos pays à refuser l'accès à l'AMP aux femmes célibataires. L'arbitrage entre les valeurs en présence a consisté en une limitation de la liberté personnelle des femmes au profit de l'intérêt de l'enfant à bénéficier d'un double référent, et de celui de l'ensemble de la société au maintien de l'indisponibilité de l'état des personnes, en empêchant un individu d'amputer l'état d'un autre être²⁶⁴. S'il est vrai que dans les faits de telles situations se produisent, il a été avancé qu'il est cependant différent de les cautionner en favorisant la création. Quant à la comparaison avec l'adoption qui est ouverte aux femmes célibataires, les deux pays ont estimé qu'il n'était pas contradictoire de créer une différence de régime dans la mesure où l'objectif de ces deux institutions divergeait²⁶⁵. L'autorisation de l'accès à la PMA à des femmes célibataires conduirait également à remettre en cause les critères médicaux.

La position des deux pays est également proche s'agissant des couples homosexuels. En France, l'exclusion des couples de même sexe résulte explicitement de l'article L 2141-2 al. 2 qui se réfère à « *l'homme et la femme formant le couple* ». La dernière révision de la loi relative à la bioéthique n'est pas revenue sur ce point bien que le Sénat ait accepté en première lecture l'ouverture de l'AMP aux couples homosexuels²⁶⁶. En Suisse, l'exclusion des couples de femmes homosexuelles est plus implicite. Elle découle de la lecture combinée des articles 119 al. 2 let. c de la Constitution fédérale et de l'article 3 al. 2 let. a de la LPMA²⁶⁷. Le premier texte dispose que « *le recours aux méthodes de procréation médicalement assistée n'est autorisé que lorsque la stérilité ou le danger de transmission d'une grave maladie ne peuvent être écartés d'une autre manière* ». Les femmes homosexuelles étant le plus souvent fertiles d'un point de vue médical, elles se voient refuser l'accès à la PMA. Les couples d'hommes sont également exclus en vertu de l'article 119 al. 2 let. d de la Constitution fédérale prohibant la maternité de substitution. Le second texte, disposant que la PMA « *est réservée aux couples à l'égard desquels un rapport de filiation peut être établi (au sens des art. 252 à 263 du Code civil)* », aboutit également à écarter les couples homosexuels.

²⁶² FLAUSS-DIEM J., « Filiation et accès à l'aide médicale à la procréation : points de vue des droits français et anglais », *LP4*, 16 octobre 1996, n° 125, p. 17.

²⁶³ *Ibid.*

²⁶⁴ Voir, en ce sens : Cass. ass. plén., 31 mai 1991, n° 90-20.105. : *Bull. ass. plén.*, 1991, n° 4 ; *GAJC*, 2007, n° 50 ; *D.*, 1991, 417, Rapp. CHARTIER, Note THOUVENIN D. ; *JCP G*, 1991, II, 21752, Comm. BERNARD, Concl. DONTENWILLE, Note TERRÉ F. ; *Defrénois*, 1991, 948, Obs. MASSIP J. ; *RTD civ.*, 1991, 517, Obs. HUET-WEILLER D.

²⁶⁵ Message relatif à l'initiative populaire « pour la protection de l'être humain contre les techniques de reproduction artificielle (initiative pour une procréation respectant la dignité humaine, PPD) » et à la loi fédérale sur la procréation médicalement assistée (LPMA), 26 juin 1996, FF 1996 III 244-245 : « *L'adoption par une seule personne n'a toutefois lieu que dans des cas exceptionnels, lorsqu'elle se justifie par le bien de l'enfant (...). De plus à l'inverse de ce qui se passe en PMA, l'adoption a pour seul but de venir en aide à un enfant déjà né. En interdisant l'accès de femmes seules aux méthodes de procréation médicalement assistée, l'article 3 (...) ne crée donc pas de contradiction avec le droit de l'adoption* ».

²⁶⁶ Amendement n° 25 rectifié, présenté par GODEFROY J.-P. *et al.*, proposant de modifier le Code de la santé publique en prévoyant : « *Les personnes formant le couple doivent être vivantes, en âge de procréer et consentir* » : SÉNAT, Séance du 7 avril 2011, *JORF, Débats parlementaires*, 8 avril 2011, Compte rendu intégral, p. 2603 (pour la présentation de l'amendement) et p. 2608 (pour l'adoption de l'amendement).

²⁶⁷ Message relatif à l'initiative populaire « pour la protection de l'être humain contre les techniques de reproduction artificielle (initiative pour une procréation respectant la dignité humaine, PPD) » et à la loi fédérale sur la procréation médicalement assistée (LPMA), 26 juin 1996, FF 1996 III 244.

39. Les conditions tenant au statut du couple – Une fois constaté que l'AMP est ouverte aux couples hétérosexuels, se pose la question du statut de ce couple.

En Suisse, il convient de distinguer la PMA homologue et hétérologue. La procréation médicalement assistée homologue est ouverte aux couples à l'égard desquels un lien de filiation peut être établi sans plus de précision ; le texte ne fait aucune référence au mariage. Il procède donc à une assimilation²⁶⁸ du mariage et du concubinage justifiée par « *la diversité des modes de vie en commun en Suisse* »²⁶⁹. Cette assimilation est encore renforcée par l'absence d'une exigence supplémentaire visant à s'assurer de la stabilité des couples de concubins. S'il a été souligné qu'une certaine stabilité est nécessaire eu égard au bien de l'enfant, deux arguments ont conduit à refuser la mention d'un délai de vie commune. Le premier est lié aux difficultés de preuve. Il a en effet été souligné qu'« *il serait difficile d'obtenir les données nécessaires pour juger si ces exigences sont réalisées ou non dans chaque cas* »²⁷⁰. Le second résulte de la longue durée inhérente au processus de PMA. « *Le recours à la PMA est une ultima ratio, qui constitue une épreuve pour le couple et qui, par conséquent, requiert une certaine stabilité de ce couple. En 1993, la durée moyenne de stérilité du couple avant que soit tentée une fécondation in vitro était de 5,5 ans, selon les données de la Société suisse de Fertilité-Stérilité et Planning familial. En d'autres termes, cela signifie qu'aucune grossesse n'est survenue durant le délai mentionné malgré des relations sexuelles régulières non protégées* »²⁷¹. S'agissant de la PMA avec tiers donneur, la Constitution fédérale ne contient pas de dispositions relatives à l'accès des couples non mariés à l'AMP mais l'article 3 LPMA dispose que seul le « *couple marié peut recourir à un don de sperme* ». Cet article tend à protéger le bien de l'enfant²⁷². La place qui lui est accordée dans la loi (premier article du chapitre consacré à la PMA) montre l'attachement tout particulier que lui accorde le législateur. Il est en effet considéré comme « *un pilier du droit de la famille [qui] compte au nombre des motifs d'intérêt public bien fondés de notre société* »²⁷³. La formulation de cet article donne à penser que le bien de l'enfant ne serait pas assuré en cas de don de gamètes à un couple de concubins du fait des règles applicables en droit de la filiation.

En droit français, la question du statut du couple a fait l'objet d'une évolution. Sous l'empire de la loi de 1994, l'article L 152-2 CSP disposait que « *l'homme et la femme formant le couple doivent être (...) mariés ou en mesure d'apporter la preuve d'une vie commune d'au moins deux ans* ». Le législateur français avait donc procédé à une assimilation du concubinage au mariage, s'agissant de la possibilité même d'accéder à l'assistance médicale à la procréation, tout en exigeant une condition de durée pour les couples non mariés. Cette assimilation a été réalisée par le recours à la notion de couple.

Lors des débats parlementaires, plusieurs amendements ont été déposés afin de réserver l'accès à la procréation médicalement assistée aux couples mariés. On peut en donner deux principaux exemples.

²⁶⁸ PAPAUX VAN DELDEN M.-L., *L'influence des droits de l'homme sur l'osmose des modèles familiaux*, Genève, Helbing & Lichtenhahn, 2002, p. 263.

²⁶⁹ Message relatif à l'initiative populaire « pour la protection de l'être humain contre les techniques de reproduction artificielle (initiative pour une procréation respectant la dignité humaine, PPD) » et à la loi fédérale sur la procréation médicalement assistée (LPMA), 26 juin 1996, FF 1996 III 244.

²⁷⁰ *Ibid.*

²⁷¹ *Ibid.*

²⁷² En témoigne son intitulé : « *Bien de l'enfant* ».

²⁷³ Message relatif à l'initiative populaire « pour la protection de l'être humain contre les techniques de reproduction artificielle (initiative pour une procréation respectant la dignité humaine, PPD) » et à la loi fédérale sur la procréation médicalement assistée (LPMA), 26 juin 1996, FF 1996 III 243.

Un sous-amendement n° 214 a été présenté par M. LAFFINEUR. Il s'interrogeait : « *Puisqu'on nous demande qu'il y ait un couple stable, quelle plus grande stabilité que le mariage ? (...) N'y a-t-il pas eu engagement devant témoins ? Certes ce n'est pas une assurance complète – il y a énormément de divorces –, mais nous aurions là un commencement d'assurance* »²⁷⁴. Il est également possible de se référer à l'amendement n° 58 déposé par C. BOUTIN qui estimait que « *l'engagement des époux, qui se veut « pour le meilleur et pour le pire » est la seule garantie d'une sincère volonté commune d'accueillir et d'élever ensemble l'enfant tant désiré. Il est question non de faire appel à une notion de valeur, mais de se référer à une notion d'engagement et de responsabilité. La capacité des parents à s'engager l'un envers l'autre est une garantie minimale à l'engagement qu'ils vont prendre de mettre au monde un enfant* »²⁷⁵. Ces amendements ne furent pas retenus et le législateur consacra l'assimilation du concubinage au mariage.

Le législateur français de 1994 n'a toutefois pas procédé à une assimilation totale, dans la mesure où il a exigé pour les couples non mariés la preuve d'une vie commune d'au moins deux ans. Ce n'est donc qu'à condition de prouver sa stabilité que le couple de concubins se voyait octroyer les mêmes droits que les couples mariés. Cette exigence d'un délai de vie commune a fait l'objet d'une divergence entre l'Assemblée nationale et le Sénat. L'Assemblée nationale avait refusé d'exiger un délai de vie commune du fait des difficultés de preuve de ce délai, de son incapacité à garantir la stabilité du couple²⁷⁶ et de l'inclusion de la notion de durée dans la définition médicale de l'infertilité²⁷⁷. Le Sénat insistait au contraire sur l'exigence de stabilité. Il souhaitait donc que les candidats à l'AMP, mariés ou non, vivent en couple depuis deux ans au moins non seulement du fait de l'intérêt de l'enfant à naître au sein d'un couple stable²⁷⁸, mais aussi afin de décourager les « *faux couples* »²⁷⁹ ; il préconisait en outre de rédiger le texte « *de façon précise plutôt que de se référer à la constatation d'un phénomène médico-scientifique (l'infertilité)* »²⁸⁰. La question du délai fit l'objet de discussions en commission mixte paritaire. Le choix fut réalisé de conserver la durée de vie commune uniquement pour les couples non mariés, au motif que « *la notion de durée pour les couples mariés (est) une pénalisation* » et qu'il fallait laisser à ces derniers une « *présomption de stabilité* »²⁸¹. Pour les couples non mariés, le délai a été maintenu afin de « *prendre par avance la défense de l'enfant, et surtout éviter des cas (...) de fécondation in vitro réalisées par des couples illégitimes, avec des complications juridiques à la clé* »²⁸². Cette distinction fut dénoncée par J.-Y. LE DEAUT qui souligna qu'« *adroitement, M. le rapporteur a réussi à éliminer cette référence (au délai) pour les couples mariés mais elle est maintenue – un peu comme un résidu – pour les couples*

²⁷⁴ Propos tenus par LAFFINEUR M. : AN, 3^e séance du 14 avril 1994, JORF, *Débats parlementaires*, 15 avril 1994, Compte rendu intégral, pp. 858-859.

²⁷⁵ Propos tenus par BOUTIN C. : AN, 1^{re} séance du 19 avril 1994, JORF, *Débats parlementaires*, 20 avril 1994, Compte rendu intégral, p. 948.

²⁷⁶ Voir les propos du garde des sceaux : AN, 2^e séance du 23 novembre 1992, JORF, *Débats parlementaires*, 24 novembre 1992, Compte rendu intégral, p. 5876 : « *Reste une condition supplémentaire prévue par l'amendement, à savoir le caractère notoire et stable de l'union dans laquelle vivent les demandeurs. Tout comme M. le rapporteur, je crains qu'un tel ajout ne soit quelque peu irréaliste, parce que des éléments probants ne pourront pas toujours être fournis sur ce point. Par conséquent, il m'apparaît plus sage de se référer simplement au concept de couple* ».

²⁷⁷ Voir les propos tenus par MATTÉI J.-F. : AN, 3^e séance du 14 avril 1994, JORF, *Débats parlementaires*, 15 avril 1994, Compte rendu intégral, p. 860.

²⁷⁸ SÉNAT, Séance du 18 janvier 1994, JORF, *Débats parlementaires*, 19 janvier 1994, Compte rendu intégral, p. 238.

²⁷⁹ Propos tenus par CHÉRIOUX J. : SÉNAT, Séance du 17 mai 1994, JORF, *Débats parlementaires*, 18 mai 1994, Compte rendu intégral, p. 1604.

²⁸⁰ Propos tenus par CHÉRIOUX J. : SÉNAT, Séance du 18 mai 1994, JORF, *Débats parlementaires*, 19 mai 1994, Compte rendu intégral, p. 1641.

²⁸¹ Propos tenus par MATTÉI J.-F. : AN, 2^e séance du 15 juin 1994, JORF, *Débats parlementaires*, 16 juin 1994, Compte rendu intégral, p. 3038.

²⁸² *Ibid.*

non mariés, ce qui ne manquera pas, dans certains cas, de susciter des difficultés»²⁸³. Il indiquait espérer une amélioration du texte sur ce point lors de sa prochaine révision.

Ses vœux ne furent exaucés qu'en 2011 lors de la seconde révision des lois de bioéthique. Initialement, le projet de loi prévoyait de mentionner dans la loi les partenaires pacsés, en leur donnant accès à l'AMP selon les mêmes conditions qu'aux couples mariés, dans la mesure où le pacs « *garantit également la stabilité du couple* »²⁸⁴. La détermination du statut du couple a de nouveau divisé l'Assemblée nationale et le Sénat. En première et en deuxième lecture, l'Assemblée nationale avait adopté un texte supprimant la référence au délai de vie en commun et au statut²⁸⁵. Au contraire, le Sénat avait supprimé la finalité médicale de l'AMP en l'ouvrant aux couples homosexuels féminins²⁸⁶, ce qui aboutissait à une réelle assimilation de tous les couples. En deuxième lecture, le Sénat a abandonné l'ouverture de l'AMP aux couples de femmes homosexuelles et a rétabli la mention au statut du couple (marié, pacsé ou en mesure d'établir une vie commune d'au moins deux ans)²⁸⁷. La commission mixte paritaire s'est rangée à la position de l'Assemblée nationale²⁸⁸ en consacrant une vision médicale de l'AMP. Désormais, l'article L 2141-2 ne comporte plus aucune référence au statut de la personne ni à la durée de communauté de vie ; il se contente de se référer à « *l'homme et la femme formant le couple* ».

40. Il résulte de cette description que les deux pays ont adopté une conception familiale de l'AMP, contrairement à d'autres États ayant adopté une conception plus individualiste. Les conditions médicales d'accès à l'AMP font émerger un autre point de rencontre des deux législations.

2. L'adoption commune d'une conception médicale de l'AMP

41. **Exigence commune de critères médicaux** – Les couples susceptibles de bénéficier des techniques d'assistance médicale à la procréation doivent également répondre à des critères médicaux dans les deux pays. Ces indications médicales sont limitativement énumérées.

42. **Des indications médicales semblables** – Les deux premières indications sont semblables dans les deux pays. L'assistance médicale à la procréation peut d'abord constituer une réponse à une infertilité ou à une stérilité. En Suisse, l'article 119 al. 2 let. c de la Constitution fédérale dispose que « *le recours aux méthodes de PMA n'est autorisé que lorsque la stérilité (...) ne peut être écartée d'une autre manière* ». L'article 5 de la

²⁸³ Propos tenus par LE DÉAUT J.-Y. : AN, 2^e séance du 15 juin 1994, JORF, *Débats parlementaires*, 16 juin 1994, Compte rendu intégral, p. 3041.

²⁸⁴ Projet de loi relatif à la bioéthique, *Étude d'impact*, 18 octobre 2010, p. 75.

²⁸⁵ Rejet d'un amendement n° 56 présenté par BRETON X. et visant à rétablir le texte prévu par la loi du 6 août 2004 : AN, 3^e séance du 10 février 2011, JORF, *Débats parlementaires*, 11 février 2011, Compte rendu intégral, pp. 1035-1036.

²⁸⁶ Amendement n° 25 rectifié, présenté par GODEFROY J.-P. *et al.*, proposant de modifier le Code de la santé publique en prévoyant : « *Les personnes formant le couple doivent être vivantes, en âge de procréer et consentir* » : SÉNAT, Séance du 7 avril 2011, JORF, *Débats parlementaires*, 8 avril 2011, Compte rendu intégral, p. 2603 (pour la présentation de l'amendement) et p. 2608 (pour l'adoption de l'amendement).

²⁸⁷ Modification proposée par la commission des affaires sociales : SÉNAT, Rapport fait au nom de la commission des affaires sociales sur le projet de loi, adopté avec modifications par l'Assemblée nationale en deuxième lecture, relatif à la bioéthique, Par M. Alain MILON, n° 571, Enregistré à la Présidence du Sénat le 1^{er} juin 2011, p. 36.

²⁸⁸ AN/SÉNAT, Rapport au nom de la commission mixte paritaire chargée de proposer un texte sur les dispositions restant en discussion du projet de loi relatif à la bioéthique, Par M. Jean LÉONETTI/Par M. Alain MILON, n° 3536/n° 637, Enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 15 juin 2011/Enregistré à la Présidence du Sénat le 15 juin 2011, p. 26.

LPMA reprenant l'article constitutionnel indique que « *la PMA n'est autorisée que si elle permet de remédier à la stérilité du couple* ». En France, cette indication résulte de l'article L 2141-2 CSP selon lequel « *l'AMP a pour objet de remédier à l'infertilité d'un couple [dont] le caractère pathologique [a été] médicalement constaté* ». Si certains ont mis en avant une différence entre la notion de stérilité et celle d'infertilité²⁸⁹, il semble en réalité que les deux termes se recoupent puisqu'en France comme en Suisse, il a été admis qu'il s'agissait du cas où, malgré des rapports sexuels réguliers et non protégés, aucune grossesse ne surviendrait dans les deux ans²⁹⁰. Cette conception permet d'évincer l'idée selon laquelle l'aide médicale constituerait un droit subjectif des individus. Elle limite en outre le désir des parents et évite l'instrumentalisation de l'enfant à naître. On peut néanmoins noter une différence entre les deux pays, dans la mesure où la France exige que l'infertilité ait un caractère pathologique. Cela semble exclure non seulement l'infertilité d'origine naturelle (non précoce) mais également volontaire. Tel n'est pas le cas en Suisse où le recours à l'AMP est possible même après une stérilisation volontaire²⁹¹, ce qui peut paraître étrange. Il peut également être recouru à l'AMP afin d'éviter la transmission d'une maladie à l'enfant. En Suisse, l'article 5 LPMA prévoit que l'AMP est autorisée « *si le risque de transmission d'une maladie grave et incurable aux descendants ne peut être écarté d'une autre manière* ». Il faut noter qu'en Suisse, seul le recours aux gamètes de tiers est possible pour éviter la transmission à l'enfant d'une maladie héréditaire. En effet, le DPI est pour le moment interdit par l'article 5 LPMA (qui s'intègre dans la législation suisse très protectrice de l'embryon). La législation est toutefois en cours de révision²⁹². Cette position est nettement plus restrictive qu'en France où il suffit que la maladie soit d'une particulière gravité. Bien que cette indication demeure encadrée médicalement, on ne peut que constater qu'elle est teintée d'eugénisme puisqu'elle a pour but d'éviter de faire naître des enfants atteints par certaines maladies, même curables, en France.

43. Une indication spécifique à la France – Une troisième indication, spécifique à la France, permet d'éviter la transmission d'une maladie à l'autre membre du couple. Cette question concerne essentiellement les couples sérodifférents. L'arrivée des trithérapies a permis d'augmenter la durée de vie des personnes atteintes du VIH et les a conduites à demander à bénéficier de l'AMP. Divers intérêts sont alors en jeu : d'une part, celui de l'enfant à avoir des parents le plus longtemps possible, lequel a pour corollaire l'intérêt de la société à ne pas voir se multiplier le nombre d'enfants précocement orphelins ; d'autre part, celui des parents à accéder à l'AMP pour satisfaire leur désir d'enfant, sans risquer pour autant de se contaminer ou de contaminer l'enfant. Le tout est évidemment subordonné à l'intérêt général qui consiste à éviter une dissémination du virus. Lorsque l'homme est séropositif, le CCNE²⁹³ a souligné que le recours à l'AMP avec tiers donneur permettait une réelle protection de l'enfant et du partenaire sain

²⁸⁹ MURAT P., CIMAR L. (Collaboration), *Juriclassneur civil code*, Fascicule 40, « Respect et protection du corps humain. – Assistance médicale à la procréation. – Accès », n° 42.

²⁹⁰ *Ibid.* ; Message relatif à l'initiative populaire « pour la protection de l'être humain contre les techniques de reproduction artificielle (initiative pour une procréation respectant la dignité humaine, PPD) » et à la loi fédérale sur la procréation médicalement assistée (LPMA), 26 juin 1996, FF 1996 III 249.

²⁹¹ MANAI D., *Droits du patient et biomédecine*, Berne, Stämpfli, 2013, p. 325 : à la condition toutefois que les parents soient à même d'élever l'enfant jusqu'à sa majorité.

²⁹² Voir la page internet sur le site de la Confédération, Disponible sur :

<http://www.bag.admin.ch/themen/medizin/03878/06152/index.html?lang=fr>, Consulté le 12 septembre 2014 ; Voir également la page internet sur le site du Parlement, Disponible sur :

http://www.parlament.ch/F/Suche/Pages/geschaefte.aspx?gesch_id=20043439, Consulté le 12 septembre 2014.

²⁹³ CCNE, Avis n° 56, « Problèmes éthiques posés par le désir d'enfant chez les couples où l'homme est séropositif et la femme séronégative », 10 février 1998, p. 6.

en empêchant tout risque de transmission, contrairement à d'autres méthodes qui sont plus problématiques en termes de sécurité sanitaire. En revanche, lorsque la femme est séropositive, l'AMP permet d'éviter la contamination du partenaire, mais non celle de l'enfant pour lequel le risque de transmission est de 2%²⁹⁴. Cette problématique a été reprise par le législateur de 2004 et l'article L 2141-7 CSP prévoit désormais qu'il est possible de recourir à une AMP avec donneur en cas de risque de transmission d'une maladie à l'autre membre du couple. Il s'agit d'une importante extension qui, bien qu'elle constitue une AMP « de nécessité » plus que de convenance, tend à faire primer le désir d'un couple sur l'intérêt de l'enfant. En Suisse, l'article 5 LPMA pourrait être invoqué dans la mesure où la PMA avec donneur permet également d'empêcher la transmission à l'enfant. Les trithérapies devraient par ailleurs permettre au couple, au vu de son âge et de sa situation personnelle, d'élever l'enfant jusqu'à sa majorité, conformément à l'article 3 LPMA.

44. En droit français comme en droit suisse des normes spécifiques ont été adoptées pour réglementer les activités d'assistance médicale à la procréation et ces dernières sont ouvertes aux couples. Certains critères de détermination du couple sont communs aux deux pays, notamment le fait d'être de sexe différent, en vie et en âge de procréer. La définition du couple susceptible d'accueillir un enfant s'inscrit dans un cadre relativement traditionnel. En revanche, le droit français et le droit suisse divergent quant au statut du couple. Alors que le droit suisse réserve la PMA hétérologue aux couples mariés et la PMA homologue aux couples mariés ou vivant en union libre, le droit français ouvre l'AMP à l'ensemble des couples hétérosexuels. Il convient désormais d'analyser les rapports qu'entretient cette notion de couple avec le droit civil de la famille.

II. LE DROIT SUISSE, RÉVÉLATEUR DE LA DIMENSION NOVATRICE DU DROIT DE LA SANTÉ FRANÇAIS

45. **Une vision historique similaire du couple en droit civil** – La France et la Suisse, du fait de leur proximité géographique, ont développé une vision relativement proche de la structure familiale au cours du XIX^e puis du XX^e siècle. Après avoir connu un mouvement favorable à la liberté et à l'égalité lors de la Révolution française, le droit de la famille issu du Code civil de 1804 est marqué par une vision à la fois structurée et hiérarchisée de la famille. Cette dernière, en tant que « *cellule de base de la société* »²⁹⁵ doit être à la fois « *paisible et fermement dirigée* »²⁹⁶. Elle repose donc en premier lieu sur le mariage, érigé en modèle par les rédacteurs du Code civil et placé sous le contrôle des familles et de l'État²⁹⁷. Les autres types d'union sont ignorés juridiquement,²⁹⁸ voire combattus, et selon la formule célèbre, « *les concubins ignorent la loi, la loi ignore les concubins* »²⁹⁹. La famille repose, en second lieu, sur la puissance à la fois

²⁹⁴ CCNE, Avis n° 69, « L'assistance médicale à la procréation chez les couple présentant un risque de transmission virale – réflexions sur les responsabilités », 8 novembre 2001, p. 2.

²⁹⁵ LÉVY J.-P., *Histoire du droit civil*, Paris, Précis, Dalloz, 2010, p. 47.

²⁹⁶ *Ibid.*

²⁹⁷ HALPÉRIN J.-L., *Histoire du droit privé français depuis 1804*, Paris, Quadrige, PUF, 2012, pp. 18-19.

²⁹⁸ Mis à part l'article 230 CC qui disposait que la femme « *peut demander le divorce pour cause d'adultère de son mari lorsqu'il avait tenu sa concubine dans la maison commune* » : cité par BARRIÈRE L.-A., « Penser les concubinages, la doctrine française et le concubinage depuis le Code civil », in *Des concubinages, Études offertes à Jacqueline Rubellin-Devichi*, Paris, Litec, 2002, p. 148.

²⁹⁹ LABBÉE X., *Les rapports juridiques dans le couple sont-ils contractuels ?*, Villeneuve d'Ascq, Presses universitaires du Septentrion, 1996, p. 129.

paternelle et maritale³⁰⁰. En Suisse, le Code civil de 1907 limite pour l'essentiel la famille « *aux personnes unies par un lien matrimonial ou de filiation* »³⁰¹ et consacre un « *modèle bourgeois (...) au sein duquel l'homme marié était reconnu comme le chef de famille et le pourvoyeur de revenus pour femme et enfants* »³⁰². Historiquement, dans les deux pays, le mariage apparaît donc comme l'élément central de la famille et si le mot couple est utilisé par la doctrine, c'est essentiellement pour « *distinguer les couples légitimes et naturels* »³⁰³.

46. L'appréhension différente du couple par les droits techniques – En France, le concubinage n'a pu rester ignoré par le droit du fait de son importance quantitative et croissante. Les droits techniques et réalistes comme le droit social³⁰⁴ l'ont ainsi rapidement pris en considération. Le droit suisse se montre plus rétif à accorder des droits aux concubins. Procédant à l'examen comparé des effets du mariage et du concubinage, M.-L. PAPAUX VAN DELDEN montre ainsi « *le fossé qui existe entre le droit suisse et de très nombreux droits étrangers* » et conclut à « *un retard dans la prise en compte de l'évolution des conceptions, particulièrement mis en lumière en matière sociale* »³⁰⁵. La notion de couple utilisée par le droit de la santé ne s'articule pas de la même manière avec la notion de couple issue du droit civil dans chacun des pays. Il existe des rapports différents entre le couple en droit de la santé et le couple en droit civil de la famille. Alors que le droit suisse de la santé s'est partiellement construit en référence au droit civil (A), le droit de la santé français s'est, au contraire, émancipé du droit civil en mettant en lumière l'importance du lien de fait (B).

A. La construction du droit de la santé suisse en référence au droit de la famille

47. Le droit suisse se montre plus restrictif que le droit français car il réserve la PMA hétérologue aux couples mariés (1). Ce caractère plus restrictif s'explique par la vigueur et la stabilité du mariage (2) qui demeure une référence en droit civil.

1. La PMA hétérologue réservée aux couples mariés

48. La construction partielle du droit de la santé suisse par référence au droit civil – L'analyse des rapports entre le droit de la santé et le droit civil nécessite de dissocier l'AMP homologue et l'AMP hétérologue. S'agissant de l'AMP au sein du couple, on relève une assimilation des couples hétérosexuels, quel que soit leur statut. Le droit de la santé contribue donc à un aplanissement des différences entre les couples. Les conclusions sont différentes s'agissant des couples amenés à recourir à la PMA avec donneur. Sur ce point, la LPMA, en déterminant les critères de définition du couple, a cherché à bouleverser le moins possible les institutions civilistes traditionnelles.

³⁰⁰ HALPÉRIN J.-L., *Histoire du droit privé français depuis 1804*, Paris, Quadrige, PUF, 2012, p. 21.

³⁰¹ GUILLOD O., *Droit des familles*, Bâle, Les abrégés, Unine, Helbing & Lichtenhahn, 2014, p. 3.

³⁰² *Ibid.*, p. 5.

³⁰³ TERRÉ F., FENOUILLET D., *Droit civil. La famille*, Paris, Précis, Dalloz, 2011, p. 55.

³⁰⁴ GILLES A.-M., *Le couple en droit social*, Paris, Collection droit civil, Études et recherches, Economica, 1997, 255 p.

³⁰⁵ PAPAUX VAN DELDEN M.-L., *L'influence des droits de l'homme sur l'osmose des modèles familiaux*, Genève, Helbing & Lichtenhahn, 2002, p. 353.

2. La justification tirée de la vigueur et de la stabilité du mariage : le droit de la santé suiveur du droit de la famille

49. **Les fondements de l'interdiction** – La PMA est réservée aux couples à l'égard desquels un lien de filiation peut être établi au sens du Code civil. Les arguments avancés pour exclure les couples de concubins de la procréation hétérologue sont en lien avec la volonté d'assurer une cohérence vis-à-vis des institutions civiles préexistantes.

Tout d'abord, en Suisse, l'adoption est refusée aux couples de concubins³⁰⁶ et le Conseil fédéral a estimé que « *les exigences ne sauraient être moins strictes qu'en cas d'adoption* » dans la mesure où « *l'enfant (...) se trouve de facto dans une situation comparable à celle de l'enfant adopté* »³⁰⁷.

Ensuite, le Conseil fédéral a mis en avant le fait qu'« *une relation stable et durable est (...) primordiale pour assurer le bien de l'enfant* »³⁰⁸. Il reconnaît que cette condition peut être remplie dans l'union libre, mais souligne les avantages du mariage. Il s'agit d'une institution clairement définie dans laquelle les partenaires sont juridiquement tenus au devoir d'assistance et aux prestations d'entretien, alors que « *d'un point de vue normatif, l'union libre ne garantit aucune pérennité* »³⁰⁹. Il en déduit qu'« *eu égard au bien de l'enfant, l'assimilation de l'union libre au mariage dans le domaine des techniques de PMA utilisant le sperme provenant d'un don ne peut être approuvée* »³¹⁰. Il faut noter à cet égard que la Suisse garde des mœurs plutôt conservatrices³¹¹. En effet, le taux de nuptialité reste relativement stable depuis les années 80³¹² et le nombre de naissances hors mariage est l'un des plus faibles d'Europe. À titre d'exemple, il était de 16,2 % en 2007 et 20,2 % en 2012, contre 44 % en 2007 et plus de 50 % en 2012 pour la France³¹³. On peut donc penser que la pression en faveur de l'ouverture de la PMA hétérologue aux concubins y était moins forte. C'est pourquoi le Conseil fédéral a souligné que « *la question de l'existence d'un besoin réel des couples non mariés (...) d'avoir accès aux méthodes hétérogènes est ouverte* »³¹⁴.

Mais l'argument principal réside dans la volonté très prégnante en droit suisse d'assurer à l'enfant un double lien de filiation. C'est cette volonté qui a, enfin, justifié le refus d'ouvrir le don de gamètes aux couples de concubins. En effet, en cas de don de sperme à un couple marié, nous verrons que la filiation s'établit automatiquement à l'égard du mari de la mère et ne peut être contestée. En revanche, le concubin ne devient pas automatiquement le père juridique de l'enfant, puisqu'une reconnaissance est nécessaire. La reconnaissance étant un acte éminemment personnel et volontaire, le législateur suisse n'a pas souhaité la rendre obligatoire. Les choix français montrent que cette solution était juridiquement envisageable, au prix d'un certain nombre d'incohérences en droit de la filiation. Contrairement au droit suisse, le droit français n'a pas réservé l'AMP hétérologue aux conjoints. Le droit de la santé français ne s'est pas construit de la

³⁰⁶ Art. 264 CCS

³⁰⁷ Message relatif à l'initiative populaire « pour la protection de l'être humain contre les techniques de reproduction artificielle (initiative pour une procréation respectant la dignité humaine, PPD) » et à la loi fédérale sur la procréation médicalement assistée (LPMA), 26 juin 1996, FF 1996 III 245.

³⁰⁸ *Ibid.*, FF 1996 III 246.

³⁰⁹ *Ibid.*

³¹⁰ *Ibid.*

³¹¹ GUILLOD O., *Droit des familles*, Bâle, Les abrégés, Unine, Helbing & Lichtenhahn, 2014, p. 7.

³¹² *Ibid.*

³¹³ *Ibid.* ; GUILLOD O., *Droit des familles*, Neuchâtel, Les abrégés, Unine, 2009, p. 6.

³¹⁴ Message relatif à l'initiative populaire « pour la protection de l'être humain contre les techniques de reproduction artificielle (initiative pour une procréation respectant la dignité humaine, PPD) » et à la loi fédérale sur la procréation médicalement assistée (LPMA), 26 juin 1996, FF 1996 III 246.

même manière que le droit suisse. Alors que la PMA avec tiers donneur est inspirée, en Suisse, par le droit de la famille, le droit de la santé français tend à s'émanciper dudit droit.

B. L'émancipation du droit de la santé français par rapport au droit de la famille

50. La construction du droit de la santé français et l'exclusion progressive des critères civilistes traditionnels – En droit français, la loi relative au don d'éléments et produits du corps humain, en procédant à l'assimilation du concubinage au mariage, a eu une portée majeure dans la mesure où, pour la première fois, « *le législateur décide d'autoriser juridiquement et même judiciairement des personnes non mariées à procréer. C'est donc lui qui prend la responsabilité de faire naître un enfant de parents non mariés* »³¹⁵. Cette assimilation s'est réalisée par le recours à la notion juridique de couple. Dès 1994, ce terme a permis de regrouper les concubins stables et les conjoints afin de leur appliquer un régime juridique similaire³¹⁶ (droit d'accès à l'AMP). Mais l'assimilation est allée plus loin en 2011. En effet, alors qu'en 1994 l'article L 2141-2 CSP mentionnait les termes « *mariés ou en mesure d'apporter la preuve d'une vie commune d'au moins deux ans* », le nouvel article ne mentionne plus désormais que « *l'homme et la femme formant le couple* ». Il n'y a donc plus de référence au statut civil du couple ni à une quelconque stabilité. Ainsi, le droit de la santé s'émancipe du droit civil. La notion de couple englobe l'ensemble des modes de vie en commun entre personnes hétérosexuelles. L'étude des débats parlementaires montre que deux principaux arguments ont été avancés au soutien de cette consécration du lien de fait : les justifications tirées de la dimension médicale de l'AMP (1) et les justifications tirées de la dimension familiale de l'AMP (2).

1. Les justifications tirées de la dimension médicale de l'AMP : le droit commun du couple face à l'acte médical

51. Argument au soutien de l'ouverture de l'AMP aux concubins en 1994 – Lors de l'examen de la loi de 1994, ainsi que cela a été mentionné plus haut, plusieurs parlementaires proposèrent des amendements visant à réserver l'accès à l'assistance médicale à la procréation aux couples mariés. Ces amendements ne furent pas retenus et le législateur consacra l'assimilation du concubinage et du mariage. À plusieurs reprises, des arguments fondés sur la dimension médicale de l'AMP furent avancés lors des débats pour justifier ce choix. Certains parlementaires comme P. MAZEAUD émirent des doutes quant à la constitutionnalité du dispositif proposé par les amendements, en arguant que « *dans la mesure où il s'agit d'un traitement médical, il est assez étonnant que vous puissiez considérer que seuls pourraient en bénéficier les couples mariés et non ceux qui ne sont pas unis par les liens du mariage* »³¹⁷. Le garde des Sceaux souligna, en outre, sa réticence « *à s'immiscer de manière autoritaire dans la vie privée de nos concitoyens* »³¹⁸.

³¹⁵ DEKEUWER-DÉFOSSEZ F., « Réflexions sur les mythes fondateurs du droit contemporain de la famille », *RTD civ.*, 1995, n° 2, p. 252.

³¹⁶ Avec toutefois une différence quant à la durée de vie commune exigée.

³¹⁷ Propos tenus par MAZEAUD P. : AN, 1^{re} séance du 19 avril 1994, *JORF, Débats parlementaires*, 20 avril 1994, Compte rendu intégral, p. 948.

³¹⁸ AN, 1^{re} séance du 19 avril 1994, *JORF, Débats parlementaires*, 20 avril 1994, Compte rendu intégral, p. 948.

52. Argument au soutien de la suppression du délai de deux ans en 2011 – Ces mêmes justifications furent avancées, lors de la révision des lois de bioéthique de 2011, pour procéder à un nouveau rapprochement entre les droits des couples mariés et des couples de concubins, en supprimant l'exigence d'un délai de vie commune de deux ans qui pénalisait ces derniers. Les concubins devaient attendre pendant deux ans avant de pouvoir prétendre à l'AMP alors que l'âge constitue un facteur important de réussite. La répugnance des médecins à vérifier ce critère ainsi que les difficultés de preuve ont également été avancées. En outre, il a été rappelé que le critère de l'infertilité médicalement constatée suffisait à exclure les AMP de confort. Enfin, c'est l'idée d'égalité entre les couples dont l'infertilité a été médicalement constatée, quel que soit le statut de leur union, qui a prévalu. Sur ce point, les propos tenus par J. LÉONETTI sont particulièrement éclairants. Ce dernier oppose une logique sociétale de l'AMP et une logique médicale consistant à compenser les pathologies. Il indique alors que cette logique médicale *« a au moins l'avantage de la clarté. Elle a conduit (...) à supprimer dans le texte les notions de mariage, de PACS et de concubinage et la référence à un délai de deux ans. Selon moi, sur le plan de la société, le concubinage n'est pas la même chose que le PACS et le PACS n'est pas la même chose que le mariage. Mais, sur le plan médical, le médecin qui a en face de lui un couple stérile se trouve devant une volonté commune de procréer dans un contexte d'incapacité médicale à le faire »*³¹⁹. Si cet argument a exercé un poids important lors des débats parlementaires, d'autres arguments, tirés de la dimension socio-familiale de l'AMP furent également mis en exergue.

2. Les justifications tirées de la dimension socio-familiale de l'AMP : le droit de la santé précurseur du droit de la famille

53. Arguments tirés du déclin du mariage – Il faut en effet relever que c'est aussi l'évolution de la société qui conduisit à accorder des droits aux concubins. Lors des débats parlementaires relatifs à la loi de 1994, plusieurs Sénateurs, comme H. MISOFFE, ont regretté que la stabilité ne puisse pas être déduite du mariage puisqu' *« après tout, le projet parental et l'engagement seraient inclus dans le mariage »*³²⁰. Ils ont toutefois estimé que la loi était *« bien obligée de prendre en compte la réalité »* et l'hostilité des jeunes au mariage civil³²¹. La légitimité croissante du concubinage a également été soulignée. M. JACQUAINT a, par exemple, indiqué que *« les lois [ont] été améliorées depuis plusieurs années pour reconnaître le droit au concubinage, le droit à chaque être humain de se marier ou non. Je connais, nous connaissons tous des enfants de couples non mariés, qui sont des enfants très heureux. Excusez-moi, mais certains arguments nous font retourner trente ou quarante ans en arrière »*³²². Il semble donc qu'il existait à ce moment-là, dans la société française, davantage que dans la société suisse, un mouvement favorable au concubinage. C. HURIET n'avait d'ailleurs pas manqué de confirmer que *« si l'on introduit le mariage comme condition obligatoire (...) il sera difficile d'obtenir qu'une majorité se prononce en ce sens »*³²³.

³¹⁹ Propos tenus par LÉONETTI J. : AN, 3^e séance du 10 février 2011, JORF, *Débats parlementaires*, 11 février 2011, Compte rendu intégral, p. 1035.

³²⁰ Propos tenus par MISOFFE H. : SÉNAT, Séance du 18 janvier 1994, JORF, *Débats parlementaires*, 19 janvier 1994, Compte rendu intégral, p. 242.

³²¹ *Ibid.*

³²² Propos tenus par JACQUAINT M. : AN, 3^e séance du 14 avril 1994, JORF, *Débats parlementaires*, 15 avril 1994, Compte rendu intégral, p. 859.

³²³ Propos tenus par HURIET C. : SÉNAT, Séance du 18 janvier 1994, JORF, *Débats parlementaires*, 19 janvier 1994, Compte rendu intégral, p. 243.

54. La contribution du droit de la santé au renouvellement de l'analyse civiliste du lien de couple – En se référant au terme de couple pour assimiler mariage et concubinage, la loi relative à la bioéthique du 29 juillet 1994 a souvent été présentée comme étant à l'origine de l'apparition d'une notion juridique de couple³²⁴ en droit civil. L'apparition de cette notion a conduit la doctrine française à s'interroger sur sa signification³²⁵ ainsi que sur son éventuelle capacité à constituer un socle pour la reconstruction du droit de la famille³²⁶ frappé par la « *désaffection du mariage au profit de l'union libre et la précarité du couple conjugal* »³²⁷.

Les travaux menés sur cette question ont conduit à deux principales propositions. La première³²⁸ réside dans l'affirmation de l'émergence d'un droit commun du couple d'essence contractuelle qui regrouperait, en leur appliquant un même régime juridique, les différentes formes de vie commune régulées par le Code civil. L'existence d'un régime juridique commun n'empêcherait toutefois pas l'établissement de règles spécifiques à chaque couple. Cette idée résulte essentiellement de la constatation d'un certain nombre de rapprochements entre le mariage, le PACS et le concubinage, qui ont encore été accentués par la loi du 23 juin 2006³²⁹. La loi du 17 mai 2013, ouvrant le mariage aux couples de même sexe³³⁰, tend plutôt à infirmer cette tendance puisqu'en ouvrant les trois modes de vie en commun aux couples homosexuels, elle semble, au contraire, renforcer les distinctions fondées sur le degré d'engagement. Quoi qu'il en soit, la réglementation de l'AMP participe à un mouvement d'unification en procédant à l'assimilation des diverses formes de vie en couple.

La seconde proposition réside dans la possibilité d'identifier et l'existence juridique et une relative maturité du couple parental³³¹. Ce dernier se caractériserait par sa double fonction d'éducation et de procréation³³².

S'agissant de la fonction d'éducation, c'est essentiellement à travers la loi du 8 janvier 1993³³³ puis du 4 mars 2002³³⁴ que l'idée du couple parental s'est développée. En favorisant l'exercice en commun de l'autorité parentale et en assurant la coparentalité malgré la séparation des parents (« indissolubilité du

³²⁴ Voir notamment FENOUILLET D., « Le droit civil de la famille hors le Code civil », *LPA*, 21 septembre 2005, n° 188, p. 3 et s., Note 69 ; BRUNETTI-PONS C., *La notion juridique de couple*, Paris, Études juridiques n° 4, Economica, 1998, p. 29 ; MEULDERS-KLEIN M.-T., « Les concubinages : diversités et symboliques », in *Des concubinages. Études offertes à Jacqueline Rubellin-Devichi*, Paris, Litec, 2002, p. 613 ; GABRIEL A., *L'influence du lien de couple sur la théorie de la représentation*, Aix-Marseille, Collection du Centre Pierre Kayser, PUAM, 2011, pp. 28-29 ; DEKEUWER-DEFOSSEZ F., « Réflexions sur les mythes fondateurs du droit contemporain de la famille », *RTD civ.*, 1995, n° 2, p. 251.

³²⁵ BRUNETTI-PONS C. (Dir.), *La notion juridique de couple*, Paris, Études juridiques n° 4, Economica, 1998, 154 p. ; LEMOULAND J.-J., « Le couple en droit civil », *Dr. fam.*, 2003, n° 7, Chron. 22, pp. 11-16.

³²⁶ LABBÉE X., *Le droit commun du couple*, Villeneuve d'Ascq, Presses universitaires du Septentrion, 2012, 245 p. ; INSTITUT DU DROIT ET DE L'ÉTHIQUE DE L'UNIVERSITÉ DE LILLE 2, « Reconstruire la famille, un droit commun pour le couple ? Actes du colloque du 11 mai 2007 », *LPA*, 20 décembre 2007, n° spécial, n° 254, 53 p. ; BRUNETTI-PONS C., « L'émergence d'une notion juridique de couple en droit civil », *RTD civ.*, 1999, n° 1, p. 27 et s., § 5.

³²⁷ MEULDERS-KLEIN M.-T., « Les concubinages : diversités et symboliques », in *Des concubinages. Études offertes à Jacqueline Rubellin-Devichi*, Paris, Litec, 2002, p. 612.

³²⁸ LABBÉE X., *Le droit commun du couple*, Villeneuve d'Ascq, Presses universitaires du Septentrion, 2010, p. 16.

³²⁹ Loi n° 2006-728 du 23 juin 2006 portant réforme des successions et des libéralités, *JORF*, 24 juin 2006, p. 9513.

³³⁰ Loi n° 2013-404 du 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux couples de même sexe, *JORF*, 18 mai 2013, p. 8253.

³³¹ LEMOULAND J.-J., « Le couple en droit civil », *Dr. fam.*, 2003, n° 7, Chron. 22, p. 14 ; NORMAND J., « Rapport de synthèse », in BRUNETTI-PONS C. (Dir.), *La notion juridique de couple*, Paris, Études juridiques n° 4, Economica, 1998, p. 142.

³³² *Ibid.*, p. 143.

³³³ Loi n° 93-22 du 8 janvier 1993 modifiant le Code civil relative à l'état civil, à la famille et aux droits de l'enfant et instituant le juge aux affaires familiales, *JORF*, 9 janvier 1993, p. 495.

³³⁴ Loi n° 2002-305 du 4 mars 2002 relative à l'autorité parentale, *JORF*, 5 mars 2002, p. 4161.

couple parental »), ces lois ont en effet conduit à faire du couple parental une notion « *identifiable du droit contemporain de la famille* »³³⁵.

La fonction procréatrice concerne plus particulièrement le domaine de l'assistance médicale à la procréation. À travers ces deux fonctions, le terme « couple » sert à « *réunir deux parents autour de l'enfant* »³³⁶ et permet de rassurer « *sociologiquement, dans la mesure où elle occulte à la fois la désaffection du mariage au profit de l'union libre, et la précarité du couple conjugal* »³³⁷. La réglementation issue du Code de la santé publique contribue à donner une assise au couple parental à plusieurs titres. D'une part, il est symptomatique de relever que le terme couple auquel se réfère ce code correspond exclusivement à l'idée du couple parental³³⁸ et tend à en accréditer l'existence en tant que notion juridique. D'autre part, l'un des objectifs affichés par la réglementation de l'assistance médicale à la procréation a consisté à garantir la pérennité du couple parental. Les travaux parlementaires de la loi de 1994 sont à cet égard particulièrement éclairants. Il a en effet été souligné que « *lorsqu'un homme et une femme décid[ent] ensemble de concevoir un enfant, il fallait nous fonder moins sur des liens transversaux qui les unissent et dont on n'est d'ailleurs absolument pas assuré de la pérennité, que sur l'existence entre eux de liens verticaux. Nous avons voulu éviter qu'un homme ayant accepté que sa femme soit inséminée avec le sperme d'un tiers donneur renonce ensuite à cette paternité au gré des caprices du couple, l'enfant se trouvant ainsi soumis aux aléas de l'évolution du couple. Il s'agit donc de solenniser le consentement de l'homme et de la femme lorsqu'il y a recours à un tiers donneur* »³³⁹. Il sera démontré plus loin que cet objectif n'est pas toujours atteint de façon satisfaisante, ce qui nécessitera de proposer des pistes d'évolution du droit français³⁴⁰.

55. Conclusion de la section 1 : l'influence partiellement divergente du droit de la santé sur la définition du couple – L'analyse de l'influence du droit de la santé sur la création des liens familiaux montre que le droit de la santé participe à la détermination du lien de couple qui apparaît comme une composante d'un modèle médical naturalisant de l'assistance médicale à la procréation. La comparaison des deux droits concernant les composantes de ce modèle a permis de distinguer trois principaux éléments.

Tout d'abord, la conception médicale de l'AMP apparaît comme un élément central, à la fois en France et en Suisse, pour évincer les personnes atteintes d'infertilité sociale (femmes seules et femmes homosexuelles). Sur ce point, la réglementation actuelle existant dans les deux pays est similaire ; la tentative du Sénat en faveur de l'accès des couples de femmes homosexuelles à l'AMP lors de la révision, en 2011, de la loi relative à la bioéthique ayant échoué.

Ensuite, il est possible de relever une certaine convergence du droit suisse et du droit français qui assimilent les couples de sexe différent pour l'accès à l'AMP homologué. En Suisse, cette assimilation a été justifiée par la nécessité de prendre en compte la multiplicité des modes de vie en commun. En France, l'étude des débats parlementaires montre que la finalité médicale a été invoquée en faveur d'une égalisation des droits des différents couples hétérosexuels.

³³⁵ LEMOULAND J.-J., « Le couple en droit civil », *Dr. fam.*, 2003, n° 7, Chron. 22, p. 15.

³³⁶ BRUNETTI-PONS C., « L'émergence d'une notion juridique de couple en droit civil », *RTD civ.*, 1999, n° 1, p. 27 et s., § 13.

³³⁷ MEULDERS-KLEIN M.-T., « Les concubinages : diversités et symboliques », in *Des concubinages. Études offertes à Jacqueline Rubellin-Devichi*, Paris, Litec, 2002, p. 612.

³³⁸ Voir annexe 4 : les occurrences du terme « couple » dans le CSP.

³³⁹ Propos tenus par MATTEI J.-F. : AN, Séance du 15 avril 1994, *JORF, Débats parlementaires*, 16 avril 1994, Compte rendu intégral, p. 881.

³⁴⁰ Voir infra § 481 et s.

Enfin, les droits français et suisse s'opposent en ce qui concerne l'accès à l'assistance médicale à la procréation hétérologue. En droit suisse, l'assimilation des statuts n'a été que partielle dans la mesure où elle n'a concerné que l'AMP homologue. L'idée d'une assimilation des couples, quel que soit leur statut, est encore en retrait dans de nombreux champs du droit³⁴¹. L'AMP hétérologue demeure quant à elle réservée aux couples mariés afin de ne pas bouleverser les structures du droit civil. En France, aucune distinction n'a été faite selon le caractère homologue ou hétérologue de l'AMP et dans ces deux cas, la finalité médicale a justifié l'égalisation des droits des différents couples. En effet, le législateur a refusé de prendre en compte le statut civil du couple pour déterminer l'accès à l'AMP. Les propos de J. LÉONETTI montrent bien la logique suivie. Le Code de la santé publique ne se réfère ni à la définition ni aux implications juridiques du statut civil du couple. Pourtant, juridiquement, le mariage, le concubinage et le PACS sont dissociables ; ils ne chargent pas l'intéressé des mêmes obligations et diffèrent largement quant à leur rupture. Le Conseil constitutionnel l'a d'ailleurs précisé à plusieurs reprises³⁴². La variabilité des droits et obligations afférents au statut civil ainsi que l'intérêt de l'enfant peuvent justifier une différence de traitement. Le législateur français, contrairement au législateur suisse, a fait le choix d'assimiler les différents modes de vie en commun en se fondant sur l'idée selon laquelle, médicalement, les couples se trouvaient face à une situation similaire. Il n'a pas pris en compte les différences juridiques existant entre les différents statuts civils.

Cette divergence entre les deux droits pourrait s'expliquer par la forte différence existant entre les taux de naissance hors mariage en France et en Suisse. En 1994, le taux de naissance hors mariage était de 6,9 % en Suisse et de 37 % en France. En 2013, il était de 21,1 % en Suisse³⁴³ et de 56,4 % en France³⁴⁴. Cette forte différence pourrait en partie justifier, d'une part la plus faible pression suisse en faveur de l'augmentation des droits des concubins et, d'autre part, l'absence d'apparition en tant que telle d'une notion juridique de couple permettant d'étendre l'accès à certains droits aux couples indépendamment de leur statut.

On pourrait en outre souligner l'existence d'un statut différent du PACS et du partenariat enregistré. En effet, en Suisse, le partenariat enregistré est réservé aux couples de même sexe³⁴⁵, le législateur ayant considéré que « *les couples hétérosexuels peuvent se marier de sorte qu'il n'est pas nécessaire de leur proposer un mariage de deuxième ordre* »³⁴⁶. Le partenariat relève du contrat mais confère également un statut au couple auquel il accorde, sur de nombreux points, des droits identiques à ceux des conjoints. Toutefois, le partenariat est sans effet sur la procréation médicalement assistée, cette dernière étant réservée aux couples de sexe différent³⁴⁷. Au contraire, en France, le PACS est ouvert aux couples de même sexe mais

³⁴¹ PAPAUX VAN DELDEN M.-L., *L'influence des droits de l'homme sur l'osmose des modèles familiaux*, Genève, Helbing & Lichtenhahn, 2002, p. 353.

³⁴² Conseil constitutionnel, Décision n° 2010-39 QPC, 6 octobre 2010, Mmes Isabelle D. et Isabelle B. ; Conseil constitutionnel, Décision n° 2010-92 QPC, 28 janvier 2011, Mmes Corinne C. et Sophie H. ; Conseil constitutionnel, Décision n° 2011-155 QPC, 29 juillet 2011, Mme Laurence L.

³⁴³ Chiffres fournis par l'Office fédéral de la statistique, Disponibles sur : <http://www.bfs.admin.ch/bfs/portal/fr/index/themen/01/06/blank/key/02/03.html>, Consulté le 5 octobre 2014.

³⁴⁴ Chiffres fournis par l'INED, Disponibles sur : <http://www.ined.fr/fr/tout-savoir-population/chiffres/france/naissance-fecondite/naissances-hors-mariage/>, Consulté le 5 octobre 2014.

³⁴⁵ Art. 2 de la loi fédérale sur le partenariat enregistré entre personnes de même sexe du 18 juin 2004, Entrée en vigueur au 1^{er} janvier 2007, RS 221.231, RO 2005 5685.

³⁴⁶ Message relatif à la loi sur le partenariat enregistré entre personnes de même sexe, 29 novembre 2002, FF 2003 1213.

³⁴⁷ Art. 28 LPart.

également aux couples de sexe différent. L'extension de l'AMP aux « *partenaires liés par un pacte civil de solidarité* », initialement envisagée par le projet de loi de 2011, aurait posé la question de l'exclusion des partenaires pacsés de même sexe. Un parlementaire avait d'ailleurs souligné une possible contradiction entre le Code de la santé publique et le Code civil qui n'établit pas de différence fondée sur le sexe entre les partenaires liés par un PACS. Il menaçait de saisir le Conseil constitutionnel d'une QPC sur ce point³⁴⁸. L'absence de mention du statut civil du couple, le recours à l'expression « *l'homme et la femme formant le couple* » et la mention de l'exigence d'une stérilité permettent d'éviter de poser la question du couple homosexuel. Nous verrons néanmoins, en examinant les prérogatives du couple, que le droit de la santé accorde une place importante à la volonté lors de la création du lien de filiation, contribuant ainsi à renforcer les interrogations sur les fondements du modèle médical inspiré de la nature précédemment décrit.

³⁴⁸ Propos tenus par MICHEL J.-P. : SÉNAT, Séance du 7 avril 2011, *JORF, Débats parlementaires*, 8 avril 2011, Compte rendu intégral, p. 2608.

SECTION 2 : L'INFLUENCE CONVERGENTE DES DROITS DE LA SANTÉ SUR LES PRÉROGATIVES DU COUPLE PARENTAL

56. **Notion de prérogatives** – En déterminant les personnes susceptibles d'accéder à l'AMP, le droit de la santé a contribué à la détermination du lien de couple dans chacun des pays. Mais le terme de couple figure également à de nombreuses reprises dans le Code de la santé publique et dans le droit de la santé suisse. L'analyse du Code de la santé publique français montre que le terme de couple apparaît exclusivement pour désigner le couple parental³⁴⁹. Cela témoigne de la spécificité des actes liés à la procréation dans la mesure où le conjoint et le concubin ne sont pas englobés dans la notion de couple dans des domaines extérieurs à la procréation. Alors que l'étude du droit de l'AMP a permis de s'intéresser à la question de la définition du couple reconnue par le droit de la santé, l'étude d'autres mentions du terme de « couple » permet de développer les prérogatives attachées au lien de couple.

Selon J. CARBONNIER, les prérogatives comprennent « *le droit subjectif* », « *la liberté* », « *le pouvoir* », « *la faculté* », « *l'option* » et « *la vocation* »³⁵⁰. Le terme de prérogative est ici utilisé de manière générique puisqu'il permet de regrouper dans une même catégorie juridique les droits et les libertés³⁵¹. En effet, en droit français, la question de la nature juridique du corps humain et de la relation entre l'individu et son corps ne fait pas l'objet d'un consensus doctrinal, tant de manière générale que dans le domaine particulier de la procréation. En ce qui concerne la nature juridique du corps humain, les thèses personnalistes sont régulièrement opposées aux thèses réalistes³⁵². À cette opposition s'ajoute une seconde controverse liée à

³⁴⁹ Voir annexe 4 : occurrences du terme « couple » dans le CSP.

³⁵⁰ CARBONNIER J., *Introduction, Droit civil*, Thémis, Droit privé, PUF, 2002, pp. 325-326.

³⁵¹ PICHARD M., *Le droit à l'étude de législation française*, Paris, Recherches juridiques, Economica, 2006, p. 170, Note 2 ; La liberté civile se « présente comme une prérogative ouvrant à son bénéficiaire, lorsqu'il le désire, un accès inconditionné aux situations juridiques qui se situent dans le cadre de cette liberté » et le droit subjectif comme les « prérogatives attribuées dans leur intérêt à des individus qui leur permettent de jouir d'une chose, d'une valeur ou d'exiger d'autrui une prestation » : GUINCHARD S., DEBARD T., *Lexique des termes juridiques*, Paris, Dalloz, 2014, Respectivement p. 562 et p. 350.

³⁵² Voir le renouveau de l'analyse doctrinale ainsi que la doctrine plus ancienne citée par ces auteurs : ARNOUX I., *Les droits de l'être humain sur son corps*, Bordeaux, Presses universitaires de Bordeaux, 1995, pp. 35-143 ; PRIEUR S., *La disposition par l'individu de son corps*, Bordeaux, Collection thèses, LEH, 1999, p. 48 et s. Opposant doctrines orthodoxe et hétérodoxe : LECA A., « Corpus id est persona ? Réflexions à propos de la situation juridique du corps humain », in THOLOZAN O. (Dir.), *De jure corporis ou la réification du corps humain*, Bordeaux, Les cahiers de droit de la santé du sud est, LEH, 2004, pp. 39-55. Proposant de dépasser la dichotomie chose/personne en adoptant la qualification de chose humaine : BAYER E., *Les choses humaines*, Toulouse, Thèse en droit privé, 2003, 455 p. Sur l'objectivation juridique du corps et le monisme de la représentation juridique : HENNETTE-VAUCHEZ S., *Disposer de soi ? Une analyse du discours juridique sur les droits de la personne sur son corps*, Paris, Logiques juridiques, L'Harmattan, 2004, p. 29 et s. Proposant le concept de personne humaine : BIOY X., *Le concept de personne humaine en droit public*, Paris, Nouvelle bibliothèque de thèses, Dalloz, 2003, 913 p. Appliqué au gène : ZULIAN I., *Le gène saisi par le droit. La qualification de chose humaine*, Aix-en-Provence, Collection du centre Pierre Kayser, PUAM, 2010, notamment n° 29 ; REYNIER M., *L'ambivalence juridique de l'humain. Entre sacralité et disponibilité*, Bordeaux, Collection thèses, LEH, 2011, 302 p. ; GAILLOUX J.-C., *Essai de définition d'un statut juridique pour le matériel génétique*, Bordeaux, Thèse en droit, 1988, 602 p. ; BAUD J.-P., *L'affaire de la main volée : une histoire juridique du corps*, Paris, Du Seuil, 1993, 243 p. ; LABBÉE X., *La condition juridique du corps humain avant la naissance et après la mort*, Lille, Presses universitaires de Lille, 1990, 447 p. Sur la qualification de l'information génétique : CADIET L., « La notion d'information génétique en droit français », in KNOPPERS B.-M., CADIET L., LABERGE C.-M., *La génétique humaine : de l'information à l'informatisation*, Paris, Thémis, Litec, 1992, p. 50 et s. ; NICOLAS G., *Le droit constitutionnel du commencement de la vie*, Aix-en-Provence, Thèse en droit public, 2000, n° 309 ; ISSENHUTH-SCHARLY G., *Autonomie individuelle et biobanques. Étude de droit comparé (droit européen, droit français, droit suisse)*, Genève, Collection genevoise, Schulthess, 2009, pp. 26-29. Concernant les éléments et produits détachés du corps humain : PELET O., *Organes, tissus, cellules : loin du corps, loin de la personne ?*, Berne, Collection de l'institut de droit de la santé, 2002, 512 p. ; CORPATAUX V., *L'utilisation du sang à des fins thérapeutiques. Étude de droit suisse dans une perspective européenne*, Bâle, Collection neuchâteloise, Helbing & Lichtenhahn, 2012, p. 135 et s.

la nature de la relation juridique de la personne à son corps³⁵³ qui est tantôt qualifiée de droit subjectif de la personnalité³⁵⁴, de droit de propriété³⁵⁵, de liberté, voire de droit corporel³⁵⁶. Il ne s'agit pas ici de s'attarder sur cette question, mais d'étudier l'influence du droit de la santé sur les prérogatives du couple.

57. Les prérogatives déterminées par le statut du couple en droit de la famille –

Traditionnellement, le droit de la famille fait varier les prérogatives de l'individu en fonction de son statut conjugal. Le raisonnement juridique se fait donc en deux étapes. Il s'agit d'abord de déterminer le type de lien entre les individus formant le couple (mariage, PACS ou partenariat enregistré ou concubinage), c'est-à-dire de procéder à l'opération de qualification. Une fois cette opération réalisée, il s'agit d'appliquer le régime juridique spécifique à chaque type de relation. Les prérogatives varient en fonction du degré d'engagement : plus celui-ci est important et plus le droit de la famille exige que les membres du couple agissent de concert³⁵⁷.

58. Les prérogatives déterminées par le type d'acte médical –

Or, le droit de la santé se montre indifférent à ces distinctions. Il contribue donc à brouiller les prérogatives du couple telles qu'elles sont définies par le droit de la famille. L'étude des dispositions françaises et suisses montre que c'est le type d'acte médical qui détermine l'exigence d'un consentement individuel ou d'un consentement du couple. La

³⁵³ Pour un exposé présentant de manière synthétique l'opposition entre droits subjectifs de propriété et de la personnalité et liberté, voir : CADIET L., « La notion d'information génétique en droit français », in KNOPPERS B.-M., CADIET L., LABERGE C.-M., *La génétique humaine : de l'information à l'informatisation*, Paris, Thémis, Litec, 1992, p. 58 et s. ; LÉVINET M., « Le principe de libre disposition de son corps », in LARRALDE J.-M. (Dir.), *La libre disposition de son corps*, Bruxelles, Droit & justice, Nemesis, Bruylant, 2009, pp. 77-78 ; BATTEUR A., « Le consentement sur le corps en matière médicale », in LARRALDE J.-M. (Dir.), *La libre disposition de son corps*, Bruxelles, Droit & justice, Nemesis, Bruylant, 2009, pp. 53-54.

³⁵⁴ PRIEUR S., *La disposition par l'individu de son corps*, Bordeaux, Collection thèses, LEH, 1999, p. 201 et s. : l'auteur qualifie la disposition juridique corporelle (qu'il distingue à la fois de la disposition matérielle et du droit à l'intégrité physique) de droit subjectif de la personnalité. Il considère que cette qualification n'empêche pas un encadrement de l'exercice de ce droit par le droit objectif à travers le concept de dignité. Ce type de raisonnement se rapproche de l'analyse suisse qui reconnaît l'existence d'un droit de la personnalité ainsi que ses limites posées par la clause générale de la protection de la personnalité. L'article 27 CCS renvoie à la protection de la personne contre elle-même, ce qui fait écho à l'analyse de S. PRIEUR qui relève la dimension positive du droit de disposer de son corps. L'article 28 CCS renvoie à la protection de la personne contre les atteintes des tiers, ce qui fait écho à l'analyse de S. PRIEUR qui relève la dimension négative du droit à l'intégrité physique.

³⁵⁵ NICOLAS G., *Le droit constitutionnel du commencement de la vie*, Aix-en-Provence, Thèse droit public, 2000, n° 305 et s. ; GALLOUX J.-C., *Essai de définition d'un statut juridique pour le matériel génétique*, Bordeaux, Thèse en droit, 1988, 602 p. ; BAUD J.-P., *L'affaire de la main volée : une histoire juridique du corps*, Paris, Du Seuil, 1993, 243 p. ; ZENATI-CASTAING F., REVET T., *Manuel de droit des personnes*, Paris, Droit fondamental, PUF, 2006, p. 239 ; LEMENNICIER B., « Le corps humain : propriété de l'État ou propriété de soi », *Droits*, 1991, n° 13, p. 118 : « (...) chacun est propriétaire de soi-même. Cette notion de droit, qui consiste en une appropriation de son corps est cohérente. Le corps humain est un objet comme un autre dont le propriétaire est parfaitement identifié. Elle est universalisable, tout être humain potentiel ou non, tout esprit incorporé dans une machine biologique ou non bénéficie d'un droit de propriété sur cette machine parce qu'il en est l'occupant ou qu'il en a la possession. Elle n'est pas contredite par les actes spontanés des individus puisque ce droit de propriété accompagne la privatisation de plus en plus grande de l'individu sur ses actes comme sur l'usage de son corps. Cette reconnaissance d'un droit de propriété sur soi légitime la libre disposition de son corps et de ses éléments. Elle ne confond pas morale et droit ».

³⁵⁶ ARNOUX I., *Les droits de l'être humain sur son corps*, Bordeaux, Presses universitaires de Bordeaux, 1995, pp. 145-290 et pp. 291-497. Après avoir réfuté l'existence d'un droit de propriété et relevé les insuffisances de la classification des droits sur le corps dans la catégorie des droits de la personnalité, l'auteur propose d'analyser les droits de l'être humain sur son corps comme des droits de l'homme. Elle souligne le triple intérêt de cette classification lié à la garantie des droits, à la limitation des droits en fonction d'impératifs particuliers et à la limitation de la souveraineté accordée à chacun dans la maîtrise du processus vital. Ces conclusions sont respectivement posées p. 290 et p. 293 ; ROBERT J., DUFFAR J., *Droits de l'homme et libertés fondamentales*, Paris, Domat droit public, Montchrestien, Lextenso, 2009, p. 219 et s. : les auteurs se réfèrent au droit de disposer de son corps au sein duquel ils incluent la liberté consciente de procréer (contraception, stérilisation, assistance médicale à la procréation) et le droit de refuser la procréation (interruption volontaire de grossesse). Dans le domaine de la contraception il a parfois été fait référence à une « cinquième liberté fondamentale » ou encore à la « liberté des libertés » : BAULIEU É.-É., HÉRITIER F., LERIDON H. (Dir.), *Contraception : contrainte ou liberté ?*, Paris, Odile Jacob, 1999, Respectivement p. 86 et p. 132.

³⁵⁷ Pour la mise en relation entre codécision et mariage en matière de contraception et d'avortement, voir l'analyse de la jurisprudence menée par BINET J.-R., « Genre et refus de procréation », in ZATTARA-GROS A.-F., *Bioéthique et genre*, LGDJ, Lextenso, 2013, p. 93 et p. 95.

notion de « couple parental » est mentionnée dans des hypothèses relativement similaires dans chacun des deux pays. On peut ainsi constater la relative indifférence du droit de la santé à l'égard du lien de couple en dehors de l'AMP (I). Cette indifférence contraste fortement avec la place centrale accordée au projet parental du couple dans le domaine de l'AMP (II). Les prérogatives attachées au couple varient donc de manière importante selon que l'on se situe à l'intérieur ou en dehors du cadre de la procréation charnelle et en fonction de l'existence d'un projet parental.

I. LA RELATIVE INDIFFÉRENCE DU DROIT DE LA SANTÉ À L'ÉGARD DU COUPLE, EN L'ABSENCE D'UN PROJET PARENTAL, DANS CHACUN DES DEUX PAYS

59. Dimension individuelle des actes médicaux en lien avec la procréation – Le droit de la santé fait état de prérogatives individuelles en lien avec la procréation. Tel est d'abord le cas, en droit suisse, en ce qui concerne le don de gamètes. En France, le don de gamètes apparaît parfois comme une prérogative du couple. Néanmoins, l'évolution de la législation témoigne de la faible portée de l'exigence du consensus du couple. Le droit comparé permet, dès lors, de démontrer l'inutilité de la notion de couple dans le cadre de la participation au projet parental d'autrui (A). Tel est ensuite le cas dans les domaines de la contraception, de la stérilisation et de l'interruption de grossesse. Le droit suisse distinguant entre interruption punissable et non punissable de grossesse, le terme d'interruption de grossesse sera utilisé dans ce travail. Il désignera ce que le droit français nomme l'interruption volontaire de grossesse. Dans ces hypothèses, le second membre du couple est évincé. Cette éviction résulte, en partie, du fait que les actes médicaux assurant le refus de procréer n'impliquent le corps que d'une seule personne (B).

A. L'inutilité du couple participant au projet parental d'autrui, révélée par le droit comparé

60. La liberté de donner ses gamètes n'a pas eu, historiquement, les mêmes titulaires en France et en Suisse. Contrairement au droit suisse, le droit français a appréhendé le don de gamètes comme un don du couple. L'abandon progressif de cette notion, qui participe au rapprochement des deux droits, contribue à démontrer le caractère illusoire du couple donneur (1). Ce caractère illusoire ressort d'ailleurs de l'étude des garanties encadrant le consentement (2).

1. Le déclin de la dimension conjugale du don de gamètes

61. Convergence progressive franco-suisse – Un double mouvement de convergence progressif entre la France et la Suisse peut être identifié. Cette convergence s'exprime, d'une part, dans la sélection des donneurs de gamètes. L'abandon progressif du critère français d'appartenance préalable à un couple permet de se rapprocher du caractère individuel du don de gamètes suisse. Cette convergence est également visible, d'autre part, à travers l'étude des personnes amenées à consentir au don de gamètes. La législation française, marquée par le déclin du consensus conjugal, se rapproche alors de la législation suisse davantage axée autour de la liberté personnelle. Ce constat nous incite à proposer la suppression de la notion de « couple donneur ».

62. Le couple, une notion fonctionnelle illusoire dès 1994 – D'un point de vue historique, la France et la Suisse n'ont pas défini de la même manière le titulaire de la liberté de donner ses gamètes. En France, le don de couple à couple s'est développé par le biais de la pratique des CECOS. Définir le couple comme donneur n'était pas anodin puisqu'il visait à favoriser l'acceptation sociale et donc le développement de ces pratiques. Ainsi présenté comme un acte solidaire, « *le don de couple à couple a bien des avantages sociaux, (...) l'image qui en est donnée, à savoir le don d'un couple généreux, comprenant la souffrance des couples stériles, impressionne favorablement le public* »³⁵⁸.

À l'issue des débats parlementaires de 1994, le législateur a repris la pratique des CECOS en exigeant que le donneur fasse partie d'un couple ayant déjà procréé³⁵⁹. Si l'on peut voir dans cette pratique un indice en faveur de l'émergence d'une notion juridique unifiée de couple, cette idée nous semble devoir être démentie. En effet, lors des débats parlementaires, en première lecture au Sénat, A. VASSELLE avait proposé un amendement visant à étendre au couple donneur la définition du couple adoptée pour le couple receveur. Il proposait ainsi que le donneur soit « *marié depuis deux ans ou en mesure d'apporter la preuve d'une vie commune d'une même durée et [que] son consentement et celui de l'autre membre du couple [soient] recueillis par écrit* »³⁶⁰. Selon lui, cette exigence s'insérerait parfaitement dans la réflexion d'ensemble visant à assurer la stabilité du couple et de la famille. Son souci était « *d'éviter tout risque de banalisation du don* »³⁶¹. Il indiquait : « *le couple donneur doit réfléchir et mesurer l'impact de son geste. (...) Nous devons veiller à ce que la réflexion menée soit non pas uniquement celle d'un individu, mais également celle d'une famille. Je ne comprendrais pas que le partenaire, mais aussi la famille dans son ensemble dans la mesure où cette famille comporte des enfants, ne soit pas associés à la démarche* »³⁶². À travers cet amendement, le Sénateur proposait donc une vision familiale du don de gamètes.

Ce parallélisme entre le couple donneur et le couple receveur fut massivement rejeté pour divers motifs. Tout d'abord, il fut indiqué que le cas du couple donneur est « *totalement différent* » de celui du couple receveur³⁶³. En effet, « *ce qui justifie l'attention (...) portée au couple bénéficiaire de l'AMP, c'est le sort de l'enfant. Ce qui nous importe, c'est la stabilité de la famille qui va l'accueillir et assurer son éducation. Cela n'a aucun rapport avec le rôle que joue le couple donneur* »³⁶⁴. La nécessité de favoriser les dons de gamètes fut également mise en avant. Ainsi S. VEIL indiqua qu'« *il serait même préjudiciable (...) de formaliser à l'excès la situation du couple donneur. Nous admettons que celui-ci accomplit un geste de solidarité mais, en réalité, nous ne savons pas ce que sont ses motivations psychologiques profondes. Je vois mal l'intérêt qu'il y aurait à vérifier la nature de la volonté qui anime le couple donneur. Qu'on prenne des garanties sur l'assentiment du conjoint ou de la personne qui vit avec le donneur, c'est légitime, mais rien ne justifie qu'on regarde le couple du donneur comme une entité dont on doive exiger la stabilité. Les seules garanties qui sont indispensables, concernant le couple donneur, sont d'ordre médical, et les CECOS veillent à les prendre. Il*

³⁵⁸ INSTITUT SUISSE DE DROIT COMPARÉ, *Procréation artificielle, génétique et droit, Colloque de Lausanne des 29 et 30 novembre 1985*, Zurich, Schulthess, 1986, p. 67.

³⁵⁹ Art. L 673-2 CSP : « *Le donneur doit faire partie d'un couple ayant procréé. Le consentement du donneur et celui de l'autre membre du couple sont recueillis par écrit* ».

³⁶⁰ Propos tenus par VASSELLE A. : SÉNAT, Séance du 19 janvier 1994, JORF, *Débats parlementaires*, 20 janvier 1994, Compte rendu intégral, p. 289.

³⁶¹ *Ibid.*, p. 296.

³⁶² *Ibid.*

³⁶³ Propos tenus par CHÉRIOUX J. : SÉNAT, Séance du 19 janvier 1994, JORF, *Débats parlementaires*, 20 janvier 1994, Compte rendu intégral, p. 290.

³⁶⁴ *Ibid.*, p. 295.

y va évidemment de l'intérêt même de l'enfant. Dans la mesure où l'on souhaite que le couple donneur reste dans l'anonymat et qu'il n'y ait pas de lien entre les deux couples, le parallélisme proposé par M. VASSELLE me paraît même inopportun »³⁶⁵.

On le voit, l'assimilation du couple donneur et du couple receveur est clairement refusée. Les critères de définition du couple donneur sont donc finalisés au vu de l'objectif poursuivi, un parlementaire ayant relevé de manière significative que « *la stabilité du couple donneur ne peut pas avoir d'incidence sur la qualité du résultat de l'insémination* »³⁶⁶. Ainsi, la notion de couple apparaît essentiellement fonctionnelle et variable selon l'objectif poursuivi, ce qui contribue à mettre en lumière les failles liées à la notion de couple donneur.

63. Le déclin progressif du couple lors des révisions de 2004 et 2011 – Les limites de cette notion ont été encore plus flagrantes lors des deux révisions des lois de bioéthique.

La loi du 6 août 2004 a cherché à favoriser une extension du cercle des donneurs potentiels³⁶⁷ en prévoyant, à l'article L 1244-2 CSP, que « *le donneur doit avoir procréé. Son consentement et, s'il fait partie d'un couple, celui de l'autre membre du couple sont recueillis* ». Elle marque donc l'abandon de la condition préalable d'appartenir à un couple. Cependant, la philosophie du don de couple à couple n'a pas été totalement abandonnée puisqu'a été maintenue la « *primauté du consensus conjugal* »³⁶⁸ dès lors que le couple existe.

La loi du 7 juillet 2011 est allée plus loin puisque désormais « *le donneur majeur peut ne pas avoir procréé. Il se voit alors proposer le recueil et la conservation d'une partie de ses gamètes ou de ses tissus germinaux en vue d'une éventuelle réalisation ultérieure, à son bénéfice, d'une assistance médicale à la procréation, dans les conditions prévues au titre IV du livre Ier de la deuxième partie* »³⁶⁹. Elle marque l'abandon de l'exigence systématique de la procréation préalable du donneur. Cet abandon pourrait être problématique car « *on ne peut négliger les risques même faibles que le don d'ovocytes et les traitements afférents font peser sur la fécondité de la donneuse* »³⁷⁰, d'autant qu'une étude menée aux USA a montré un taux de 5 % d'infertilité consécutive à un don d'ovocytes³⁷¹. Bien que cette règle limite le nombre de donneurs potentiels, elle permet de s'assurer que le donneur ne sera pas « *instrumentalisé* » au détriment de sa santé. La loi de 2011 a toutefois, de manière critiquée³⁷², ouvert cette possibilité en tentant de pallier les risques encourus par une possible conservation des gamètes pour soi-même.

³⁶⁵ Propos tenus par VEIL S. : SÉNAT, Séance du 19 janvier 1994, JORF, *Débats parlementaires*, 20 janvier 1994, Compte rendu intégral, p. 295.

³⁶⁶ Propos tenus par HURIET C. : *Ibid.*, p. 296.

³⁶⁷ AN, Rapport d'information fait au nom de la délégation aux droits des femmes et à l'égalité des chances entre les hommes et les femmes sur le projet de loi relatif à la bioéthique, Par Mme Yvette ROUDY, n° 3525, Enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 9 janvier 2002, p. 14 et s. et p. 32.

³⁶⁸ TAGLIONE C., « La protection des acteurs de l'assistance médicale à la procréation et la révision des lois de bioéthique », *LPA*, 1^{er} juillet 2003, n° 130, pp. 6-8.

³⁶⁹ Art. L 1244-2 CSP.

³⁷⁰ AN, Rapport d'information fait au nom de la mission d'information sur la révision des lois de bioéthique, Rapporteur M. Jean LÉONETTI, n° 2235, Enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 20 janvier 2010, p. 89.

³⁷¹ MERLET F., SÉNÉMAUD B., « Prise en charge du don d'ovocytes : réglementation du don : la face cachée du tourisme procréatif », *Gynécologie, obstétrique et fertilité*, 2010, Vol. 38, n° 1, p. 37.

³⁷² ARDUIN P.-O., « Convoitises autour des ovules », *Libertépolitique.com*, 7 février 2011, Disponible sur : <http://www.libertepolitique.com/Actions/Argumenter/Dossiers-thematiques/Bioethique-la-revision-de-la-loi-de-2004/Convoitises-autour-des-ovules>, Consulté le 2 septembre 2014.

64. Le rapprochement des droits français et suisse et l'incohérence du consensus conjugal –

L'examen rapide de l'histoire législative de l'encadrement du don de gamètes en France montre un rétrécissement constant des exigences relatives au donneur, dans le but de favoriser les dons. L'abandon de l'exigence d'une procréation antérieure et de l'appartenance à un couple contribue à rapprocher la législation française de la législation suisse. En effet, la sélection des donneurs helvétiques s'opère uniquement sur critères médicaux, afin de protéger la santé de la receveuse³⁷³. Le don d'ovocytes étant actuellement prohibé, la question de la protection de la santé de la donneuse ne se pose pas. Toutefois, si le législateur venait à l'autoriser, l'étude du droit français témoigne de la nécessité de mener une réflexion approfondie sur ce point, afin que la donneuse ne soit pas instrumentalisée dans le but de remédier à la pénurie. Le déclin de la notion de couple donneur de gamètes ayant été relevé, il est désormais possible de démontrer que l'exigence même du consensus conjugal apparaît incohérente.

Bien que depuis la loi du 6 août 2004³⁷⁴ le don ne soit plus nécessairement un don de couple à couple, l'exigence d'un consensus conjugal n'a pas été totalement abandonnée. En effet, l'article L 1244-2 CSP dispose que « *son consentement (du donneur) et s'il fait partie d'un couple, celui de l'autre membre du couple sont recueillis* ». La loi de 2004 n'a donc pas supprimé la « *primauté du consensus conjugal* »³⁷⁵ dès lors que le couple existe. Il en résulte que la capacité d'un individu à disposer de son matériel reproducteur dépend de sa situation sociale.

D'un point de vue moral et historique, cette exigence est compréhensible car les gamètes sont traditionnellement utilisés au sein du couple. Le double consentement prend alors une coloration symbolique ; il a permis une plus grande acceptation du don en éloignant l'image de l'adultère et de la tromperie au profit d'une vision solidaire entre les féconds et les stériles.

Mais il faut dépasser ce premier aspect pour mieux se concentrer sur les justifications juridiques qu'il est possible d'apporter à ce « pouvoir » d'un membre du couple sur les forces reproductrices de l'autre, parfois qualifié de « *cogestion* », voire de « *copropriété* »³⁷⁶. La notion de couple dans le CSP se réfère non seulement aux conjoints mais également aux concubins. On ne peut qu'être perplexe quant à la nécessité d'obtenir l'accord du concubin pour procéder à un don de gamètes, dans la mesure où il n'existe entre eux aucune obligation, l'union étant par définition libre. Quant au couple marié, on pourrait envisager que ce consentement découle du devoir de fidélité ou du moins d'un devoir de loyauté entre époux, mais ce fondement trouve ses limites dans le fait « *qu'en droit, le conjoint n'a pas le monopole des capacités reproductrices de son époux* »³⁷⁷. Par exemple, une personne mariée peut faire établir un lien de filiation avec un enfant adultérin. Les règles relatives à l'avortement ou à la contraception, qui relèvent de la seule maîtrise des femmes, plaident également en ce sens. Il semble donc qu'en réalité, le législateur ait prévu cette condition pourtant absente de la procréation naturelle afin de maintenir l'image positive du don, cultivée

³⁷³ Art. 19 LPMA.

³⁷⁴ Loi n° 2004-800 du 6 Août 2004 relative à la bioéthique, *JORF*, 7 Août 2004, p. 14040.

³⁷⁵ TAGLIONE C., « La protection des acteurs de l'assistance médicale à la procréation et la révision des lois de bioéthique », *LP4*, 1^{er} juillet 2003, n° 130, pp. 6-8.

³⁷⁶ *Ibid.*, p. 6.

³⁷⁷ ARNOUX I., *Les droits de l'être humain sur son corps*, Bordeaux, Presses universitaires de Bordeaux, 1995, p. 239.

par les CECOS. On peut donc conclure, à l'instar de C. NEIRINCK, à l'inutilité de la référence au couple donneur ; ce dernier constitue une « *image virtuelle* » puisqu'il est en réalité réduit à la personne du donneur³⁷⁸.

En revanche, si le donneur est célibataire, seul son consentement est requis. L'individu peut alors disposer librement de ses gamètes. Cette solution est davantage en accord avec les principes généraux applicables aux dons³⁷⁹ et aux actes médicaux³⁸⁰. On ne peut qu'approuver C. TAGLIONE lorsqu'elle remarque que « *le législateur a octroyé ou plutôt rendu à l'individu un droit autonome sur son matériel reproducteur* »³⁸¹.

L'exemple du droit suisse permet d'étayer cette argumentation. Il reste, en effet, très attaché à l'importance du mariage et de la cellule familiale, c'est pourquoi la nécessité de l'accord du conjoint aurait très bien pu se fondre dans le paysage juridique. Mais cette question ne semble pas s'être posée et aucun débat n'a, à notre connaissance, eu lieu sur ce point. Ainsi, l'article 20 LPMA ne se réfère qu'au seul consentement du donneur. Le don a immédiatement été envisagé comme un acte purement individuel, et l'utilisation du sperme « *relève des droits de la personnalité du donneur* »³⁸². Il semblerait donc plus cohérent d'abandonner cette exigence en droit français. L'étude des conditions permettant d'assurer le recueil du consentement éclairé plaide également en ce sens.

2. La faiblesse des garanties du consensus conjugal

65. L'inutilité de la notion de couple donneur peut également être déduite de la relative faiblesse des garanties visant à s'assurer du consensus conjugal. Le consentement au don de gamètes doit être libre et éclairé. Ce caractère libre et éclairé du consentement est assuré par le biais de deux moyens : des mesures préventives et l'exigence du formalisme. L'étude de ces garanties témoigne de leur faible effectivité.

66. Les mesures préventives destinées à assurer la qualité du consentement – Au plan légal un seul texte est relatif à l'information du donneur en France ; il s'agit de l'article L 1244-7 CSP. Il dispose que « *la donneuse d'ovocytes doit être particulièrement informée des conditions de la stimulation ovarienne et du prélèvement ovocytaire, des risques et des contraintes liés à cette technique, lors des entretiens avec l'équipe médicale pluridisciplinaire. Elle est informée des conditions légales du don notamment du principe d'anonymat et du principe de gratuité. Elle bénéficie du remboursement des frais engagés pour le don* ». Cette disposition, introduite par la loi du 6 août 2004, a permis d'assurer la protection de la donneuse d'ovocytes, jusque là ignorée par les dispositions spécifiques au don de gamètes. Étonnamment, il n'est pas fait référence au donneur. S'il est vrai que les implications sur le plan de la santé physique sont nulles, on peut regretter que le législateur n'ait pas prévu expressément d'information sur les conséquences psychologiques du don. Une interprétation par analogie devrait tout de

³⁷⁸ NEIRINCK C., « Le couple et l'assistance médicale à la procréation », *LPA*, 13 août 1999, n° 161, p. 4.

³⁷⁹ Art. L 1211-2 CSP : « *Le prélèvement d'éléments du corps humain et la collecte de ses produits ne peuvent être pratiqués sans le consentement préalable du donneur* ».

³⁸⁰ Art. 16-3 CC.

³⁸¹ TAGLIONE C., « La protection des acteurs de l'assistance médicale à la procréation et la révision des lois de bioéthique », *LPA*, 1^{er} juillet 2003, n° 130, p. 7.

³⁸² Message relatif à l'initiative populaire « pour la protection de l'être humain contre les techniques de reproduction artificielle (initiative pour une procréation respectant la dignité humaine, PPD) » et à la loi fédérale sur la procréation médicalement assistée (LPMA), 26 juin 1996, FF 1996 III 260.

même être permise. Sa protection est néanmoins assurée par l'arrêté du 11 avril 2008³⁸³ qui prévoit une information relativement détaillée³⁸⁴. Rien ne semble prévu dans le cas où les tests révéleraient l'existence d'une maladie chez le donneur. L'étude des conditions de l'information contribue à démontrer que le don de gamètes constitue davantage un acte individuel, puisque le conjoint ou le concubin du donneur n'est même pas mentionné. En ne faisant pas du conjoint ou du concubin un destinataire de l'information, le droit français se rapproche du droit suisse, dans lequel la loi prévoit simplement une information individuelle sur les conséquences juridiques du don.

67. Le respect du formalisme dans l'expression du consentement – Si l'on se penche, cette fois-ci, sur la forme du consentement, il apparaît que le consentement au don fait l'objet d'une double protection. D'une part, il doit être maintenu et d'autre part, il doit faire l'objet d'un certain formalisme.

Concernant le maintien du consentement du donneur, il faut relever qu'en Suisse, conformément aux directives constitutionnelles, le législateur a pris soin de protéger la personnalité et la dignité du donneur qui exige « *qu'il ne soit pas traité comme une chose ou un animal* »³⁸⁵. L'article 18 LPMA dispose que « *le sperme provenant d'un don peut être utilisé uniquement pour la procréation assistée et à des fins auxquelles le donneur a consenti* ». L'utilisation du sperme du donneur relève de ses droits de la personnalité. Ainsi, la volonté du donneur sur ses gamètes doit être respectée puisqu'il peut révoquer son consentement par écrit et en tout temps³⁸⁶, ce qui permet de limiter son instrumentalisation. En France, avant l'adoption de la loi du 6 août 2004, le donneur ne pouvait pas revenir sur sa volonté et perdait toute maîtrise sur le devenir de ses gamètes. En effet, en vertu des articles L 673-2 et L 665-11, s'il pouvait révoquer son consentement à la collecte, il ne pouvait pas s'opposer à leur utilisation après prélèvement, contrairement au couple receveur. Cette absence de considération vis-à-vis du donneur a fait l'objet de critiques fondées, à juste titre, sur le fait « *qu'il n'est pas acceptable que l'individu soit habilité, en application des prérogatives qui lui sont attribuées sur le fondement des droits de la personnalité, à revenir sur l'autorisation préalablement et valablement délivrée d'utiliser son nom ou son image ou son corps et qu'il ne puisse librement révoquer le consentement donné à l'emploi de ses gamètes* »³⁸⁷. La révision des lois bioéthiques de 2004 a permis de remédier à cette incohérence en renforçant les droits du donneur sur ses gamètes puisque désormais, l'article L 1244-2 CSP dispose que « *son consentement et, s'il fait partie d'un couple, celui de l'autre membre du couple sont recueillis par écrit et peuvent être révoqués à tout moment jusqu'à l'utilisation de ses gamètes* ». La loi du 7 juillet 2011, tout en modifiant la formulation de l'article, n'a pas

³⁸³ Arrêté du 11 avril 2008 relatif aux règles de bonnes pratiques cliniques et biologiques d'assistance médicale à la procréation, JORF, 23 mai 2008, p. 8387. Cet arrêté a été modifié par l'arrêté du 2 juin 2014 modifiant l'arrêté du 3 août 2010 modifiant l'arrêté du 11 avril 2008 relatif aux règles de bonnes pratiques cliniques et biologiques d'assistance médicale à la procréation, JORF, 12 juin 2014, p. 9778.

³⁸⁴ Voir le V. consacré aux dispositions spécifiques au don de gamètes : « *Le donneur ou la donneuse est informé(e) au cours d'un entretien individuel, des conditions législatives et réglementaires du don, ainsi que de la nature des examens à effectuer avant le don. Au terme de cet entretien, le donneur ou la donneuse précise son souhait d'être informé ou non des résultats des tests. La donneuse doit être particulièrement informée des conditions, des contraintes, des effets secondaires et des risques potentiels liés à la stimulation ovarienne et au prélèvement ovocytaire, lors des entretiens avec l'équipe pluridisciplinaire. L'équipe s'assure de son plein et entier consentement éclairé* ». Le couple donneur n'est mentionné que dans les dispositions relatives au don d'embryons.

³⁸⁵ PELET L., « Le droit du vivant sous l'angle constitutionnel », in MOREILLON L., KUHN A., et al., *Aspects pénaux du droit du vivant*, Bruxelles, Collection latine, Bruylant, 2004, p. 4.

³⁸⁶ Message relatif à l'initiative populaire « pour la protection de l'être humain contre les techniques de reproduction artificielle (initiative pour une procréation respectant la dignité humaine, PPD) » et à la loi fédérale sur la procréation médicalement assistée (LPMA), 26 juin 1996, FF 1996 III 260.

³⁸⁷ TAGLIONE C., « La protection des acteurs de l'assistance médicale à la procréation et la révision des lois de bioéthique », *LP4*, 1^{er} juillet 2003, n° 130, p. 12.

supprimé cette faculté de révocation du conjoint ou du concubin. Certes, le recueil du consentement et son formalisme font allusion au couple donneur, ce qui pourrait laisser à penser à l'effectivité de la notion. Cependant, contrairement à ce qui est prévu pour le couple receveur³⁸⁸, le défaut de consentement du conjoint ou concubin ne fait l'objet d'aucune sanction. Cela témoigne clairement du fait que, dans le cadre du don de gamètes, la notion de couple conjugal ressemble à une coquille vide. Il semble donc opportun d'en proposer la suppression.

En ce qui concerne l'exigence du formalisme, en Suisse³⁸⁹ comme en France³⁹⁰, le consentement au don doit être donné par écrit. Les législateurs ont donc estimé qu'un certain formalisme était nécessaire, mais que l'acte n'était pas suffisamment grave pour exiger la rédaction d'un acte authentique et qu'il était préférable de faciliter la rapidité du don. En Suisse, ce choix s'explique doublement. Il est d'abord lié au fait que seul le don de sperme est autorisé et que cet acte ne porte pas atteinte à l'intégrité de la personne. Ensuite, le donneur bénéficie d'une protection similaire au couple receveur. Mais en France, la situation est différente dans la mesure où le don d'ovocytes est autorisé. Il s'agit d'un acte lourd et la rédaction d'un simple écrit peut alors paraître peu protectrice. On peut, à titre de comparaison, effectuer un parallèle avec les formes du don d'organes et celles du don d'embryons³⁹¹. En cas de don d'embryons, le consentement du couple donneur est recueilli par écrit par l'autorité judiciaire³⁹² et en cas de don d'organe, l'article L 1231-1 CSP prévoit qu'après avoir été informé par un comité d'experts, la personne exprime son consentement devant le président du TGI. Certes, la gravité du don d'ovules est sans commune mesure avec celle du don d'organes ; cependant, le prélèvement n'est pas sans risque pour la donneuse et l'opération n'est pas réalisée dans son intérêt. Mais il faut ajouter un élément essentiel qui réside dans l'aspect abdicatif du don de gamètes. En effet, le donneur renonce généralement³⁹³ au lien de filiation qui pourrait l'unir à l'enfant. Cet acte n'est pas aussi anodin qu'on pourrait le croire et l'on ne peut que constater l'existence d'un net déséquilibre entre le formalisme destiné à assurer la protection du consentement du couple receveur et celui du donneur. *« Une telle différence de traitement peut difficilement être acceptée au regard de l'égale gravité que revêtent ces actes sur le plan psychologique, familial, sanitaire et juridique »*³⁹⁴.

³⁸⁸ Art. 511-6 CP.

³⁸⁹ Art. 18 LPMA.

³⁹⁰ Art. L 1244-2 CSP.

³⁹¹ Bien que le législateur français se réfère au terme d'« accueil d'embryons », nous utiliserons celui de don dans la mesure où ce terme est utilisé en Suisse.

³⁹² Art. 2141-6 al. 2 CSP.

³⁹³ D. MANAI relève que « le donneur, en tant que père génétique, conserve son droit de reconnaître l'enfant si les autres conditions de la reconnaissance sont remplies, à savoir l'existence d'un lien de filiation maternelle, l'absence de lien de filiation paternelle (art. 260) ; soulignons que le consentement à la conservation et à l'utilisation des gamètes n'est pas assimilable à une renonciation de reconnaître l'enfant » : MANAI D., *Droits du patient et biomédecine*, Berne, Stämpfli, 2013, p. 333. Si cette possibilité peut se justifier par la volonté d'assurer un double lien de filiation à l'enfant, elle nous semble particulièrement problématique. Elle contribue en effet à brouiller la distinction, qui nous paraît pourtant nécessaire, entre origines et filiation.

³⁹⁴ TAGLIONE C., « La protection des acteurs de l'assistance médicale à la procréation et la révision des lois de bioéthique », *LPA*, 1^{er} juillet 2003, n° 130, p. 12.

B. L'éviction du couple dans les actes médicaux assurant le refus de procréer

68. Le droit de la santé fait également preuve d'une relative indifférence à l'égard du couple lorsqu'il réglemente les actes médicaux assurant le refus de procréer. En effet, le refus de procréer apparaît systématiquement comme une prérogative individuelle. Pour cheminer vers une telle conclusion, il semble nécessaire de décrire les dispositions françaises et suisses qui constituent des indices de la dimension individuelle de la liberté de procréer (1) puis de souligner la convergence des législations vers un accroissement de l'autonomie personnelle (2).

1. La dimension individuelle du refus de procréer dans chacun des pays

69. Le refus de procréer transparait dans le domaine de la contraception, de la stérilisation, de l'interruption de grossesse et de l'assistance médicale à la procréation. Il s'agit ici de démontrer que, dans l'ensemble de ces hypothèses, ce refus de procréer s'analyse comme une prérogative individuelle et non comme une prérogative de couple. Le droit de la santé se montre indifférent aux classifications du droit de la famille.

70. **Contraception** – En ce qui concerne la contraception, la pilule contraceptive a été mise sur le marché, en Suisse, dès 1961 et s'est rapidement diffusée³⁹⁵. La diffusion de la pilule s'est néanmoins retrouvée confrontée à des mouvements de lutte contre la propagande anticonceptionnelle³⁹⁶.

La question est relativement plus complexe en droit français puisque la contraception n'a été expressément autorisée qu'avec la loi NEUWIRTH³⁹⁷. Cette dernière est venue abroger les dispositions des articles L 648 et L 649 du Code de la santé publique issus de la loi du 31 juillet 1920, réprimant la provocation à l'avortement et à la propagande anticonceptionnelle³⁹⁸, adoptée à l'issue de la Première Guerre mondiale à des fins natalistes³⁹⁹. Un des objectifs poursuivis a été d'accorder « à chacun la liberté d'accès aux contraceptifs et une information complète et exacte sur les méthodes actuellement disponibles »⁴⁰⁰. Bien que le couple ait été très fréquemment mentionné lors des débats parlementaires, l'accès à la contraception

³⁹⁵ BARBEY M. A., *Des cigognes à la santé sexuelle. Que devient le planning familial ?*, Lausanne, Santé sexuelle suisse, Réalités sociales, 2012, p. 18 ; LE GOFF J.-M., « Diffusion de la pilule en Suisse (1961-1997) », Disponible sur : <http://iussp2005.princeton.edu/papers/51394>, Consulté le 22 mai 2014.

³⁹⁶ <http://planning-familial.hug-ge.ch/nous/historique.html>, Consulté le 22 mai 2014.

³⁹⁷ Loi n° 67-1176 du 28 décembre 1967 relative à la régulation des naissances et abrogeant les articles L 648 et L 649 du Code de la santé publique, *JORF*, 29 décembre 1967, p. 12861.

³⁹⁸ Loi du 31 juillet 1920 réprimant la provocation à l'avortement et à la propagande anticonceptionnelle, *JORF*, 1^{er} août 1920, p. 3666.

³⁹⁹ Le rapport précise ainsi : « Cette propagande abominable se développe, dans certaines régions de France, d'une manière ébontée et cynique. Toujours condamnable, elle devient criminelle au lendemain d'une guerre aussi effroyable que celle que nous venons de subir, alors que la France, pour poursuivre ses destinées, a le plus impérieux besoin d'augmenter sa natalité » : cité par : AN, Rapport au nom de la commission des affaires culturelles, familiales et sociales sur les propositions de loi : 1° de M. NEUWIRTH (n° 34) tendant à modifier les articles 3 et 4 de la loi du 31 juillet 1920 (articles L 648 et L 649 du Code de la santé publique), concernant la prophylaxie anticonceptionnelle ; 2° de Mme THOME-PATENOTRE et plusieurs de ses collègues (n° 231) tendant à abroger les articles 3 et 4 de la loi du 31 juillet 1920 concernant la prophylaxie anticonceptionnelle, Par M. Lucien NEUWIRTH, n° 328, Annexe au procès-verbal de la séance du 15 juin 1967, p. 8.

⁴⁰⁰ *Ibid.*, p. 89.

apparaît davantage comme un acte individuel dans les textes⁴⁰¹. En effet, la loi NEUWIRTH réserve la vente des produits, médicaments et objets contraceptifs aux pharmaciens et soumet les contraceptifs inscrits sur un tableau spécial à une prescription médicale obligatoire. Ainsi, la contraception relève de la relation médecin-patient ou pharmacien-patient. Elle a fréquemment été présentée sous la forme d'une double révolution. La première révolution a conduit les couples à réguler leur propre descendance par eux-mêmes⁴⁰² et la contraception relevait alors, pour l'essentiel, de la responsabilité des hommes⁴⁰³. La seconde révolution contraceptive est liée à l'apparition de méthodes médicales fiables de régulation des naissances⁴⁰⁴. La consécration légale de ces nouvelles méthodes semble pouvoir s'expliquer à la fois par des considérations d'ordre démographique et par la poussée du féminisme⁴⁰⁵, notamment du mouvement français du planning familial⁴⁰⁶. Cette seconde vague conduit, en effet, à recentrer la prise en main de la contraception sur les femmes⁴⁰⁷ et s'inscrit plus largement dans une période favorable à l'acquisition des droits des femmes⁴⁰⁸.

Bien que modifiées à plusieurs reprises⁴⁰⁹, les règles relatives à la contraception ont maintenu le caractère individuel de l'accès à la contraception, si bien que le consentement du conjoint, du partenaire ou du concubin n'est pas nécessaire⁴¹⁰.

Ce caractère individuel de l'acte contraceptif ressort tout particulièrement d'un arrêt de la Cour de cassation du 12 juillet 2002. Dans cette affaire, un homme avait eu des relations sexuelles avec une femme qu'il avait rencontrée par voie de presse. Un enfant était né de cette union et la mère avait engagé une action en recherche de paternité qui avait conduit à la déclaration judiciaire de la paternité. L'homme avait alors agi en responsabilité à l'encontre de la femme, arguant qu'elle « *avait commis des fautes pour avoir accepté des relations sexuelles sans prendre des mesures propres à éviter ou à combattre le risque de conception* ». La Cour de cassation rejette son pourvoi et considère que la cour d'appel a pu déduire souverainement qu'« *ayant librement et pleinement consenti à avoir avec Mme Y... un rapport sexuel non protégé dès leur première rencontre, M. X..., homme sexuellement expérimenté, à qui il incombait, tout autant qu'à sa partenaire de prendre des mesures propres à éviter une procréation, n'établissait ni la faute de la mère de l'enfant pour s'être prêtée à un tel rapport ou pour avoir ensuite agi en reconnaissance de paternité et en contribution à l'entretien de l'enfant, ni l'existence d'un préjudice direct ou indirect* ».

⁴⁰¹ Le terme de couple apparaît à 67 reprises dans les débats reproduits dans : AN, 1967, La pilule devient légale. Loi du 28 décembre 1967 relative à la régulation des naissances : texte intégral des débats à l'Assemblée nationale, Paris, Assemblée nationale, 2008, 229 p.

⁴⁰² LERIDON H., « Une révolution démographique encore mal comprise », in BAULIEU É.-É., HÉRITIER F., LERIDON H. (Dir), *Contraception : contrainte ou liberté ?*, Paris, Odile Jacob, 1999, p. 68.

⁴⁰³ DEKEUWER-DÉFOSSEZ F., *Dictionnaire juridique droits des femmes*, Paris, Dalloz, 1985, p. 364.

⁴⁰⁴ LERIDON H., « Une révolution démographique encore mal comprise », in BAULIEU É.-É., HÉRITIER F., LERIDON H. (Dir), *Contraception : contrainte ou liberté ?*, Paris, Odile Jacob, 1999, p. 68.

⁴⁰⁵ BAULIEU É.-É., « Contraception : des besoins insatisfaits, une recherche insuffisante », in BAULIEU É.-É., HÉRITIER F., LERIDON H. (Dir), *Contraception : contrainte ou liberté ?*, Paris, Odile Jacob, 1999, p. 102.

⁴⁰⁶ BERENI L., CHAUVIN S., JAUNAIT A., REVILLARD A., *Introduction aux études sur le genre*, Bruxelles, Ouvertures politiques, De Boeck, 2012, p. 65.

⁴⁰⁷ HÉRITIER F., « Vers un nouveau rapport des catégories du masculin et du féminin », in BAULIEU É.-É., HÉRITIER F., LERIDON H. (Dir), *Contraception : contrainte ou liberté ?*, Paris, Odile Jacob, 1999, p. 39.

⁴⁰⁸ LENOIR N., « La contraception dans les pays développés : une pratique sociale devenue liberté fondamentale », in BAULIEU É.-É., HÉRITIER F., LERIDON H. (Dir), *Contraception : contrainte ou liberté ?*, Paris, Odile Jacob, 1999, p. 134.

⁴⁰⁹ Loi n° 74-1026 du 4 décembre 1974 portant diverses dispositions relatives à la régulation des naissances, *JORF*, 5 décembre 1974, p. 12123 ; Loi n° 2000-1209 du 13 décembre 2000 relative à la contraception d'urgence, *JORF*, 14 décembre 2000, p. 19830 ; Loi n° 2001-588 du 4 juillet 2001 relative à l'interruption volontaire de grossesse et à la contraception, *JORF*, 7 juillet 2001, p. 10823 ; Loi n° 2004-806 du 9 août 2004 relative à la politique de santé publique, *JORF*, 11 août 2004, p. 14277.

⁴¹⁰ ARNOUX I., *Les droits de l'être humain sur son corps*, Bordeaux, Presses universitaires de Bordeaux, 1995, p. 430 ; DEKEUWER-DÉFOSSEZ F., *Dictionnaire juridique droits des femmes*, Paris, Dalloz, 1985, p. 365.

indemnisable »⁴¹¹. La contraception relève donc à part égale de chacun des partenaires et il n'y a de faute ni dans le fait d'avoir eu des relations sexuelles non protégées ni dans le fait d'avoir poursuivi sa grossesse⁴¹². Mais c'est déjà empiéter sur la question des prérogatives de la femme face à l'interruption de grossesse.

71. Interruption de grossesse – En droit suisse, la question du rôle du père en matière d'interruption de grossesse ne ressort pas clairement de l'étude des dispositions du Code pénal qui ne se prêtent pas à une telle allusion.

Néanmoins, cette question n'a pas été totalement absente des débats parlementaires relatifs à la modification du Code pénal visant à intégrer la solution des délais. En effet, si le projet ne faisait pas référence au rôle du père de l'enfant à naître, cette question avait été relevée par la minorité V de la commission des affaires juridiques du Conseil national qui proposait d'approuver une motion⁴¹³ prévoyant notamment que le père prenne part à la consultation obligatoire avant une interruption de grossesse⁴¹⁴. Lors des débats, le rôle du père fut brièvement évoqué, mais il s'effaça au profit du droit à l'autodétermination de la femme qui reste libre de lui en référer.

Il faut noter que parallèlement à ces travaux visant à la révision du Code pénal, une initiative populaire « pour la mère et l'enfant – pour la protection de l'enfant à naître et pour l'aide à sa mère dans la détresse » fut déposée⁴¹⁵. Elle ne mentionnait pas directement le rôle du père, même si toute référence à celui-ci n'était pas à exclure dans la mesure où elle visait à compléter la Constitution par un article 4 bis prévoyant que la confédération « *protège la vie de l'enfant à naître et édicte des directives sur l'aide nécessaire à apporter à la mère en cas de détresse* »⁴¹⁶. Le père pouvait également apparaître visé par les dispositions de l'al. 2 let. b qui disposait que « *toute forme de pression tendant à faire supprimer la vie d'un enfant à naître est inadmissible* »⁴¹⁷.

Le Conseil fédéral considérait que cette disposition s'appliquait, en premier lieu, au père mais insistait sur les difficultés liées à sa mise en œuvre⁴¹⁸. Il proposait le rejet de l'initiative et renonçait à opposer un contre-projet⁴¹⁹.

Le peuple vota le même jour sur l'initiative populaire et sur le projet de modification du Code pénal et n'accepta que ce dernier⁴²⁰. Les dispositions du Code pénal actuel ne font pas état du rôle du père et l'interruption de grossesse ne relève que de la décision de la femme enceinte.

⁴¹¹ Cass. civ. 2^e, 12 juillet 2007, n° 06-16.869 : *Jurisdata* n° 2007-040220 ; *RTD civ.*, 2008, 91, Obs. HAUSER J. ; *RLDC*, 2008, Supplément au n° 46, 18, Note DEKEUWER-DÉFOSSEZ F. ; *Dr. fam.*, 2007, Comm. 171, ROUXEL S. ; *Deffrénois*, 15 mars 2008, 575, Obs. MASSIP J.

⁴¹² CORPART I., « La mère qui poursuit une grossesse sans le consentement du père et lui réclame des aliments ne commet pas de faute », *RJPF*, 2007, n° 12, p. 23. Tout dépend cependant des circonstances. Voir : CA Pau, 16 décembre 2013, n° 13/00907 : *Jurisdata* n° 2013-032537 ; *Dr. fam.*, 2014, Comm. 76, BRUS F. : « *la naissance d'un enfant à la suite de rapports sexuels entre adultes consentants, sans qu'il soit prétendu ni démontré que l'un aurait donné mensongèrement à l'autre des garanties sur l'infertilité de ces rapports, ne constitue pas un préjudice indemnisable au sens de l'article 1382 du Code civil. Toutefois les fautes alléguées, et dont la réalité n'est pas contestable, notamment les manœuvres de Mme N. au moment de la rencontre, tendant à dissimuler sa situation familiale et patrimoniale, sont à l'origine d'un préjudice moral que la cour fixera à 2 000 euros* ».

⁴¹³ Motion de la commission des affaires juridiques CN. Minorité Engler, Interruption de grossesse. Mesures d'accompagnement, Déposée au Conseil national, 19 mars 1998, n° 98.3047.

⁴¹⁴ Initiative parlementaire. Modification du Code pénal concernant l'interruption de grossesse, Rapport de la commission des affaires juridiques du Conseil national, 19 mars 1998, FF 1998 III 2648.

⁴¹⁵ Initiative populaire fédérale « pour la mère et l'enfant – pour la protection de l'enfant à naître et pour l'aide à sa mère en détresse, Aboutissement, FF 2000 207.

⁴¹⁶ Art. 4 bis al. 1 : *Ibid.*, FF 2000 209.

⁴¹⁷ *Ibid.*, FF 2000 209.

⁴¹⁸ Message relatif à l'initiative populaire « pour la mère et l'enfant – pour la protection de l'enfant à naître et pour l'aide à sa mère dans la détresse » (initiative « pour la mère et l'enfant »), 15 novembre 2000, FF 2001 644.

⁴¹⁹ *Ibid.*, FF 2001 645-646.

Cette même idée sous-tend le droit français qui mentionne expressément le rôle du père en matière d'interruption de grossesse⁴²¹. Il est vrai que l'intégration de dispositions relatives à l'interruption de grossesse dans le Code de la santé publique favorise une telle allusion.

Les risques de déresponsabilisation de l'homme dans sa paternité en cas de décisions relevant uniquement de la femme avaient parfois été mis en avant⁴²² et l'assemblée générale du Conseil d'État avait pu préconiser, en 1973, « *de faire figurer dans le texte une disposition ouvrant au mari le droit de contester le bien-fondé des avis favorables à l'interruption de la grossesse* »⁴²³.

Néanmoins, il a finalement été décidé que l'homme ne bénéficie en rien d'un rôle décisionnel ainsi qu'en témoigne la jurisprudence du Conseil d'État dans l'affaire Lahache. Le mari de Madame LAHACHE, séparé de fait de cette dernière, avait agi en responsabilité contre le Centre hospitalier de Dinan auquel il reprochait, notamment, de l'avoir laissé dans l'ignorance de l'interruption volontaire de grossesse pratiquée sur son épouse. La réponse du Conseil d'État est d'une extrême clarté quant à l'interprétation qu'il convient de donner à l'ancien article L 162-4 CSP, lequel disposait que « *chaque fois que cela est possible, le couple participe à la consultation et à la décision à prendre* »⁴²⁴. En effet, les juges retiennent, en se fondant sur les travaux préparatoires, que cette disposition « *présente un caractère purement facultatif* » et « *n'a ni pour objet ni pour effet de priver la femme majeure du droit d'apprécier elle-même si sa situation justifie l'interruption de la grossesse* ». Ils en concluent que M. LAHACHE ne peut mettre une faute à la charge du Centre hospitalier de Dinan dans la mesure où ni le fait qu'il « *ait été disposé à lui venir en aide au cas où elle aurait eu son enfant (...), ni le fait que M. Lahache n'a pas été invité à participer à la consultation et à ses suites, ne faisaient légalement obstacle à la décision, prise à la demande de Mme Lahache, de procéder à l'interruption volontaire de grossesse* »⁴²⁵. Le juge ne fait aucune allusion à la situation particulière du couple et il faut en déduire que la femme est libre de déterminer si elle souhaite que son époux participe à la consultation et à la décision⁴²⁶.

Cette exclusion de l'époux a d'ailleurs été confirmée par un arrêt de la cour d'appel de Toulouse⁴²⁷. Le refus de procréer en recourant à l'IVG apparaît donc comme une prérogative personnelle de la femme. Cette idée trouve d'ailleurs un soutien dans certaines décisions de la Commission européenne des droits de l'homme⁴²⁸. Ce caractère personnel de l'acte médical ressort également de la législation en matière de stérilisation qui peut quant à elle s'appliquer tant aux hommes qu'aux femmes.

⁴²⁰ Arrêté du Conseil fédéral constatant le résultat de la votation populaire du 2 juin 2002 (modification du Code pénal [interruption de grossesse] ; initiative populaire « pour la mère et l'enfant »), 8 juillet 2002, FF 2002 4786.

⁴²¹ Art. L 2212-4 al. 4 CSP pour l'interruption volontaire de grossesse dans les douze premières semaines ; Art. L 2213-1 al. 4 CSP pour l'interruption de grossesse pour motif médical.

⁴²² WIEDERKEHR G., cité par GENEVOIS B., « Conclusions sous CE, 31 octobre 1980 », *D.*, 1981, Jurisp., p. 42.

⁴²³ *Ibid.*

⁴²⁴ La formulation de cet article correspond à celle retenue dans l'actuel article L 2212-4 al. 4 CSP.

⁴²⁵ Conseil d'État, Assemblée, 31 octobre 1980, n° 13028 : *Rev. dr. pub.*, 1981, 216, Note ROBERT J. ; *D.*, 1981, 38, Concl. GENEVOIS ; *JCP G.*, 1982, II, 19732, Note DEKEUWER-DÉFOSSÉ F. ; *RDSS*, 1981, 247, Note DUBOIS L. ; *D.*, 1982, I, 231, Note THÉRY R. ; *D.*, 1981, IR, 167, Obs. MODERNE F., BON P. ; *RDSS*, 1981, 81, Note FORGES J.-M. (de).

⁴²⁶ ROBERT J., « La femme mariée est seule juge de la décision de recourir à l'interruption volontaire de grossesse », *Rev. dr. pub.*, 1981, n° 1, pp. 222-223.

⁴²⁷ « *La femme majeure enceinte et en détresse, peut demander un avortement sans autorisation, ni même avis de quiconque, pas même du procréateur, fût-il un mari légitime, et même si les époux s'étaient engagés dans un système de valeur rejetant l'avortement* » : CA Toulouse, 16 novembre 2005, CT 0028.

⁴²⁸ Comm. EDH, H. contre Norvège, 19 mai 1992, n° 17. 004/90, DR 73.184 (la restriction des droits de l'homme est justifiée par la protection des droits de la femme enceinte) ; Comm. EDH, X. contre Royaume-Uni, 13 mai 1980, n° 8416/79, DR 19.263 (concernant une interruption thérapeutique de grossesse, la restriction à la vie privée et familiale de l'homme est justifiée par la protection de la vie d'autrui) : cités par : SERMET L., « Le droit de l'enfant à naître et la Convention européenne des droits de

72. Stérilisation – En droit français, avant que la stérilisation ne fasse l'objet d'une loi, son statut était équivoque. Face à ces ambiguïtés, plusieurs instances ou organisations avaient été amenées à prendre position. Certaines ne mentionnaient pas l'éventuel conjoint ou concubin de la personne souhaitant se faire stériliser, si bien que le refus de procréer apparaissait immédiatement comme une prérogative propre à la personne⁴²⁹. Néanmoins, d'autres prises de positions en faisaient état, tant au niveau international que national.

Au niveau international, l'Assemblée générale des Nations-Unies avait adopté une résolution faisant référence au « *droit qu'ont les parents de déterminer librement et en toute responsabilité le nombre et l'échelonnement des naissances* »⁴³⁰. Une résolution du Conseil de l'Europe⁴³¹ fit référence à celle des Nations-Unies ainsi qu'au plan mondial sur la population de 1974 selon lequel « *tous les couples et individus ont le droit de déterminer librement et en toute responsabilité le nombre et l'échelonnement des naissances* »⁴³². Cette position a été à nouveau consacrée par la conférence internationale sur la population et le développement⁴³³ et par le comité des ministres du Conseil de l'Europe qui est allé jusqu'à affirmer que « *l'accès aux services de planification familiale est un droit fondamental pour l'homme comme pour la femme* »⁴³⁴. Certains de ces textes s'avéraient trop vagues puisqu'il n'était pas précisé si les parents étaient envisagés comme titulaires du droit en tant que couple ou à titre individuel. Néanmoins, cette difficulté n'était pas déterminante au vu de la faible portée normative de ces textes.

Au niveau national, le Conseil national de l'ordre des médecins et le Collège national des gynécologues et obstétriciens avaient pris position en 1983. Tous deux exigeaient, d'une part, le consentement de la personne et d'autre part, le recueil de « *l'avis du conjoint* »⁴³⁵. Il semble donc que seule la personne unie avec le patient par les liens du mariage devait être consultée. En outre, le terme d'avis laissait à penser qu'il était possible de passer outre un éventuel désaccord. Il est loisible de se demander si l'ordre des médecins avait envisagé d'aller plus loin, en 1996, lorsqu'il indiquait dans sa prise de position que la stérilisation nécessitait « *un consentement de l'intéressé, et éventuellement de son conjoint* »⁴³⁶.

l'homme », in ONORIO J.-B. (de) (Dir.), *Le respect de la vie en droit français*, Paris, Publication de la Confédération des juristes catholiques de France, 1997, pp. 180-181 ; SULLEROT E., *Quels pères ? Quels fils ?*, Paris, Fayard, 1992, pp. 134-136.

⁴²⁹ CCNE, Avis n° 50, « Rapport sur la stérilisation envisagée comme mode de contraception définitive », 3 avril 1996, 21 p.

⁴³⁰ ONU, Assemblée générale, Résolution 2436 (XXIII), Situation sociale dans le monde, Vingt-troisième session, 1748^e séance plénière, 19 décembre 1968, Point 1. b).

⁴³¹ CONSEIL DE L'EUROPE, Comité des ministres, Résolution (75) 29 sur la législation relative à la fécondité et à la planification familiale, 250^e réunion des délégués des ministres, 14 novembre 1975.

⁴³² *Ibid.*

⁴³³ Voir, par exemple : ONU, Rapport de la Conférence internationale sur la population et le développement, Le Caire, 5-13 septembre 1994, A/CONF. 171/13/Rev. 1, 18 octobre 1994, 95. XIII. 18, New-York, 1995, p. 42.

⁴³⁴ CONSEIL DE L'EUROPE, Comité des ministres, Résolution (78) 10 sur les programmes de la planification familiale, 284^e réunion des délégués des ministres, 3 mars 1978.

⁴³⁵ CNOM, Stérilisation volontaire, Résolution du 28 janvier 1983, Disponible sur :

http://www.cngof.asso.fr/D_PAGES/MDIR_03.HTM, Consulté le 25 mai 2014 ; CNGOF, Texte diffusé par le CNGOF à ses membres, suite à la séance du conseil d'administration du 12 mars 1983 (sur un rapport de M. LERAT), Disponible sur : http://www.cngof.asso.fr/D_PAGES/MDIR_03.HTM, Consulté le 25 mai 2014.

⁴³⁶ CNOM, *Bulletin de l'ordre des médecins*, Septembre 1996, n° 7, p. 3 : cité par DOURLIN-ROLLIER A.-M., « Contexte juridique de la stérilisation volontaire en France et dans les pays développés », in GIANI A., LERIDON H., *Les enjeux de la stérilisation*, Paris, Questions en santé publique, INSERM / INED, 2000, p. 152.

Dans la pratique, il semble que la question de la place du conjoint était loin d'être négligée. En effet, selon une étude réalisée à Nantes en 1997, 98,5 % des hommes ayant demandé à subir une vasectomie vivaient en couple, dont 72 % d'hommes mariés et 26 % vivant en union libre⁴³⁷. Dans le centre de planification et d'éducation familiale concerné par cette étude, le protocole des entretiens pré-stérilisation ne donnait pas immédiatement une place à l'autre membre du couple. Ce dernier était exclu du premier entretien au motif que sa présence aurait été « *perturbante* »⁴³⁸. Il participait toutefois au second entretien permettant, « *dans une nouvelle dynamique, de repositionner des repères propres aux couples* »⁴³⁹. Il faut relever que les auteurs de cette étude ne mentionnaient que le « conjoint » mais le reste de l'article laisse à penser que tous les couples étaient en réalité visés, ce qui montre la faible maîtrise du vocabulaire juridique par les médecins⁴⁴⁰. Ainsi, avant l'adoption d'une loi régissant la stérilisation, le rôle du conjoint semblait variable selon les prises de position. De manière générale, il était associé à ce choix sans bénéficier pour autant d'un pouvoir de décision.

La loi du 4 juillet 2001 est venue clarifier la situation⁴⁴¹. Absente du projet de loi relatif à l'interruption volontaire de grossesse et à la contraception⁴⁴², la question de la stérilisation a été introduite à la suite de l'adoption d'un amendement du rapporteur LIGNIÈRES-CASSOU lors de l'examen en commission des affaires culturelles⁴⁴³. Les discussions ont débouché sur l'article L 2123-1 CSP qui pose les conditions de réalisation de la stérilisation volontaire à visée contraceptive sur une personne majeure. Bien que cet article soit intégré dans un titre du Code de la santé publique consacré aux « *actions prévention concernant les futurs conjoints et parents* »⁴⁴⁴, la stérilisation à visée contraceptive n'est envisagée que comme un acte individuel⁴⁴⁵. D'ailleurs, à aucun moment des débats parlementaires il n'a été fait mention du rôle du conjoint, du concubin ou du partenaire, si ce n'est lorsque P. NAUCHE a mentionné la pratique de certains médecins exigeant la signature du conjoint⁴⁴⁶.

Cette conception individuelle prévaut également en droit suisse. Dès 1981, l'Académie suisse des sciences médicales s'était préoccupée de la question de la stérilisation à des fins contraceptives en élaborant des directives d'éthique médicale. Ces dernières prévoyaient que « *la stérilisation est pour les deux sexes un moyen pour empêcher toute nouvelle procréation. Une consultation médicale individualisée, tenant compte des*

⁴³⁷ BOURMEAU A., « La stérilisation masculine volontaire à but contraceptif. Expérience du Centre de planification et d'éducation familiale de l'hôpital Saint-Jacques à Nantes (1975-1997) », in GIAMI A., LERIDON H., *Les enjeux de la stérilisation*, Paris, Questions en santé publique, INSERM / INED, 2000, p. 191.

⁴³⁸ *Ibid.*, p. 186.

⁴³⁹ *Ibid.*, p. 187.

⁴⁴⁰ *Ibid.*

⁴⁴¹ Loi n° 2001-588 du 4 juillet 2001 relative à l'interruption de grossesse et à la contraception, JORF, 7 juillet 2001, p. 10823.

⁴⁴² AN, Projet de loi relatif à l'interruption volontaire de grossesse et à la contraception, Présenté au nom de M. Lionel JOSPIN par Mme Marine AUBRY, n° 2605, Enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 4 octobre 2000, 20 p.

⁴⁴³ Article additionnel après l'article 18 : art. L 2120-1 CSP : AN, Rapport fait au nom de la commission des affaires culturelles, familiales et sociales sur le projet de loi (n° 2605) relatif à l'interruption volontaire de grossesse et à la contraception, Par Mme Martine LIGNIÈRES-CASSOU, n° 2726, Enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 15 novembre 2000, p. 71.

⁴⁴⁴ Deuxième partie : « *Santé reproductive, droits de la femme et protection de la santé de l'enfant* » ; Livre I^{er} : « *Protection et promotion de la santé maternelle et infantile* » ; Titre II : « *Actions de prévention concernant les futurs conjoints et parents* » ; Chapitre III : « *Stérilisation à visée contraceptive* ».

⁴⁴⁵ En effet, l'article L 2123-1 CSP dispose que la stérilisation ne peut être pratiquée que « *si la personne majeure intéressée a exprimé une volonté libre, motivée et délibérée en considération d'une information claire et complète sur ses conséquences* ».

⁴⁴⁶ Propos tenus par NAUCHE P. : « *C'est souvent à l'occasion d'une autre intervention chirurgicale ou d'une coelioscopie que l'on propose à la patiente un ligature des trompes, au mieux quinze jours avant, au pire la veille au soir, en lui disant : « Si vous êtes d'accord, madame, n'oubliez pas, demain matin, de faire signer votre mari »* » : AN, 2^e séance du 30 novembre 2000, JORF, *Débats parlementaires*, 1^{er} décembre 2000, Compte rendu intégral, p. 9641.

conditions psychiques et physiques, doit permettre d'apprécier si l'intervention est le procédé de choix dans chaque cas particulier. En règle générale la participation du partenaire est nécessaire»⁴⁴⁷. Cette position appelle plusieurs remarques. D'abord, la notion de partenaire tend à remplacer celle de conjoint ; c'est donc davantage l'existence d'une relation de fait qui justifie la participation plutôt qu'un statut juridique tel que le mariage. Par ailleurs, le rôle attribué à ce partenaire était ambigu du fait de l'utilisation du terme « en général » et de l'opposition entre l'idée de participation du partenaire et celle de « consultation médicale individualisée ». Enfin, force est de constater que les fondements de cette participation n'étaient pas précisés. Au-delà de la question de sa participation, le partenaire était visé de manière indirecte dans la mesure où les directives précisaient que « des sujets sains d'esprit, capables de discernement peuvent décider librement de se soumettre à une stérilisation, ce qu'ils doivent confirmer par leur signature. Le médecin doit s'assurer que le candidat n'est soumis à aucune pression »⁴⁴⁸. Cette précision laissait à penser que le consentement à la stérilisation demeurerait un acte individuel et que le partenaire ne devait pas interférer dans la décision finale. Ainsi, on pouvait penser que sa participation n'avait pas pour objet de le conduire à participer à la décision. Pour terminer, il faut relever une dernière ambiguïté dans la formulation des directives. En effet, elles indiquent d'une part, que « des sujets sains d'esprit, capables de discernement, peuvent décider librement de se soumettre à une stérilisation »⁴⁴⁹ et d'autre part, que « la stérilisation est toujours laissée à l'appréciation du médecin, il est libre de la refuser dans certains cas, contrairement au désir du candidat »⁴⁵⁰. La formule « dans certains cas » est particulièrement floue et aurait mérité d'être précisée. Ces directives ont été modifiées en 2001 mais la modification a davantage porté sur la question de la stérilisation forcée.

En parallèle, plusieurs lois cantonales envisageant la stérilisation comme un acte individuel avaient été adoptées sur cette question⁴⁵¹. Il convient de souligner la spécificité de l'article 51 de la loi sur la santé du canton d'Argovie qui exigeait le consentement écrit du conjoint⁴⁵². Ce type de disposition semblait problématique au regard du droit fédéral⁴⁵³.

La question de la stérilisation a été traitée au niveau fédéral à la suite d'une initiative parlementaire, qui sollicitait la création de bases légales visant à l'indemnisation des personnes stérilisées sans y avoir consenti de manière éclairée⁴⁵⁴. Le refus de procréer est protégé au titre de la liberté personnelle⁴⁵⁵. Le consentement à la stérilisation a été assimilé au consentement à l'acte médical⁴⁵⁶ et à aucun moment des débats il n'a été fait référence au partenaire, concubin ou conjoint du patient. Cette dimension individuelle transparaît clairement dans l'article 5 de la loi sur la stérilisation, qui dispose que « la stérilisation d'une

⁴⁴⁷ ASSM, *Directives d'éthique médicale pour la stérilisation*, 1981.

⁴⁴⁸ *Ibid.*

⁴⁴⁹ *Ibid.*

⁴⁵⁰ *Ibid.*

⁴⁵¹ Voir *infra* § 78.

⁴⁵² GROSSE RAT DES KANTONS AARGAU, Gesundheitsgesetz (GesG), Vom 10. November 1987, RSAG, 301. 100, Art. 51 al. 1.

⁴⁵³ La question de la conformité au droit fédéral ne se pose aujourd'hui plus, dans la mesure où cette loi a été remplacée, en 2009, par une nouvelle loi qui ne fait plus référence à la stérilisation : GROSSE RAT DES KANTONS AARGAU, Gesundheitsgesetz (GesG), Vom 20. Januar 2009, RSAG, 301. 100.

⁴⁵⁴ Initiative parlementaire de Margrith VON FELTEN, Stérilisations forcées. Dédommagement des victimes, Déposée au Conseil national, 5 octobre 1999, n° 99.451.

⁴⁵⁵ Initiative parlementaire. Stérilisations forcées. Dédommagement des victimes (von Felten), Rapport de la commission des affaires juridiques du Conseil national, 23 juin 2003, FF 2003 5757.

⁴⁵⁶ *Ibid.*, FF 2003 5771.

personne âgée de plus de 18 ans et capable de discernement ne peut être pratiquée qu'avec son consentement libre et éclairé donné par écrit »⁴⁵⁷.

73. Assistance médicale à la procréation – Il en va, enfin, de même dans le domaine de l'assistance médicale à la procréation où chaque membre du couple reste libre d'exprimer personnellement son refus. La situation des deux pays diffère quant à l'objet du refus, la création d'embryons surnuméraires étant pour l'instant interdite en Suisse. On peut toutefois noter qu'en cas de conservation d'ovules imprégnés, chaque membre du couple peut révoquer par écrit son consentement en tout temps⁴⁵⁸. En France, il est prévu que la révocation écrite du consentement par l'homme ou la femme avant la réalisation de l'AMP, auprès du médecin chargé de mettre en œuvre l'AMP fait obstacle à l'insémination ou au transfert des embryons⁴⁵⁹.

74. Dans chacun des pays, la dimension individuelle de l'acte médical l'a emporté sur la situation familiale du couple. Le droit de la santé tend donc à se détacher des critères posés par le Code civil auxquels il se montre indifférent. La protection du corps humain justifie l'absence de reconnaissance de droits d'un tiers sur le corps de la personne.

2. La convergence des législations vers un accroissement de l'autonomie personnelle

75. L'intégrité corporelle ne semble toutefois pas être la seule justification à la dimension individuelle du consentement à l'acte médical. Il est en effet possible d'y ajouter l'importance accordée à l'autonomie personnelle dans chacun des pays.

76. La volonté personnelle, fondement apparent du refus d'AMP – Le respect de la volonté personnelle apparaît comme un fondement essentiel du refus de procréer. Le domaine de l'assistance médicale à la procréation met particulièrement bien en évidence ce fondement autonomiste dans la mesure où il contribue à dissocier sexualité et procréation. Il rend ainsi les gamètes féminins accessibles hors du corps de la femme et permet de dépasser la justification traditionnelle tirée de l'intégrité corporelle pour expliquer la dimension individuelle du refus de procréer.

Les règles françaises et suisses permettant à chacun des membres du couple de retirer son consentement à l'utilisation de ses gamètes ou des embryons qui en sont issus ont pour fondement la liberté personnelle dont découle l'idée selon laquelle « *il n'est pas question d'imposer à un individu qui ne le veut plus la venue au monde d'une descendance* »⁴⁶⁰.

L'appréciation de la validité de cette faculté de révocation a fait l'objet de l'arrêt Evans contre Royaume-Uni du 10 avril 2007⁴⁶¹ de la Cour européenne des droits de l'homme. Dans cette affaire

⁴⁵⁷ Loi fédérale sur les conditions et la procédure régissant la stérilisation de personnes du 17 décembre 2004, Entrée en vigueur au 1^{er} juillet 2005, RS 211.111.1, RO 2005 2499.

⁴⁵⁸ Art. 16 al. 3 LPMA.

⁴⁵⁹ Art. L 2141-2 al. 2 CSP.

⁴⁶⁰ TERRÉ F., FENOUILLET D., *Droit civil : les personnes, la famille, les incapacités*, Paris, Précis, Dalloz-Sirey, 2005, p. 901.

⁴⁶¹ CEDH, Grande chambre, Evans contre Royaume-Uni, 10 avril 2007, n° 6339/05 : *Dalloz actualité*, 17 avril 2007, Obs. DELAPORTE-CARRÉ ; D., 2008, Pan. 1443, Obs. GALLOUX J.-C. ; *RTD civ.*, 2007, 295, Obs. MARGUÉNAUD J.-P. ; *RTD*

concernant une PMA homologue, la Cour apporte des éclairages sur la protection des droits des parties en cause et notamment sur la capacité de rétractation d'un des membres du couple qui peut aboutir à priver l'autre membre du couple de son projet parental. La Cour maintient sa conception large de la vie privée et considère qu'elle recouvre le droit au respect des décisions de devenir parent ou de ne pas devenir parent au sens génétique du terme. Elle considère qu'« *il n'y a donc pas lieu de privilégier le désir de la requérante d'avoir un enfant de son sang par rapport au refus de son ex-mari d'avoir un enfant biologique avec elle* »⁴⁶². Il est vrai que la dissymétrie factuelle entre la conservation des ovocytes et du sperme à l'époque ou encore la prise en compte de la création de l'embryon auraient pu appeler un traitement différent⁴⁶³. Mais quoi qu'il en soit, l'arrêt valide l'idée selon laquelle si, seul le couple peut bénéficier de l'accès à la PMA, la faculté de refuser la procréation relève bien de la liberté personnelle de chacun des membres du couple.

L'importance de la volonté personnelle comme fondement du refus de procréer ayant été révélée par le domaine de l'AMP, il est désormais possible de se pencher sur la stérilisation et l'interruption de grossesse afin de rechercher les indices d'un tel fondement du refus de procréer. La comparaison franco-suisse s'avère un bon indicateur.

77. Convergence helvético-française : l'interruption de grossesse comme expression de la volonté personnelle – En ce qui concerne l'interruption de grossesse, les deux pays convergent et accordent, tout au moins en début de grossesse, une place importante à la liberté de la femme.

Il n'est pas question, dans le cadre de cette réflexion, de développer de manière détaillée l'histoire de l'interruption volontaire de grossesse en France⁴⁶⁴, mais plutôt de broser dans les grandes lignes l'évolution de la législation afin de démontrer l'existence d'un renforcement constant des droits des femmes dans le domaine de la reproduction.

La loi VEIL avait eu pour objectif de modifier l'article du Code pénal qui punissait l'avortement provoqué par les tiers ainsi que l'auto-avortement et qui ne laissait subsister comme seule exception que l'article L 161-1 prévoyant la possibilité de recourir à l'avortement thérapeutique⁴⁶⁵. Après avoir posé le principe selon lequel, « *la loi garantit le respect de tout être humain dès le commencement de la vie* » et qu'il « *ne saurait être porté atteinte à ce principe qu'en cas de nécessité et selon les conditions définies par la présente loi* »⁴⁶⁶, la loi VEIL intégrait au sein du Code de la santé publique un article L 162-1 qui disposait que « *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*

cin., 2007, 545, Obs. HAUSER J. ; JCP G, 2007, II, 10097, Note MATHIEU B. ; RDSS, 2007, 810, Note ROMAN D. Était en cause la loi anglaise, qui comme la loi française prévoit que l'un des membres du couple peut se rétracter tant que les embryons n'ont pas été implantés. Une femme allait devenir stérile et avait donc entrepris une procédure d'AMP avec son mari ayant abouti à la conservation d'embryons. Le mari avait retiré son consentement avant l'implantation des embryons, imposant à la femme leur destruction et l'empêchant de devenir mère génétique.

⁴⁶² ROBERT J., DUPHAR J., *Droits de l'homme et libertés fondamentales*, Paris, Montchrestien, Lextenso, 2009, p. 237.

⁴⁶³ GORAR M., « Not sympathy but justice : Nathalie Evans v. Human Fertilisation and Embryology Act 1990 », *Hertfordshire Law Journal*, 2006, Vol. 4, n° 1, pp. 44-45.

⁴⁶⁴ Sur l'état du droit antérieur à la loi VEIL, voir notamment : TURPIN D., « France. L'interruption volontaire de grossesse dans la jurisprudence constitutionnelle française », *AJJC*, 1986, Vol. II, pp. 145-146 (analyse du dispositif législatif) ; SERVERIN E., « De l'avortement à l'interruption volontaire de grossesse : l'histoire d'une requalification sociale », *Déviance et société*, 1980, Vol. 4, n° 1, pp. 5-9 (Procès de Bobigny) ; SOUTOUL J.-H., « Les origines, la préparation et le vote de la loi Veil », *Conséquences d'une loi. Avortement an II*, Paris, La table ronde, 1977, pp. 21-31.

⁴⁶⁵ ROUJOU DE BOUBBÉE G., « L'interruption volontaire de la grossesse (Commentaire de la loi n° 75-17 du 17 janvier 1975) », *D.*, 1975, Chron. XXXV, p. 209.

⁴⁶⁶ Art. 1^{er} de la loi n° 75-17 du 17 janvier 1975 relative à l'interruption volontaire de la grossesse, *JORF*, 18 janvier 1975, p. 739.

être pratiquée qu'avant la fin de la dixième semaine »⁴⁶⁷. Dès l'adoption de cette loi, certains auteurs avaient déjà relevé que la femme était seule juge de cet état de détresse⁴⁶⁸, alors que d'autres s'y étaient montrés opposés⁴⁶⁹, en renvoyant par exemple à l'appréciation discrétionnaire du médecin⁴⁷⁰. La jurisprudence confirma bientôt que la femme était libre d'apprécier seule sa situation de détresse⁴⁷¹, si bien que le droit de la femme de disposer de son corps n'était soumis à aucun contrôle⁴⁷². Malgré cela, la loi posait des exigences d'ordre procédural liées notamment à l'information et à la remise d'un dossier guide par le médecin⁴⁷³, à l'existence d'une consultation obligatoire⁴⁷⁴, à la confirmation écrite de la demande après expiration d'un délai de réflexion⁴⁷⁵ et, enfin, à une information subséquente en matière de régulation des naissances⁴⁷⁶. Il a fréquemment été souligné que cette procédure présentait un caractère dissuasif⁴⁷⁷. Cette limite à la liberté des femmes était encore renforcée par le refus, malgré de longs débats, de consacrer le remboursement de l'intervention par la sécurité sociale⁴⁷⁸.

La loi a été déférée au Conseil constitutionnel⁴⁷⁹ qui a considéré que ses dispositions n'étaient pas contraires à la Constitution au motif, notamment, que la « *loi (...) respecte la liberté des personnes appelées à recourir ou à participer à une interruption de grossesse, qu'il s'agisse d'une situation de détresse ou d'un motif thérapeutique ; que, dès lors, elle ne porte pas atteinte au principe de liberté posé à l'article 2 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen* »⁴⁸⁰. Plusieurs auteurs insistaient, néanmoins, sur le fait qu'il ne fallait pas voir ici une

⁴⁶⁷ *Ibid.*, Art. 4.

⁴⁶⁸ ROUJOU DE BOUBBÉE G., « L'interruption volontaire de la grossesse (Commentaire de la loi n° 75-17 du 17 janvier 1975) », *D.*, 1975, Chron. XXXV, p. 213 : « L'état de détresse est apprécié par l'intéressée elle-même et par elle seule » et p. 214 : « N'eût-il pas été plus simple et plus honnête de reconnaître que, désormais en France, l'avortement est libre jusqu'à la dixième semaine de grossesse ? En réalité, la mention de l'état de détresse traduit la volonté du législateur d'attirer la décision de la femme sur la gravité de la décision qu'elle va prendre. (...) il est indubitable que rien dans la loi ne permet de faire obstacle aux « avortements de convenance ». L'auteur se réfère également aux travaux parlementaires ; SERVERIN E., « De l'avortement à l'interruption volontaire de grossesse : l'histoire d'une requalification sociale », *Déviante et société*, 1980, Vol. 4, n° 1, p. 11 : « Ce qui signifie littéralement que toute femme avortante est présumée irréfragablement être en situation de nécessité, que donc, l'exception portée par la loi (en cas de nécessité) devient la règle, au moins pendant les dix premières semaines de grossesse. (...) Par le seul geste de sa demande, la femme se désigne comme femme en détresse ».

⁴⁶⁹ MATHIEU B., « La vie en droit constitutionnel comparé, éléments de réflexions sur un droit constitutionnel incertain », *RIDC*, 1998, Vol. 50, n° 4, p. 1043, Note 44 (considérant que la reconnaissance d'un droit discrétionnaire en faveur de la mère est contraire à l'esprit de la loi).

⁴⁷⁰ TURPIN D., « France. L'interruption volontaire de grossesse dans la jurisprudence constitutionnelle française », *AIJC*, 1986, Vol. II, p. 147 : « Elle ne doit être offerte qu'aux femmes enceintes que leur état place « en situation de détresse » (art. L 162-1 nouveau du Code de la santé publique), appréciée discrétionnairement par le médecin sollicité ».

⁴⁷¹ Conseil d'État, Assemblée, 31 octobre 1980, n° 13028 : RDP, 1981, 216, Note ROBERT J. ; *JCP G*, 1982, II, 19732, Note DEKEUWER-DÉFOSSEZ F. ; *RDJS*, 1981, 247, Note DUBOIS L. ; *D.*, 1982, I, 231, Note THÉRY R. ; *D.*, 1981, IR, 167, Obs. MODERNE F. BON P. ; *RDJS*, 1981, 81, Note FORGES J.-M. (de). L'arrêt fait référence au droit de la femme majeure d'apprécier elle-même si sa situation justifie une interruption volontaire de grossesse. Les conclusions du commissaire du gouvernement GENEVOIS sont particulièrement éclairantes. Il se fonde sur le texte de la loi et souligne que « le caractère exceptionnel que le législateur, agissant sous le contrôle du Conseil constitutionnel, a souhaité voir conserver à l'avortement, va de pair avec une position de principe consistant à laisser à la femme la responsabilité de la décision à prendre ». Il s'appuie notamment sur le terme « s'estimant placée ». Il considère que l'état de détresse, distinct de l'état de nécessité est « une notion purement subjective que la femme apprécie souverainement ». Enfin, il rappelle les débats, notamment des propos clairement tenus en ce sens ou encore le rejet d'un amendement laissant l'appréciation de l'état de détresse au médecin : GENEVOIS B., « Conclusions sous CE, 31 octobre 1980 », *D.*, 1981, pp. 40-41.

⁴⁷² PRIEUR S., *La disposition par l'individu de son corps*, Bordeaux, Collection thèses, LEH, 1999, p. 390.

⁴⁷³ Art. L 162-3 CSP.

⁴⁷⁴ Art. L 162-4 CSP.

⁴⁷⁵ Art L 162-5 CSP.

⁴⁷⁶ Art. L 162-9.

⁴⁷⁷ ROUJOU DE BOUBBÉE G., « L'interruption volontaire de la grossesse (Commentaire de la loi n° 75-17 du 17 janvier 1975) », *D.*, 1975, Chron. XXXV, p. 214.

⁴⁷⁸ *Ibid.*, p. 216.

⁴⁷⁹ Conseil constitutionnel, Décision n° 75-54 DC, 15 janvier 1975, Loi relative à l'interruption volontaire de grossesse : *D.*, 1975, Jurisp. 529, Obs. HAMON L. ; *AJDA*, 1975, 134, Note RIVERO J. ; *Gaz. Pal.*, 1976, I, 25, Note PELLET A. ; *RIDC*, 1975, 873, Note ROBERT J. ; *JCP G*, 1975, II, 18030, Note BEY E.-M. ; *RTD civ.*, 1975, 392.

⁴⁸⁰ *Ibid.*, Consid. 8.

constitutionnalisation d'un droit à l'avortement et que seule était en cause la liberté de ne pas recourir ou participer à l'avortement⁴⁸¹.

Par la suite, plusieurs lois vinrent renforcer l'accès à l'avortement, en commençant par la loi du 31 décembre 1979 qui confirma la loi VEIL⁴⁸². La loi du 31 décembre 1982, dite loi ROUDY, vint garantir la prise en charge de l'interruption volontaire de grossesse par la sécurité sociale, un ticket modérateur de 20% restant toutefois à la charge de la patiente⁴⁸³. Le droit pénal favorisa l'accès à l'IVG d'un double point de vue.

Il le fit, d'une part, par la loi NEIERTZ qui abrogea l'infraction d'auto-avortement, conféra aux associations de défense des droits des femmes dans le domaine de la contraception et de l'IVG le droit de se porter partie civile pour ces faits et créa le délit d'entrave à l'IVG⁴⁸⁴. Par cette dernière mesure, « *la liberté de la femme au regard de l'avortement se trou[ait] promue dans l'ordre des valeurs pénalement protégées* »⁴⁸⁵.

D'autre part, la réforme du Code pénal transforma l'infraction d'avortement en celle d'interruption illégale de grossesse. Elle renversa ainsi le principe et l'exception⁴⁸⁶ et accorda une place centrale au consentement qui devint un critère de variation de la répression pénale⁴⁸⁷. Elle marqua ainsi un important changement de paradigme puisque « *ce n'est plus l'enfant qui est au centre des préoccupations, mais bien plutôt la volonté ou l'autonomie de la femme* »⁴⁸⁸. Ce dispositif pénal a été à nouveau modifié par la loi du 4 juillet 2001⁴⁸⁹. Cette dernière abroge les articles 223-11⁴⁹⁰ et 223-12⁴⁹¹ du Code pénal si bien que seule l'interruption de grossesse non consentie demeure dans ledit code. La loi amplifie donc, d'un point de vue

⁴⁸¹ TURPIN D., « France. L'interruption volontaire de grossesse dans la jurisprudence constitutionnelle française », *AJJC*, 1986, Vol. II, p. 153 ; FAVOREU L. et al., *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, Paris, Grands arrêts, Dalloz, 2013, n° 15, p. 184 ; MATHIEU B., « La vie en droit constitutionnel comparé, éléments de réflexions sur un droit constitutionnel incertain », *RIDC*, 1998, Vol. 50, n° 4, p. 1038 et p. 1049.

⁴⁸² Loi n° 79-1204 du 31 décembre 1979 relative à l'interruption volontaire de grossesse, *JORF*, 1^{er} janvier 1980, p. 3 : *RDSS*, 1980, 291, Comm. SERVERIN E.

⁴⁸³ Loi n° 82-1172 du 31 décembre 1982 relative à la couverture des frais afférents à l'interruption volontaire de grossesse non thérapeutique et aux modalités de financement de cette mesure, *JORF*, 1^{er} janvier 1983, p. 15 ; TURPIN D., « France. L'interruption volontaire de grossesse dans la jurisprudence constitutionnelle française », *AJJC*, 1986, Vol. II, p. 150. Il faut noter qu'entre temps, certaines mutuelles remboursaient l'IVG, ce que le Conseil d'État avait validé : Conseil d'État, 3 décembre 1980, n° 09938 : *RDSS*, 1981, 485, Concl. HAGELSTEEN : cité par : DRAPIER M., « La loi relative à l'interruption volontaire de grossesse dix ans après : histoire d'un compromis », *Rev. dr. pub.*, 1985, p. 464.

⁴⁸⁴ Loi n° 93-121 du 27 janvier 1993 portant diverses mesures d'ordre social, *JORF*, 30 janvier 1993, p. 1576, Art. 37 : « *Sera puni d'un emprisonnement de deux mois à deux ans et d'une amende de 2 000 F à 30 000 F ou de l'une de ces deux peines seulement le fait d'empêcher ou de tenter d'empêcher une interruption volontaire de grossesse ou les actes préalables prévus par les articles L 162-3 à L 162-8 soit en perturbant l'accès aux établissements visés à l'article L 162-2 ou la libre circulation des personnes à l'intérieur de ces établissements ; soit en exerçant des menaces ou tout acte d'intimidation à l'encontre des personnels médicaux et non médicaux travaillant dans ces établissements ou des femmes venues y subir une interruption volontaire de grossesse* ». Sur cette question voir : PRIÉTO N., VÉDRINNE J., FULCHIRON H., « Vers l'évolution d'un droit à l'avortement ? À propos du délit d'entrave à l'IVG », *Journal de médecine légale*, 1997, Vol. 40, n° 4, pp. 295-298 ; PRIEUR S., « La répression judiciaire du délit d'entrave à l'IVG : réflexions à propos de quatre années d'application jurisprudentielle de l'article L 162-15 du Code de la santé publique », *LP4*, 5 novembre 1997, n° 133, pp. 12-19.

⁴⁸⁵ VIGNEAU D., « Observations sur le nouveau droit pénal de l'« avortement » », in *Mélanges dédiés à Louis Boyer*, Toulouse, Presses de l'université des sciences sociales, 1996, p. 771.

⁴⁸⁶ Comme le relève D. VIGNEAU, seules les IVG réalisées dans les conditions prévues par la loi sont punissables : *Ibid.*, p. 761.

⁴⁸⁷ L'auteur montre que l'interruption illégale de grossesse réalisée sans le consentement de la victime de l'article 223-10 est davantage punie que l'interruption illégale de grossesse prévue par l'article 223-11 qui concerne notamment l'interruption de grossesse sans motif thérapeutique pratiquée hors délai : *Ibid.*, p. 761. M.-L. RASSAT relève également dans ce sens que le nouveau code a inséré les dispositions au sein d'un chapitre intitulé « de la mise en danger de la personne » si bien que « *ce qui a trait à l'avortement n'est plus réprimé comme une atteinte à l'intégrité corporelle de l'enfant mais uniquement dans la mesure où l'opération peut nuire à la santé de la mère* » : RASSAT M.-L., « Le respect de la vie dans le nouveau Code pénal », in ONORIO J.-B. (d') (Dir.), *Le respect de la vie en droit français*, Paris, Publication de la Confédération des juristes catholiques de France, 1997, pp. 154-155.

⁴⁸⁸ VIGNEAU D., « Observations sur le nouveau droit pénal de l'« avortement » », in *Mélanges dédiés à Louis Boyer*, Toulouse, Presses de l'université des sciences sociales, 1996, pp. 765-766.

⁴⁸⁹ Loi n° 2001-588 du 4 juillet 2001 relative à l'interruption volontaire de grossesse et à la contraception, *JORF*, 7 juillet 2001, p. 10823.

⁴⁹⁰ *Ibid.*, Art. 14.

⁴⁹¹ *Ibid.*, Art. 15.

symbolique, le mouvement du Code pénal de 1994 puisque « *la seule valeur protégée par le Code pénal est donc aujourd'hui le consentement de la femme* »⁴⁹². Les délits de fourniture de moyens matériels en vue d'un auto-avortement et l'interruption illégale de grossesse sont relégués aux articles L 2222-2 et L 2222-3 du Code de la santé publique, un code technique, ce qui limite leur valeur symbolique. En parallèle, le délit d'entrave à l'IVG est complété et le *quantum* de la peine fortement augmenté, renforçant ainsi sa pénalisation⁴⁹³. Au-delà de l'aspect pénal, la loi de 2001, qui a fait l'objet de divergences inconciliables entre l'Assemblée nationale et le Sénat, prolonge le délai de dix à douze semaines⁴⁹⁴ et limite ce qui a finalement été considéré comme des contraintes procédurales faisant pression sur la volonté de la femme⁴⁹⁵. La clause de conscience est également circonscrite⁴⁹⁶. Enfin, la condition de détresse disparaît dans l'intitulé du chapitre II du titre premier du livre II de la deuxième partie du Code de la santé publique⁴⁹⁷. Les dispositions de cette loi ont été jugées conformes à la Constitution, le Conseil constitutionnel ayant notamment considéré que les modifications apportées au dossier-guide, ainsi que la suppression du caractère obligatoire de l'entretien social ne portaient « *pas atteinte au principe de liberté posé à l'article 2 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen* »⁴⁹⁸. L'accès à l'IVG a encore été renforcé par la loi relative à la politique de santé publique⁴⁹⁹ puis par la loi de financement de la sécurité sociale qui a prévu un remboursement de l'IVG à 100 %⁵⁰⁰.

Une évolution récente a eu lieu avec le projet de loi pour l'égalité entre les femmes et les hommes. Ce dernier se contentait à l'origine de favoriser la protection de la femme enceinte notamment dans le cadre des contrats de collaboration libérale⁵⁰¹. Il s'insérerait clairement dans la lignée des lois relatives à

⁴⁹² *Dictionnaire permanent santé, bioéthique, biotechnologies*, Éditions législatives, Étude : interruption de grossesse, n° 6.

⁴⁹³ Art. 17 de la loi n° 2001-588 du 4 juillet 2001 relative à l'interruption volontaire de grossesse et à la contraception, JORF, 7 juillet 2001, p. 10823 : « *Est puni de deux ans d'emprisonnement et de 200 000 F d'amende le fait d'empêcher ou de tenter d'empêcher une interruption de grossesse ou les actes préalables prévus par les articles L 2212-3 à L 2212-8 : soit en perturbant de quelque manière que ce soit l'accès aux établissements mentionnés à l'article L 2212-2, la libre circulation des personnes à l'intérieur de ces établissements ou les conditions de travail des personnels médicaux et non médicaux ; soit en exerçant des pressions morales et psychologiques, des menaces ou tout acte d'intimidation à l'encontre des personnels médicaux et non médicaux travaillant dans ces établissements, des femmes venues y subir une interruption volontaire de grossesse ou de l'entourage de ces dernières* ».

⁴⁹⁴ *Ibid.*, Art. 2.

⁴⁹⁵ Le contenu du dossier guide est remanié (*Ibid.*, Art. 4) et l'entretien social ne revêt plus un caractère obligatoire, il est néanmoins systématiquement proposé (*Ibid.*, Art. 5).

⁴⁹⁶ Le médecin qui fait jouer sa clause de conscience doit en informer la femme sans délai et doit lui communiquer le nom d'un praticien susceptible de réaliser l'intervention (*Ibid.*, Art. 8). Par ailleurs, les chefs de services ne peuvent opposer leur clause de conscience qu'à titre personnel, la pratique de l'IVG étant considérée comme une mission de service public : circulaire DGS/DHOS n° 2001-467 du 28 septembre 2001 relative à la mise en œuvre des dispositions de la loi du 4 juillet 2001 relative à l'interruption volontaire de grossesse et à la contraception, NOR : MESP0130680C, *BO ministère chargé de la Santé*, n° 2001-43, § 1. 1. 2. Sur la clause de conscience et les droits de la femme, voir : DUMORTIER T., « La loi IVG : l'effectivité de quel droit ? », in CHAMPEIL-DESPLATS V., LOCHAK D. (Dir.), *À la recherche de l'effectivité des droits de l'homme*, Nanterre, Presses universitaires de Paris Ouest, 2008, Disponible sur : <http://books.openedition.org/pupo/1168>, Consulté le 29 mai 2014.

⁴⁹⁷ Dans l'ancienne version du Code de la santé publique, la section 1 du chapitre 3 bis était intitulée « Interruption volontaire de la grossesse pratiquée avant la fin de la dixième semaine ». La nouvelle numérotation du Code de la santé publique avait conduit à modifier les intitulés. Le chapitre 2 était alors intitulé « Interruption pratiquée avant la fin de la dixième semaine en cas de situation de détresse ». Avec l'article 1^{er} de la loi du 4 juillet 2011, le chapitre devient « Interruption pratiquée avant la fin de la douzième semaine de grossesse ».

⁴⁹⁸ Conseil constitutionnel, Décision n° 2001-446 DC, 27 juin 2001, Loi relative à l'interruption volontaire de grossesse et à la contraception, Consid. 10 : D., 2001, Jurisp., 2533, Note MATHIEU B. ; RFDC, 2001, 619, Note NICOLAS G. ; JCP G, 2001, II, 10635, Note FRANCK C.

⁴⁹⁹ Loi n° 2004-806 du 9 août 2004 relative à la politique de santé publique, JORF, 11 août 2004, p. 14277 : objectif 97 visant à « *assurer l'accès à une contraception adaptée, à la contraception d'urgence, et à l'IVG dans de bonnes conditions pour toutes les femmes qui décident d'y avoir recours* » : IGAS, *La prise en charge de l'interruption volontaire de grossesse*, Par Mmes Claire AUBIN et Danièle JOURDAIN MENNINGER, Octobre 2009, p. 11 et s.

⁵⁰⁰ Art. 50 de la loi n° 2012-1404 du 17 décembre 2012 de financement de la sécurité sociale pour 2013, JORF, 18 décembre 2012, p. 19821.

⁵⁰¹ L'article 4 du projet de loi visait à modifier « *le régime de la collaboration libérale crée par l'article 18 de la loi n° 2005-882 du 2 août 2005 en faveur des petites et moyennes entreprises afin d'introduire, pour les collaboratrices enceintes et les collaborateurs qui souhaitent prendre leur congé de*

l'IVG et à la contraception⁵⁰². Néanmoins, il ne contenait pas de mesures précises dans le domaine sanitaire. Le rapport de la commission des lois restait également silencieux⁵⁰³.

Ce n'est que dans le rapport d'information au nom de la délégation aux droits des femmes que la question de l'interruption volontaire de grossesse s'est intégrée aux débats. En effet, « *tout en reconnaissant la difficulté à énumérer la liste – par définition non exhaustive – des domaines concernés par l'approche intégrée, la délégation [s'était étonnée] de ne pas y voir figurer dans le projet de loi les actions en faveur du droit des femmes à disposer de leur corps. Cette politique fondatrice de l'émancipation des femmes depuis les années 70 appelle en effet encore de nouvelles avancées ; l'un des combats actuels portant par exemple sur la revalorisation des IVG au-delà de ce qui a été obtenu dans le PLFSS 2013, faute de quoi les règles de tarification des hôpitaux les contraindront à réduire le nombre d'actes* »⁵⁰⁴.

Ce vœu a été entendu par plusieurs sénateurs, car deux amendements relatifs aux droits des femmes dans le domaine sanitaire ont été déposés lors de la discussion en première lecture devant le Sénat. Un premier amendement⁵⁰⁵, visant à compléter l'article 1^{er} qui liste les champs d'intervention de l'État dans le domaine de l'égalité entre les hommes et les femmes, a été adopté contre l'avis de la commission⁵⁰⁶ mais avec l'avis favorable du gouvernement. Il prévoyait que l'État mette en place « *des actions visant à assurer aux femmes la maîtrise de leur sexualité, notamment par l'accès à la contraception et à l'interruption volontaire de grossesse* »⁵⁰⁷. Un second amendement⁵⁰⁸ a inséré un article additionnel, l'article 5 quinquies, visant à renforcer la protection des femmes contre les entraves à l'interruption volontaire de grossesse. Son objectif était de compléter l'article L 2223-2 du Code de la santé publique en précisant que le délit d'entrave à l'IVG peut être réalisé à l'encontre de femmes venues « *s'informer* » sur une interruption volontaire de grossesse⁵⁰⁹.

paternité et d'accueil de l'enfant, une période de suspension du contrat et de protection contre les ruptures de contrat, sauf accord des parties ou manquement grave aux règles déontologiques professionnelles » : SÉNAT, Projet de loi pour l'égalité entre les femmes et les hommes, Présenté au nom de M. Jean-Marc AYRAULT, Par Mme Najat VALLAUD-BELKACEM, n° 717, Enregistré à la Présidence du Sénat le 3 juillet 2013, Exposé des motifs, p. 10.

⁵⁰² L'exposé des motifs souligne clairement l'inscription dans une réflexion plus générale sur l'égalité des droits dans le domaine sanitaire : « *Ce projet s'inscrit en complément de nombreux textes qui ont d'ores et déjà fait progresser l'égalité (...) dans le champ sanitaire, la loi de financement de la sécurité sociale pour 2013 a décidé la gratuité de la contraception pour les mineurs et le remboursement intégral de l'interruption volontaire de grossesse, pour mieux garantir les droits sexuels et reproductifs des femmes* » : SÉNAT, Projet de loi pour l'égalité entre les femmes et les hommes, Présenté au nom de M. Jean-Marc AYRAULT, Par Mme Najat VALLAUD-BELKACEM, n° 717, Enregistré à la Présidence du Sénat le 3 juillet 2013, Exposé des motifs, p. 5. L'étude d'impact fait référence à « *une deuxième génération de droits visant à garantir le droit des femmes à disposer de leurs corps. En 1971, les décrets d'application de loi loi Neuwirth autorisant la contraception sont publiés (4 ans après la loi elle-même). Une première loi légalisant pour une période de cinq ans l'interruption volontaire de grossesse (loi dite Simone Veil) est votée en 1975, la loi définitive étant adoptée en 1979. En 1982 est adoptée la mesure de remboursement de l'IVG par la sécurité sociale. L'année suivante la loi établit une nouvelle définition du viol, tenant compte notamment du viol conjugal. En 2001, puis en 2004, les dispositions relatives à l'IVG sont complétées* » : SÉNAT, Projet de loi pour l'égalité entre les femmes et les hommes, Présenté au nom de M. Jean-Marc AYRAULT, Par Mme Najat VALLAUD-BELKACEM, n° 717, Enregistré à la Présidence du Sénat le 3 juillet 2013, Étude d'impact, p. 5.

⁵⁰³ SÉNAT, Rapport fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de la législation, du suffrage universel, du Règlement et de l'administration générale sur le projet de loi pour l'égalité entre les femmes et les hommes, Par Mme Virginie KLES, n° 807, Enregistré à la Présidence du Sénat le 24 juillet 2013, 182 p.

⁵⁰⁴ SÉNAT, Rapport d'information fait au nom de la délégation aux droits des femmes et à l'égalité des chances entre les hommes et les femmes sur les dispositions du projet de loi n° 717 (2012-2013) pour l'égalité entre les femmes et les hommes, dont la délégation a été saisie par la commission des lois, Par Mme Brigitte GONTHIER-MAURIN, n° 788, Enregistré à la Présidence du Sénat, le 22 juillet 2013, p. 10.

⁵⁰⁵ Amendement n° 132, présenté par Mme Cécile CUKIERMAN et autres.

⁵⁰⁶ L'avis défavorable était toutefois d'ordre rédactionnel.

⁵⁰⁷ SÉNAT, Séance du 16 septembre 2013, JORF, *Débats parlementaires*, 17 septembre 2013, Compte rendu intégral, p. 8440.

⁵⁰⁸ Amendement n° 91 rectifié, présenté par Mme Laurence ROSSIGNOL.

⁵⁰⁹ SÉNAT, Séance du 17 septembre 2013, JORF, *Débats parlementaires*, 18 septembre 2013, Compte rendu intégral, pp. 8497-8498.

Les travaux en commission en vue de la première lecture devant l'Assemblée nationale sont allés encore plus loin dans le renforcement des droits des femmes⁵¹⁰. D'une part, la commission des lois a adopté deux amendements identiques⁵¹¹ donnant lieu à « *un nouvel article 5 quinquies C qui consacre l'IVG en tant que véritable droit pour les femmes, en supprimant la référence à l'état de « détresse » prévue par l'article L 2212-1 du Code de la santé publique* »⁵¹². D'autre part, un second amendement, modifiant le titre de la deuxième partie du Code de la santé publique, à l'époque intitulé « *santé de la famille, de la mère et de l'enfant* », pour le renommer « *santé reproductive, droits de la femme et protection de la santé de l'enfant* », a été proposé⁵¹³. Le rapport indique que « *la consécration de la notion de droits de la femme, et pas uniquement de la mère, permet de reconnaître solennellement les droits des femmes dans le domaine de la maîtrise de leur sexualité* »⁵¹⁴. Cette proposition d'évolution appelle plusieurs remarques. D'abord, elle donne lieu à la consécration d'un droit spécifique à la femme enceinte, sous-tendu par la libre disposition corporelle et l'autodétermination. Cette consécration correspond donc à un renforcement de la liberté personnelle dans le domaine de la procréation. En outre, elle donne lieu à la consécration de la notion de « *santé reproductive* », ce qui témoigne de la spécificité de l'acte procréatif dans le domaine sanitaire. Enfin, elle renforce encore la dimension individuelle du refus de procréer qui est désormais consacré comme un droit de la femme et non plus replacé dans une perspective familiale.

Lors des débats devant l'Assemblée nationale, deux amendements visant à supprimer l'article 5 quinquies B relatif à la modification de l'intitulé de la deuxième partie du Code de la santé publique ont été déposés⁵¹⁵. Les auteurs de ces amendements reprochaient notamment au texte de vouloir importer des concepts anglo-saxons et d'abandonner le concept de famille⁵¹⁶.

La réponse apportée par le rapporteur de la commission des lois laisse apparaître en filigrane l'influence que peut avoir le droit de la santé sur le droit de la famille. Le rapporteur relève en effet que « *l'intitulé actuel de cette deuxième partie du Code de la santé publique date d'une période où elle était beaucoup moins développée et ne traitait pas d'un certain nombre de sujets : elle ne recouvrait pas des dispositions introduites ultérieurement, notamment celles relatives à l'assistance médicale à la procréation. La modification adoptée par la commission des lois permet justement d'adapter l'intitulé de cette partie à son contenu réel, qui avait été modifié ultérieurement* »⁵¹⁷. Cette remarque montre clairement que l'assistance médicale à la procréation s'insère plus largement dans une réflexion relative, d'une part à la santé reproductive, concept reconnu au niveau international⁵¹⁸ témoignant de la spécificité de l'appréhension de la création de la vie par le droit de la santé et, d'autre part aux droits dans

⁵¹⁰ En témoigne le titre du III du rapport de la commission des lois : « *Une ambition renforcée par la Commission des lois* » : AN, Rapport fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République, sur le projet de loi, adopté par le Sénat (n° 1380) pour l'égalité entre les femmes et les hommes, Par M. Sébastien DENAJA, n° 1663, Enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 18 décembre 2013, p. 49.

⁵¹¹ Amendement de la commission des affaires sociales et de Mme Axelle LEMAIRE et des membres du groupe socialiste républicain et citoyen.

⁵¹² AN, Rapport fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République, sur le projet de loi, adopté par le Sénat (n° 1380) pour l'égalité entre les femmes et les hommes, Par M. Sébastien DENAJA, n° 1663, Enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 18 décembre 2013, p. 57.

⁵¹³ *Ibid.*

⁵¹⁴ *Ibid.*

⁵¹⁵ Amendement n° 101 présenté par M. Christophe FROMANTIN et n° 218 présenté par M. Jean-Frédéric POISSON : AN, 2^e séance du 21 janvier 2014, JORF, *Débats parlementaires*, 22 janvier 2014, Compte rendu intégral, p. 764.

⁵¹⁶ *Ibid.*

⁵¹⁷ Propos tenus par DENAJA S. : AN, 2^e séance du 21 janvier 2014, JORF, *Débats parlementaires*, 22 janvier 2014, Compte rendu intégral, p. 765.

⁵¹⁸ *Ibid.*

le domaine de la procréation. En favorisant l'autonomie de l'individu et le pouvoir de la volonté sur les choix procréatifs, le droit de la santé renforce potentiellement le rôle de la volonté dans l'établissement du lien de filiation. Il faut d'ailleurs noter à cet égard que le Haut conseil à l'égalité entre les femmes et les hommes comprend désormais une commission « *santé, droits sexuels et reproductifs* ». Son rapport relatif à l'accès à l'IVG avait préconisé la suppression de la notion de détresse⁵¹⁹. Cette commission proposait, dans la lignée préconisée par la ministre des Droits des femmes, de reconnaître « *une troisième génération pour les droits des femmes* » avec pour objectif de passer « *d'une égalité en droit à une égalité réelle* » en faisant de l'IVG un « *droit à part entière* »⁵²⁰. Une résolution dans ce sens a récemment été votée par l'Assemblée nationale⁵²¹.

La suppression de la notion de détresse fut votée à l'Assemblée nationale en première lecture, après le rejet de plusieurs amendements visant à l'abandon de cette modification⁵²². Les articles ont été adoptés conformes par le Sénat en deuxième lecture⁵²³ et cette partie de la loi⁵²⁴ a été validée par le Conseil constitutionnel⁵²⁵. Même s'il est évident que les positions des parlementaires ne sont pas significatives des choix législatifs, il est intéressant de relever la position de N. AMELINE qui indiquait que « *le moment est venu de faire confiance aux femmes, de leur donner les moyens d'exercer ce droit élémentaire, cette liberté fondamentale qu'est le recours à l'IVG. Le curseur des droits des femmes, c'est en effet la liberté de décider, de choisir sa vie, d'exercer sa responsabilité* »⁵²⁶. Plus loin, elle fait référence à « *la capacité de se déterminer, en pleine conscience et en pleine responsabilité* »⁵²⁷. Cette prise de position est intéressante en ce sens qu'elle fait écho à l'analyse retenue par le Tribunal fédéral suisse en termes de liberté personnelle.

En effet, dans un arrêt du 5 novembre 1975, le Tribunal fédéral, amené à se prononcer sur une clause de domiciliation prévue par la législation neuchâteloise en matière d'interruption de grossesse, a considéré que « *la liberté personnelle garantit le droit de disposer librement de son corps* » et que celui-ci « *implique aussi celui de la personne atteinte dans sa santé de choisir librement son médecin* »⁵²⁸. L'inclusion dans la liberté

⁵¹⁹ Recommandation n° 1 : « Remplacer dans l'article L 2212-1 du Code de la santé publique autorisant l'avortement l'expression « La femme enceinte que son état place dans une situation de détresse peut demander à un médecin l'interruption de sa grossesse » par l'expression « La femme qui ne souhaite pas poursuivre une grossesse peut demander à un médecin de l'interrompre » : HAUT CONSEIL À L'ÉGALITÉ ENTRE LES FEMMES ET LES HOMMES, Rapport relatif à l'accès à l'IVG, Volet 2 : Accès à l'IVG dans les territoires, Rapport n° 2013-1104-SAN-009, 7 novembre 2013, p. 25.

⁵²⁰ *Ibid.*, pp. 23-25.

⁵²¹ AN, Résolution réaffirmant le droit fondamental à l'interruption volontaire de grossesse en France et en Europe, Texte adopté n° 433, 26 novembre 2014.

⁵²² Amendement n° 9 présenté par Mme Marion MARÉCHAL-LE-PEN ; Amendement, n° 93 présenté par Mme Marie-Christine DALLOZ ; Amendement n° 99 présenté par M. Jean-Christophe FROMENTIN ; Amendement n° 192 présenté par M. Jacques BOMPARD ; Amendement n° 223 présenté par M. Jean-Frédéric POISSON : AN, 2^e séance du 21 janvier 2014, JORF, *Débats parlementaires*, 22 janvier 2014, Compte rendu intégral, p. 776-780.

⁵²³ SÉNAT, Projet de loi pour l'égalité entre les femmes et les hommes, Texte adopté n° 101, 17 avril 2014.

⁵²⁴ Loi n° 2014-873 du 4 août 2014 pour l'égalité réelle entre les femmes et les hommes, JORF, 5 août 2014, p. 12949.

⁵²⁵ Conseil constitutionnel, Décision n° 2014-700 DC, 31 juillet 2014, Loi pour l'égalité réelle entre les femmes et les hommes. Selon les requérants, l'article 24 de la loi « *romprait le compromis et l'équilibre résultant de la loi du 17 janvier 1975 et porterait atteinte au principe du respect de l'être humain dès le commencement de sa vie* » (consid. 3). Le Conseil constitutionnel déclare l'article conforme à la Constitution au motif que les dispositions de la loi du 17 janvier 1975 « *réservent à la femme le soin d'apprécier seule si elle se trouve dans cette situation (de détresse) ; que la modification, par l'article 24, de la rédaction des dispositions de la première phrase de l'article L 2212-1, qui prévoit que la femme enceinte qui ne veut pas poursuivre une grossesse peut en demander l'interruption à un médecin ne méconnaît aucune exigence constitutionnelle* » (consid. 4).

⁵²⁶ Propos tenus par AMELINE N. : AN, 2^e séance du 21 janvier 2014, JORF, *Débats parlementaires*, 22 janvier 2014, Compte rendu intégral, p. 772.

⁵²⁷ *Ibid.*

⁵²⁸ ATF 101 Ia 575, 577.

personnelle n'empêche toutefois pas d'éventuelles restrictions, sous réserve de respecter les conditions désormais codifiées à l'article 36 Cst. féd⁵²⁹.

Le contexte politique et culturel⁵³⁰, fort différent de celui régnant en France, explique que le droit suisse a mis du temps avant de libéraliser l'accès à l'IVG. En Suisse, le cadre de l'interruption de grossesse avait été posé au niveau fédéral, avec l'entrée en vigueur du Code pénal suisse⁵³¹, aux articles 118 à 121 CPS⁵³². L'avortement étant sanctionné pénalement, la question du droit à l'autodétermination n'entrait pas en ligne de compte.

Après de nombreuses tentatives de modification de ces règles restées infructueuses⁵³³, une initiative parlementaire du 29 avril 1993 avait sollicité⁵³⁴ la révision de la législation relative à l'interruption volontaire de grossesse afin de remplacer les textes datant de 1942 par la solution des délais⁵³⁵. Elle relevait notamment le décalage entre les règles juridiques et la pratique, d'ailleurs très variable selon les cantons⁵³⁶.

Le Conseil national a donné suite à cette initiative le 3 février 1995⁵³⁷. La commission des affaires juridiques a donc proposé un projet de modification du Code pénal suisse après avoir procédé à l'audition d'experts⁵³⁸. Ce projet proposait, tout en maintenant une interdiction de principe, d'autoriser la femme à recourir à l'interruption de grossesse, terme remplaçant celui d'avortement, pendant quatorze semaines à compter du début des dernières règles. Il supprimait l'exigence d'un avis médical conforme et ne prévoyait pas d'obligation pour la femme de se faire conseiller⁵³⁹. Reprenant le travail d'un groupe d'experts, le projet se référait à la prise en compte du respect du droit de la personnalité de la mère dans la mise en balance des intérêts en présence. Il relevait ainsi que « *du point de vue juridico-philosophique, une norme pénale qui porte aussi profondément atteinte au droit le plus élémentaire de la personnalité de la femme comme le fait l'interdiction de l'avortement au sens des articles 118 et suivants du Code pénal suisse – qui sont également un commandement légal d'enfanter – ne se justifie (...) pas* »⁵⁴⁰.

Le Conseil fédéral, tout en approuvant la nécessité de réviser les dispositions du Code pénal jugées inadaptées, considéra que le projet de la commission des affaires juridiques du Conseil national n'assurait pas une protection suffisante de la vie de l'enfant à naître qui constitue un devoir de l'État face

⁵²⁹ En l'espèce le Tribunal fédéral admit le recours de droit public du fait de l'absence de base légale et de la contrariété entre la disposition cantonale et l'article 120 CPS.

⁵³⁰ ENGELI I., *Les politiques de la reproduction : les politiques de l'avortement et de la procréation médicalement assistée en France et en Suisse*, Paris, Logiques politiques, L'Harmattan, 2010, 312 p. et notamment p. 261 et s.

⁵³¹ Code pénal suisse du 21 décembre 1937, Entré en vigueur au 1^{er} janvier 1942, RS 311.0, RO 54 781.

⁵³² Articles reproduits dans : DONDÉNAZ M., *Avortement, Interruption de grossesse. Le cas de la Suisse*, Lausanne, Réalités sociales, Politique sociale, 1987, pp. 124-125.

⁵³³ Sur ces tentatives voir : TROYON B., HAENNI C., « Suisse », Table ronde sur l'interruption volontaire de grossesse, *AJJC*, 1986, Vol. II, pp. 204-208.

⁵³⁴ Pour le rappel synthétique de l'ensemble de l'évolution, voir : DONDÉNAZ M., *Avortement, Interruption de grossesse. Le cas de la Suisse*, Lausanne, Réalités sociales, Politique sociale, 1987, pp. 11-12.

⁵³⁵ Initiative parlementaire de Barbara HAERING, Interruption de grossesse révision du Code pénal, Déposée au Conseil national, 29 avril 1993, n° 93.434.

⁵³⁶ Le développement de l'initiative précise dans ce sens que « *la loi n'est pratiquement plus appliquée : si, dans les rares cantons restés conservateurs à l'extrême, les IVG légales revêtent un caractère d'exception, l'interprétation que les cantons progressistes donnent à la loi ne correspond plus du tout à l'intention du législateur de l'époque. Seules quelques rares condamnations ont été prononcées entre 1980 et 1988 ; depuis, il n'y en a plus eu aucune* ». Développement disponible sur : http://www.parlament.ch/f/suche/pages/geschaefte.aspx?gesch_id=19930434, Consulté le 9 mai 2014.

⁵³⁷ Décision par 91 voix contre 85 auxquelles il fallait ajouter quatre absentions.

⁵³⁸ BO 1997 N 1430.

⁵³⁹ Initiative parlementaire. Modification du Code pénal concernant l'interruption de grossesse, Rapport de la commission des affaires juridiques du Conseil national, 19 mars 1998, FF 1998 III 2638.

⁵⁴⁰ *Ibid.*, FF 1998 III 2635.

au droit à l'autodétermination de la femme enceinte. Il adhérerait davantage à un régime de protection avec consultation obligatoire ou à une extension du régime des indications⁵⁴¹.

Lors des débats devant le Conseil national, les propositions de non entrée en matière visant à faire prévaloir la protection de l'enfant à naître sur le droit à l'autodétermination de la femme furent rejetées, tout comme la solution des indications ainsi que celle d'un modèle de protection impliquant une consultation obligatoire⁵⁴². La solution des délais fut finalement adoptée⁵⁴³. Devant le Conseil des États, la proposition de la majorité visant à obliger la femme à faire une demande écrite à son médecin, motivée par sa situation de détresse, fut adoptée. L'idée d'une consultation obligatoire fut rejetée, mais il fut convenu que le médecin devait toutefois conseiller la femme et lui remettre une brochure incluant la liste des centres de consultation gratuite⁵⁴⁴. Enfin, le délai fut réduit de quatorze à douze semaines⁵⁴⁵. Lors de l'élimination des divergences, le Conseil national adopta le délai de douze semaines, mais rejeta l'exigence d'une situation de détresse ainsi qu'un modèle de protection s'accompagnant d'une consultation obligatoire⁵⁴⁶. Face au maintien de l'exigence d'une situation de détresse par le Conseil des États, le Conseil national finit par se rallier à cette position⁵⁴⁷.

En parallèle, une initiative populaire « pour la mère et l'enfant – pour la protection de l'enfant à naître et pour l'aide à sa mère dans la détresse » fut déposée⁵⁴⁸. Elle visait à incriminer « *quiconque cause la mort d'un enfant à naître ou y contribue de manière délibérée (...) à moins que la continuation de la grossesse ne mette la vie de la mère en danger et que ce danger, imminent et de nature physique, soit impossible à écarter d'une autre manière* »⁵⁴⁹. Le Conseil fédéral proposa aux chambres de recommander au peuple et aux cantons le rejet de cette initiative⁵⁵⁰ en se fondant sur divers arguments. Il releva que l'initiative ne prenait pas suffisamment en compte l'évolution des valeurs sociales quant à la place de la femme dans la société et ne réalisait pas un équilibre entre la protection de l'enfant à naître et le droit de la femme à l'autodétermination⁵⁵¹. Par ailleurs, il considérait qu'elle se fondait sur une interprétation trop étroite de la notion de santé en se montrant plus restrictive encore que le droit alors en vigueur⁵⁵². Il stigmatisait tout particulièrement la reconnaissance par l'initiative d'une obligation d'enfanter en cas de viol qui nécessiterait, au surplus, une adaptation du droit de l'adoption⁵⁵³. Il renonçait finalement à présenter un contre-projet⁵⁵⁴. Cette initiative populaire fut rejetée à l'unanimité après avoir été fortement critiquée au Conseil des États⁵⁵⁵ ; elle fut également rejetée à une large majorité au Conseil national⁵⁵⁶.

⁵⁴¹ Initiative parlementaire. Modification du Code pénal concernant l'interruption de grossesse, Avis du Conseil fédéral sur le rapport du 19 mars 1998 de la commission des affaires juridiques du Conseil national, 26 août 1998, FF 1998 V 4740.

⁵⁴² http://www.parlament.ch/f/suche/pages/legislaturrueckblick.aspx?rb_id=19930434, Consulté le 9 mai 2014.

⁵⁴³ Par 98 voix contre 73 avec 9 abstentions.

⁵⁴⁴ http://www.parlament.ch/f/suche/pages/legislaturrueckblick.aspx?rb_id=19930434, Consulté le 9 mai 2014.

⁵⁴⁵ *Ibid.*

⁵⁴⁶ *Ibid.*

⁵⁴⁷ *Ibid.*

⁵⁴⁸ Initiative populaire fédérale « pour la mère et l'enfant – pour la protection de l'enfant à naître et pour l'aide à sa mère en détresse, Aboutissement, FF 2000 207.

⁵⁴⁹ *Ibid.*, FF 2000 209.

⁵⁵⁰ Message relatif à l'initiative populaire « pour la mère et l'enfant – pour la protection de l'enfant à naître et pour l'aide à sa mère dans la détresse » (initiative « pour la mère et l'enfant »), 15 novembre 2000, FF 2001 645.

⁵⁵¹ *Ibid.*, FF 2001 645.

⁵⁵² *Ibid.*, FF 2001 642-643.

⁵⁵³ *Ibid.*, FF 2001 644.

⁵⁵⁴ *Ibid.*, FF 2001 646.

⁵⁵⁵ BO 2001 E 277 et s. ; BO 2001 E 1045.

⁵⁵⁶ BO 2001 N 1601 et s. ; BO 2001 N 2011.

Le peuple vota le même jour sur l'initiative populaire et sur le régime du délai issu du projet de modification du Code pénal pour lequel une demande de référendum avait abouti⁵⁵⁷. La solution des délais qui recevait d'ailleurs l'approbation de la Commission nationale d'éthique⁵⁵⁸ fut acceptée par le peuple⁵⁵⁹ après que le Conseil fédéral eut souscrit à cette solution⁵⁶⁰. L'article 119 du Code pénal dispose désormais que « *l'interruption de grossesse n'est pas (...) punissable si, sur demande écrite de la femme qui invoque qu'elle se trouve en situation de détresse, elle est pratiquée au cours des douze semaines suivant le début des dernières règles par un médecin habilité à exercer sa profession. Le médecin doit au préalable s'entretenir lui-même de manière approfondie avec la femme enceinte et la conseiller* ». Certes, la notion de détresse a été volontairement maintenue, cependant, force est de constater que celle-ci est appréciée par la seule femme enceinte qui doit simplement invoquer qu'elle se trouve dans cette situation. Cet état ne fait l'objet d'aucun contrôle et l'obligation du médecin se borne à s'entretenir avec la patiente, à l'informer, à lui remettre un dossier contre signature et à la conseiller⁵⁶¹. Le choix d'avorter ou non relève donc du droit à l'autodétermination de la femme enceinte pendant les douze premières semaines à compter des dernières règles.

78. Convergence franco-suisse : la stérilisation comme expression de la volonté personnelle –

L'importance accordée à l'autonomie personnelle est également visible dans le droit positif relatif à la stérilisation volontaire. Pourtant, le droit français et le droit suisse sont partis de prémisses différentes lorsqu'il s'est agi de traiter l'atteinte à l'intégrité corporelle du patient liée à la stérilisation. En effet, si dans les deux pays, l'atteinte à l'intégrité corporelle est susceptible d'être sanctionnée pénalement, le droit suisse et le droit français s'inscrivent en opposition lorsque l'on compare les causes objectives susceptibles de justifier le comportement illicite.

Contrairement au droit français, le droit pénal suisse, dans la lignée du droit allemand, fait du consentement de la victime un fait justificatif⁵⁶². Du côté du droit civil, l'article 28 CCS protège la personnalité contre les atteintes des tiers. Ainsi, lorsqu'une personne subit une atteinte à son intégrité physique du fait d'une opération médicale, il appartient au médecin de démontrer l'existence d'un des motifs justificatifs énoncés par l'article 28 al. 2, c'est-à-dire le consentement de la victime, l'intérêt prépondérant privé ou public ou l'autorisation de la loi. Le consentement du patient, parfois présenté comme un motif justificatif absolu⁵⁶³, est défini comme un « *acte juridique unilatéral* » d'autorisation de

⁵⁵⁷ Référendum contre la modification du 23 mars 2001 du Code pénal suisse (interruption de grossesse), Aboutissement, FF 2001 4464.

⁵⁵⁸ NEK-CNE, *Sur le régime du délai*, Prise de position n° 2/2002, Berne, Mai 2002, 8 p.

⁵⁵⁹ Le projet a été accepté par le peuple avec 72, 2 % de oui contre 27,8 % de non. L'initiative populaire « pour la mère et l'enfant » fut rejetée avec 81,8 % de oui contre 18,2 % de non : arrêté du Conseil fédéral constatant le résultat de la votation populaire du 2 juin 2002 (modification du Code pénal [interruption de grossesse] ; initiative populaire « pour la mère et l'enfant »), 8 juillet 2002, FF 2002 4786.

⁵⁶⁰ « Le Conseil fédéral recommande l'adoption de la nouvelle réglementation de l'interruption de grossesse », Communiqué DFJP, 29 août 2001, Disponible sur : <http://www.cjpd.admin.ch/content/cjpd/fr/home/dokumentation/mi/2001/2001-08-29.html>, Consulté le 10 mai 2014 : Le Conseil fédéral justifie l'évolution de sa position par le fait qu'« *il est urgent, au vu du décalage de plus en plus marqué qui sépare la loi de la réalité, d'adopter une nouvelle réglementation de l'interruption de grossesse* ».

⁵⁶¹ Art. 120 CPS.

⁵⁶² PRADEL J., *Droit pénal comparé*, Paris, Précis, Dalloz, 2008, p. 136 ; GUILLOD O., *Le consentement éclairé du patient, autodétermination ou paternalisme*, Neuchâtel, Ides et Calendes, 1986, p. 40 ; QUELOZ N., *Droit pénal suisse, Partie générale, Guide pour les études*, Genève, Zurich, Bâle, Schulthess, 2013, p. 141 et s. ; HURTADO-POZO J., *Droit pénal général*, Genève, Zurich, Bâle, Abrégé, Schulthess, 2013, p. 138 et s.

⁵⁶³ En ce qu'il ne laisse pas la place à la pondération des intérêts en présence : GUILLOD O., *Droit des personnes*, Bâle, Les abrégés, Unine, Helbing & Lichtenhahn, 2012, p. 87.

porter atteinte à l'intégrité corporelle⁵⁶⁴, ce qui correspond à la proposition doctrinale de S. PRIEUR en droit français⁵⁶⁵. Enfin, en droit public, la liberté personnelle protège le droit à l'autodétermination qui confère à l'individu la faculté de disposer de son corps. En l'absence de règles spécifiques à la stérilisation, ces règles générales qui laissent une place centrale à l'autodétermination s'appliquaient pleinement.

L'ASSM avait adopté des directives à destination des médecins en 1981. Celles-ci insistaient sur l'autodétermination du patient puisqu'elles prévoyaient que « *des sujets sains d'esprit, capables de discernement, peuvent décider librement de se soumettre à une stérilisation, ce qu'ils doivent confirmer par leur signature* »⁵⁶⁶. Néanmoins, l'autodétermination n'était pas absolue puisque le médecin pouvait refuser d'intervenir conformément au désir du patient. Le champ laissé au refus du médecin était toutefois relativement flou, les directives prévoyant simplement que « *la stérilisation est toujours laissée à l'appréciation du médecin ; il est libre de la refuser dans certains cas* »⁵⁶⁷. On peut donc penser qu'en cas de refus par un médecin de pratiquer la stérilisation souhaitée, le patient pouvait toujours se diriger vers l'un de ses confrères. Quoi qu'il en soit, la stérilisation n'était pas nécessairement soumise à une finalité thérapeutique.

En parallèle, plusieurs cantons avaient légiféré sur la question en se fondant sur leurs compétences dans le domaine de la santé. Le canton du Tessin renvoyait aux directives de l'ASSM⁵⁶⁸, alors que les cantons d'Argovie⁵⁶⁹, de Fribourg⁵⁷⁰, de Neuchâtel⁵⁷¹ exigeaient le consentement des personnes majeures capables de discernement donné par écrit.

Depuis l'adoption de la loi fédérale, la stérilisation est soumise au consentement libre et éclairé, donné par écrit, de la personne majeure capable de discernement⁵⁷². Le refus de procréer est donc protégé au titre de la liberté personnelle⁵⁷³ et du droit à l'autodétermination de l'individu.

En droit français, contrairement au droit suisse, l'admission de la stérilisation à des fins contraceptives n'allait pas de soi. Il est en effet admis en droit pénal que le consentement de la victime n'est pas susceptible de lever l'infraction conformément à l'adage *volenti non fit injuria*. On considère, en

⁵⁶⁴ STEINAUER P.-H., FOUNTOULAKIS C., *Droit des personnes physiques et de la protection de l'adulte*, Berne, Stämpfli, 2014, p. 207.

⁵⁶⁵ PRIEUR S., *La disposition par l'individu de son corps*, Bordeaux, Collection thèses, LEH, 1999, pp. 399-400 : « *La disposition juridique de son propre corps n'est pas une aliénation (contrairement à la disposition des choses dans le droit de propriété), mais une autorisation, constitutive d'un acte juridique destiné à lever l'interdiction civile et pénale de porter atteinte au corps humain* ».

⁵⁶⁶ ASSM, *Directives d'éthique médicale pour la stérilisation*, 1981.

⁵⁶⁷ *Ibid.*

⁵⁶⁸ GRAN CONSIGLIO DELLA REPUBBLICA E CANTONE TICINO, Legge sulla promozione della salute e il coordinamento sanitario (Legge sanitaria), Del 18 aprile 1989, RSTI, 6. 1. 1. L'art. 14 actuellement en vigueur dispose : « *Riservati l'art. 122 del Codice Penale Svizzero e la Legge federale sulle condizioni e le procedure per praticare le sterilizzazioni, sono applicabili le direttive dell'Accademia svizzera delle scienze mediche in vigore* ». En 2006, cet article disposait simplement : « *Riservato l'art. 122 del Codice Penale Svizzero, sono applicabili le direttive dell'Accademia svizzera delle scienze mediche in vigore al momento dell'approvazione di questa legge* ».

⁵⁶⁹ GROSSE RAT DES KANTONS AARGAU, Gesundheitsgesetz (GesG), Vom 10. November 1987, RSAG, 301. 100. L'art. 51 al. 1 disposait : « *Urteilsfähige mündige Personen dürfen nur auf eigene schriftliches Verlangen sterilisiert werden* ». Cette loi a été remplacée par : GROSSE RAT DES KANTONS AARGAU, Gesundheitsgesetz (GesG), Vom 20. Januar 2009, RSAG, 301. 100. Cette loi ne fait plus référence à la stérilisation.

⁵⁷⁰ GRAND CONSEIL DU CANTON DE FRIBOURG, Loi sur la santé (Lsan), Du 16 novembre 1999, RSF, 821. 0. 1. L'art. 72 disposait que « *la stérilisation ne peut être pratiquée qu'à la demande de la personne majeure intéressée, moyennant son consentement libre et éclairé donné par écrit* ». Cet article renvoie désormais à la loi fédérale.

⁵⁷¹ GRAND CONSEIL DE LA RÉPUBLIQUE ET CANTON DE NEUCHÂTEL, Loi sur la santé (LS), 6 février 1995, RSNE, 800. 1. L'art. 32 prévoyait que « *sous réserve des dispositions fédérales en la matière, la stérilisation ne peut être pratiquée qu'à la demande de la personne intéressée, moyennant son consentement éclairé donné par écrit* ». Cet article renvoie désormais à la loi fédérale.

⁵⁷² Art. 5 al. 1 de la loi fédérale sur les conditions et la procédure régissant la stérilisation de personnes du 17 décembre 2004, Entrée en vigueur au 1^{er} juillet 2005, RS 211.111.1, RO 2005 2499.

⁵⁷³ Initiative parlementaire. Stérilisations forcées. Dédommagement des victimes (von Felten), Rapport de la commission des affaires juridiques du Conseil national, 23 juin 2003, FF 2003 5757.

effet qu'« on ne peut disposer de sa vie ou de sa santé ou de son intégrité »⁵⁷⁴. Cette impossibilité de disposer de son intégrité physique a été clairement mise en lumière dans l'affaire des stérilisés de Bordeaux dans laquelle des non-médecins avaient stérilisé plusieurs hommes consentants. La Cour de cassation y a considéré que « les prévenus ne pouvaient invoquer le consentement des opérés comme exclusif de toute responsabilité pénale, ceux-ci n'ayant pas pu donner le droit de violer, sur leurs personnes, les règles régissant l'ordre public »⁵⁷⁵. Traditionnellement, il était admis, tant par la jurisprudence que par la doctrine, qu'un acte médical devait faire l'objet du consentement du patient ; mais cette condition nécessaire était toutefois insuffisante puisque l'acte devait également répondre à l'intérêt thérapeutique de la personne⁵⁷⁶. L'insuffisance du consentement de la victime pour lever l'illicéité de l'acte était en majorité confirmée par la doctrine⁵⁷⁷ qui restait toutefois divisée⁵⁷⁸.

Dans son avis de 1983, le Conseil de l'ordre des médecins avait considéré que la stérilisation ne pouvait « être pratiquée que pour des motifs très sérieux qui amènent à déconseiller formellement et définitivement la grossesse » étant précisé que l'appréciation de ces motifs relevait du médecin⁵⁷⁹. Sa position pouvait sembler plus souple dans la mesure où il ne mentionnait pas le terme « médical »⁵⁸⁰. La notion de « motif d'intervention très sérieux » était reprise par le Collège national des gynécologues et obstétriciens français qui listait les paramètres à prendre en compte pour répondre à une demande de stérilisation⁵⁸¹. Il en résultait que la volonté ne permettait pas, à elle seule, l'accès à la stérilisation.

Si un arrêt du 9 mai 1983⁵⁸² concernant une action en responsabilité civile contractuelle avait laissé penser à certains commentateurs que la Cour de cassation assouplissait sa jurisprudence⁵⁸³, de nombreux auteurs avaient en revanche relevé que la Cour de cassation ne s'était pas prononcée sur la question de la licéité du contrat de stérilisation⁵⁸⁴. En parallèle, plusieurs arrêts de la Cour de cassation⁵⁸⁵ ou du juge administratif⁵⁸⁶ continuaient d'insister sur l'exigence d'un motif thérapeutique.

⁵⁷⁴ PRADEL J., *Droit pénal comparé*, Paris, Précis, Dalloz, 2008, p. 136.

⁵⁷⁵ Cass. crim., 1^{er} juillet 1937 : *Gaz. Pal.*, 1937, 2, 358 ; *S.*, 1938, I, 193, Note TORTAT R. ; *D. H.*, 1937, 537 ; *RSC*, 1937, 680, Note MAGNOL J.

⁵⁷⁶ RENAUT M.-H., « L'évolution de l'acte médical », *RDSS*, 1999, n° 1, p. 52 ; MÉMETEAU G., « À l'abordage (de l'article 16-3 du Code civil) », *LPA*, 14 décembre 1994, n° 149, pp. 42-43.

⁵⁷⁷ AUBY J.-M., *Le droit de la santé*, Paris, Thémis PUF, 1981, p. 428.

⁵⁷⁸ ARNOUX I., *Les droits de l'être humain sur son corps*, Bordeaux, Presses universitaires de Bordeaux, 1995, pp. 435-436.

⁵⁷⁹ CNOM, Stérilisation volontaire, Résolution du 28 janvier 1983, Disponible sur :

http://www.cngof.asso.fr/D_PAGES/MDIR_03.HTM, Consulté le 25 mai 2014.

⁵⁸⁰ ARNOUX I., *Les droits de l'être humain sur son corps*, Bordeaux, Presses universitaires de Bordeaux, 1995, p. 434 ; DOURLEROLLIER A.-M., « Contexte juridique de la stérilisation volontaire en France et dans les pays développés », in GIAMI A., LERIDON H., *Les enjeux de la stérilisation*, Paris, Questions en santé publique, INSERM / INED, 2000, p. 147.

⁵⁸¹ Il s'agissait notamment de l'âge des intéressés, du nombre d'enfants, des antécédents, des éléments de pathologie mineure et des contre-indications aux méthodes efficaces de contraception : CNGOF, Texte diffusé par le CNGOF à ses membres, suite à la séance du conseil d'administration du 12 mars 1983 (sur un rapport de M. LERAT), Disponible sur : http://www.cngof.asso.fr/D_PAGES/MDIR_03.HTM, Consulté le 25 mai 2014.

⁵⁸² Cass. civ. 1^{re}, 9 mai 1983, n° 82-12.227 : *JCP G*, 1984, II, 20262, Note DORSNER-DOLIVET A. ; *D.*, 1984, 121, Note PENNEAU J. Dans cette affaire, une femme s'était retrouvée enceinte après une ligature des trompes. Les époux avaient alors assigné le médecin en réparation. La cour d'appel l'avait condamné à verser aux époux des dommages et intérêts en retenant que le médecin aurait dû informer les époux du risque de grossesse. Le pourvoi du médecin, fondé sur l'article 1147 du Code civil, est rejeté. La Cour de cassation retient que le défaut d'avertissement du médecin a participé à la survenance de la grossesse qui avait donné lieu à des difficultés matérielles, de santé, psychiques et relationnelles pour la mère.

⁵⁸³ IGAS, *Rapport sur les problèmes posés par les pratiques de stérilisation des personnes handicapées*, Par Mmes Marie-Laure LAGARDERE, Hélène STROHL et M. Bernard EVEN, Paris, La documentation française, Mars 1998, Annexe 3 : l'analyse juridique, p. 12.

⁵⁸⁴ MÉMETEAU G., « Remarques sur la stérilisation non thérapeutique après les lois de bioéthique », *JCP G*, 1995, n° 15, I, 3838, § 4 et 7 : l'auteur relève, d'une part que le moyen du pourvoi ne portait pas sur la régularité de la stérilisation sans cause curative et, d'autre part qu'à la lecture de l'arrêt il est possible de deviner l'existence d'une cause curative dans la mesure où la cour relève notamment l'état de santé précaire, l'âge de la femme, son intolérance aux contraceptifs ; *Dictionnaire permanent santé, bioéthique, biotechnologies*, Éditions législatives, Étude : empreintes génétiques, n° 13 ; IGAS, *Rapport sur les problèmes posés par les pratiques de*

La formulation retenue par l'article 16-3 du Code civil, adopté en 1994⁵⁸⁷, confirmait l'insuffisance du consentement en posant comme exigence préalable l'existence d'un « *cas de nécessité thérapeutique pour la personne* ». La formulation retenue ne laissait pas de place à l'unique volonté de la personne⁵⁸⁸, ce que confirmait d'ailleurs le refus d'adopter un amendement⁵⁸⁹ visant à reconnaître à la femme un « *droit de se faire ligaturer les trompes* »⁵⁹⁰.

En 1996, le CCNE, après avoir envisagé trois possibilités de régulation de la stérilisation, dont la dernière consistait à autoriser l'accès pour des raisons personnelles tout en garantissant le caractère libre et éclairé du choix du patient, considéra qu'il ne lui appartenait pas de se prononcer en faveur de l'une ou l'autre de ces possibilités qui relèvent d'un choix de société⁵⁹¹.

La Cour de cassation a ensuite rendu un avis, sur demande du juge des tutelles du TI de Nontron dans lequel elle indiquait qu'« *une atteinte à l'intégrité du corps humain, telle la ligature des trompes de Fallope, pratiquée en dehors de toute nécessité thérapeutique, et à des fins strictement contraceptives, est prohibée par l'article 16-3 du Code civil* »⁵⁹². Ainsi, un arbitrage semblait effectué avec la « *primauté de l'intangibilité du corps humain par rapport au droit de chaque personne de disposer librement d'elle-même et de supprimer ses capacités reproductrices* »⁵⁹³. Néanmoins, dans la pratique, les stérilisations étaient nombreuses puisqu'il était estimé qu'il y en avait entre 30 000 et 50 000 par an⁵⁹⁴.

stérilisation des personnes handicapées, Par Mmes Marie-Laure LAGARDERE, Hélène STROHL et M. Bernard EVEN, Paris, La documentation française, Mars 1998, Annexe 3 : l'analyse juridique, p. 12.

⁵⁸⁵ Cass. crim. 9 novembre 1961 : *Bull. crim.*, 1961, n° 872 : *JCP G*, 1962, II, 12777, Note SAVATIER R. ; *Gaz. Pal.*, 1962, 1, 104 (soins dentaires) ; Cass. crim. 30 mai 1991 : *Bull. crim.*, 1991, n° 232 (transsexualisme) : cités par : IGAS, *Rapport sur les problèmes posés par les pratiques de stérilisation des personnes handicapées*, Par Mmes Marie-Laure LAGARDERE, Hélène STROHL et M. Bernard EVEN, Paris, La documentation française, Mars 1998, Annexe 3 : l'analyse juridique, p. 11.

⁵⁸⁶ Conseil d'État, 5^e et 3^e sous-sections, 29 janvier 1988, n° 65135 : *JCP G*, 1989, II, 21222, Note MÉMETEAU G. ; *RDSS*, 1988, 509, Note VAREILLE F. (stérilisation d'une jeune femme de 26 ans, mère de 5 enfants, lors d'un accouchement par césarienne sans consentement et en l'absence de nécessité thérapeutique) : cité par : IGAS, *Rapport sur les problèmes posés par les pratiques de stérilisation des personnes handicapées*, Par Mmes Marie-Laure LAGARDERE, Hélène STROHL et M. Bernard EVEN, Paris, La documentation française, Mars 1998, Annexe 3 : l'analyse juridique, p. 12. Il faut noter que d'autres affaires relatives à la stérilisation insistaient sur l'exigence du consentement : Cass. civ. 1^{re}, 11 octobre 1988, n° 86-12.832 : *JCP G*, 1989, II, 21358, Note DORSNER-DOLIVET A. : « *Le médecin ne peut, sans le consentement libre et éclairé de son malade, procéder à une intervention chirurgicale qui n'est pas imposée par une nécessité évidente ou un danger immédiat pour le patient* ».

⁵⁸⁷ Art. 3 de la loi n° 94-653 du 29 juillet 1994 relative au respect du corps humain, *JORF*, 1994, p. 11056.

⁵⁸⁸ Comme le relève le Conseil d'État, cet article « *s'oppose plus directement à une telle pratique en évoquant la « nécessité thérapeutique » comme unique cas où il peut être porté atteinte à l'intégrité du corps humain. Une telle nécessité thérapeutique est à l'évidence présente lorsque la santé de la femme est menacée par la survenue d'une nouvelle grossesse. Mais on peut douter qu'elle le soit aux yeux de la loi actuelle, lorsqu'un couple a des motifs sérieux de craindre la conception d'un enfant atteint d'un handicap sévère ou encore lorsqu'une femme psychologiquement éprouvée par des maternités non désirées souhaite s'en prémunir, alors que pour des raisons médicales ou culturelles elle n'a pas accès à d'autres modes de contraception* » : CONSEIL D'ÉTAT, *Réflexions sur le droit de la santé, Rapport public 1998*, Paris, Études et documents n° 49, La documentation française, 1998, p. 277.

⁵⁸⁹ Cet amendement est signalé par ERLICH M., « Histoire de la stérilisation. Aspects techniques, idéologiques et culturels », in GIAMI A., LERIDON H., *Les enjeux de la stérilisation*, Paris, Questions en santé publique, INSERM / INED, 2000, p. 28.

⁵⁹⁰ Amendement n° 40 déposé par MILHAUD D. : « *Toute femme a le droit de se faire ligaturer les trompes à une fin de contraception. Les articles 309 et 310 du Code pénal ne sont pas applicables après le consentement de l'intéressé* ». Il faut toutefois noter qu'en défendant son amendement, l'auteur se référait essentiellement aux cas des femmes ayant de nombreux enfants ou pour lesquelles la contraception est contre-indiquée. Les propos du rapporteur sont particulièrement éclairants : « *Je dois rappeler que la tradition médicale est hostile aux mutilations* », « *il me paraît difficile de prévoir dans la loi des mutilations aussi importantes que la vasectomie ou la ligature des trompes* ». Le gouvernement, tout en se rangeant à l'avis de la commission rappelle toutefois que « *ce type d'intervention peut être justifié par des motifs thérapeutiques* ». L'amendement a été rejeté : SÉNAT, Séance du 20 janvier 1994, *JORF, Débats parlementaires*, 21 janvier 1994, Compte rendu intégral, pp. 385-387.

⁵⁹¹ CCNE, Avis n° 50, « Rapport sur la stérilisation envisagée comme mode de contraception définitive », 3 avril 1996, pp. 17-20.

⁵⁹² Cass. Avis, 6 juillet 1998, n° 98-00.006 : *Bull. avis*, 1998, n° 10 : *RTD civ.*, 1998, 881, Obs. HAUSER J. ; *Dr. fam.*, 2000, Chron. 2, RAYNAUD DE LAGE N. ; *Deffrénois*, 1999, 314, Obs. MASSIP J.

⁵⁹³ BOUMAZA A., « La stérilisation contraceptive et le « handicap mental » après la loi du 4 juillet 2001 », *RDSS*, 2002, n° 2, p. 240.

⁵⁹⁴ FRESNEL F., « La stérilisation volontaire contraceptive », *D.*, 2001, n° 26, p. 1045.

Sous la pression des médecins, une première évolution s'était dessinée avec la modification de l'article 16-3 du Code civil⁵⁹⁵ qui remplaçait la notion de nécessité thérapeutique par celle de nécessité médicale⁵⁹⁶.

La stérilisation a finalement été clairement autorisée par la loi du 4 juillet 2001⁵⁹⁷. Même s'il convient de rester prudent face à ce qui est parfois dénoncé comme le mythe de la volonté du législateur, il n'en reste pas moins que l'étude des travaux parlementaires français permet de mettre en avant certaines lignes directrices. Dans le domaine de la stérilisation à visée contraceptive, la place centrale accordée au choix personnel et au respect de la volonté de ne pas procréer, transparait dans les travaux parlementaires français d'un double point de vue.

D'une part, en première lecture devant l'Assemblée nationale, un sous-amendement visant à mentionner la conformité de la stérilisation à l'article 16-3, avait été présenté⁵⁹⁸. S'exprimant au sujet de ce sous-amendement, la secrétaire d'État releva « *qu'il n'est pas conforme à l'objectif que nous nous sommes fixé puisque le rattachement de cet acte chirurgical à l'article 16-3 du Code civil reviendrait à le conditionner à une nécessité médicale ou thérapeutique, alors que nous souhaitons au contraire le faire dépendre d'un libre choix, éclairé, motivé et encadré par la procédure que nous avons définie d'un commun accord* »⁵⁹⁹.

D'autre part, l'équilibre entre l'autonomie personnelle et la protection de la personne contre elle-même a fait l'objet d'une discordance entre l'Assemblée nationale et le Sénat. L'article L 2123-1, tel qu'il avait été adopté en première lecture par l'Assemblée nationale, disposait que « *la ligature des trompes ou des canaux déférents ne peut être pratiquée que si la personne a exprimé une volonté libre, motivée et délibérée en considération d'une information claire et complète sur ses conséquences* »⁶⁰⁰. Cette formulation, qui insistait sur l'autodétermination, fut rejetée par la commission des affaires sociales du Sénat qui poursuivait, quant à elle, l'objectif de donner « *priorité à l'impératif de santé publique* »⁶⁰¹. Dans le domaine de la stérilisation volontaire, une telle option conduisait la commission à « *n'autoriser la stérilisation à visée contraceptive que dans deux cas : si la personne est âgée de trente ans au moins (...) ou lorsqu'il existe une contre-indication médicale absolue aux méthodes de contraception ou une impossibilité avérée de les mettre en œuvre efficacement* »⁶⁰². Cette vision plus paternaliste, cherchant à protéger la personne contre elle-même⁶⁰³, fut encore renforcée dans le texte adopté par le Sénat à la suite de l'adoption d'un sous-amendement n° 78 visant à instaurer la règle dite

⁵⁹⁵ La modification a été insérée par l'article 70 de la loi n° 99-641 du 27 juillet 1999 portant création d'une couverture maladie universelle, *JORF*, 28 juillet 1999, p. 11229.

⁵⁹⁶ HENNION-JACQUET P., « Le paradigme de la nécessité médicale », *RDSS*, 2007, n° 6, p. 1038 ; THOUVENIN D., « Les avatars de l'article 16-3, alinéa 1^{er}, du Code civil », *D.*, 2000, n° 32, Chron., p. 485 ; PHILIPPE C., « Réflexion sur le nouvel article 16-3 du Code civil », *RGDM*, 2005, n° 17, p. 337.

⁵⁹⁷ Loi n° 2001-588 du 4 juillet 2001 relative à l'interruption volontaire de grossesse et à la contraception, *JORF*, 7 juillet 2001, p. 10823.

⁵⁹⁸ Sous amendement n° 69 présenté par MATTÉI J.-F. et al. : « Compléter le premier alinéa du texte proposé pour l'article L 1141-1 du Code de la santé publique par les mots suivants : « conformément à l'article 16-3 du Code civil » » : AN, 2^e séance du 30 novembre 2000, *JORF, Débats parlementaires*, 1^{er} décembre 2000, Compte rendu intégral, p. 9641.

⁵⁹⁹ *Ibid.*, p. 9643.

⁶⁰⁰ Art. 19 du projet de loi : AN, Projet de loi adopté par l'Assemblée nationale en première lecture après déclaration d'urgence, relatif à l'interruption volontaire de grossesse et à la contraception, Texte adopté n° 582, 5 décembre 2000.

⁶⁰¹ SÉNAT, Rapport fait au nom de la commission des affaires sociales sur le projet de loi, adopté par l'Assemblée nationale, après déclaration d'urgence, relatif à l'interruption volontaire de grossesse et à la contraception, Par M. Francis GIRAUD, n° 210, Annexe au procès-verbal de la séance du 31 janvier 2001, p. 24.

⁶⁰² *Ibid.*, p. 30.

⁶⁰³ Le rapport de la commission des affaires sociales indique dans ce sens : « Si votre commission reconnaît la nécessité de donner un cadre légal à la pratique de la stérilisation à visée contraceptive, elle a souhaité encadrer cette possibilité afin de protéger la santé des personnes et d'éviter que des excès ne puissent être commis. Il serait en effet dommageable que la loi puisse par exemple autoriser une stérilisation sur une femme âgée de 25 ans, sans descendance et sans contre-indication à la contraception » : *Ibid.*, p. 30.

« du cent »⁶⁰⁴, ayant cours dans certains pays étrangers⁶⁰⁵. La vision de l'Assemblée nationale l'emporta⁶⁰⁶ après que le Sénat eut posé la question préalable⁶⁰⁷. L'article L 2123-1 insiste uniquement sur la notion de consentement libre et éclairé de la personne, en instaurant notamment une procédure d'information et un délai de réflexion. Il laisse néanmoins le patient seul juge de la nécessité de procéder à l'intervention, sa volonté ne faisant l'objet d'aucun contrôle. Cet article illustre bien ce qui a parfois été analysé comme une manifestation de « *la convenance personnelle* »⁶⁰⁸ en droit français.

Alors que la prohibition de la stérilisation par le Code pénal visait à protéger la valeur « intégrité corporelle », son autorisation participe au contraire d'un mouvement favorable à la consécration de ce que S. PRIEUR qualifie d'« *acte de disposition juridique corporelle* »⁶⁰⁹. La stérilisation rejoint ainsi l'interruption volontaire de grossesse parmi les actes de disposition juridique non soumis à un contrôle et pouvant être qualifiés d'acte de disposition « *de convenance* »⁶¹⁰. Les valeurs juridiques protégées sont alors la liberté de disposer de son corps et la liberté de ne pas procréer, fondements déjà mis en avant par les auteurs favorables à la licéité de la stérilisation contraceptive dans les années 1970⁶¹¹.

79. En assurant aux individus la liberté de maîtriser leur fécondité, le droit de la santé est susceptible d'exercer une influence sur le droit de la famille. Il met l'accent sur le poids exercé par la volonté personnelle sur la création de la vie. Comme le relève F. BELLIVIER, la stérilisation « *s'inscrit dans une logique libérale, conjuguée à (...) un état de société où la naissance d'enfants n'est pas une valeur en elle-même, mais seulement associée à un « projet parental »* »⁶¹². L'auteur se réfère ici à l'ouvrage de L. BOLTANSKI qui a contribué à l'association du projet parental à l'interruption de grossesse⁶¹³. Le « projet parental » s'avère alors être une sorte de dénominateur commun en matière de stérilisation et d'interruption volontaire de grossesse et en matière d'assistance médicale à la procréation ; il permet de démontrer le rôle fondateur de la volonté dans ce domaine.

⁶⁰⁴ « *La ligature des trompes ou des canaux déférents à visée contraceptive ne peut être pratiquée que sur une personne âgée de trente-cinq ans au moins, ou à un âge tel que le produit de cet âge par le nombre d'enfants mis au monde donne un résultat supérieur à cent, ou lorsqu'il existe une contre-indication médicale absolue aux méthodes de contraception ou une impossibilité avérée de les mettre en œuvre efficacement* » : SÉNAT, Séance du 28 mars 2001 Compte rendu intégral, p. 42, Version électronique.

⁶⁰⁵ MARCIL-GRATTON N., « De l'interdiction à la libéralisation : les paradoxes entourant le recours à la stérilisation en Amérique du Nord », in GIANI A., LERIDON H., *Les enjeux de la stérilisation*, Paris, Questions en santé publique, INSERM / INED, 2000, p. 231.

⁶⁰⁶ AN, 1^{re} séance du 30 mai 2001, JORF, *Débats parlementaires*, 31 mai 2001, Compte rendu intégral, p. 3679.

⁶⁰⁷ SÉNAT, Séance du 9 mai 2001, Compte rendu intégral, pp. 5-6, Version électronique.

⁶⁰⁸ PARICARD-PIOUX S., *La convenance personnelle*, Paris, Nouvelle bibliothèque de thèses, Dalloz, 2003, p. 353 et s.

⁶⁰⁹ PRIEUR S., *La disposition par l'individu de son corps*, Bordeaux, Collection thèses, LEH, 1999, p. 191 et s.

⁶¹⁰ *Ibid.*, p. 390 ; PARICARD-PIOUX S., *La convenance personnelle*, Paris, Dalloz, Nouvelle bibliothèque de thèses, 2003, p. 353 et s.

⁶¹¹ Notamment J. ROBERT, J. DUFFAR et M. TORELLI, cités par : ARNOUX I., *Les droits de l'être humain sur son corps*, Bordeaux, Presses universitaires de Bordeaux, 1995, p. 436.

⁶¹² BELLIVIER F., « Stérilisation », in MARZANO M. (Dir.), *Dictionnaire du corps*, Paris, Dicos poche, Quadrige, PUF, 2007, p. 902.

⁶¹³ BOLTANSKI L., *La condition fœtale. Une sociologie de l'engendrement et de l'avortement*, Paris, NRF essais, Gallimard, 2004, 432 p.

II. LA PLACE CENTRALE DU PROJET PARENTAL DU COUPLE DEMANDEUR D'UNE AMP DANS LE DROIT DE LA SANTÉ DE CHACUN DES PAYS

80. **Corrélation entre volonté parentale et lien de filiation** – Il a été démontré qu'en l'absence de projet parental, la liberté de chacun des individus apparaissait, à côté de la protection de l'intégrité corporelle, comme un objet protégé tant par le droit français que par le droit suisse. En revanche, lorsque deux personnes envisagent de mener à bien un projet parental dans le cadre d'une assistance médicale à la procréation, le Code de la santé publique se réfère à la notion de couple. La place centrale accordée au couple demandeur se manifeste d'abord par une attention particulière à l'expression de la volonté du couple parental (A). Elle ressort ensuite, en filigrane, de diverses dispositions accordant des prérogatives aux couples en l'absence de projet parental. En effet, en l'absence de projet parental commun, la participation à la décision des deux membres du couple est simplement liée à l'existence d'un embryon distinct du corps de la femme, si bien que l'intégrité corporelle de cette dernière n'entre pas en jeu. Si le rôle de la volonté du couple reste déterminant, le pouvoir accordé à cette volonté apparaît en réalité limité, car à défaut de projet parental l'embryon se voit réifié (B). Cette réification montre l'importance du projet parental, seul à même de permettre le développement de l'embryon.

A. L'importance de l'expression de la volonté du couple parental

81. En droit français, la révision des lois de bioéthique de 2011 a conduit à l'abandon de la notion de demande parentale au sein de l'article précisant les conditions d'accès à l'assistance médicale à la procréation. Néanmoins, la comparaison avec le droit suisse montre que cet abandon est plus apparent que réel, car il ne remet pas pour autant en cause le rôle central de la volonté conjugale dans l'assistance médicale à la procréation (1), ainsi qu'en témoigne d'ailleurs l'existence de mécanismes renforcés de protection de l'intégrité du consensus conjugal (2).

1. Le caractère central du consensus conjugal, malgré l'abandon de la « demande parentale »

82. Le consensus conjugal reste fondamental. En effet, l'AMP constitue une décision conjointe. Ce caractère conjoint de la décision est renforcé par l'exigence du maintien du consensus conjugal.

83. **L'AMP, une décision conjointe malgré l'abandon de la notion de demande parentale** – L'AMP nécessite une intervention médicale qui est, en principe, subordonnée au seul consentement du patient⁶¹⁴. Dans les années 1980, J.-M. AUBY soulignait d'ailleurs que « *le consentement du mari n'est pas nécessaire* »⁶¹⁵.

Mais en réalité, l'intervention médicale « *dépasse la relation singulière patient-médecin, car elle met en jeu le conjoint ou le partenaire et cette intervention a pour but de donner naissance à un enfant* »⁶¹⁶. C'est pourquoi les articles 6 LPMA et L 2141-2 et 1244-2 CSP exigent le consentement du couple concerné. Si, hors du cadre de

⁶¹⁴ Art. 16-3 CC.

⁶¹⁵ AUBY J.-M., *Le droit de la santé*, Paris, Thémis, PUF, 1981, p. 431.

⁶¹⁶ MANAI D., *Droits du patient et biomédecine*, Berne, Stämpfli, 2013, p. 327.

l'AMP les actes engageant la procréation ne nécessitent pas l'accord des deux membres du couple (contraception, IVG), il semble qu'en cas d'AMP, cette condition doive être mise en relation avec le cadre dans lequel le législateur a souhaité voir grandir l'enfant. En France comme en Suisse, la faculté de procréer par l'AMP n'appartient qu'aux couples. Une telle conception permet de protéger l'enfant et la famille dans une acception traditionnelle. Tel n'est pas le cas d'autres législations qui ont fait de l'AMP un droit de la femme. Par exemple, « *la loi anglaise n'impose pas le consentement du mari, même si la femme qui se présente est tenue par les liens du mariage et qu'il sera fait appel à un tiers donneur* »⁶¹⁷.

Lors de la révision des lois de bioéthique de 2011, le législateur français a cherché à se démarquer de telles législations en supprimant la notion de demande parentale qui figurait auparavant à l'article L. 2141-2 CSP⁶¹⁸. L'exposé des motifs du projet de loi précisait que l'objectif poursuivi était de « *mieux mettre en exergue la condition médicale d'infertilité permettant à un couple d'accéder à ces techniques* »⁶¹⁹. On pourrait dès lors penser que le rôle de la volonté est en déclin. Néanmoins, la lecture de l'étude d'impact du projet de loi apporte des éclairages quant à l'objectif poursuivi par cette suppression. Elle indique en effet que « *si l'existence d'une demande parentale ou l'expression d'un désir d'enfant constitue, selon la loi, le mobile principal justifiant de recourir aux techniques d'assistance médicale à la procréation, alors (...) [le] principe de non-discrimination peut être invoqué pour réclamer l'accès des couples homosexuels à ces techniques. Si à l'inverse, la fonction de l'assistance médicale à la procréation est de pallier l'infertilité médicalement constatée d'un couple ou d'éviter dans ce cadre la transmission d'une maladie grave et incurable, alors les termes du débat ne sont plus les mêmes* »⁶²⁰. L'un des objectifs principaux a donc consisté à couper court au débat relatif à l'accès des couples homosexuels à l'assistance médicale à la procréation.

Néanmoins, l'argumentation utilisée nous semble devoir être nuancée pour trois raisons. D'abord, l'assistance médicale à la procréation ne permet pas de soigner la stérilité mais elle apparaît comme un simple palliatif. Le parallèle réalisé par la directrice de l'agence de la biomédecine avec les lunettes, qui ne permettent pas non plus de soigner la myopie⁶²¹, ne nous paraît pas recevable car il fait l'impasse sur le fait qu'en aucun cas les lunettes n'aboutissent à la naissance d'un enfant. Ensuite, si la notion d'infertilité sociale est fréquemment décriée du fait que l'infertilité du couple homosexuel est liée à l'incompatibilité biologique entre deux hommes et deux femmes de concevoir un enfant, cet argument doit également être discuté. En effet, une certaine part des infertilités au sein des couples de sexe différent reste inexpliquée et un médecin biologiste de la reproduction a pu expliquer qu'un couple reconnu comme stérile pourrait réussir à procréer si chacun de ces membres vivait en couple avec une autre personne⁶²². Enfin, la suppression du terme de demande parentale semble quelque peu artificielle. Il s'agit d'un argument destiné

⁶¹⁷ FLAUSS-DIEM J., « Filiation et accès à l'aide médicale à la procréation : points de vue des droits français et anglais », *LPA*, 16 octobre 1996, n° 125, p. 17.

⁶¹⁸ Cet article disposait, en son alinéa premier, que « *l'assistance médicale à la procréation est destinée à répondre à la demande parentale d'un couple* ». L'article, issu de la révision de 2011, dispose désormais : « *L'assistance médicale à la procréation a pour objet de remédier à l'infertilité d'un couple ou d'éviter la transmission à l'enfant ou à l'autre membre du couple d'une maladie d'une particulière gravité. Le caractère pathologique de l'infertilité doit être médicalement diagnostiqué* ».

⁶¹⁹ AN, Projet de loi relative à la bioéthique, Présenté au nom de M. François FILLON par Mme Roselyne BACHELOT, n° 2911, Enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 20 octobre 2010, Exposé des motifs, p. 10 ; Art. 20 du projet de loi.

⁶²⁰ AN, Projet de loi relative à la bioéthique, Présenté au nom de M. François FILLON par Mme Roselyne BACHELOT, n° 2911, Enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 20 octobre 2010, Étude d'impact, p. 74.

⁶²¹ PRADA-BORDENAVE E., « Discussion sur l'actualité de la bioéthique », Conférence présentée à l'occasion du séminaire doctoral de droit comparé de la santé, Organisé par l'institut droit et santé de l'université Paris Descartes, 16 mai 2013.

⁶²² AMICE V., « Table ronde », Colloque la procréation pour tous ?, Organisé par le centre de recherche en droit privé de l'université de Bretagne occidentale, Brest, 16 mai 2014.

à balayer toute réflexion sur les fondements de la filiation et sur les choix sociétaux en droit de la famille, qui conduit finalement à une prévalence du critère biomédical sur le critère civil. D'ailleurs, la suppression de cette notion de demande parentale ne modifie en rien le fait que le consensus conjugal est central dans la création du lien de filiation par assistance médicale à la procréation, ainsi qu'en témoignent l'exigence du maintien du consensus conjugal et l'existence de causes de caducité du consentement.

84. L'exigence du maintien du consensus conjugal – Afin d'assurer à l'enfant une famille biparentale, le législateur exige que le consensus conjugal soit maintenu. En France, l'article L 2141-2 CSP fait de ce consentement une condition de l'AMP, tout comme en Suisse⁶²³. L'article 311-20 CC prévoit de surcroît, en France, un second consentement devant notaire. Ce consentement à l'AMP est fondamental puisqu'il va avoir des conséquences en matière de filiation, en la rendant irrévocable, et ainsi assurer une double parenté à l'enfant. Mais il existe un certain nombre d'incertitudes liées au fait qu'il existe un délai entre le consentement et les opérations d'AMP et que la loi prévoit des cas dans lesquels le consentement se trouve privé d'effet. Il s'agit évidemment de l'hypothèse dans laquelle l'un des membres du couple a retiré son consentement. Mais le législateur français envisage d'autres hypothèses.

85. La caducité du consentement – La première cause de caducité du consentement réside dans le décès de l'un des membres du couple. Elle doit être rapprochée de l'exigence au terme de laquelle les deux partenaires doivent être vivants. S'il a été admis qu'il était de l'intérêt de l'enfant et de l'ensemble de la société que seuls les couples vivants puissent accéder à l'AMP, il est à noter que cette condition doit être maintenue jusqu'à sa réalisation : le consentement doit émaner de personnes vivantes.

La seconde cause de caducité du consentement prévue par le législateur français est constituée par la séparation du couple qui recouvre trois cas, à savoir « *le dépôt d'une requête en divorce, en séparation de corps ou la cessation de la communauté de vie* »⁶²⁴. La solution choisie par la France permet *a priori* de protéger l'intérêt de l'enfant (tel que le considère le droit français, à savoir naître dans une famille plénière) mais se révèle en fait problématique. Certains auteurs ont mis en avant le fait que le troisième cas, à savoir la cessation de la communauté de vie, posait des difficultés de preuve dans la mesure où elle « *intervient en dehors de toute intervention judiciaire, souvent sans date précise* »⁶²⁵. Cette situation protège peu les enfants à naître et l'on « *peut craindre que les maris comme les compagnons n'utilisent avec excès la brèche ainsi faite à l'interdiction de la remise en cause la filiation* »⁶²⁶. En Suisse, la situation est nettement plus protectrice de l'enfant puisque l'AMP avec don de gamètes est réservée aux couples mariés. Cette description montre que la séparation du couple constitue un obstacle à la poursuite de l'assistance médicale à la procréation et tend à accréditer la thèse en faveur de l'émergence d'une liberté procréative du couple.

⁶²³ Art. 7 LPMA : « L'application d'une méthode de PMA est subordonnée au consentement écrit du couple concerné. Après trois cycles de traitement sans résultat, le couple doit renouveler son consentement ». Cet article est abrogé dans le projet de modification de la loi sur la procréation médicalement assistée et remplacé par un article 5 b, lequel dispose : « Une méthode de procréation médicalement assistée ne peut être appliquée que si le couple concerné a donné son consentement écrit après avoir été informé et conseillé de manière circonstanciée. Après trois cycles de traitement sans résultat, le couple doit renouveler son consentement ; il doit disposer au préalable d'un temps de réflexion suffisant » : Projet de modification de la loi sur la procréation médicalement assistée, FF 2013, 5366.

⁶²⁴ Art. 2141-2 CSP et 311-20 CC.

⁶²⁵ GRANET F., « Secret des origines et promesse de filiation », *LP4*, 2 octobre 1996, n° 119, p. 8.

⁶²⁶ DEKEUWER-DÉFOSSEZ F., « Réflexions sur les mythes fondateurs du droit contemporain de la famille », *RTD civ.*, 1995, n° 2, p. 255.

2. Les mécanismes de protection de l'intégrité du consensus conjugal significatifs du rôle central de la volonté parentale

86. Contrairement au consentement du couple donneur, la protection du consentement du couple receveur est entourée de nombreuses garanties qui tendent à démontrer l'importance du consensus conjugal et à démontrer que l'AMP constitue une prérogative du couple. Il s'agit d'une part des mesures préventives qui se déclinent à travers l'exigence d'information et d'un délai de réflexion et, d'autre part, du respect du formalisme.

87. **L'information, un contenu relativement similaire, protecteur du couple** – L'information est primordiale. Elle a pour fonction de « *garantir la liberté de décision du couple concerné* »⁶²⁷ en lui permettant de consentir en connaissance de cause. L'obligation d'information est prévue par les articles 6 LPMA et L 1241-10 CSP ; elle pèse sur le médecin. En France, elle sera délivrée au cours d'entretiens particuliers avec une équipe pluridisciplinaire préalablement à la mise en œuvre de l'AMP, ce qui permet une information complète et adaptée. Dans les deux pays, le contenu de l'information est relativement semblable et très large afin d'assurer au couple une protection optimale. Il est possible de délimiter quatre axes d'information principaux.

D'abord, la PMA avec don de gamètes est un acte médical qui peut avoir des conséquences sur la santé des personnes. Une attention toute particulière est donc accordée à l'information de nature médicale et technique. L'information porte d'abord sur les causes de la stérilité. Les risques, les chances de succès ou d'échec et les méthodes utilisées sont également exposés. Deux éléments doivent alors être précisés. D'une part, la Suisse prévoit en plus une information spécifique sur les risques de grossesse multiple. Cela s'explique par le fait qu'il existe dans ce pays une législation très protectrice de l'embryon. Par exemple, seuls peuvent être développés puis implantés trois embryons⁶²⁸, et en cas de risque de grossesse multiple, le couple doit s'engager à ne pas procéder à une réduction embryonnaire pour pouvoir accéder à la PMA. Ces règles devraient toutefois évoluer avec la révision de la LPMA⁶²⁹. D'autre part, en France la loi du 6 août 2004⁶³⁰, probablement influencée par le mouvement jurisprudentiel⁶³¹ et légal⁶³² favorable au droit à l'information est venue renforcer la protection du couple receveur en prévoyant une information relative aux risques, jusque-là inexistante dans les textes spéciaux⁶³³.

L'information porte ensuite sur les implications psychologiques, les couples pouvant bénéficier d'un suivi dans ce domaine. Plus étonnant, le médecin est amené à délivrer une information de nature juridique. En Suisse, cela se justifie par le fait que les médecins seront les seuls contacts du couple et qu'il convient d'informer particulièrement le couple sur les importantes conséquences que peut entraîner le

⁶²⁷ Message relatif à l'initiative populaire « pour la protection de l'être humain contre les techniques de reproduction artificielle (initiative pour une procréation respectant la dignité humaine, PPD) » et à la loi fédérale sur la procréation médicalement assistée (LPMA), 26 juin 1996, FF 1996 III 251.

⁶²⁸ Art. 17 al. 1 LPMA.

⁶²⁹ Voir *infra* § 95.

⁶³⁰ Loi n° 2004-800 du 6 août 2004 relative à la bioéthique, JORF, 7 août 2004, p. 14040.

⁶³¹ Cass. civ. 1^{re}, 9 octobre 2001, n° 00-14.564 : *Bull. civ.*, I, n° 249 ; D., 2001, 3470, Rapp. SARGOS P., Note THOUVENIN D. ; *GAJC*, 2007, n° 11 ; *RTD civ.*, 2002, 176, Obs. LIBCHABER R. ; *RTD civ.*, 2002, 507, Obs. MESTRE J., FAGES B. : rattache le devoir d'information du médecin à « *l'exigence du respect du principe constitutionnel de sauvegarde de la dignité de la personne humaine* ».

⁶³² Loi n° 2002-303 du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé, JORF, 5 mars 2002, p. 4118.

⁶³³ En ajoutant notamment que l'information doit porter sur les effets secondaires des pratiques, leurs risques à court et à long terme, leur pénibilité et les contraintes qu'elles peuvent entraîner.

recours à un don, en termes de filiation, et sur l'existence d'un droit à la connaissance de l'identité du donneur. En France, l'information relative à la filiation sera renouvelée par le notaire ou le juge⁶³⁴ et certains auteurs ont pu relever « l'inutilité de l'information », estimant que le consentement est « déjà éclairé »⁶³⁵.

La possibilité de recourir à l'adoption est, en outre, évoquée. Contrairement à ce que l'on aurait pu penser, « il s'agit moins d'influencer le couple dans l'une ou l'autre de ces solutions que de s'assurer qu'ils ont pris en considération ces possibilités »⁶³⁶.

Enfin, en Suisse, une information sur les implications financières est donnée. En France, des informations sont transmises par le biais d'un dossier-guide, ce qui offre au couple une base de réflexion plus étoffée.

88. Le délai de réflexion – La protection du consentement du couple passe également par l'établissement d'un délai de réflexion. Les deux pays ont tenu compte de la gravité de l'acte en cause et ont imposé un délai de réflexion d'un mois⁶³⁷, permettant de garantir la qualité du consentement. Ce délai peut être rapproché de l'influence croissante du droit de la consommation sur le droit médical, qui pousse à traiter le patient comme un consommateur de soins. Il semble néanmoins souhaitable, dans la mesure où il s'agit d'une décision conjointe. En outre, ce délai permettra au couple de se concerter hors du cadre de la consultation médicale en protégeant l'intérêt de l'enfant à naître contre des « décisions précipitées »⁶³⁸.

Mais en France, un second délai est prévu par l'article L 2141-10 al. 5 qui dispose que l'AMP « ne peut être mise en œuvre (...) lorsque le médecin, après concertation au sein d'une équipe pluridisciplinaire, estime qu'un délai de réflexion supplémentaire est nécessaire dans l'intérêt de l'enfant à naître ». Une telle mesure n'est pas prévue en Suisse, mais elle pourrait, nous semble-t-il, résulter de l'article 3 qui soumet la PMA au bien de l'enfant. On peut s'interroger sur la portée de cette disposition et sur l'existence d'un éventuel contrôle d'opportunité exercé par l'équipe médicale. Si une lecture littérale du texte permet simplement de repousser la date de l'AMP, une lecture téléologique semblerait autoriser l'équipe à refuser l'AMP dans l'intérêt de l'enfant. La doctrine est divisée sur cette question. Certains auteurs estiment que l'équipe médicale ne peut bénéficier d'un tel pouvoir. Ils se fondent alors sur deux arguments. Ils affirment que dans les cas où un tel contrôle a été mis en place, il a été prévu expressément⁶³⁹. Ils avancent également que cette appréciation relève en principe du seul juge judiciaire, garant des libertés individuelles. L'agence de la biomédecine souligne toutefois dans un rapport⁶⁴⁰ qu'il n'existe aucun recours contre le refus d'AMP

⁶³⁴ Art. 1157-3 CPC.

⁶³⁵ GOBERT M. (Dir), *Médecine, bioéthique et droit, questions choisies*, Paris, Economica, 1999, p. 133.

⁶³⁶ Message relatif à l'initiative populaire « pour la protection de l'être humain contre les techniques de reproduction artificielle (initiative pour une procréation respectant la dignité humaine, PPD) » et à la loi fédérale sur la procréation médicalement assistée (LPMA), 26 juin 1996, FF 1996 III 252.

⁶³⁷ Art. L 2141-10 al. 3 : « La demande ne peut être confirmée qu'à l'expiration d'un délai de réflexion d'un mois à l'issue du dernier entretien » ; Art. 6 al. 3 LPMA : « Un temps de réflexion de quatre semaines en principe doit s'écouler entre l'entretien avec le couple et le traitement ».

⁶³⁸ Message relatif à l'initiative populaire « pour la protection de l'être humain contre les techniques de reproduction artificielle (initiative pour une procréation respectant la dignité humaine, PPD) » et à la loi fédérale sur la procréation médicalement assistée (LPMA), 26 juin 1996, FF 1996 III 262.

⁶³⁹ GOBERT M. (Dir), *Médecine, bioéthique et droit, questions choisies*, Paris, Economica, 1999, p. 138.

⁶⁴⁰ AGENCE DE LA BIOMÉDECINE, *Bilan d'application de la loi de bioéthique du 6 Août 2004*, Rapport rendu à la ministre de la Santé, de la Jeunesse, des Sports et de la Vie associative par l'Agence de la biomédecine, Octobre 2008, p. 33, Disponible sur : <http://www.agence-biomedecine.fr/IMG/pdf/rapport-bilan-lb-oct2008-2.pdf>, Consulté le 27 janvier 2014.

dans la mesure où il s'agit d'un acte médical, ce qui peut sembler problématique. Elle ajoute qu'à sa connaissance aucun recours n'a encore été engagé.

Ce contrôle exercé par l'équipe médicale doit être rapproché d'un second contrôle prévu par l'article L. 2141-10 CSP selon lequel l'équipe médicale doit vérifier la motivation de l'homme et de la femme. Cette disposition permet de protéger le couple et de s'assurer qu'il est prêt à se lancer dans le processus d'AMP qui constitue malgré tout une épreuve. Il s'agit également de protéger l'enfant à naître, ce qui pourrait aboutir à un refus par l'équipe médicale. Pour certains auteurs, comme F. TERRÉ et D. FENOUILLET, ce texte confère aux médecins la possibilité de rejeter la demande⁶⁴¹. Néanmoins, on peut se demander si l'équipe médicale n'a pas uniquement la faculté de différer l'AMP en prolongeant le délai de réflexion. On peut, en toute hypothèse, s'interroger sur la légitimité qu'ont les médecins à apprécier le bien de l'enfant et souligner les risques de différence de traitement d'un centre à l'autre. Un contrôle juridictionnel sur le refus d'AMP, s'il était possible, serait donc opportun.

89. Le formalisme du consensus conjugal – Il apparaît enfin utile de compléter les mécanismes de protection de la volonté conjugale par l'étude du formalisme du consensus conjugal. L'expression du consentement de la personne peut revêtir deux modalités distinctes : le consensualisme ou le formalisme. Le choix d'opter pour l'une ou l'autre n'est pas anodin. Le consensualisme a pour but de favoriser la rapidité au détriment parfois de la sécurité ; il n'a donc pas été envisagé par nos législateurs qui, compte tenu de l'importance de l'acte en cause, l'ont entouré d'un certain formalisme. En Suisse, avant l'entrée en vigueur de la LPMA, certains cantons latins avaient opté pour un consentement en la forme écrite, alors que la doctrine allemande postulait plutôt pour la forme authentique⁶⁴². La première option présente comme avantage d'être moins coûteuse et évite « *une intrusion supplémentaire dans l'intimité déjà bien éprouvée du couple qui fait la démarche de procréation assistée avec donneur* »⁶⁴³. La seconde option, prévue pour les actes d'une certaine gravité sur laquelle il convient d'attirer l'attention de la personne, est plus lourde et plus coûteuse. Elle permet néanmoins d'attester « *la validité du consentement (...) servant au mieux l'intérêt de l'enfant et la sécurité de son statut* »⁶⁴⁴. Le législateur fédéral a finalement opté pour la forme écrite, estimant qu'il s'agissait d'« *une mesure propre à souligner l'importance de la déclaration et à prévenir d'éventuels problèmes de preuve* »⁶⁴⁵. Ainsi, le législateur assure la même forme au consentement du donneur et du receveur. Tel n'est pas le cas du législateur français, qui marque un important déséquilibre au niveau de la protection accordée à ces différents acteurs.

En France, le consentement exprimé par le couple receveur est nettement plus encadré que celui du donneur et son importance est soulignée par le grand nombre de textes y afférent⁶⁴⁶. Certains concernent l'AMP en général et prévoient que le consentement doit être donné à l'équipe médicale au terme d'un délai de réflexion. D'autres se réfèrent spécifiquement au don de gamètes et prévoient que le

⁶⁴¹ TERRÉ F., FENOUILLET D., *Droit civil : les personnes, la famille, les incapacités*, Paris, Précis, Dalloz-Sirey, 2005, p. 897, Note 3.

⁶⁴² DUBLER-NÜSS H., *Les nouveaux modes de procréation artificielle et le droit suisse de la filiation*, Berne, Peter Lang, 1988, p. 273.

⁶⁴³ MANDOFIA-BERNEY M., *Vérités de la filiation et procréation assistée. Étude des droits suisse et français*, Bâle et Francfort-sur-le-Main, Collection Genevoise, Helbing & Lichtenhahn, 1993, p. 172.

⁶⁴⁴ DUBLER-NÜSS H., *Les nouveaux modes de procréation artificielle et le droit suisse de la filiation*, Berne, Peter Lang, 1988, p. 274.

⁶⁴⁵ Message relatif à l'initiative populaire « pour la protection de l'être humain contre les techniques de reproduction artificielle (initiative pour une procréation respectant la dignité humaine, PPD) » et à la loi fédérale sur la procréation médicalement assistée (LPMA), 26 juin 1996, FF 1996 III 253.

⁶⁴⁶ Art. L. 1244-2, L. 2141-10 al. 3 et 4, L. 2141-10 al. 7 CSP, 311-20 CC.

consentement doit être exprimé devant un juge ou un notaire. Ces textes sont d'application cumulative. Cet élément semble confirmé par la lecture de l'article L 1244-2 CSP et par le fait que l'AMP avec tiers donneur s'inscrit dans le processus de l'AMP en général. On peut également mettre en avant le fait que les médecins et les juristes exercent une mission différente, le rôle de ces derniers étant cantonné à l'aspect juridique de la question. Cet élément pourrait laisser penser qu'il existe un consentement à l'acte médical exprimé devant les médecins, avant tout destiné à protéger le couple, et un consentement aux conséquences familiales du don exprimé devant le notaire ou le juge qui permettrait de protéger l'intérêt de l'enfant à voir sa filiation établie. Néanmoins, selon P. MURAT, la lettre des textes⁶⁴⁷ tout comme leur esprit⁶⁴⁸ permet de déduire que les deux consentements ont le même objet, à savoir l'acceptation de l'AMP. Quoi qu'il en soit, cette double expression du consentement cherche à attirer l'attention des protagonistes sur la gravité de l'acte. Il s'agit incontestablement d'une exigence lourde et complexe qui traduit la volonté du législateur de sécuriser le consentement, cet élément étant renforcé par l'exigence du formalisme.

Contrairement à ce qui prévaut en Suisse où le consentement est exprimé de la même manière en cas de procréation homologue et hétérologue, le législateur français a « gradu[é] la solennité (du consentement) en fonction de la part de capital génétique apportée par le couple parental »⁶⁴⁹. L'accueil d'embryon est soumis à une décision du Président du TGI qui doit recevoir le consentement écrit du couple⁶⁵⁰. En cas de recours au don de gamètes, le consentement doit être exprimé devant le juge ou le notaire et faire l'objet d'un acte authentique. On pourrait penser que la France a ainsi privilégié la sécurité de l'acte au détriment de l'intimité des adultes. Néanmoins, il convient d'être plus nuancé car le respect de la vie privée du couple n'a pas pour autant été négligé. Deux mesures essentielles permettent de garantir ce droit : le choix du notaire ou du juge est libre⁶⁵¹, et le secret de l'acte leur est garanti⁶⁵². Il faut donc en déduire qu'il ne s'agit pas d'un « formalisme de publicité »⁶⁵³ mais d'un formalisme destiné à la garantie des droits. Aussi faut-il s'intéresser à ses fondements. S'il permet d'abord d'informer le couple, ce n'est pas sa fonction essentielle. Il se justifie avant tout par la volonté de garantir l'authenticité du consentement au vu des larges conséquences qu'il est amené à produire en termes de filiation. Il est supposé sécuriser la filiation en se prémunissant contre la mauvaise foi de l'un des partenaires. On peut néanmoins s'interroger sur l'efficacité d'une telle mesure. Nous avons vu que le consentement peut être retiré unilatéralement et à tout moment auprès du médecin, par écrit. Dès lors, on peut regretter que le parallélisme des formes (pour

⁶⁴⁷ MURAT P., CIMAR L. (Collaboration), *Jurisclasser civil code*, Fascicule 40, « Respect et protection du corps humain. – Assistance médicale à la procréation. – Accès », n° 133 : « L'article 311-20, al. 2, du Code civil lui-même évoque le consentement donné à une procréation assistée et il présente l'interdiction des actions en contestation de filiation comme une conséquence légale de ce consentement ».

⁶⁴⁸ Ibid. : « Les travaux préparatoires montrent de plus que le Sénat avait exigé au départ un consentement en la forme authentique dans tous les cas d'AMP (...), ce qui implique que le débat portait bien sur des consentements ayant le même objet. La rédaction d'un simple écrit ou celle d'un acte authentique constituent deux modalités différentes d'un consentement unique qui a pour objet l'acceptation de l'AMP ».

⁶⁴⁹ NEIRINCK C., « Le droit de la filiation et la procréation médicalement assistée », *LPA*, 14 décembre 1994, n° 149, p. 58.

⁶⁵⁰ Art. L 2141-6 et R 2141-11 CSP.

⁶⁵¹ Art. 1157-2 NCPC : « Les époux ou les concubins qui recourent à une assistance médicale à la procréation nécessitant l'intervention d'un tiers donneur, prévue à l'article 311-20 CC, y consentent par déclaration conjointe devant le président du tribunal de grande instance de leur choix ou son délégué, ou devant un notaire ». Cet élément permet d'éviter qu'une contrainte supplémentaire ne pèse sur le couple et de maintenir le secret sur la stérilité.

⁶⁵² Art. 311-20 CC : « Les époux ou les concubins qui, pour procréer, recourent à une assistance médicale nécessitant l'intervention d'un tiers donneur, doivent préalablement donner, dans des conditions garantissant le secret, leur consentement au juge ou au notaire, qui les informe des conséquences de leur acte au regard de la filiation » ; Art. 1157-2 CPC « La déclaration est recueillie par acte authentique hors la présence de tiers. Expédition ou copie de l'acte ne peut être délivrée qu'à ceux dont le consentement a été recueilli ». Le secret est également renforcé par le secret professionnel qui pèse sur ces juristes.

⁶⁵³ BERGEL J.-L., *Méthodologie juridique*, Paris, Thémis droit privé, PUF, 2001, p. 65.

l'expression et le retrait du consentement) n'ait pas été respecté, ce qui a ainsi contribué à créer des incertitudes. De plus, le secret garanti concernant l'acte vient limiter son effet protecteur sur le droit de la filiation ainsi que nous le verrons plus loin⁶⁵⁴.

90. Le projet parental est central dans chacun des deux pays puisqu'il va permettre de fonder le lien de filiation. Cette dimension centrale ressort également des règles applicables lorsque ce projet disparaît.

B. L'importance de la portée de la volonté du couple parental

91. La place centrale du projet parental peut également être déduite, par contrecoup, des dispositions faisant état de la disparition d'un tel projet. En effet, cette disparition, qui peut avoir lieu dans de multiples hypothèses (1), a une forte portée puisqu'elle entraîne la réification de l'embryon. Le projet parental se voit conférer une importance de premier plan car il est seul à même de garantir le développement de l'embryon (2). La volonté du couple parental est donc protégée par le droit.

1. La multiplication des hypothèses d'abandon du projet parental

92. **Recensement des références au projet parental**⁶⁵⁵ – Bien que le droit français ait abandonné la notion de demande parentale comme fondement de l'assistance médicale à la procréation, ce fondement apparaît en filigrane. En effet, le Code de la santé publique se réfère à de multiples reprises à l'abandon du projet parental, ce qui témoigne *a contrario* de l'importance accordée à l'existence d'un projet parental. Le projet parental est mentionné à dix-neuf reprises dans le Code de la santé publique et il est systématiquement associé au couple, ce qui semble logique puisque seuls les couples peuvent accéder à l'assistance médicale à la procréation. L'abandon du projet parental entraîne systématiquement la reconnaissance d'un pouvoir de décision au bénéfice du couple. Mise à part la question du conseil génétique dans le cadre de la procédure d'information à la parentèle en cas de détection d'une anomalie génétique grave⁶⁵⁶, deux domaines sont susceptibles de conduire à l'abandon du projet parental et à la consécration de prérogatives du couple quant au sort des embryons. Il s'agit du cas du diagnostic préimplantatoire et de l'abandon du projet parental lors d'une PMA. Le droit suisse n'ayant pas de compilation juridique dans le domaine de la santé qui permettrait de se prêter à cette même analyse systématique, nous partirons des thématiques envisagées en droit français, en nous reportant, pour chaque thématique, à la loi fédérale concernée. Le diagnostic prénatal ne sera pas étudié ici puisqu'il relève de la seule volonté de la femme, son intégrité corporelle étant en cause.

93. **Abandon du projet parental après un diagnostic préimplantatoire** – L'abandon du projet parental peut être consécutif au diagnostic préimplantatoire.

⁶⁵⁴ Voir *infra* § 481 et s.

⁶⁵⁵ Voir annexe 13 : les références au projet parental dans le CSP.

⁶⁵⁶ Art. R 1131-20-1 et R 1131-20-5 CSP.

En droit français, le diagnostic préimplantatoire est autorisé par l'article L 2131-4 du Code de la santé publique à titre exceptionnel et si des conditions particulières sont réunies⁶⁵⁷. Les deux membres du couple doivent y consentir par écrit et peuvent abandonner leur projet parental au vu des résultats⁶⁵⁸.

Actuellement, le diagnostic préimplantatoire est interdit en droit suisse⁶⁵⁹, si bien que le projet parental ne peut cesser de ce fait. Seule l'interruption de grossesse pour raison médicale est envisageable. La particularité du contexte dans lequel ont été adoptés l'article 24^{novies} Cst. féd. et la LPMA⁶⁶⁰ explique, sans doute, le caractère restrictif de ces textes accordant une forte place à la protection de l'embryon. L'interdiction a été essentiellement justifiée par la faiblesse du recul sur cette pratique, par la protection de l'embryon et par les risques liés à une sélection des embryons⁶⁶¹. Déjà controversée en procédure de consultation, cette prohibition avait été décidée au stade de l'élimination des divergences à une faible majorité⁶⁶².

À peine la LPMA adoptée, le diagnostic préimplantatoire avait donné lieu à de nombreuses interventions parlementaires dont l'une a conduit à l'adoption d'une motion déposée par la commission de la science de l'éducation et de la culture du Conseil national. Elle donnait mission au Conseil fédéral de réglementer le diagnostic préimplantatoire⁶⁶³. Les travaux ont donc débuté, en février 2007, à la division biomédecine de l'OFSP. Un premier projet visant à modifier la LPMA a été élaboré en 2009⁶⁶⁴. Face aux

⁶⁵⁷ Art. L 2131-4 al 2 et 3.

⁶⁵⁸ Art. L 2131-4 al. 8.

⁶⁵⁹ Art. 5 al. 3 LPMA : « *Le prélèvement d'une ou plusieurs cellules sur un embryon in vitro et leur analyse sont interdits* ».

⁶⁶⁰ Voir *supra* § 31.

⁶⁶¹ Message relatif à l'initiative populaire « pour la protection de l'être humain contre les techniques de reproduction artificielle (initiative pour une procréation respectant la dignité humaine, PPD) » et à la loi fédérale sur la procréation médicalement assistée (LPMA), 26 juin 1996, FF 1996 III 250-251.

⁶⁶² MANAÏ D., *Les droits du patient face à la biomédecine*, Berne, Stämpfli, 2006, pp. 371-372.

⁶⁶³ Initiative parlementaire de Barbara POLLA, Autorisation du diagnostic préimplantatoire lors de risque grave, Déposée au Conseil national, 28 novembre 2000, n° 00.455 : lors de la présentation de son initiative au Conseil national, l'auteur de l'initiative faisait d'ailleurs référence à l'exemple de la France en citant l'affaire du petit Valentin. Le Conseil national ne donna pas suite à cette initiative et rejeta la proposition de la commission visant à transmettre l'objet de l'initiative sous forme d'une motion de la commission (n° 01.3647) : BO 2002 N 351 ; Motion de Félix GUTZWILLER, Recherche sur des cellules souches embryonnaires et loi sur la procréation médicalement assistée, Déposée au Conseil national, 20 juin 2002, n° 02.3335 : la motion proposait de charger le conseil fédéral de modifier la loi afin de permettre l'utilisation des embryons surnuméraires préexistants pour la recherche. Il proposait que le couple ait le choix entre trois possibilités : la congélation en vue de la PMA, la remise à la recherche et la destruction. Cela correspondait, à l'exception du don d'embryons qui est interdit constitutionnellement, au système français actuel. Il proposait en outre de lever l'interdiction du diagnostic préimplantatoire. Le Conseil fédéral a proposé de transformer la motion en postulat, mais cette dernière en suspens depuis deux ans fut ensuite classée le 18 juin 2004 ; Interpellation de Christiane LANGENBERGER, Recherche sur les cellules souches et diagnostic préimplantatoire. Flou juridico-politique ?, Déposée au Conseil des États, 2 octobre 2002, n° 02.3550 : l'auteur de l'interpellation demandait au Conseil fédéral d'indiquer la manière dont il appréciait l'interdiction du DPI et s'il ne lui semblait pas opportun de revenir sur cette interdiction. Le Conseil fédéral rappela le rejet de la motion n° 01.3647 par le Conseil national et indiqua qu'il n'entendait pas se soustraire à la longue à ce débat ; Initiative parlementaire de Félix GUTZWILLER, Diagnostic préimplantatoire. Autorisation, Déposée au Conseil national, 19 mars 2001, n° 04.423 : l'auteur de l'initiative sollicitait l'élaboration d'une loi autorisant le diagnostic préimplantatoire. Il rappelait également l'histoire du petit Valentin. Il soulignait l'incohérence existant entre l'autorisation de l'interruption de grossesse après diagnostic prénatal et l'interdiction du diagnostic préimplantatoire. La commission a saisi le Conseil fédéral d'une motion (n° 04.3439) lui donnant mission de réglementer le diagnostic préimplantatoire (BO 2005 N 291). La motion a été votée par le Conseil national (BO 2005 N 921) puis par le Conseil des États (BO 2005 E 1131) ; Interpellation de Pia HOLLENSTEIN, Questions en suspens concernant le diagnostic préimplantatoire, Déposée au Conseil national, 24 mars 2006, n° 04.3141 : elle demandait des précisions concernant l'établissement d'une éventuelle liste des maladies concernées dans l'hypothèse où le diagnostic préimplantatoire serait autorisé. En réponse le Conseil fédéral a indiqué qu'il ne pouvait pas répondre au vu des travaux en cours ; Interpellation de Félix GUTZWILLER, Autorisation du diagnostic préimplantatoire. État d'avancement des travaux, Déposée au Conseil des États, 19 décembre 2008, n° 08.4042 : l'auteur de l'interpellation s'interrogeait sur l'état d'avancement des travaux devant faire suite à l'approbation de la motion n° 04.3439.

⁶⁶⁴ Projet concernant la modification de la loi fédérale sur la procréation médicalement assistée (admission et réglementation du diagnostic préimplantatoire), 2009, 6 p., Disponible sur : <http://www.admin.ch/ch/f/gg/pc/documents/1635/Vorlage.pdf>.

importantes critiques dont il a fait l'objet en procédure de consultation⁶⁶⁵, un second projet visant à modifier à la fois la Constitution⁶⁶⁶ et la LPMA⁶⁶⁷ a été mis en consultation⁶⁶⁸. Le Conseil fédéral a transmis son message accompagné de deux projets de modification⁶⁶⁹ au Parlement en juin 2013⁶⁷⁰. Les modalités d'information et d'expression du consentement n'ont que peu varié avec l'évolution des projets. Comme le droit français, le projet de modification de la LPMA fait du couple le titulaire du droit à l'information et au consentement. Celui-ci doit « *faire valoir par écrit auprès du médecin* » qu'il ne peut raisonnablement encourir « *le risque de nidation dans l'utérus d'un embryon présentant une prédisposition héréditaire à une maladie grave* ». Ce risque ne doit pas pouvoir « *être écarté d'une autre manière* »⁶⁷¹. En outre, « *avant l'application de la méthode de procréation médicalement assistée visant à prévenir la transmission de la prédisposition à une maladie grave* », le médecin doit informer le couple de manière circonstanciée⁶⁷². À l'issue des débats parlementaires, le DPI a été ouvert aux couples risquant de transmettre une maladie grave à l'enfant et le dépistage de la trisomie 21 a été admis⁶⁷³. Il convient désormais d'attendre le vote populaire lié à la modification constitutionnelle et de suivre l'évolution du référendum annoncé par le parti évangélique⁶⁷⁴. Si cette loi était adoptée, le projet parental pourrait donc être abandonné du fait des résultats du diagnostic préimplantatoire.

94. Abandon du projet d'AMP – L'abandon du projet parental du couple peut également se présenter dans le cadre d'une AMP. Les questions de l'abandon volontaire et de l'abandon imposé du projet ont déjà été détaillées. Il est simplement possible de relever une particularité du droit suisse. L'article 119 de la Constitution fédérale interdit actuellement de développer « *hors du corps de la femme jusqu'au stade d'embryon* » plus que « *le nombre d'ovules humains pouvant être immédiatement implantés* »⁶⁷⁵. La LPMA complète cette interdiction en précisant que « *ce nombre ne peut être supérieur à trois* »⁶⁷⁶. Il ajoute ensuite que la

Consulté le 30 mai 2014 ; Rapport explicatif sur le projet concernant la modification de la loi fédérale sur la procréation médicalement assistée (Admission et réglementation du diagnostic préimplantatoire), 18 février 2009, 73 p., Disponible sur : <http://www.admin.ch/ch/f/gg/pc/documents/1635/Bericht.pdf>, Consulté le 30 mai 2014.

⁶⁶⁵ OFSP, Modification de la loi fédérale sur la procréation médicalement assistée (autorisation du diagnostic préimplantatoire), Résultats de la procédure de consultation (effectuée entre le 19 février et le 18 mai 2009), Mai 2010, 24 p., Disponible sur : <http://www.admin.ch/ch/f/gg/pc/documents/1635/Ergebnis.pdf>, Consulté le 30 mai 2014.

⁶⁶⁶ Projet d'arrêté fédéral concernant la modification de l'article constitutionnel relatif à la procréation médicalement assistée et au génie génétique dans le domaine humain, 2 p., Disponible sur : http://www.admin.ch/ch/f/gg/pc/documents/2007/PID_BV119_modification_f.pdf, Consulté le 30 mai 2014.

⁶⁶⁷ Projet de modification de la loi sur la procréation médicalement assistée, 8 p., Disponible sur : http://www.admin.ch/ch/f/gg/pc/documents/2007/PID_LPMA_f.pdf, Consulté le 30 mai 2014.

⁶⁶⁸ OFSP, Projet relatif à la modification de l'article 119 Cst. et de la loi sur la procréation médicalement assistée (Diagnostic préimplantatoire), Résultats de la procédure de consultation (du 29 juin au 30 septembre 2011), 27 juin 2012, Disponible sur : http://www.admin.ch/ch/f/gg/pc/documents/2007/Vernehmlassungsbericht_120315_frz_final.pdf, Consulté le 30 mai 2014.

⁶⁶⁹ Arrêté fédéral concernant la modification de l'article constitutionnel relatif à la procréation médicalement assistée et au génie génétique dans le domaine humain, FF 2013 5363 ; Projet de modification de la loi fédérale sur la procréation médicalement assistée, FF 2013 5365.

⁶⁷⁰ Message concernant la modification de l'article constitutionnel relatif à la procréation médicalement assistée et au génie génétique dans le domaine humain (art. 119 Cst.) et de la loi fédérale sur la procréation médicalement assistée (diagnostic préimplantatoire), 7 juin 2013, FF 2013 5253.

⁶⁷¹ Art. 5 a. al. 2 let. d.

⁶⁷² Art. 6 a al. 1.

⁶⁷³ Voir, sur le site du Parlement : « Diagnostic préimplantatoire. Modification de la Constitution et de la loi sur la procréation médicalement assistée », Disponible sur : http://www.parlament.ch/f/suche/pages/legislaturrueckblick.aspx?rb_id=20130051, Consulté le 10 décembre 2014.

⁶⁷⁴ Voir le communiqué de presse sur cette question : « Le PEV lance un référendum contre le DPI », Disponible sur : http://www.evpev.ch/uploads/media/cp14_PEV_13fr_referendum_DPI_01.pdf, Consulté le 10 décembre 2014.

⁶⁷⁵ Art. 119 al. 2 let c. Cst. féd.

⁶⁷⁶ Art. 17 al. 3 LPMA.

« conservation des embryons est interdite »⁶⁷⁷ et que « si une méthode de PMA présente un risque élevé de grossesse multiple, le traitement ne peut être entrepris que si le couple accepte la naissance de tous les enfants »⁶⁷⁸. Il en résulte qu'en principe il ne devrait pas y avoir d'embryons surnuméraires et que la question de leur devenir en cas d'abandon du projet parental ne se pose pas. Néanmoins, la question est susceptible de se poser à titre résiduel. D'une part, des ovules imprégnés peuvent être conservés ; et le couple peut révoquer son consentement par écrit à tout moment, abandonnant ainsi son projet parental. D'autre part, il est possible que le médecin renonce au transfert des embryons du fait d'une anomalie ou encore que la femme meure ou retire son consentement entre la fécondation et le transfert d'embryon⁶⁷⁹, si bien que le projet parental est abandonné. En 2013, l'office fédéral de la statistique faisait état de 1859 embryons surnuméraires⁶⁸⁰. Le contraste est saisissant si on compare ce chiffre aux 60 060 embryons conservés en France à défaut de projet parental⁶⁸¹.

95. Abandon du projet parental dans le projet de modification de la LPMA – La modification de la LPMA pourrait toutefois conduire au développement d'un nombre plus important d'embryons surnuméraires. En effet, le projet de loi de 2009 s'était montré relativement restrictif puisqu'il ne revenait ni sur la règle des trois embryons, ni sur l'interdiction de conserver les embryons. Ce *statu quo* avait été très critiqué en procédure de consultation, de nombreux spécialistes ayant considéré que le DPI n'était pas réalisable conformément aux bonnes pratiques médicales dans les conditions posées par ce projet⁶⁸². Cela explique le fait que le Conseil fédéral a remanié le projet en 2011 en prévoyant, outre la modification de la LPMA, celle de l'article 119 Cst. féd. Ce nouveau projet adoptait une analyse différenciée concernant le développement des embryons. En l'absence d'analyse du patrimoine génétique, la règle des trois embryons était conservée. Elle était en revanche remplacée par la règle des huit embryons en cas de réalisation d'une analyse génétique⁶⁸³. Le projet autorisait, par ailleurs, la conservation des embryons et des ovules imprégnés à de strictes conditions. Le couple devait notamment donner son consentement par écrit et la durée de conservation était de cinq ans avec une possibilité de prorogation pour une même durée sur demande du couple⁶⁸⁴. Lors de la seconde procédure de consultation, quarante-neuf participants se sont prononcés sur la limitation du nombre d'embryons susceptibles d'être développés par cycle et trente-deux ont considéré que cette interdiction était trop restrictive⁶⁸⁵. Malgré cela, le Conseil fédéral a refusé

⁶⁷⁷ Art. 17 al. 3.

⁶⁷⁸ Art. 7 al. 3 LPMA.

⁶⁷⁹ Message relatif à l'initiative populaire « pour la protection de l'être humain contre les techniques de reproduction artificielle (initiative pour une procréation respectant la dignité humaine, PPD) » et à la loi fédérale sur la procréation médicalement assistée (LPMA), 26 juin 1996, FF 1996 III 220 ; FF 1996 III 260.

⁶⁸⁰ Chiffres fournis par l'OFS, Disponibles sur : <http://www.bfs.admin.ch/bfs/portal/fr/index/themen/14/02/03/key/02.html>, Consulté le 5 octobre 2014.

⁶⁸¹ AGENCE DE LA BIOMÉDECINE, *Rapport annuel 2013*, Paris, p. 105.

⁶⁸² OFSP, Modification de la loi fédérale sur la procréation médicalement assistée (Autorisation du diagnostic préimplantatoire, Résultats de la procédure de consultation (effectuée entre le 19 février et le 18 mai 2009), Mai 2010, pp. 14-15, Disponible sur : <http://www.admin.ch/ch/f/gg/pc/documents/1635/Ergebnis.pdf>, Consulté le 30 mai 2014.

⁶⁸³ Art. 17 al. 1 du projet de 2011.

⁶⁸⁴ Art. 16 al. 1 et 2 du projet de 2011.

⁶⁸⁵ OFSP, Projet relatif à la modification de l'article 119 Cst. et de la loi sur la procréation médicalement assistée (Diagnostic préimplantatoire), Résultats de la procédure de consultation (du 29 juin au 30 septembre 2011), 27 juin 2012, p. 6, Disponible sur : http://www.admin.ch/ch/f/gg/pc/documents/2007/Vernehmlassungsbericht_120315_frz_final.pdf, Consulté le 30 mai 2014.

d'assouplir de façon majeure l'avant-projet de 2011⁶⁸⁶ ; il a donc maintenu la règle différenciée des trois et des huit embryons. Le projet modifie l'article 119 Cst. féd., en supprimant l'interdiction de cryoconservation et en permettant le développement du nombre d'embryons « *nécessaires à la procréation médicalement assistée* ». L'interdiction de la cryoconservation est supprimée et la règle des trois et des huit embryons est posée dans la LPMA⁶⁸⁷. Après discussion au Parlement et élimination des divergences, il a été prévu que douze embryons puissent être développés par cycle de traitement⁶⁸⁸. Si le projet aboutit, la création d'embryons surnuméraires sera possible et la question de leur devenir en cas d'abandon du projet parental ainsi que du pouvoir accordé à la volonté du couple deviendra centrale.

2. Le projet parental, seul garant de l'absence de réification de l'embryon

96. Dans les deux pays, les hypothèses dans lesquelles le projet parental est abandonné tendent à se multiplier. Un tel abandon est synonyme de réification de l'embryon. Cette réification montre clairement que la volonté du couple est protégée par le droit. Cette conclusion peut être tirée de la jurisprudence de la CEDH ainsi que de l'étude des législations française et suisse.

97. **La réification dans la jurisprudence de la CEDH** – La question du devenir des embryons en cas de disparition du projet parental pose la question de la qualification du pouvoir du couple sur le devenir de ses embryons. Cette question est examinée par la CEDH dans l'affaire Parrillo contre Italie. Dans cette affaire, un couple avait eu recours à une PMA au cours de laquelle cinq embryons furent obtenus. À la suite du décès de son compagnon, la femme souhaitait donner ses embryons à des fins de recherche, ce qui s'avérait impossible du fait de l'interdiction italienne de la recherche sur les embryons. Elle a donc saisi la CEDH en invoquant la violation de l'article 1^{er} du protocole n° 1 à la Convention⁶⁸⁹ et des articles 8⁹⁰ et 10 de la CESDH⁶⁹¹. La deuxième section a d'abord ajourné l'examen des griefs fondés sur les articles 1^{er} du protocole et 8 de la CESDH et déclaré la requête irrecevable sur le fondement de l'article 10⁶⁹². Elle s'est ensuite dessaisie au profit de la Grande chambre⁶⁹³. Cette dernière a tenu une audience le 18 juin 2014⁶⁹⁴. La position de la CEDH sera intéressante dans la mesure où une éventuelle reconnaissance de l'application de l'article 1^{er} du protocole relatif au droit au respect des biens contribuerait à démontrer la réification de l'embryon à défaut de projet parental. Il faut noter que la

⁶⁸⁶ Message concernant la modification de l'article constitutionnel relatif à la procréation médicalement assistée et au génie génétique dans le domaine humain (art. 119 Cst.) et de la loi fédérale sur la procréation médicalement assistée (diagnostic préimplantatoire), 7 juin 2013, FF 2013 5297-5298.

⁶⁸⁷ Sur l'ensemble de ces modifications, voir : *Ibid.*, FF 2013 5298-5299.

⁶⁸⁸ Sur l'ensemble des discussions, voir : « Diagnostic préimplantatoire. Modification de la Constitution et de la loi sur la procréation médicalement assistée », Disponible sur : http://www.parlament.ch/f/suche/pages/legislaturreueckblick.aspx?rb_id=20130051, Consulté le 10 décembre 2014.

⁶⁸⁹ Droit au respect de ses biens.

⁶⁹⁰ Droit au respect de la vie privée et familiale.

⁶⁹¹ Liberté de la recherche qui découlerait de la liberté d'expression.

⁶⁹² CEDH, Deuxième section, Parrillo contre Italie, 28 mai 2013, n° 46470/11.

⁶⁹³ CEDH, Deuxième section, Dessaisissement, Note d'information sur la jurisprudence de la Cour n° 170, Janvier 2014, Disponible sur :

[http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx#{%22appno%22:\[%2246470/11%22\],%22itemid%22:\[%22002-9257%22\]](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx#{%22appno%22:[%2246470/11%22],%22itemid%22:[%22002-9257%22]), Consulté le 30 mai 2014.

⁶⁹⁴ « Audience de Grande chambre concernant l'interdiction en Italie du don d'embryons pour la recherche scientifique », Communiqué de presse du greffier de la Cour, CEDH 173 (2014), 18 juin 2014.

CEDH s'est déjà prononcée sur le devenir des embryons en cas d'abandon du projet parental dans l'affaire Evans contre Royaume-Uni. En refusant de faire prévaloir le droit de Mme EVANS sur celui de M. EVANS à ne pas avoir d'enfant, la décision aboutit à ce que l'enfant ne naisse pas alors même qu'un embryon est déjà conçu. Ainsi, au-delà de la question des intérêts opposés des deux membres du couple, l'arrêt montre que le devenir de l'embryon, qui se voit refuser l'application de l'article 2, est conditionné par l'existence du projet parental⁶⁹⁵. Cela correspond au droit français et au droit suisse. L'examen des différentes possibilités accordées au couple en cas de disparition du projet parental montre, par contre-coup, l'importance centrale accordée à ce projet et à la volonté du couple dans chacun des deux droits.

98. La réification en l'absence de projet parental en droit français – À défaut de projet parental, l'embryon est réifié, montrant, par là même, que le projet parental garantit la protection de l'embryon. En France, les règles posées par le Code de la santé publique et la jurisprudence permettent d'observer que la protection de l'embryon est rattachée à l'existence d'un projet parental, témoignant ainsi du rôle central de la volonté parentale.

En ce qui concerne le Code de la santé publique, trois principales règles témoignent du lien entre projet parental et protection de l'embryon. D'abord, il est possible de relever que les deux membres du couple doivent être informés sur le devenir de leurs embryons ne faisant plus l'objet d'un projet parental lorsqu'ils consentent à la réalisation d'une FIV avec conservation d'embryons⁶⁹⁶. Ils sont consultés chaque année sur le point de savoir s'ils maintiennent ou non ce projet⁶⁹⁷. En cas de désaccord entre les membres du couple ou en l'absence de réponse de l'un d'entre eux, l'embryon doit être détruit⁶⁹⁸. Ensuite, on peut rapprocher de cette idée la règle selon laquelle les embryons créés à l'étranger ne peuvent être importés que dans l'objectif d'une poursuite d'un projet parental conforme aux règles françaises⁶⁹⁹. Enfin, en cas d'abandon du projet parental, le couple se voit proposer un choix entre le don à la recherche, la destruction ou le consentement à l'accueil par un autre couple⁷⁰⁰. Les deux dernières possibilités conduisent clairement à une réification de l'embryon. Tel n'est pas le cas de la troisième possibilité. Néanmoins, cette absence de réification de l'embryon est liée à son rattachement à un nouveau couple, porteur d'un projet parental, qui va consentir à l'accueil de l'embryon *via* la procédure spécifique réglementée par le Code de la santé publique. Cette troisième possibilité de choix accrédite donc également la thèse selon laquelle la volonté parentale exerce une influence centrale sur la détermination du devenir de l'embryon et, par là même, sur la création du lien de filiation.

Cette idée est également renforcée par la jurisprudence relative à la perte des embryons. Dans une affaire soumise à la Cour administrative d'appel de Douai, un couple avait bénéficié d'une AMP à l'issue de laquelle avaient été congelés des embryons surnuméraires. À la suite d'une faille dans le mécanisme de

⁶⁹⁵ CEDH, Grande chambre, Evans contre Royaume-Uni, 10 avril 2007, n° 6339/05 : *Dalloz actualité*, 17 avril 2007, Obs. DELAPORTE-CARRÉ ; D., 2008, Pan. 1443, Obs. GALLOUX J.-C. ; *RTD civ.*, 2007, 295, Obs. MARGUÉNAUD J.-P. ; *RTD civ.*, 2007, 545, Obs. HAUSER J. ; *JCP G*, 2007, II, 10097, Note MATHIEU B. ; *RDSS*, 2007, 810, Note ROMAN D.

⁶⁹⁶ Art. L 2141-3 al. 2 CSP.

⁶⁹⁷ Art. L 2141-4 al. 1 CSP.

⁶⁹⁸ Art. L 2141-4 CSP. Bien que cet article utilise l'expression « mis fin à la conservation des embryons » et non le terme « destruction », en pratique, l'embryon perd sa potentialité de développement. Le terme « destruction » est d'ailleurs utilisé en droit suisse.

⁶⁹⁹ Art. L 2141-9 et R 2141-14 CSP.

⁷⁰⁰ Art. L 2141-4 II CSP.

conservation des embryons dans l'azote liquide, les embryons étaient devenus inutilisables. On estimait en effet que l'absence de connaissance quant aux conséquences de cet incident sur le développement des embryons les rendait impropres à l'utilisation. Le couple a donc saisi le tribunal administratif d'Amiens qui n'a condamné le centre hospitalier à indemniser le couple qu'au titre des troubles dans les conditions d'existence⁷⁰¹. En appel, la cour administrative retient que « *la perte d'embryons dont les requérants ne peuvent sérieusement soutenir que ceux-ci constituent des êtres humains ou des produits humains ayant le caractère de chose sacrée auxquels est attachée une valeur patrimoniale, n'est source de préjudice indemnisable que pour autant que ce couple poursuit un projet de procréation auquel cette perte porte atteinte* ». Après avoir relevé qu'en l'espèce le couple ne fait état d'aucun élément de nature à démontrer leur volonté d'être parent, la cour relève donc que les époux ne peuvent prouver un préjudice lié tant à la « *perte de chance d'être parent* » qu'à « *la difficulté de mener une nouvelle procréation médicalement assistée* »⁷⁰². Sans revenir sur les nombreuses critiques liées à la faiblesse de la protection accordée ici à l'embryon⁷⁰³, cet arrêt témoigne incontestablement que l'embryon n'est protégé qu'indirectement, par le truchement de la volonté du couple de devenir parent.

99. La réification en l'absence de projet parental en droit suisse – La réification de l'embryon est également prégnante en droit suisse en l'absence de projet parental. Si pendant longtemps cette réification était limitée du fait du caractère restrictif de la LPMA et de la Constitution qui limitaient les possibilités de créer des embryons surnuméraires, la révision de ces deux textes pourrait conduire à un nombre plus important d'hypothèses dans lesquelles l'embryon se trouve réifié à défaut de projet parental. Le don d'embryons à un autre couple étant interdit, le couple est face à une alternative.

Une première possibilité réside dans la destruction. En ce qui concerne les ovules imprégnés, elle est expressément prévue par l'article 16 LPMA si le consentement a été révoqué ou si le délai de conservation, qui est de cinq ans⁷⁰⁴ a expiré⁷⁰⁵. En ce qui concerne les embryons préexistants à l'entrée en vigueur de la LPMA, l'obligation de destruction résultait de l'article 42. En effet, cet article prévoyait que les embryons préexistants pouvaient être conservés à des fins de procréation jusqu'au 31 décembre 2005 et qu'à l'expiration de ce délai, le couple pouvait consentir à ce qu'ils soient conservés à des fins de recherche jusqu'au 31 décembre 2008 et utilisés conformément à la loi fédérale y relative⁷⁰⁶, c'est-à-dire la loi sur la recherche sur les cellules souches embryonnaires⁷⁰⁷. Il fallait donc en déduire qu'à défaut de

⁷⁰¹ Le tribunal relève, en se fondant sur l'article 16-1 CC, que les éléments et produits du corps humain ne peuvent faire l'objet d'un droit patrimonial, ce qui s'oppose à une réparation en argent. Il ajoute que les embryons ne sont pas des personnes, si bien que les époux ne peuvent se prévaloir d'un préjudice moral lié à la perte d'un être cher. Enfin, il déduit de l'âge des époux qu'ils peuvent toujours procéder à une nouvelle AMP et qu'ils ne peuvent se prévaloir d'une perte de chance de devenir parent : TA Amiens, 9 mars 2004, n° 021451 : *Jurisdata* n° 2004-254781 ; *RFDA*, 2004, 786, Concl. BOUTOU C., *AJDA*, 2004, 1546, Note HENNETTE-VAUCHEZ S. ; D., 2004, 1051, Note LABBÉE X. ; *RTD civ.*, 2004, 482, Obs. HAUSER J. ; *RGDM*, 2004, n° 14, 373, Note DECAMPS-MINI D. ; *Revue droit & santé*, 2004, n° 1, 47, Obs. LAMBERT-GARREL L. ; *JCP G*, 2005, II, 10003, Note CORPART I. ; *RJPF*, 2004-7-8/13, Obs. ÉGÉA P.

⁷⁰² CAA Douai, 2^e chambre, Formation A 3 (bis), 6 décembre 2005, n° 04DA00376 : *Jurisdata* n° 2005-291858 ; *Dr. fam.*, 2006, Étude 14, BINET J.-R. ; *RTD civ.*, 2006, 87, Obs. HAUSER J. ; *RJPF*, 2006-6/11.

⁷⁰³ MIRKOVIC A., « Consultation : assistance médicale à la procréation et responsabilité », in BINET J.-R., *Droit médical*, Paris, Cours, Montchrestien, Lextenso, 2010, pp. 482-486 ; BINET J.-R., « L'enfant conçu et le projet parental devant le juge administratif », *Dr. fam.*, 2006, n° 3, Étude 14, § 3-12.

⁷⁰⁴ Art. 16 al. 2 LPMA.

⁷⁰⁵ Art. 16 al. 4 LPMA.

⁷⁰⁶ Art. 42 al. 2 LPMA.

⁷⁰⁷ « Actualités : embryons surnuméraires et cellules souches embryonnaires », *RSDS*, 2004, n° 2, p. 3.

consentement du couple en ce sens, il devait être mis fin à leur conservation. Ainsi, le défaut de projet parental conduit à la suppression des embryons.

Une seconde possibilité réside dans leur utilisation à des fins de recherche. Les conditions d'utilisation des embryons surnuméraires⁷⁰⁸ sont fixées par la loi fédérale relative à la recherche sur les cellules souches embryonnaires⁷⁰⁹. La volonté du couple exerce un rôle central sur le devenir des embryons, même si, dans une optique de protection, son consentement ne peut être recherché qu'à partir du moment où l'embryon est déjà surnuméraire⁷¹⁰. Le couple est le destinataire de l'information⁷¹¹ ainsi que le titulaire du droit de consentir par écrit à la recherche⁷¹² et de se rétracter à tout moment, jusqu'à ce que la production de cellules souches ait commencé⁷¹³. Le consentement découle de sa liberté personnelle⁷¹⁴. Le retrait du consentement, qui appartient non seulement au couple mais également à chacun de ses membres⁷¹⁵, entraîne la destruction de l'embryon. Si jamais l'un des membres du couple est décédé, l'autre doit tenir compte de sa volonté expresse ou supposée⁷¹⁶. On voit donc que dans toutes les hypothèses, le défaut de projet parental conduit à une réification de l'embryon.

100. Conclusion de la section 2 : l'influence convergente du droit de la santé sur les prérogatives du couple parental – L'analyse du refus de procréer a permis de mettre en avant qu'il s'agissait d'une prérogative à caractère individuel. Le droit de la santé est ici indifférent à la situation civile du couple. Cela se justifie tant par la protection de l'intégrité physique que par l'autonomie personnelle qui se voit accorder une part croissante dans chacun des deux droits. La dimension médicale de l'acte prend donc le pas sur les règles de droit de la famille. Ces règles contrastent avec celles applicables à l'assistance médicale à la procréation qui fait du couple un acteur du droit de la santé. La notion de projet parental est donc centrale ; elle ne déploie toutefois pas toutes ses potentialités puisque seule la volonté de bénéficiaires déterminés par la loi peut s'exprimer. Néanmoins, l'étude des conditions d'expression de cette volonté a permis de montrer qu'elle constitue un véritable fondement du lien de filiation, ce dont il faudra tenir compte au stade de la réflexion sur les propositions visant à repenser le droit de la filiation.

101. Conclusion du chapitre 1 : l'évolution du lien de couple révélée par le droit comparé – Le droit de la santé exerce une influence certaine sur le lien familial dans la mesure où il contribue à la reconnaissance du lien de couple. La comparaison de l'appréhension par les droits français et suisse de l'assistance médicale à la procréation avec don de gamètes est particulièrement significative de l'ambivalence des rapports entre droit de la santé et droit de la famille.

⁷⁰⁸ L'embryon surnuméraire est défini comme « *tout embryon issu d'une fécondation in vitro qui ne peut pas être utilisé pour induire une grossesse et qui n'a par conséquent aucune chance de survie* » : art. 2 let. b. LRCS.

⁷⁰⁹ Loi fédérale relative à la recherche sur les cellules souches embryonnaires du 19 décembre 2003, Entrée en vigueur au 1^{er} mars 2005, RS 810.31, RO 2005 947.

⁷¹⁰ Art. 5 al. 2 LRCS.

⁷¹¹ Art. 5 al. 1 LRCS.

⁷¹² *Ibid.*

⁷¹³ Art. 5 al. 3 LRCS.

⁷¹⁴ Message sur la loi fédérale relative à la recherche sur les embryons surnuméraires et sur les cellules souches embryonnaires (loi relative à la recherche sur les embryons, LRE), 20 novembre 2002, FF 2003 1152.

⁷¹⁵ *Ibid.*

⁷¹⁶ *Ibid.*

En droit suisse, l'AMP hétérologue a été conçue pour s'intégrer « *dans le fonctionnement des institutions civiles traditionnelles* »⁷¹⁷ et dans ce domaine, le droit civil est « *à la source du droit de la santé* »⁷¹⁸. La primauté accordée au mariage en Suisse a conduit à refuser l'ouverture de l'AMP hétérologue aux couples de concubins. Dans le même esprit, la pression exercée par l'initiative populaire a eu un rôle majeur sur le caractère restrictif de la législation.

Alors qu'en Suisse, le droit de la santé s'est calqué sur les critères utilisés par le droit civil pour déterminer les bénéficiaires de l'AMP hétérologue, il existe en France une certaine prééminence du critère médical sur le critère civil. En effet, les couples mariés et les couples de concubins ont été placés dans une même position à l'égard de l'AMP en se fondant sur le fait qu'ils se trouvaient médicalement dans une même situation. La comparaison des rapports existants entre la réglementation relative à l'AMP et les critères civilistes traditionnels montre donc, *a priori*, une plus forte émancipation du droit de la santé français vis-à-vis du droit civil. Cela pourrait constituer un indice en faveur de l'autonomisation de ce champ spécifique du droit. En effet, on pourrait ici imaginer une « *autorité des critères biomédicaux* »⁷¹⁹ sur ceux du droit civil (car le critère médical est essentiel dans la définition du couple), mouvement dont l'apogée résiderait dans la création d'un droit commun nouveau par des lois spéciales « *(...) phénomène qui se produit lorsqu'une discipline juridique acquiert (...) son autonomie* »⁷²⁰.

La reconnaissance de prérogatives attachées au lien de couple varie en fonction de l'existence d'un projet parental partagé et d'une atteinte à l'intégrité physique de la femme. L'étude de ces prérogatives montre que la poursuite d'un projet parental dans le cadre d'une AMP fait l'objet d'un traitement juridique distinct de celui de la procréation charnelle.

⁷¹⁷ LABRUSSE-RIOU C., « Code civil et Code de la santé publique », *RDSS*, 2008, n° 3, p. 433.

⁷¹⁸ COUR DE CASSATION, *Rapport annuel de la Cour de cassation : la santé dans la jurisprudence de la Cour de cassation*, Paris, La documentation française, 2008, p. 51.

⁷¹⁹ LABRUSSE-RIOU C., « Code civil et Code de la santé publique », *RDSS*, 2008, p. 434.

⁷²⁰ GASSIN R., « Lois spéciales et droit commun », *D.*, 1961, 19^e cahier, Chron. XVIII, p. 97.

CHAPITRE 2 : L'ÉVOLUTION DU LIEN DE FILIATION RÉVÉLÉE PAR LE DROIT COMPARÉ

102. Limitation de l'étude à l'influence du droit de la santé – Après avoir étudié l'influence du droit de la santé sur le lien de couple, il est nécessaire de s'interroger sur le rôle exercé par celui-ci dans la reconnaissance de l'existence ou non d'un lien de filiation. La problématique est donc réduite puisqu'il ne s'agit ni de se prononcer, de manière plus générale, sur l'influence des progrès de la science sur la filiation, ni de se questionner directement sur les rapports entre vérité biologique et vérité socio-affective⁷²¹. Le droit de la santé a réglementé deux principales activités susceptibles d'exercer une influence sur le lien familial : l'assistance médicale à la procréation et l'identification par empreintes génétiques. Face à l'essor de ces deux techniques, il est apparu opportun, dans chacun des deux pays, d'adopter une législation spécifique.

103. Identification de deux mouvements antagonistes – L'étude de cette législation permet de caractériser deux mouvements antagonistes. D'un côté, la réglementation de l'identification par empreintes génétiques contribue à mettre l'accent sur l'importance de la vérité biologique dans le droit de la filiation. D'un autre côté, en réglementant l'assistance médicale à la procréation, le droit de la santé s'est inspiré de la filiation charnelle en adoptant un modèle naturalisant. Ce double mouvement n'est en réalité que le décalque d'un mouvement plus large lié à l'influence des avancées scientifiques sur le droit de la filiation. Comme le relève O. GUILLIOD, le développement de l'analyse des groupes sanguins au début du XX^e siècle et celui des empreintes génétiques dans les années 1990 ont mis l'accent sur la vérité biologique alors que le développement de l'assistance médicale à la procréation a, au contraire, mis l'accent sur l'importance du rôle de la volonté individuelle⁷²². Il s'agira dès lors d'étudier ces deux mouvements.

104. Utilisation du droit comparé en tant qu'outil de connaissance du droit – Il est vrai que les progrès de la science ont contribué à exalter la tension entre vérité biologique et vérité génétique.

⁷²¹ En ce qui concerne l'étude de l'influence de la génétique sur le lien de filiation il est possible de se référer à plusieurs thèses : MANDOFIA-BERNEY M., *Vérités de la filiation et procréation assistée. Étude des droits suisse et français*, Bâle et Francfort-sur-le-Main, Collection Genevoise, Helbing & Lichtenhahn, 1993, 209 p. ; NICOLAU G., *L'influence des progrès de la génétique sur le droit de la filiation*, Bordeaux, Presses universitaires de Bordeaux, 1991, 644 p. ; BIMES-ARBUS, *La preuve scientifique en droit de la filiation*, Toulouse, Thèse en droit privé, 1999, 237 p. ; AOUDIA K., *L'utilisation de la génétique dans l'administration de la preuve en droit positif français*, Montpellier, Thèse en droit privé, 2001, 464 p. ; BOURON-CRÉMET V., *Les mutations du droit de la filiation face à l'évolution de la génétique*, Nantes, Thèse en droit privé, 2010, 356 p. ; OLIVIER J., *La preuve par le sang en biologie légale*, Montpellier, Thèse en droit privé, 1996, 234 p. ; FOSTAN C., *Justice et génétique : contribution à l'étude de la génétique judiciaire et de la justice génétique*, Nantes, Thèse en droit privé, 2000, 617 p. ; FRANÇOIS G., *La réception de la preuve biologique : étude comparative de droit civil et droit pénal*, Paris, Thèse en droit privé, 2004, 786 p.

⁷²² PICHONNAZ P., FOËX B., *Code civil I, Commentaire Romand*, Bâle, Helbing & Lichtenhahn, 2010, p. 1523. Dans ce sens également : LABRUSSE-RIOU C., *Répertoire de droit civil Dalloz*, « Filiation (1^o généralités) », Juin 2013, n^o 162 ; LABRUSSE-RIOU C., « La filiation et la médecine moderne », *RIDC*, 1986, Vol. 38, n^o 2, pp. 424-425 ; GRIDEL J.-P., « Vérité biologique et droit positif de la filiation (1972-1993) », *D.*, 1993, n^o 27, p. 192 ; MURAT P., « Filiation et génétique : deux poids, deux mesures ? », *Dr. fam.*, 2007, n^o 10, Repère 9, p. 1. Cette contradiction est également relevée par F. BELLIVIER *et al.* qui soulignent que « la preuve génétique, tantôt idolâtrée ou banalisée comme seul critère de jugement, tantôt radicalement interdite pour garantir les droits subjectifs reconnus à la mère (dans le cas de l'accouchement sous X par exemple) ou au couple (dans le cas de recours aux procréations assistées par donneur) ne peut être admise ou exclue de manière aussi peu cohérente sans entraîner de graves atteintes à la fonction de la loi en la matière » : BELLIVIER F., BRUNET L., LABRUSSE-RIOU C., « La filiation, la génétique et le juge : où est passée la loi ? », *RTD civ.*, 1999, n^o 3, p. 549.

Toutefois, l'utilisation du droit comparé, en tant qu'outil de connaissance du droit, conduit à nuancer certaines hypothèses mises en exergue lors des débats parlementaires relatifs au droit de la bioéthique. Le droit comparé permettra d'abord de nuancer l'hypothèse, fréquemment relevée en droit français, selon laquelle la plus large ouverture de l'identification par empreintes génétiques déstabilise le lien de filiation. Il permettra ensuite de montrer les limites de l'objectif poursuivi par le législateur suisse selon lequel la réglementation de l'AMP n'est porteuse que d'un bouleversement limité du droit de la filiation⁷²³. Le droit comparé permet donc de dégager deux conclusions : l'absence de déstabilisation du droit de la filiation par la large ouverture de l'identification par empreintes génétiques (Section 1) et la déstabilisation du droit de la filiation par la réglementation de l'AMP (Section 2).

⁷²³ Sur cette problématique, voir : MANAÏ D., « Le droit suisse à l'aune de l'individualisation de la parentalité », in FEUILLET-LIGER B. (Dir.), *Les incidences de la biomédecine sur la parenté*, Bruxelles, Droit, bioéthique et société, Bruylant, 2014, p. 173. Comme le relève C. FOUNTOULAKIS, « pour ce qui est de l'établissement et de la destruction du lien de filiation, la PMA modalise aussi l'établissement de la filiation liée à l'accouchement ; en principe toutefois, le cadre juridique reste le même ». L'auteur relève plus loin que « la PMA est une simple modalité de l'acte de procréation » : FOUNTOULAKIS C., « L'impact de la procréation médicalement assistée sur l'établissement et la destruction du lien de filiation », *Fampra.ch*, 2011, n° 2, Respectivement p. 251 et p. 259.

SECTION 1 : LA STABILITÉ DU DROIT DE LA FILIATION MALGRÉ L'ACCÈS ÉLARGI AUX EMPREINTES GÉNÉTIQUES

105. Apparition de l'identification par empreintes génétiques : une problématique commune aux deux pays – L'état des connaissances scientifiques dans le domaine de la génétique a progressé de manière fulgurante au cours du vingtième siècle, permettant ainsi de révéler l'existence ou l'absence de liens génétiques entre les individus. Cette connaissance contribue à interroger les liens de filiation puisque, comme le relève J.-M. GROSSEN, « la paternité, disait-on autrefois, est un grand mystère. En l'état de la science, il n'y a plus de mystère »⁷²⁴. Ce mystère a été levé avec l'apparition de plusieurs techniques scientifiques. Dans un premier temps, il a été recouru aux expertises liées à la durée de la grossesse, gynécologiques et andrologiques, sanguines couplées au calcul sérostatistique, ainsi qu'à l'expertise anthropologique⁷²⁵, bien que ce dernier type d'expertise ait surtout eu cours en Allemagne et en Suisse⁷²⁶. Puis, dans un second temps, ces techniques se sont vues supplantées⁷²⁷ par les empreintes génétiques⁷²⁸ découvertes en 1985 par A. J. JEFFREYS⁷²⁹. Les empreintes génétiques permettent d'aboutir à des probabilités de paternité de 99,999%⁷³⁰, bien qu'il faille garder à l'esprit les dangers liés à l'interprétation des preuves scientifiques dans les procès en paternité⁷³¹. La question de la fiabilité des analyses génétiques s'est d'ailleurs rapidement

⁷²⁴ GROSSEN J.-M., « Père de droit et père de fait : sur trois arrêts concernant la filiation paternelle de l'enfant adultérin non désavoué », in *Famille und Recht, Festgabe der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Freiburg für Bernhardt Schnyder zum 65. Geburtstag*, Freiburg, Universitätsverlag, 1995, p. 315.

⁷²⁵ Pour les détails relatifs à ces différents types d'expertise voir : GUILLOD O., *Droit des familles*, Bâle, Les abrégés, Unine, Helbing & Lichtenhahn, 2014, p. 217 ; NICOLAU G., *L'influence des progrès de la génétique sur le droit de la filiation*, Bordeaux, Presses universitaires de Bordeaux, 1991, pp. 28-41 ; MICHAELIDES-NOUAROS G., « La preuve de la paternité et les progrès de la science », *RIDC*, 1957, Vol. 9, n° 1, pp. 44-45 ; MEIER P., STETTLER M., *Droit de la filiation*, Zurich, Schulthess, 2014, p. 99.

⁷²⁶ FURKEL F., « L'identification par empreintes génétiques en matière civile en République fédérale d'Allemagne », *RIDC*, 2004, Vol. 56, n° 2, p. 395 ; NICOLAU G., *L'influence des progrès de la génétique sur le droit de la filiation*, Bordeaux, Presses universitaires de Bordeaux, 1991, p. 30 ; MASSIP J., « La preuve scientifique de la filiation et la pratique judiciaire », in LABRUSSE-RIOU C., CORNU G. (Dir.), *Droit de la filiation et progrès scientifiques*, Paris, Perspectives économiques et juridiques, Economica, 1982, p. 56 ; HOLLEAUX G., « Remarques sur la preuve de la filiation paternelle en droit allemand, suisse et français », *RIDC*, 1953, Vol. 5, n° 3, p. 491.

⁷²⁷ P. MEIER et M. STETTLER relèvent qu'il s'agit de la seule méthode utilisée en Suisse depuis 1991 : MEIER P., STETTLER M., *Droit de la filiation*, Zurich, Schulthess, 2014, p. 99 ; GUILLOD O., *Droit des familles*, Bâle, Les abrégés, Unine, Helbing & Lichtenhahn, 2014, p. 217.

⁷²⁸ Pour les détails techniques relatifs aux empreintes génétiques et plus particulièrement aux méthodes de l'analyse des fragments de restriction et de l'amplification génétique (PCR), voir les exposés particulièrement clairs suivants : MEIER P., STETTLER M., *Droit de la filiation*, Zurich, Schulthess, 2014, p. 102 ; MAZANCOURT P. (de), PFITZINGER H., « ADN et recherche en paternité », *Gynécologie, obstétrique et fertilité*, 2005, Vol. 33, n° 7-8, pp. 461-462 ; DOUTREMEPUICH C., « Les empreintes génétiques en pratique judiciaire », *Bulletin de l'Académie nationale de médecine*, 2012, Vol. 196, n° 6, p. 1118 ; *Dictionnaire permanent santé, bioéthique, biotechnologies*, Éditions législatives, Étude : empreintes génétiques, n° 1-2 ; PASCAL O., « Empreintes génétiques : pourquoi et pour qui ? », *Médecine & droit*, 1998, n° 32, pp. 1-3 ; LABRUSSE-RIOU C., *Répertoire de droit civil Dalloz*, « Filiation (1° généralités) », Juin 2013, n° 164-166.

⁷²⁹ JEFFREYS A.-J., WILSON V., THEIN S. L., « Hypervariable « minisatellite » regions in human DNA », *Nature*, 1985, Vol. 314, pp. 67-73 ; GILL P., JEFFREYS A. J., WERE'TT D. J., « Forensic application of DNA « fingerprints » », *Nature*, 1985, Vol. 318, pp. 577-579.

⁷³⁰ DOUTREMEPUICH C., « Les empreintes génétiques en pratique judiciaire », *Bulletin de l'Académie nationale de médecine*, 2012, Vol. 196, n° 6, p. 1125 ; GUILLOD O., *Droit des familles*, Bâle, Les abrégés, Unine, Helbing Lichtenhahn, 2014, n° 538 ; MEIER P., *Droit de la filiation*, Zurich, Schulthess, 2009, p. 105.

⁷³¹ MANGIN P., TARONI F., « L'interprétation de la preuve scientifique : les juristes, les scientifiques et les probabilités », *Médecine & droit*, 1998, n° 30, pp. 6-15 ; TARONI F., AITKEN C., « Probabilités et preuve par l'ADN dans les affaires civiles et criminelles. Questions de la cour et réponses fallacieuses des experts », *Revue pénale suisse*, 1998, Fasc. 3, pp. 291-313 ; TARONI F., MANGIN P., « L'expert et la preuve génétique ADN : le rapport analytique est-il encore suffisant ? », *RSJ*, 1998, n° 23, pp. 505-511.

présentée comme une question centrale⁷³². L'apparition des tests sanguins puis de la technique de l'identification par empreintes génétiques était potentiellement porteuse d'importantes évolutions dans la mesure où ces techniques permettent de révéler au grand jour la vérité biologique des liens entre les individus. Leurs conséquences potentielles sur les structures sociales⁷³³ étaient donc importantes puisqu'elles auraient pu favoriser l'essor d'un droit de la famille exclusivement fondé sur le lien biologique.

106. Réglementation de l'accès aux empreintes génétiques par le droit de la santé de chacun des pays – Cela explique que le droit soit intervenu pour réguler ces avancées scientifiques dans les deux pays. L'analyse du droit de la santé se limitera pour l'essentiel à l'encadrement de la technique des empreintes génétiques qui prévaut actuellement. En France, la législation est issue des lois « bioéthiques » de 1994. En Suisse, elle résulte de la loi fédérale sur l'analyse génétique humaine.

107. Hypothèse de la « biologisation » de la filiation par l'ouverture large de l'accès aux examens par empreintes génétiques – À première vue, l'analyse de ces législations permet de constater des divergences importantes entre les choix réalisés en droit de la santé dans chacun des deux pays, notamment en ce qui concerne l'ouverture de l'accès aux empreintes génétiques et l'obligation de se soumettre à un examen aux fins d'identification des caractéristiques génétiques. Il existe ainsi une opposition des droits de la santé susceptible d'exercer une influence différente sur le droit de la filiation. Cette opposition explique que le droit suisse ait parfois été classé aux côtés du droit allemand comme faisant « *une meilleure place à la vérité biologique* »⁷³⁴ que le droit français. Partant de ce constat, l'hypothèse de travail aurait pu être celle d'une convergence progressive, vers l'importance de la vérité biologique, des droits français et suisse sous l'influence du droit de la santé. La plus large ouverture des empreintes aurait entraîné une déstabilisation plus importante du lien de filiation en laissant une place déterminante à la vérité biologique.

108. Nuance de cette hypothèse par l'étude de droit comparé – Toutefois, l'approfondissement de l'étude des deux législations nous semble clairement nuancer cette hypothèse. En effet, alors que le droit suisse ouvre plus largement l'accès aux empreintes génétiques que le droit français (I), son droit de la filiation s'est montré très stable et favorable à un équilibre entre vérité biologique et vérité juridique (II). Cette stabilité est mise en relief par l'étude comparée des deux droits.

⁷³² *Dictionnaire permanent santé, bioéthique, biotechnologies*, Éditions législatives, Étude : empreintes génétiques, n° 7 et s.

⁷³³ *Ibid.*, n° 4.

⁷³⁴ NICOLAU G., *L'influence des progrès de la génétique sur le droit de la filiation*, Bordeaux, Presses universitaires de Bordeaux, 1991, p. 26.

I. LA LARGE OUVERTURE DE L'ACCÈS AUX EMPREINTES GÉNÉTIQUES EN DROIT SUISSE, PAR COMPARAISON AU DROIT FRANÇAIS.

109. La régulation de l'accès aux empreintes génétiques par le droit de la santé – Selon P. MANGIN, l'histoire du contrôle de la filiation a débuté en 1865 et s'est poursuivie par la multiplication des découvertes scientifiques tout au long du XX^e siècle⁷³⁵. En France comme en Suisse, c'est dans le cadre du contentieux de la filiation que la question de l'admissibilité de la preuve par expertise sanguine a d'abord été soulevée. En Suisse⁷³⁶, après une brève période de refus⁷³⁷, le juge fédéral a rapidement accepté⁷³⁸ de prendre en compte les expertises sanguines visant à apporter la preuve négative de la paternité dans le cadre de l'action en recherche de paternité⁷³⁹, de l'action en contestation de la reconnaissance⁷⁴⁰ et de l'action en désaveu⁷⁴¹. En France⁷⁴², malgré le refus précoce opposé par le tribunal civil de la Seine en 1935⁷⁴³, les juridictions ont par la suite accepté, dans certaines hypothèses, le recours à l'expertise pour apporter la preuve négative de la paternité dans les années 1940-1950⁷⁴⁴. En ce qui concerne la preuve positive de la paternité, elle a été admise par la jurisprudence suisse dès 1970⁷⁴⁵ alors que la première décision acceptant la preuve positive de la paternité en France remonte à 1976⁷⁴⁶. S'il ne semble pas que l'apparition des empreintes génétiques ait eu une réelle influence en Suisse, l'apparition de cette nouvelle méthode a, au contraire, eu une influence déterminante en France puisqu'elle a conduit à

⁷³⁵ En 1865, G. MENDEL a découvert les lois de l'hérédité en étudiant les petits pois. En 1900 les groupes sanguins A, B, O sont découverts par K. LANDSTEINER. La méthode de calcul de probabilité de la paternité est découverte par E. ESSEN-MÖLLER en 1938. Le groupe Rhésus est découvert par K. LANDSTEINER en 1940. En 1953, J. DAUSSET découvre le système HLA. En 1980 le polymorphisme génétique est découvert. Les empreintes génétiques sont découvertes par A. JEFFREYS en 1985. Ces différentes dates sont tirées de MANGIN P., « La preuve de l'engendrement : la technique des empreintes génétiques », in EUROPEAN COMMISSION, *Studies on the socio-economic impact of biotechnology ? Genetic fingerprints : scientific truth and filiation law*, Luxembourg, Office for official publications of the European communities, 1996, p. 77.

⁷³⁶ Les références jurisprudentielles qui suivent sont tirées de MANDOFIA-BERNEY M., *Vérités de la filiation et procréation assistée. Étude des droits suisse et français*, Bâle et Francfort-sur-le-Main, Collection Genevoise, Helbing & Lichtenhahn, 1993, pp. 24-25 ainsi que GERMOND-BURNIER M., *L'établissement et la contestation de la filiation de l'enfant né dans le mariage en droits suisse, français et anglais*, Sion, Université de Lausanne, 1986, p. 85, Note 85.

⁷³⁷ ATF 59 II 339, 343.

⁷³⁸ ATF 60 II 84 = JT, 1934, 617, 619.

⁷³⁹ ATF 61 II 72 = JT, 1936, 241, 243. Selon G. HOLLEAUX, cet arrêt marque « l'intronisation de l'expertise des groupes sanguins en matière de recherche de paternité naturelle », l'arrêt « tenant désormais pour acquise la force probante absolue d'une expertise sérologique excluant la paternité du défendeur (...), et fondant par conséquent le droit – sur le plan fédéral – de ce défendeur à exiger qu'il soit procédé à semblable expertise » : HOLLEAUX G., *De la filiation en droit allemand, suisse et français. Essai de droit comparé*, Paris, Travaux et recherches de l'institut de droit comparé de l'Université de Paris, Cujas, 1966, p. 83.

⁷⁴⁰ ATF 66 II 79 : « La preuve que l'auteur de la reconnaissance n'est pas le père de l'enfant se rapporte selon les règles ordinaires ; le droit fédéral ne s'oppose pas à la preuve par la recherche de la formule sanguine (groupes A B ou facteurs M N) ».

⁷⁴¹ ATF 71 54 = JT, 1945, I, 549 : « Puisque la science médicale a reconnu de façon toujours plus concluante au cours de ces dernières années la portée de la preuve par analyse du sang, la réserve observée jusqu'ici par le Tribunal fédéral ne se justifie plus ». Le Tribunal fédéral revient sur sa jurisprudence ATF 61 II 300 = JT, 1936, 235. Il pose des exigences quant à la valeur probante de l'analyse. En l'espèce, tant la méthode des groupes sanguins que celle des facteurs M et N excluaient la paternité.

⁷⁴² Les références jurisprudentielles qui suivent sont tirées de : MANDOFIA-BERNEY M., *Vérités de la filiation et procréation assistée. Étude des droits suisse et français*, Bâle et Francfort-sur-le-Main, Collection Genevoise, Helbing & Lichtenhahn, 1993, p. 27.

⁷⁴³ Tribunal civil de la Seine, 12 novembre 1935 : D. P., 1936, 2, 41, Note SAVATIER.

⁷⁴⁴ Tribunal civil de Lille, 18 mars 1947 : D., 1947, Jurisp., 507, Note CARBONNIER J. ; Tribunal civil de la Seine, 19 juin 1951 : JCP G, 1951, II, 6527, Note SAVATIER J. ; Cass. civ. 1^{re}, 17 juin 1953 : JCP G, 1953, II, 7822, Note SAVATIER J. ; Cass. civ., 25 juillet 1949 : D., 1949, Jurisp., 585, Note CARBONNIER J. : références tirées de : MANDOFIA-BERNEY M., *Vérités de la filiation et procréation assistée. Étude des droits suisse et français*, Bâle et Francfort-sur-le-Main, Collection Genevoise, Helbing & Lichtenhahn, 1993, p. 27.

⁷⁴⁵ ATF 96 II 317 : tiré de MANDOFIA-BERNEY M., *Vérités de la filiation et procréation assistée. Étude des droits suisse et français*, Bâle et Francfort-sur-le-Main, Collection Genevoise, Helbing & Lichtenhahn, 1993, p. 24.

⁷⁴⁶ CA Paris, 16 décembre 1976 : D., 1977, Jurisp., 133 ; JCP G, 1977, II, 18663, tirée de : MANDOFIA-BERNEY M., *Vérités de la filiation et procréation assistée. Étude des droits suisse et français*, Bâle et Francfort-sur-le-Main, Collection Genevoise, Helbing & Lichtenhahn, 1993, p. 48 ; HUET-WEILLER D., « Le droit français », in LABRUSSE-RIOU C., CORNU G. (Dir.), *Droit de la filiation et progrès scientifiques*, Paris, Perspectives économiques et juridiques, Economica, 1982, p. 25.

l'adoption de dispositions spécifiques dans les lois « bioéthiques » de 1994⁷⁴⁷. Ces lois ont inséré des dispositions au sein du Code civil⁷⁴⁸, du Code de la santé publique⁷⁴⁹ et du Code pénal⁷⁵⁰. En Suisse, les empreintes génétiques sont actuellement régies par la loi fédérale sur l'analyse génétique humaine⁷⁵¹, complétée par l'ordonnance sur l'établissement de profils d'ADN en matière civile et administrative⁷⁵².

L'inclusion de l'identification des personnes par empreintes génétiques au sein du droit de la santé ne va pas nécessairement de soi⁷⁵³. En effet, contrairement à l'examen des caractéristiques génétiques d'une personne, qui porte sur la partie codante de l'ADN et fournit des informations relatives à la santé de la personne, l'identification par empreintes génétiques implique une analyse de la partie non codante de l'ADN et ne fournit donc aucune information sur la santé de la personne. Ainsi, la réglementation de l'identification d'une personne par ses empreintes génétiques dans le domaine civil ne poursuit pas une finalité de protection de la santé et ne peut donc être intégrée, à ce titre, au sein du droit de la santé. Pourtant, il est possible de l'y intégrer⁷⁵⁴ au titre de la réglementation des activités de santé⁷⁵⁵ ou des activités biomédicales⁷⁵⁶ dans la mesure où nous avons relevé en introduction que les activités de santé ne comprenaient pas uniquement les activités à finalité thérapeutique. Les dispositions issues des lois « bioéthiques » françaises et de la LAGH peuvent donc être considérées comme relevant du droit de la santé.

110. Deux principales problématiques résolues différemment par les deux droits – Dans le domaine qui nous concerne, deux principales questions se sont posées. Le droit de chacun des pays a dû déterminer s'il était possible d'accéder aux empreintes génétiques en dehors de tout procès. Il a également dû déterminer si le refus d'une personne de se prêter à l'acte médical faisait obstacle à l'examen de ses empreintes génétiques. Les deux pays connaissent des mécanismes protecteurs de l'intégrité de l'individu à l'encontre des prélèvements. En droit suisse, la protection de l'individu dans son corps a d'abord été assurée par le concept de liberté personnelle en tant que droit constitutionnel fédéral non écrit avant d'être protégé au titre des articles 10 al. 2⁷⁵⁷ et 13⁷⁵⁸ de la Constitution⁷⁵⁹. Le Tribunal fédéral a fait rentrer à

⁷⁴⁷ MANDOFIA-BERNEY M., *Vérités de la filiation et procréation assistée. Étude des droits suisse et français*, Bâle et Francfort-sur-le-Main, Collection Genevoise, Helbing & Lichtenhahn, 1993, p. 48.

⁷⁴⁸ Chapitre 3 (actuellement intitulé « De l'examen des caractéristiques génétiques d'une personne et de l'identification d'une personne par ses empreintes génétiques ») du livre 1^{er} (« Des personnes »).

⁷⁴⁹ Titre 3 (actuellement intitulé « Examen des caractéristiques génétiques, identification par empreintes génétiques et profession de conseiller en génétique ») du livre premier (actuellement intitulé « Protection des personnes en matière de santé ») de la première partie (actuellement intitulée « Protection générale de la santé »).

⁷⁵⁰ Section 6 (actuellement intitulée « Des atteintes à la personne résultant de l'examen de ses caractéristiques génétiques ou de l'identification par ses empreintes génétiques ») du chapitre IV (« Des atteintes à la personnalité ») du titre II (« Des atteintes à la personne humaine »), du livre II (« Des crimes et délits contre les personnes »).

⁷⁵¹ Loi fédérale sur l'analyse génétique humaine du 8 octobre 2004, Entrée en vigueur au 1^{er} avril 2007, RS 810.12, RO 2007 635.

⁷⁵² Ordonnance sur l'établissement de profils d'ADN en matière civile et administrative du 14 février 2007, Entrée en vigueur au 1^{er} avril 2007, RS 810.122.2, RO 2007 669.

⁷⁵³ L'ouvrage de droit de la santé de D. BERTHIAU n'inclut pas cette problématique : BERTHIAU D., *Droit de la santé*, Paris, Mémentos, Gualino, 2007, 280 p.

⁷⁵⁴ En droit suisse, D. MANAI inclut cette problématique dans un chapitre XVI intégré dans une partie III consacrée à la thématique « le droit, la médecine et les biotechnologies » : MANAI D., *Droits du patient et biomédecine*, Berne, Stämpfli, 2013, p. 437 et s. La problématique est également intégrée dans l'ouvrage droit de la santé et médecine légale : LA HARPE R., BURKHARDT S., FIORE D., BERTRAND D., « Recherche en paternité : aspects légaux », in LA HARPE R., UMMEL M., DUMOULIN J.-F., *Droit de la santé et médecine légale*, Chêne-Bourg, Médecine et hygiène, 2014, p. 773.

⁷⁵⁵ Démarche des auteurs du Lamy droit de la santé qui traitent de cette question dans une étude n° 364 incluse dans une partie 3 consacrée aux activités de santé : *Lamy droit de la santé*, Notamment n° 364-75 et s.

⁷⁵⁶ Démarche de J.-R. BINET qui mentionne cette problématique dans un chapitre « Décoder l'homme », inclus dans un titre III consacré aux activités biomédicales : BINET J.-R., *Droit médical*, Paris, Cours, Montchrestien, Lextenso, 2010, pp. 198-199.

⁷⁵⁷ « Tout être humain a droit à la liberté personnelle, notamment à l'intégrité physique et psychique ».

plusieurs reprises les prélèvements réalisés sur la personne en vue d'une identification par ses empreintes génétiques dans cette sphère de protection, qu'il s'agisse de prélèvements réalisés par une prise de sang⁷⁶⁰ ou par un frottis de la muqueuse jugale⁷⁶¹. En droit français, la personne est protégée contre un prélèvement sanguin au titre de l'inviolabilité du corps humain⁷⁶² et une partie de la doctrine⁷⁶³ considère que, même en l'absence d'atteinte à l'intégrité physique, « la liberté fondamentale de la personne en son corps est intéressée » puisque « l'individu doit exercer sur sa sphère corporelle une pleine souveraineté qui est la condition même de sa liberté morale, car en lui, corps et esprit demeurent indissolublement liés »⁷⁶⁴. La jurisprudence apparaît toutefois nettement plus nuancée lorsqu'il s'agit de consacrer des droits sur les éléments et produits corporels détachés⁷⁶⁵. Toutefois, se pose la question de savoir s'il est possible de passer outre le refus de la personne de consentir à un prélèvement sur son corps, en vue de procéder à son identification par ses empreintes génétiques. Sur ce point, plusieurs auteurs ont relevé l'existence d'une opposition entre d'une part, la France, le Québec ou la Belgique et d'autre part les droits germaniques ou nordiques pour lesquels « la preuve de la paternité doit être apportée, avec ou sans le consentement des intéressés »⁷⁶⁶. Il est donc nécessaire d'approfondir cette différence d'approche entre la France et la Suisse. L'examen des deux droits prouve

⁷⁵⁸ « Toute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale (...). Toute personne a le droit d'être protégée contre l'emploi abusif des données qui la concernent ».

⁷⁵⁹ Concernant le concept de liberté personnelle, voir *infra* § 191 et § 488.

⁷⁶⁰ ATF 82 I 234 = JT, 1957, I, 298 (concernant une action en recherche de paternité) : « C'est la liberté corporelle par opposition à la liberté spirituelle, à savoir la liberté de disposer de son propre corps (...) Et cette protection s'étend même à l'atteinte relativement bénigne et peu douloureuse qu'est la prise de sang en vue de la détermination des groupes sanguins » ; ATF 112 Ia 248 = JT, 1988, I, 42 (concernant une action en contestation de la paternité) : « Une prise de sang destinée à une expertise sérologique et héredo-biologique constitue une atteinte à l'intégrité corporelle de la recourante et, partant, à sa liberté personnelle, droit constitutionnel non écrit » ; ATF 124 I 80 = JT, 2000, IV, 25-26 (en droit pénal en cas de soupçon de délits sexuels) : « Une prise de sang constitue une atteinte à l'intégrité corporelle et par là au droit constitutionnel non écrit à la liberté personnelle. (...) D'après la jurisprudence non publiée du TF, une prise de sang ne constitue qu'une atteinte légère à la liberté personnelle ».

⁷⁶¹ TF, 5P.466/2001, 20 février 2002 (concernant un procès en paternité) ; ATF 128 II 259 = JT, 2003, I, 419 (en droit pénal en cas de soupçons de délits sexuels) : « Différentes dispositions de la nouvelle Constitution fédérale protègent certains aspects de la liberté personnelle garantie auparavant par du droit constitutionnel non écrit (cf. ATF 127 I 6 c. 5a). L'art. 10 al. 2 Cst. représente la norme constitutionnelle de base pour la protection de la liberté personnelle. Cet article garantit également, hormis le droit à l'intégrité physique et psychique et à la liberté de mouvement, toutes les libertés qui représentent les manifestations élémentaires à l'épanouissement de la personnalité. L'art. 13 al. 2 Cst, quant à lui, protège tout individu contre les atteintes qui résultent du traitement étatique abusif de ses données personnelles (« informationelles Selbstbestimmungsrecht », « droit à l'autodétermination en matière de données personnelles »). La protection constitutionnelle des données et une partie du droit à la sphère privée et intime (art. 13 al. 1^{er} Cst.). D'après la jurisprudence du TF, le prélèvement, la conservation et le traitement des données servant à l'identification (données signalétiques) empiètent sur le droit à la sphère intime de l'individu (ATF 120 Ia 147 c. 2a, JdT 1996 IV 61, et les arrêts cités). La prise de sang et le FMJ représentent des atteintes à l'intégrité corporelle ».

⁷⁶² GALLOUX J.-C., « L'empreinte génétique : la preuve parfaite ? », JCP G, 1991, n° 12, I, 3497, p. 106. L'auteur se réfère à un arrêt de la cour d'appel de Paris rappelant ce principe en matière d'expertise hématologique : CA Paris, 24 novembre 1981 : D., 1982, Jurisp., 355, Note MASSIP J. De nos jours, l'inviolabilité et le droit au respect du corps humain sont protégés au titre de l'article 16-1 du Code civil. Les conditions de la licéité de l'atteinte à l'intégrité corporelle sont fixées par l'article 16-3 du Code civil complété par le Code de la santé publique.

⁷⁶³ Sur le débat concernant la possibilité de retenir une conception morale de l'inviolabilité voir : KNOPPERS B.-M., GRIMAUD M.-A., CHOQUETTE C., LE BRIS S., « Les tests génétiques à des fins d'identification », in INSTITUT SUISSE DE DROIT DE LA SANTÉ, *Analyse génétique humaine et protection de la personnalité*, Zurich, Schulthess, 1994, p. 89 ; HUSTIN-DENIES N., « La preuve par les empreintes génétiques en droit belge de la filiation », in HENNAU-HUBLET C., KNOPPERS B.-M., *L'analyse génétique à des fins de preuve et les droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 1997, p. 320 et s. ; HENNAU-HUBLET C., KNOPPERS B.-M., « La preuve génétique et les droits de l'homme : des points de médiation ? », in HENNAU-HUBLET C., KNOPPERS B.-M., *L'analyse génétique à des fins de preuve et les droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 1997, p. 437.

⁷⁶⁴ GALLOUX J.-C., « L'empreinte génétique : la preuve parfaite ? », JCP G, 1991, n° 12, I, 3497, p. 106. Il se réfère dans ce sens à : BARBIER P., « L'examen du sang et le rôle du juge dans les procès relatifs à la filiation », RTD civ, 1949, p. 345. L'auteur propose par ailleurs, et par analogie avec le droit d'auteur, un droit de destination à l'égard des matériels biologiques humains : GALLOUX J.-C., « L'utilisation des matériels biologiques humains : vers un droit de destination ? », D., 1999, n° 2, p. 13.

⁷⁶⁵ Voir *infra* § 334.

⁷⁶⁶ MEULDERS-KLEIN M.-T., « Les empreintes génétiques et la filiation : la fin d'une énigme ou la fin des dilemmes », in HENNAU-HUBLET C., KNOPPERS B.-M., *L'analyse génétique à des fins de preuve et les droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 1997, p. 418. Cette opposition est également relevée par : MASSIP J., « Interrogation sur la jurisprudence relative aux expertises biologiques en matière de filiation », D., 1999, n° 41, p. 653 ; HAUSER J., « Préliminaire : le refus d'expertise médicale », RTD civ., 1996, n° 2, p. 374 ; FRANCK R., « L'examen biologique sous contrainte dans le cadre de l'établissement de la filiation en droit allemand », RIDC, 1995, Vol. 47, n° 4, pp. 906-907.

qu'il existe une large ouverture de l'accès à la vérité biologique en droit suisse (A) qui contraste avec l'accès restreint existant en droit français (B).

A. La large ouverture de l'accès à la vérité biologique en droit suisse

111. La comparaison des droits met en lumière l'existence d'une large ouverture de l'accès à la vérité biologique en Suisse. Cette large ouverture se traduit par l'accès aux empreintes génétiques sur demande privée (1), ainsi que par l'affaiblissement de l'exigence du consentement à l'identification par empreintes génétiques (2).

1. L'accès aux empreintes génétiques sur demande privée

112. Le droit suisse se montre moins restrictif que le droit français en ce qui concerne l'accessibilité aux empreintes génétiques en dehors du cadre judiciaire. Cette ouverture peut être entrevue à travers l'étude de deux mouvements ayant conduit à la régulation de l'analyse génétique à des fins d'identification.

113. **L'ouverture de l'analyse génétique sur demande privée dans la LAGH** – Le premier mouvement est lié à l'adoption de la loi fédérale sur l'analyse génétique humaine⁷⁶⁷. Cette dernière a été adoptée en exécution de l'article 119 de la Constitution fédérale qui chargeait la Confédération de « *légiférer sur l'utilisation du patrimoine génétique humain* » tout en veillant « *à la protection de la dignité humaine, de la personnalité et de la famille* »⁷⁶⁸. Pour ce faire, un groupe de travail interdépartemental en matière de génie génétique s'était vu attribuer une fonction de programmation des mesures législatives. Dans son rapport de 1993, il proposa l'adoption, dans une seconde étape du programme, d'une loi relative à l'analyse génétique⁷⁶⁹. Le département fédéral de justice et police chargea donc une commission pluridisciplinaire d'experts d'élaborer un avant-projet de loi⁷⁷⁰. Cet avant-projet proposait d'autoriser les analyses génétiques à des fins d'identification hors procédure, notamment à des fins d'établissement d'un lien de filiation et, plus largement, à des fins de vérification de la descendance⁷⁷¹. Toutefois, du fait de l'importance des répercussions potentielles de ces analyses, l'avant-projet proposait de les encadrer strictement en exigeant notamment le consentement de l'ensemble des intéressés et la vérification de l'existence d'un intérêt digne de protection⁷⁷², étant précisé que ce dernier ne relevait pas nécessairement du droit de la famille ou des successions⁷⁷³. Cette notion d'intérêt digne de protection fut critiquée en procédure de consultation du fait

⁷⁶⁷ Loi fédérale sur l'analyse génétique humaine du 8 octobre 2004, Entrée en vigueur au 1^{er} avril 2007, RS 810.12, RO 2007 635.

⁷⁶⁸ Message relatif à la loi fédérale sur l'analyse génétique humaine, 11 septembre 2002, FF 2002 6856.

⁷⁶⁹ *Ibid.*, FF 2002 6857.

⁷⁷⁰ *Ibid.*, FF 2002 6857.

⁷⁷¹ Rapport explicatif de l'avant-projet relatif à une loi fédérale concernant l'analyse génétique humaine, Septembre 1998, p. 56, Disponible sur : <http://www.ejpd.admin.ch/content/dam/data/bj/gesellschaft/gesetzgebung/archiv/genuntersuchungen/vn-ber-f.pdf>, Consulté le 2 septembre 2014.

⁷⁷² Cette notion nous semble inspirée des propositions d'O. GUILLOD qui relevait dans un article qu'« *il faut que la demande d'empreinte génétique se fonde sur un intérêt légitime pris en compte par le droit de la filiation (possibilité d'ouvrir une procédure judiciaire en établissement ou en contestation du lien de filiation) et non pas sur la simple curiosité* » : GUILLOD O., « Suisse », in EUROPEAN COMMISSION, *Studies on the socio-economic impact of biotechnology ? Genetic fingerprints : scientific truth and filiation law*, Luxembourg, Office for official publications of the European communities, 1996, p. 237.

⁷⁷³ Rapport explicatif de l'avant-projet relatif à une loi fédérale concernant l'analyse génétique humaine, Septembre 1998, p. 56, Disponible sur : <http://www.ejpd.admin.ch/content/dam/data/bj/gesellschaft/gesetzgebung/archiv/genuntersuchungen/vn-ber-f.pdf>, Consulté le 2 septembre 2014.

de l'inadéquation entre sa vérification et les compétences du personnel de santé⁷⁷⁴. Elle a donc été supprimée dans le projet de loi⁷⁷⁵. La LAGH prévoit qu'un profil d'ADN peut être établi hors procédure avec le consentement écrit de la personne concernée⁷⁷⁶. Cette personne doit être informée par écrit sur les « dispositions du Code civil relatives à l'établissement de la filiation » et rendue « attentive aux possibles répercussions psychologiques et sociales de l'analyse »⁷⁷⁷. L'établissement d'un profil d'ADN est également possible avant même la naissance de l'enfant. Dans cette hypothèse, la prescription médicale ne peut avoir lieu qu'après un entretien « approfondi portant notamment sur les raisons pour lesquelles [la femme] veut effectuer l'analyse, les risques liés au prélèvement de l'échantillon, les questions psychiques, sociales et juridiques liées à la grossesse, les éventuelles mesures à prendre suite au résultat de l'analyse et la possibilité d'obtenir une aide »⁷⁷⁸.

114. Préoccupation des autorités médicales et de protection des données – En parallèle de ce premier mouvement, l'encadrement de l'analyse génétique humaine à des fins d'identification a été, en second lieu, au cœur des préoccupations des autorités médicales, cantonales et du préposé fédéral à la protection des données et de la transparence⁷⁷⁹. Ces préoccupations sont dues au développement de diverses entreprises et laboratoires proposant des tests de paternité hors procédure dans plusieurs cantons⁷⁸⁰. Face aux risques encourus à l'égard de la protection de la personnalité, plusieurs cantons ont pris des dispositions dans l'attente de l'adoption de la loi fédérale sur l'analyse génétique humaine. Ces dispositions avaient pour principal objectif la protection du caractère libre et éclairé du consentement, notamment concernant les mineurs⁷⁸¹. Interrogé par le directeur sanitaire du Canton du Valais, le comité directeur de la conférence des directeurs cantonaux a également souligné l'importance de la protection de la personnalité et la nécessité que les autorités cantonales informent les acteurs de santé sur les conditions juridiques de réalisation des analyses. D'un point de vue matériel, les recommandations du comité insistent sur la nécessité d'entourer le consentement de garanties et préconisent une information quant aux conséquences juridiques et psychosociales des analyses⁷⁸². Ces mêmes préoccupations ont enfin été mises en avant par le préposé fédéral à la protection des données qui avait été saisi à plusieurs reprises de la question des tests de paternité⁷⁸³. Il rappelait que ces derniers relèvent du traitement des données

⁷⁷⁴ Message relatif à la loi fédérale sur l'analyse génétique humaine, 11 septembre 2002, FF 2002 6862.

⁷⁷⁵ *Ibid.*, FF 2002 6929.

⁷⁷⁶ Art. 34 al. 1 LAGH.

⁷⁷⁷ Art. 34 al. 2 LAGH.

⁷⁷⁸ Art. 34 al. 4 LAGH.

⁷⁷⁹ LÜCKER-BABEL M.-F., « Les tests de paternité hors procédure sont en passe de bousculer les enfants et leurs droits », *Bulletin défense des enfants international*, 2002, Vol. 8, n° 4, pp. 13-14.

⁷⁸⁰ Comme par exemple HBC ou EAtech. Sur les différentes entreprises voir : CONFÉRENCE DES DIRECTEURS CANTONAUX DES AFFAIRES SANITAIRES, Recommandation concernant l'exécution de tests de paternité hors procédure, Émise par le comité directeur du CDS, 31 octobre 2002, p. 1 et 3 ; CONSIGLIO DI STATO, Risoluzione, Condizioni di liceità dei test du paternità presso i laboratori, i medici o i farmacisti, *Foglio ufficiale*, 60/2002, Venerdì 26 luglio, p. 5346 ; PRÉPOSÉ FÉDÉRAL À LA PROTECTION DES DONNÉES, *Rapport d'activités 2002/2003*, p. 54 et p. 109 et s.

⁷⁸¹ Circulaire du service de la santé publique du Canton de Vaud aux médecins, pharmaciens et laboratoires, du 15 avril 2002, citée par : CONFÉRENCE DES DIRECTEURS CANTONAUX DES AFFAIRES SANITAIRES, Recommandation concernant l'exécution de tests de paternité hors procédure, Émise par le comité directeur du CDS, 31 octobre 2002, p. 2 ; CONSIGLIO DI STATO, Risoluzione, Condizioni di liceità dei test du paternità presso i laboratori, i medici o i farmacisti, *Foglio ufficiale*, 60/2002, Venerdì 26 luglio, p. 5346 ; CONSEIL D'ÉTAT DE LA RÉPUBLIQUE ET CANTON DE NEUCHÂTEL, Arrêté concernant l'établissement de profils d'ADN visant à déterminer la filiation hors procédure (tests de paternité), 22 janvier 2003, *RSNE*, 213. 210.

⁷⁸² CONFÉRENCE DES DIRECTEURS CANTONAUX DES AFFAIRES SANITAIRES, Recommandation concernant l'exécution de tests de paternité hors procédure, Émise par le comité directeur du CDS, 31 octobre 2002, p. 5.

⁷⁸³ PRÉPOSÉ FÉDÉRAL À LA PROTECTION DES DONNÉES, « Tests de paternité douteux : le PFPD demande leur retrait du marché », 18 octobre 2002, Disponible sur :

personnelles au sens de la loi fédérale sur la protection des données, si bien que le consentement joue un rôle justificatif fondamental⁷⁸⁴. En 2002 et 2003, il a relevé qu'une entreprise enfreignait les règles relatives à la protection des données, du fait de lacunes dans le recueil du consentement susceptibles de porter atteinte à la personnalité du conjoint et de l'enfant. Il a donc sollicité l'ajournement de la mise sur le marché, tant que les exigences relatives à la protection des données ne seraient pas respectées⁷⁸⁵, menaçant de saisir la commission fédérale de la protection des données⁷⁸⁶.

115. Attitude libérale du droit suisse – À aucun moment il ne semble avoir été question d'interdire de manière absolue les analyses génétiques à de fins d'identification en dehors de tout procès. L'essentiel du débat doctrinal⁷⁸⁷ a porté sur les modalités de protection de la personnalité. La question des risques d'atteinte à la filiation et à l'indisponibilité de l'état des personnes n'a été que peu mentionnée en comparaison avec les débats français qui seront précisés ultérieurement. Cette attitude plus libérale à l'égard des analyses génétiques semble s'expliquer par le fait que « *la connaissance de son ascendance est un droit garanti par la Constitution fédérale, ce droit ne peut [donc] être restreint inutilement* », ainsi que par le fait que des analyses sur demande privée étaient déjà réalisées en pratique⁷⁸⁸.

116. Au-delà de la possibilité d'accéder aux analyses génétiques sur demande privée, le droit suisse se montre libéral en affaiblissant l'exigence du consentement dans le domaine de l'identification par empreintes génétiques.

<http://www.edoeb.admin.ch/dokumentation/00526/00529/00570/00574/index.html?lang=fr>, Consulté le 14 avril 2014 ; PRÉPOSÉ FÉDÉRAL À LA PROTECTION DES DONNÉES, « Nouveau test de paternité douteux : le PFPD demande leur retrait du marché », 28 janvier 2003, Disponible sur :

<http://www.edoeb.admin.ch/dokumentation/00526/00529/00563/00565/index.html?lang=fr>, Consulté le 14 avril 2014. Dans son 17^e rapport d'activité, le préposé à la protection des données relève que « *dans le cadre d'un contrôle sur place, nous avons pu constater quelques défauts mineurs en matière de transparence chez un fournisseur de tests généalogiques et de paternité. Du fait que la société de Zurich a remédié sans délais aux défauts, nous avons renoncé à émettre une recommandation* » : PRÉPOSÉ FÉDÉRAL À LA PROTECTION DES DONNÉES, *Rapport d'activités 2009/2010*, p. 78.

⁷⁸⁴ PRÉPOSÉ FÉDÉRAL À LA PROTECTION DES DONNÉES, *Rapport d'activités 2002/2003*, p. 54.

⁷⁸⁵ PRÉPOSÉ FÉDÉRAL À LA PROTECTION DES DONNÉES, « Tests de paternité douteux : le PFPD demande leur retrait du marché », 18 octobre 2002, Disponible sur :

<http://www.edoeb.admin.ch/dokumentation/00526/00529/00570/00574/index.html?lang=fr>, Consulté le 14 avril 2014 ; PRÉPOSÉ FÉDÉRAL À LA PROTECTION DES DONNÉES, « Nouveau test de paternité douteux : le PFPD demande leur retrait du marché », 28 janvier 2003, Disponible sur :

<http://www.edoeb.admin.ch/dokumentation/00526/00529/00563/00565/index.html?lang=fr>, Consulté le 14 avril 2014.

⁷⁸⁶ Concernant la commission fédérale de la protection des données, P.-H. STEINAUER relève que « *la commission n'eut cependant pas vraiment à statuer, car l'entreprise décida d'elle-même de ne pas poursuivre la commercialisation des tests en Suisse. Mais le risque existait que l'entreprise utilise une voie détournée et passe par une société étrangère. C'est pourquoi le Préposé demanda une seconde mesure provisionnelle, dans le but de faire purement et simplement interdire la commercialisation des tests de paternité en Suisse. Cette requête a été écartée, car une telle mesure ne peut être ordonnée que contre une personne ayant fait l'objet d'une enquête du Préposé et ayant pu faire valoir son droit d'être entendu* » : STEINAUER P.-H., « La jurisprudence de la Commission fédérale de la protection des données et de la transparence au sujet du traitement des données par une personne privée », in *Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Verwaltungsrecht*, 2007, p. 356.

⁷⁸⁷ Voir notamment : MANDOFIA BERNEY M., « L'expertise en paternité sur demande privée », *RDT*, 1998, n° 4, p. 129 ; SPRUMONT D., QUELOZ N., BENOIT A., SCHALLER F., « Conditions de licéité des tests de paternité par analyse d'ADN en dehors du cadre judiciaire », *PJ4*, 2003, n° 11, p. 1280 ; GUILLOD O., « Suisse », in EUROPEAN COMMISSION, *Studies on the socio-economic impact of biotechnology ? Genetic fingerprints : scientific truth and filiation law*, Luxembourg, Office for official publications of the European communities, 1996, pp. 237-238.

⁷⁸⁸ *Ibid.*, p. 237.

2. L'affaiblissement de l'exigence du consentement à l'identification par empreintes génétiques

117. L'identification d'une personne par ses empreintes génétiques implique la réalisation d'un prélèvement sur l'individu. L'analyse peut notamment être effectuée à partir d'un simple prélèvement buccal, même si en pratique il semble que la prise de sang demeure fréquemment utilisée. L'ADN peut également être analysé plusieurs années après la mort de l'individu, permettant ainsi la réalisation de prélèvements *post mortem*. Il convient dès lors d'envisager successivement l'analyse réalisée sur une personne vivante et l'analyse *post mortem* des empreintes génétiques afin de démontrer l'affaiblissement de l'exigence du consentement à l'acte médical.

118. **L'établissement contraint des empreintes génétiques sur une personne vivante** – En droit suisse, ce sont d'abord les juridictions cantonales qui ont été saisies de la question de l'existence d'une éventuelle obligation, pour une personne vivante, de subir un prélèvement⁷⁸⁹. Tout comme la doctrine⁷⁹⁰, ces juridictions se montraient divisées. Alors que certaines avaient laissé la question ouverte⁷⁹¹ ou considéré que les tiers n'étaient pas tenus de se soumettre à une prise de sang⁷⁹², d'autres avaient, au contraire, considéré que la protection de la personnalité devait céder le pas et consacré l'existence d'une obligation de se prêter au prélèvement⁷⁹³.

Le Tribunal fédéral a donc été rapidement saisi de la question et a dû se prononcer sur la possibilité de restreindre la liberté personnelle. En droit suisse, les restrictions aux droits fondamentaux sont admises si elles se fondent sur une base légale, si elles sont justifiées par un intérêt public ou la protection d'un droit fondamental d'autrui, si elles apparaissent proportionnées au but visé et si le noyau dur du droit n'est pas atteint⁷⁹⁴. Chacune de ces quatre conditions mérite d'être examinée attentivement. L'essence même de la liberté personnelle n'est pas atteinte par l'obligation de subir un prélèvement⁷⁹⁵. En outre, le Tribunal fédéral a considéré à plusieurs reprises que la restriction pouvait être justifiée par un intérêt public lié à la clarification de la filiation⁷⁹⁶. En ce qui concerne l'existence d'une base légale, il est

⁷⁸⁹ Ces jurisprudences cantonales sont citées par : GROSSEN J.-M. « La protection de la personnalité en droit privé (Quelques problèmes actuels) », *RDS*, 1960, 79, p. 63 a ; GROSSEN J.-M., « Liberté individuelle, protection de la personnalité et obligation de collaborer à l'œuvre du juge civil », *JT*, 1957, n° 10, pp. 293-294.

⁷⁹⁰ Voir les opinions de E. BRAND, R. SCHWEIZER et K. EICHENBERG commentées par GROSSEN J.-M., « Liberté individuelle, protection de la personnalité et obligation de collaborer à l'œuvre du juge civil », *JT*, 1957, n° 10, p. 293 et par GROSSEN J.-M. « La protection de la personnalité en droit privé (Quelques problèmes actuels) », *RDS*, 1960, 79, pp. 62 a-63 a.

⁷⁹¹ Tribunal supérieur du canton de Lucerne, 27 avril 1943 : *Revue de la société des juristes bernois*, 1943, p. 287.

⁷⁹² Cour de justice de Genève, 24 novembre 1944 : *Semaine judiciaire*, 1945, p. 349.

⁷⁹³ Cour d'appel de Berne, 31 août 1951, *Revue de la société des juristes bernois*, 1951, p. 269 ; Tribunal cantonal de Fribourg, 2 février 1953 : *RSJ*, 1955, p. 174.

⁷⁹⁴ Actuel art. 36 Cst. féd., reprenant la jurisprudence antérieure du Tribunal fédéral.

⁷⁹⁵ BURGAT S., GUILLOD O., « Les actions tendant à la destruction du lien de filiation spécialement l'action en désaveu de paternité », in BOHNET F., *Quelques actions en annulation*, Neuchâtel, Unine, 2007, p. 42 ; GUILLOD O., « Suisse », in EUROPEAN COMMISSION, *Studies on the socio-economic impact of biotechnology ? Genetic fingerprints : scientific truth and filiation law*, Luxembourg, Office for official publications of the European communities, 1996, p. 236 ; ATF 112 Ia 248 = *JT*, 1988, I, 43 : « On ne saurait, dans le cas d'une prise de sang, parler d'une atteinte au contenu substantiel de ce droit constitutionnel non écrit ».

⁷⁹⁶ ATF 82 I 234 = *JT*, 1957, I, 298 : « Le principe général, c'est qu'une mesure viole la liberté individuelle seulement si elle ne trouve pas sa justification dans l'intérêt public ou qu'elle n'ait pas de base légale (ATF 74 I 142). L'intérêt public à la découverte de la vérité existe aussi dans les recherches de la paternité, et l'expertise du sang d'un témoin répond également à cet intérêt » ; ATF 112 Ia 248 : *JT*, 1988, I, 43 : « Il y a (...) un intérêt public évident à ce qu'un procès relatif à la paternité puisse être mené à chef grâce à la mise en œuvre de tous les moyens de preuve connus ».

possible de relever une évolution. En 1956, et à plusieurs reprises, le Tribunal fédéral a rappelé que l'atteinte à la liberté personnelle ne pouvait être justifiée en l'absence de base légale cantonale⁷⁹⁷. Progressivement, plusieurs cantons ont donc adopté des textes spécifiques afin d'assurer l'exécution de l'obligation de se soumettre aux examens nécessaires⁷⁹⁸ ; il ne s'agissait néanmoins pas de l'intégralité des cantons et les règles posées n'étaient pas uniformes⁷⁹⁹. Cette absence d'uniformité, couplée au caractère fondamental que peut revêtir l'administration de la preuve pour les parties, a poussé le législateur fédéral à adopter un article réglant la question au sein du Code civil⁸⁰⁰.

L'article 254, résultant de la révision du Code civil de 1976, prévoyait que « *les parties et les tiers sont tenus de prêter leur concours aux expertises qui sont nécessaires pour élucider la filiation et qui peuvent leur être imposées sans danger pour leur santé* ». Cette disposition a été reprise et précisée à la suite de l'adoption du Code fédéral de procédure civile⁸⁰¹, si bien que l'article 296 al. 2 CPCS dispose désormais que « *les parties et les tiers doivent se prêter aux examens nécessaires à l'établissement de la filiation et y collaborer, dans la mesure où leur santé n'est pas mise en danger. Les dispositions concernant le droit des parties et des tiers de ne pas collaborer ne sont pas applicables* ». Cette nouvelle base légale appelle plusieurs remarques.

D'abord, il est possible de relever qu'elle réserve l'hypothèse dans laquelle l'expertise est risquée pour la santé de la personne. Elle répond, par là, à l'exigence de proportionnalité qui constitue la dernière condition nécessaire à la validité d'une restriction à une liberté. Cette exigence de proportionnalité a été rappelée par le Tribunal fédéral⁸⁰² qui a retenu qu'« *une exception n'est admissible que si l'existence d'un risque concret pour la santé peut être prouvée et que ce risque ne puisse être écarté de façon sûre par des modalités particulières d'exécution de la mesure* »⁸⁰³. Ainsi, ni l'existence d'un événement traumatisant lié à une transfusion sanguine⁸⁰⁴, ni la religion⁸⁰⁵, ni désormais semble-t-il l'hémophilie⁸⁰⁶, ne sont susceptibles de justifier le refus de subir l'expertise.

⁷⁹⁷ ATF 82 I 234 = JT, 1957, I, 300 : dans cette affaire, le Tribunal fédéral considère que c'est à tort que les juridictions cantonales ont déduit l'obligation des témoins de subir une prise de sang, en procédant à une interprétation extensive du devoir de témoigner prévu par le Code de procédure civile cantonal. L'atteinte à la liberté personnelle est injustifiée faute de base légale ; ATF 82 II 495 = JT, 1957, I, 312 : le droit cantonal est applicable pour déterminer les éventuels moyens de coercition à l'encontre de la partie ou du témoin récalcitrant. L'expertise n'est pas possible en l'absence de consentement à défaut de disposition spécifique en droit valaisan ; ATF 86 II 311, 316 : le droit fédéral laisse aux procédures cantonales le soin d'ordonner l'administration de la preuve. Le Tribunal fédéral regrette que des dispositions cantonales persistent à favoriser la liberté personnelle des tiers face à la découverte de la vérité, mais considère qu'il n'est pas possible de modifier la portée du droit fédéral pour corriger une disposition de droit cantonal aboutissant à des résultats regrettables ; ATF 89 I 92 : « *La prise de sang en vue d'une expertise constitue une atteinte à l'intégrité corporelle garantie par la liberté [personnelle]. L'obligation de donner son sang au cours d'un procès civil ne saurait donc être admise que s'il existe une base légale mais non si, à cet effet, le juge doit combler une lacune de la loi* » (résumé) ; ATF 90 I 104 : l'expertise du sang ne peut être ordonnée qu'en présence d'une base légale non prévue par le droit vaudois. L'impossibilité d'administrer la preuve est due à une lacune du droit.

⁷⁹⁸ Message du Conseil fédéral à l'Assemblée fédérale concernant la modification du Code civil suisse (filiation), 5 juin 1974, FF 1974 II 28, Note 83.

⁷⁹⁹ *Ibid.*, FF 1974 II 28.

⁸⁰⁰ *Ibid.*

⁸⁰¹ Code de procédure civile du 19 décembre 2008, Entré en vigueur au 1er janvier 2011, RS 272, RO 2010 1739.

⁸⁰² Voir aussi : TF, 5P.466/2001, 20 février 2002, Consid. 5. c.

⁸⁰³ ATF 112 Ia 248 = JT, 1988, I, 43.

⁸⁰⁴ *Ibid.*

⁸⁰⁵ *Ibid.*

⁸⁰⁶ Sur tous ces exemples, voir : PICHONNAZ P., FOËX B., *Code civil I, Commentaire Romand*, Bâle, Helbing & Lichtenhahn, 2010, p. 1535 ; MEIER P., STETTLER M., *Droit de la filiation*, Zurich, Schulthess, 2014, p. 109.

Ensuite, tout comme dans le droit antérieur, la notion de tiers recoupe les personnes dont la paternité est en cause ainsi que les parents par le sang⁸⁰⁷.

Enfin, il est nécessaire de préciser la sanction du non-respect de l'obligation de se soumettre à l'expertise. Dans le message relatif à la révision de 1976, le Conseil fédéral avait précisé qu'il n'était pas utile de prévoir une disposition spéciale pour régler les conséquences d'un refus illicite, le juge demeurant libre de les apprécier. Il faut toutefois noter qu'il n'est pas possible de déduire la paternité du seul refus, ce dernier devant être corroboré par d'autres éléments. En général, le refus fait succomber son auteur qui ne parvient pas à renverser la présomption de paternité⁸⁰⁸. Le Conseil fédéral rappelait, en outre, que les peines de l'article 292 du Code pénal, celles pour insubordination de la procédure civile et les dommages et intérêts prévus par les articles 41 et suivants du Code des obligations étaient applicables. Il excluait néanmoins le recours à la contrainte corporelle⁸⁰⁹. Il est vrai que la doctrine suisse se montrait généralement hostile à son emploi⁸¹⁰, mais comme le relève le Tribunal fédéral, il est difficile de savoir « *si son opposition tient à l'absence de base légale formelle dans le droit fédéral ou à l'inadmissibilité du recours à la force publique en tant que sanction prohibée par le droit fédéral* »⁸¹¹. Alors que le Tribunal fédéral n'a pas tranché la question de savoir si une autorité cantonale peut contraindre, par le recours à la force publique, les tiers à se soumettre à une expertise au sens de l'article 254⁸¹², il semblerait, au vu du message du Conseil fédéral relatif à la révision de 2008 créant le Code de procédure civile, qu'il faille considérer que la collaboration à l'établissement de la filiation puisse désormais être obtenue sous la contrainte⁸¹³. La question est toutefois controversée en doctrine⁸¹⁴.

119. La réalisation d'empreintes génétiques *post mortem* non consenties – L'évolution du droit suisse concernant les examens d'empreintes génétiques *post mortem* témoigne également d'un rétrécissement de l'exigence du consentement. La question des prélèvements dans le cadre de la filiation ne fait pas l'objet d'une disposition spécifique de la LAGH et c'est donc la jurisprudence qui a dû régler la question, principalement dans le cadre de l'affaire Jäggi. Dans cette affaire, une action en paternité avait été intentée par le curateur *ad hoc* du recourant mais elle avait été rejetée, en 1948, par un jugement du

⁸⁰⁷ Message du Conseil fédéral à l'Assemblée fédérale concernant la modification du Code civil suisse (filiation), 5 juin 1974, FF 1974 II 28.

⁸⁰⁸ BURGAT S., GUILLOD O., « Les actions tendant à la destruction du lien de filiation spécialement l'action en désaveu de paternité », in BOHNET F., *Quelques actions en annulation*, Neuchâtel, Unine, 2007, p. 44 : citant : TF, 5C.179/2000, 11 janvier 2001 : « *Il ne lui était certes pas possible (à l'autorité cantonale) d'en déduire que la paternité de celui-ci était établie, seule une expertise scientifique étant propre à en rapporter la preuve. Toutefois, la Cour civile n'a pas violé le droit fédéral en admettant la demande. En effet, le recourant n'a pas renversé la présomption de paternité, découlant du fait qu'il a cohabité avec la mère pendant la période critique, en prouvant que sa paternité était exclue – avec certitude ou avec une probabilité confinante à la certitude (ATF 101 II consid. 1 p. 14/15) – ou moins vraisemblable que celle d'un tiers* ».

⁸⁰⁹ Message du Conseil fédéral à l'Assemblée fédérale concernant la modification du Code civil suisse (filiation), 5 juin 1974, FF 1974 II 28.

⁸¹⁰ GROSSEN J.-M. « La protection de la personnalité en droit privé (Quelques problèmes actuels) », RDS, 1960, 79, p. 67 a. : préconisait de préférer les sanctions civiles telles que la perte du procès ; MEULDERS-KLEIN M.-T., « Les empreintes génétiques et la filiation : la fin d'une énigme ou la fin des dilemmes », in HENNAU-HUBLET C., KNOPPERS B.-M., *L'analyse génétique à des fins de preuve et les droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 1997, p. 418.

⁸¹¹ TF, 5P. 444/2004, 2 mai 2005. L'arrêt rappelle la liste des auteurs hostiles à l'emploi de la force publique.

⁸¹² TF, 5P 544/2004, 2 mai 2005 : « *Il n'a pas à la résoudre en l'espèce, dès lors que, comme on va le voir, le droit cantonal genevois ne prévoit pas l'emploi de la force publique dans le cas particulier* ».

⁸¹³ Message relatif au Code de procédure civile suisse (CPC), 28 juin 2006, FF 2006 6926-6927 ; MEIER P., STETTLER M., *Droit de la filiation*, Zurich, Schulthess, 2014, p. 110.

⁸¹⁴ *Contra* : GUILLOD O., *Droit des familles*, Bâle, Les abrégés, Unine, Helbing & Lichtenhahn, 2014, pp. 218-219 : « *À notre avis, l'article 296 CPC n'est pas plus explicite que l'ancien article 254 ch. 2 CC, de sorte qu'il ne constitue pas, en soi, une base légale permettant de justifier le recours à la contrainte pour réaliser une analyse ADN* ».

tribunal de première instance de Genève devenu définitif faute d'appel. Le père potentiel était décédé en 1976 et l'enfant avait, vingt-trois ans plus tard, sollicité que le jugement soit révisé et qu'une expertise *post mortem* soit diligentée sur le corps de celui qu'il pensait être son père. Débouté en première instance et en appel, il saisit le Tribunal fédéral d'un recours de droit public. La juridiction rappelle qu'au-delà de l'intégrité physique et psychique, le droit à la liberté personnelle garantit toutes les libertés élémentaires dont l'exercice est indispensable à l'épanouissement de la personne humaine. La connaissance de ses origines, qui constitue un aspect essentiel de l'épanouissement de la personnalité et de l'équilibre psychique de l'individu, entre donc dans le champ de protection de la liberté personnelle. Bien que laissant ouverte la question de l'existence d'un effet direct en droit privé, le Tribunal fédéral considère que le droit de connaître son ascendance n'a pas une portée absolue et doit être concilié avec le droit du défunt de protéger sa dépouille et celui des proches du défunt au respect de l'intangibilité de son corps. En l'espèce, il relève que le recourant est âgé de soixante ans et a pu construire sa personnalité et mener son existence sans avoir été atteint dans sa santé physique et psychique. Il ajoute que si la piété filiale s'oppose à l'exhumation, les proches n'apportent aucun motif au soutien de leur refus et n'avaient pas marqué leur intention de renouveler la concession funéraire. Il conclut qu'en l'absence de toute incidence en droit civil, le recourant ne fait pas la démonstration d'une atteinte suffisamment grave à sa personnalité, la demande d'expertise apparaissant disproportionnée puisque l'équilibre psychique du recourant n'est pas gravement perturbé⁸¹⁵.

Le Tribunal fédéral a donc débouté le recourant qui a saisi la Cour européenne des droits de l'homme. Bien que la méthode du Tribunal fédéral apparaisse très proche de celle de la CEDH, dans la mesure où la juridiction suisse examine d'abord le champ d'application de la liberté puis les conditions de restriction de cette dernière, la Suisse a été condamnée pour n'avoir pas ménagé un juste équilibre entre les intérêts en présence. Après avoir constaté que le droit de connaître son ascendance relevait bien de l'article 8, la CEDH a examiné l'équilibre entre les intérêts en présence. Si la Cour a souligné que les États jouissent d'une certaine marge d'appréciation, elle a indiqué qu'un examen approfondi s'impose pour la pesée des intérêts, les personnes en quête de leur ascendance ayant un intérêt vital, protégé par la Convention, à obtenir les informations relatives à un aspect important de leur identité. S'agissant de l'intérêt du requérant, la Cour a considéré, contrairement au Tribunal fédéral, que l'intérêt à connaître son ascendance ne diminue pas avec l'âge et que le fait que le requérant ait tenté d'avoir des certitudes sur le lien biologique l'unissant au défunt témoignait de souffrances morales et physiques, quand bien même celles-ci n'auraient pas été médicalement constatées. Elle a également insisté sur l'absence de motifs philosophiques ou religieux des proches à l'exhumation du défunt et sur le fait que la paix due aux morts ne jouit que d'une protection temporaire. En outre, elle a rappelé, conformément à sa jurisprudence *Succession Kresten Filtenborg Mortensen contre Danemark*, que le défunt ne peut être atteint dans sa vie privée. Elle a terminé l'examen de la pesée des intérêts en relevant que la sécurité juridique ne pouvait être

⁸¹⁵ Résumé de l'affaire établi à partir de : « Droit de la filiation. Nr. 57 Tribunal fédéral, 1^{re} cour de droit public. Arrêt du 22 décembre 1999 en la cause X contre Cour de justice du canton de Genève – 1P.600/1999 », *Fampra.ch*, 2000, n° 4, p. 702 ; CEDH, Troisième section, *Jäggi contre Suisse*, 13 juillet 2006, n° 58757/00, § 19 : *RTD civ.*, 2006, 727, Obs. MARGUÉNAUD J.-P. ; *RTD civ.*, 2007, 99, Obs. HAUSER J.

considérée comme un argument pertinent à lui seul, notamment puisque la reconnaissance du lien biologique était sans effet sur les registres d'état civil⁸¹⁶.

À la suite de cet arrêt, M. JÄGGI a introduit un recours en révision. Il souhaitait obtenir l'autorisation de faire procéder à une expertise génétique *post mortem*. Le Tribunal fédéral a prononcé l'annulation de l'arrêt en cause dans le rescindant⁸¹⁷, mais a refusé de donner gain de cause au recourant dans le rescisoire⁸¹⁸ du fait du retrait de sa demande qui rendait sans objet le recours de droit public initialement formé. Le Tribunal fédéral relevait tout de même que le recourant pouvait faire valoir son droit à la connaissance de son ascendance, sans toutefois donner de précision sur la voie à suivre et en se contentant de procéder à un rappel des controverses doctrinales à ce sujet⁸¹⁹. C'est ainsi que M. JÄGGI a saisi le Tribunal de première instance de Genève qui l'a autorisé à faire procéder à l'expertise sur le cadavre exhumé. Celle-ci a permis de conclure à une probabilité de paternité de 99,9 %. Il a ensuite saisi la direction cantonale de l'état civil aux fins d'inscription de sa filiation paternelle. Il a été informé, un mois plus tard, que l'inscription n'était pas possible en l'absence de jugement constatant la paternité et ce n'est qu'encore un mois plus tard que la direction cantonale lui a indiqué qu'il fallait saisir le Tribunal de première instance et lui a conseillé de consulter un avocat et de veiller aux délais d'action. Il lui a fallu un mois supplémentaire avant d'introduire la demande devant le tribunal. Ce dernier a déclaré l'action irrecevable en refusant de prononcer la restitution du délai, au motif que le recourant n'avait pas agi avec toute la célérité possible. Ce jugement a été confirmé par la Cour de justice, si bien que le recourant a saisi le Tribunal fédéral d'un recours en matière civile. Ce dernier a annulé l'arrêt attaqué et retenu l'existence de justes motifs permettant la restitution du délai en se fondant, de manière critiquée⁸²⁰, sur les circonstances particulières de l'espèce telles que la longueur et la difficulté de la procédure, la technicité de la question et les délais de réponse de la direction cantonale de l'état civil⁸²¹. L'action étant recevable, la Cour de justice a, sur renvoi, annulé le jugement rendu en premier ressort et ordonné l'inscription du lien sur les registres d'état civil après avoir constaté la paternité. La femme et le fils né en mariage du *de cujus* ont donc saisi le Tribunal fédéral d'un recours en matière civile en demandant l'annulation de l'arrêt, en raison d'une contrariété avec l'autorité de la chose jugée par le jugement de 1948. Ils furent toutefois déboutés pour n'avoir pas soulevé ce grief lors de leur recours en matière civile de 2012⁸²². Ils furent encore déboutés d'une demande de révision des arrêts du Tribunal fédéral de 2012 et 2013⁸²³.

L'analyse de l'arrêt Jäggi, sous le prisme du droit suisse, apparaît utile en ce qu'elle permet de compléter les analyses doctrinales françaises de cette affaire. Au-delà de l'affaiblissement de l'exigence du

⁸¹⁶ CEDH, Troisième section, Jäggi contre Suisse, 13 juillet 2006, n° 58757/00, § 33-44 : *RTD civ.*, 2006, 727, Obs. MARGUÉNAUD J.-P. ; *RTD civ.*, 2007, 99, Obs. HAUSER J.

⁸¹⁷ Décision qui annule l'arrêt formant l'objet de la demande en révision.

⁸¹⁸ Décision par laquelle le Tribunal statue sur le recours dont il avait été saisi.

⁸¹⁹ Résumé de TF, 1.F1/2007, 30 juillet 2007 : *RSPC*, 2007, n° 4, 402, Comm. GUILLOD O., SCHWEIZER P.

⁸²⁰ GUILLOD O., « Démêlés de filiation : quand les juges ont piteuse mine ; analyse de l'arrêt du Tribunal fédéral 5A_518/2011 », *Newsletter droit matrimonial.ch*, Février 2013, p. 3. L'auteur qualifie la décision de « *juridiquement branlante, mais psychologiquement justifiée* ».

⁸²¹ TF, 5A.518/2011, 22 novembre 2012.

⁸²² TF 5A.585/2013, 27 novembre 2013.

⁸²³ TF 5F.1/2014, 18 février 2014 : irrecevabilité de la demande de révision de l'arrêt de 2012 et rejet de la demande de révision de l'arrêt de 2013.

consentement, elle aboutit à formuler deux remarques. D'une part, elle a conduit le droit suisse à évoluer en faveur de la reconnaissance d'une action *sui generis* en connaissance de ses origines. Le particularisme de cette action sera développé plus loin mais on peut pour l'instant observer que, dans l'affaire Jäggi, il n'y a finalement pas eu de dissociation entre connaissance des origines et lien de filiation dans la mesure où une restitution des délais pour justes motifs a été acceptée. D'autre part, elle permet de mettre en lumière le fait que la CEDH n'hésite pas à remettre en cause la balance entre les intérêts en présence déjà réalisée par une juridiction nationale, en l'occurrence par le Tribunal fédéral. Comme cela a été relevé plus haut, la méthode utilisée par le Tribunal fédéral, à la différence de celle utilisée par les juges français, est très proche de celle de la CEDH et il aurait été possible d'imaginer que cette dernière se montre plus respectueuse des spécificités nationales. Une opinion dissidente relève dans ce sens que « *le Tribunal fédéral suisse a procédé à une analyse approfondie et bien motivée des intérêts antagonistes en jeu en l'espèce* »⁸²⁴. L'importance du contrôle exercé par la CEDH sur la balance entre les intérêts en présence interroge particulièrement la conventionnalité du droit français qu'il convient désormais d'étudier.

B. L'ouverture restreinte de l'accès à la vérité biologique en droit français

120. Contrairement au droit suisse, le droit français se montre très restrictif lorsqu'il s'agit d'ouvrir l'accès à la vérité biologique *via* l'utilisation des empreintes génétiques. D'une part, l'accès aux empreintes génétiques est subordonné à une action relative à la filiation ou aux fins de subsides (1), d'autre part, le consentement est systématiquement exigé pour la réalisation de l'identification par empreintes génétiques (2).

1. L'accès aux empreintes génétiques subordonné à une action relative à la filiation ou aux fins de subsides

121. Limitation de l'accès aux actions relatives à la filiation et aux fins de subsides – En France, l'accès aux empreintes génétiques apparaît restreint. En effet, l'article 16-11 du Code civil dispose que l'identification d'une personne par ses empreintes génétiques⁸²⁵ en matière civile « *ne peut être recherchée qu'en exécution d'une mesure d'instruction ordonnée par le juge saisi d'une action tendant soit à l'établissement ou la contestation*

⁸²⁴ Opinion dissidente du juge HEDIGAN à laquelle le juge GYULUMYAN déclare se rallier.

⁸²⁵ La doctrine apparaissait divisée sur le point de savoir si ce texte doit également s'appliquer aux expertises sanguines non expressément visées. Sont favorables à l'application par analogie de 16-11 : BELLIVIER F., BRUNET L., LABRUSSE-RIOU C., « La filiation, la génétique et le juge : où est passée la loi ? », *RTD civ.*, 1999, n° 3, p. 529 et s., Note 16 et les références citées. Les auteurs se réfèrent notamment aux débats parlementaires. Considérant, au contraire, que l'article 16-11 ne s'applique pas en cas d'analyse comparée des sangs : DOUTREMEPUICH C., « Les empreintes génétiques en pratique judiciaire », *Bulletin de l'Académie nationale de médecine*, 2012, Vol. 196, n° 6, p. 1127 ; WRONA D., « Les empreintes génétiques et le procès civil de la filiation », *LP4*, 11 août 1995, n° 96, p. 24 et s., § 59 ; MIGNOT M., « L'accès à la preuve scientifique dans le droit de la filiation », *RRJ*, 2003, Vol. 1, n° 2, p. 687 et s., § 41 ; GRANET F., « Réflexions sur la preuve scientifique de la filiation », in KHAÏAT L. (Dir.), *Vérité scientifique, vérité psychique et droit de la filiation*, Toulouse, Érès, 1995, pp. 128-129 ; TERRÉ F., FENOUILLET D., *Droit civil. La famille*, Paris, Précis, Dalloz, 2011, p. 512 (citant : Cass. civ. 1^{re}, 16 février 1999, n° 96-21.223, n° 97-12.781 : D., 1999, 692, Obs. MASSIP J. ; D., 1999, Somm., 201, Obs. GRANET F. ; *JCP G*, 1999, II, 10117, Note ARDEEF I. : « *C'est donc sans excéder ses pouvoirs et sans méconnaître le principe général de bonne foi que la cour d'appel a, compte tenu des circonstances de la cause, ordonné, non l'expertise génétique réglementée par l'article 16-11 du Code civil, mais un examen comparé des sangs pour vérifier s'il n'y avait pas eu fraude aux conditions légales de l'adoption* »).

d'un lien de filiation, soit à l'obtention ou la suppression de subsides ». Des sanctions pénales⁸²⁶ ont été édictées au soutien de cette interdiction, renforçant ainsi l'attachement du droit français à cette règle.

122. Fondements de la limitation : paix des familles et indisponibilité de la filiation – Cette législation restrictive doit être analysée au regard du contexte socioculturel de l'époque. En 1989, deux sociétés pratiquaient la technique des empreintes génétiques en France⁸²⁷, dont l'une, sollicitant une organisation légale de l'accès aux empreintes génétiques, avait renoncé à réaliser des expertises sur demande privée⁸²⁸. La licéité de cette dernière pratique donnait lieu à controverses⁸²⁹. La doctrine se montrait généralement hostile à son développement en mettant notamment en avant les risques pour la paix des familles et les structures de la filiation⁸³⁰, l'exacerbation de l'importance de la génétique⁸³¹, l'émergence d'une justice privée et le retournement de la science contre le droit⁸³² ou encore l'indisponibilité de l'état des personnes⁸³³. Rares étaient les auteurs favorables à l'ouverture des empreintes génétiques en dehors du cadre judiciaire⁸³⁴ et les juges s'étaient montrés méfiants à l'égard du procédé⁸³⁵.

⁸²⁶ Les articles 226-28 CP et L 1133-4 CSP punissent actuellement d'un an d'emprisonnement et 15 000 € d'amende le fait de rechercher l'identification d'une personne par ses empreintes génétiques ainsi que le fait de divulguer ces informations ou de procéder à l'identification sans agrément. Sous l'empire de la loi du 29 juillet 1994, les peines, prévues aux articles L 145-20 CSP et 226-28 CP, étaient d'un an d'emprisonnement et 100 000 F d'amende.

⁸²⁷ Il s'agit de la société privée Appligène qui exploite un brevet déposé par des belges et de la société Codgène qui exploite un brevet américain et qui associe l'institut de médecine légale de Strasbourg, l'université Louis Pasteur et une filiale de la société générale : VINCENT C., « Biologie humaine : les nouvelles manipulations », in *Journal de l'année, Édition 1990*, p. 377, Disponible sur : <http://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k12005523/f375.image.r>, Consulté le 6 avril 2014. Il faut par la suite y ajouter la société ICL : FOLLANA-MASSOT M., LASSALLE B., « Le recours aux examens génétiques selon le projet de réforme du Code civil », *RRJ*, 1993, n° 2, p. 367.

⁸²⁸ OPECST, *Rapport sur les sciences de la vie et les droits de l'homme, Bouleversement sans contrôle ou législation à la française, Tome I : questions-clés et réponses contradictoires*, Fascicule n° 5 : Évaluation des conséquences des progrès de la génétique, Reproduit dans : <http://ccsd11.ccsd.cnrs.fr/sites/default/files/f5.pdf>, p. 48, Consulté le 6 avril 2014. La pagination ne correspond pas à celle du site officiel mais une erreur de reprographie ne permet pas l'accès aux pages concernées de la version officielle.

⁸²⁹ Pour certains auteurs, « la licéité des diagnostics génétiques pour des raisons de convenance et en dehors de tout procès fait difficulté et ne va pas de soi. Ces diagnostics héréditaires sont, le plus souvent, pratiqués pour des raisons médicales thérapeutiques. Or il arrive, paraît-il souvent, qu'à cette occasion le généticien découvre un enfant illégitime de fait. Que cette illégitimité soit connue et assumée ou ignorée par les parents et l'entourage familial de l'enfant, la révélation et l'inscription de ce fait au dossier médical peuvent être gravement perturbatrice de la paix des familles et porter atteinte à l'intérêt de l'enfant » : LABRUSSE-RIOU C., « La filiation et la médecine moderne », *RIDC*, 1986, Vol. 38, n° 2, p. 428. R. MERLE s'opposait fermement à la recherche de la preuve scientifique lorsqu'un procès avait déjà eu lieu : MERLE R., « Une pratique dangereuse : la recherche clandestine des preuves scientifiques de la paternité », *D.*, 1952, 40^e cahier, Chron. XXXIV, p. 169. D'autres, au contraire, relevaient qu'« à l'heure actuelle, déontologie exceptée, rien ne fonde en droit le refus de procéder à l'examen d'une demande privée. La question pourrait se poser de savoir si un individu qui essuie un tel refus de prestation de service peut poursuivre l'expert en refus de prestation de service » : BOTTIAU A., « Empreintes génétiques et droit de la filiation », *D.*, 1989, 39^e cahier, Chron. XLIII, p. 276, Note 68. Dans ce sens également : FOLLANA-MASSOT M., LASSALLE B., « Le recours aux examens génétiques selon le projet de réforme du Code civil », *RRJ*, 1993, n° 2, p. 367.

⁸³⁰ LABRUSSE-RIOU C., « La filiation et la médecine moderne », *RIDC*, 1986, Vol. 38, n° 2, p. 429 ; BELLIVIER F., BRUNET L., LABRUSSE-RIOU C., « La filiation, la génétique et le juge : où est passée la loi ? », *RTD civ.*, 1999, n° 3, p. 558 (nuançant tout de même cet argument) ; FOLLANA-MASSOT M., LASSALLE B., « Le recours aux examens génétiques selon le projet de réforme du Code civil », *RRJ*, 1993, n° 2, p. 368 ; WRONA D., « Les empreintes génétiques et le procès civil de la filiation », *LPA*, 11 août 1995, n° 96, p. 24 et s., § 16 et § 20.

⁸³¹ WRONA D., « Les empreintes génétiques et le procès civil de la filiation », *LPA*, 11 août 1995, n° 96, p. 24 et s., § 18.

⁸³² BOTTIAU A., « Empreintes génétiques et droit de la filiation », *D.*, 1989, 39^e cahier, Chron. XLIII, p. 276.

⁸³³ BELLIVIER F., BRUNET L., LABRUSSE-RIOU C., « La filiation, la génétique et le juge : où est passée la loi ? », *RTD civ.*, 1999, n° 3, p. 558.

⁸³⁴ Dans ce sens par exemple : RUBELLIN-DEVICHI J., « Réflexions sur la réforme attendue du droit de la filiation », in *Mélanges offerts à André Colomer*, Paris, Litec, 1993, p. 397.

⁸³⁵ TGI Paris, 8 janvier 1991, (Inédit), Arrêt commenté par : HUET-WEILLER D., « Expertises sanguines : problème de l'expertise officieuse et de l'expertise sollicitée avant tout procès », *RTD civ.*, 1991, n° 4, p. 721 : Un enfant avait été reconnu par un premier homme et sa mère, puis par le nouveau mari de la mère. Ces derniers contestaient la reconnaissance et sollicitaient la légitimation. Ils avaient réalisé une expertise sanguine. Le tribunal refuse de se fier à « une expertise officieuse effectuée sans qu'aucune mesure n'ait été prise pour vérifier l'identité des personnes dont le sang était prélevé » et ordonne une nouvelle expertise. Le commentaire fait référence à : CA Paris, Chambre 1, Section C, 30 mai 1991 : *Jurisdata* n° 1991-022192. Seule la première page de l'arrêt est disponible, nous reproduisons ici le résumé de l'arrêt : « Dans une instance en nullité de reconnaissance engagée par la mère qui prétend que le père de l'enfant naturel est le frère de l'auteur de la reconnaissance, il y a lieu d'ordonner une nouvelle expertise sanguine, pour prévenir les risques d'erreur

En outre, les expertises aux seules fins de vérification de la filiation étaient vues comme des expertises de convenance susceptibles d'engager la responsabilité civile de la personne qui s'y était prêtée⁸³⁶, contrastant ainsi avec le droit suisse plus favorable à l'accès aux origines personnelles. Enfin, plusieurs rapports, notamment le rapport LENOIR, et avis du CCNE s'étaient prononcés contre l'ouverture de l'accès aux empreintes génétiques sur demande privée⁸³⁷. Le contexte culturel et social apparaissait donc hostile à l'ouverture au public des tests génétiques. Ce contexte explique très certainement qu'à aucun moment, dans les débats parlementaires préalables à l'adoption des lois de bioéthique, il n'a été question d'autoriser les empreintes génétiques en dehors du cadre judiciaire. L'article 16-11 CC s'inscrit donc dans la lignée des préconisations du CCNE et du rapport LENOIR⁸³⁸. La volonté de préserver la vie privée, la paix des familles et l'autorité de l'état civil et d'assurer la fiabilité des techniques a été largement mise en avant⁸³⁹, ces objectifs s'inscrivant, selon le rapport CABANEL, dans la « *tradition juridique* » française⁸⁴⁰.

2. Le maintien de l'exigence du consentement à l'identification par empreintes génétiques

123. Le caractère restrictif de la législation française peut également être prouvé par l'exigence systématique du consentement à l'identification par empreintes génétiques. Cette exigence s'applique tant au prélèvement réalisé du vivant de la personne qu'aux prélèvements *post mortem*.

124. Refus de la contrainte pour le prélèvement réalisé du vivant de la personne en droit français – Le droit français s'est trouvé confronté à la même problématique que le droit suisse, à savoir

ou de confusion, lorsque le caractère contradictoire de l'expertise n'a pas été respecté en ce qui concerne le contrôle de l'identité des intéressés, les prélèvements sanguins et leur conditionnement aux fins d'analyse ».

⁸³⁶ CA Bordeaux, 6^e chambre A, 2 juin 1992, arrêt commenté par : GRANET-LAMBRECHTS F., « Responsabilité civile d'un père naturel d'un enfant qui a demandé une expertise biologique à l'occasion d'une action en contestation de sa reconnaissance », *D.*, 1993, n° 19, p. 163 : le père naturel d'un enfant avait engagé, sur le fondement de l'article 339, une action en contestation de la reconnaissance de paternité qu'il avait souscrite aux seules fins de vérifier sa paternité. Il s'était ensuite désisté à l'instance. La cour d'appel retient sa responsabilité civile, considérant qu'il a « *agì abusivement en poursuivant un but étranger à l'action* ».

⁸³⁷ La liste des rapports est tirée de : OPECST, *Rapport sur les sciences de la vie et les droits de l'homme, Bouleversement sans contrôle ou législation à la française*, Tome I : questions-clés et réponses contradictoires, Fascicule n° 5 : Évaluation des conséquences des progrès de la génétique, Reproduit dans : <http://ccsd11.ccsd.cnrs.fr/sites/default/files/f5.pdf>, pp. 48-49, Consulté le 6 avril 2014. La pagination ne correspond pas à celle du site officiel mais une erreur de reprographie ne permet pas l'accès aux pages concernées de la version officielle ; CCNE, Avis n° 17, « Avis relatif à la diffusion des techniques d'identification par analyse de l'ADN (techniques des empreintes génétiques) », 15 décembre 1989, p. 2 ; CCNE, Avis n° 25, « Avis sur l'application des tests génétiques aux études individuelles, études familiales et études de population », 24 juin 1991, p. 4 ; LENOIR N., *Rapport au Premier ministre, Aux frontières de la vie : une éthique biomédicale à la française*, Tome 1, Paris, Collection des rapports officiels, La documentation française, 1991, p. 74. Il faut y ajouter le communiqué commun des Présidents de l'ordre national des médecins et de l'ordre des avocats à la cour d'appel de Paris du 23 mai 1989, cité par BOTTIAU, « Empreintes génétique et droit de la filiation », *D.*, 1989, 39^e cahier, Chron. XLIII, p. 271.

⁸³⁸ SÉNAT, Rapport fait au nom de la commission des lois constitutionnelles de législation, du suffrage universel, du Règlement et d'administration générale sur le projet de loi, adopté par l'Assemblée nationale, relatif au corps humain, Par M. Guy CABANEL, n° 230, Annexe au procès-verbal de la séance du 12 janvier 1994, p. 59 (pour le rapport Lenoir) et p. 63 (pour le CCNE) ; AN, Projet de loi relatif au corps humain et modifiant le Code civil, Présenté au nom de Mme Édith CRESSON par M. Michel SAPIN, n° 2599, Enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 25 mars 1992, p. 7 (pour le CCNE).

⁸³⁹ AN, Projet de loi relatif au corps humain et modifiant le Code civil, Présenté au nom de Mme Édith CRESSON par M. Michel SAPIN, n° 2599, Enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 25 mars 1992, pp. 7-8.

⁸⁴⁰ Le rapport fait notamment référence à l'esprit du Code civil qui a « *enserré les actions liées à la filiation dans des délais très stricts car, dans la tradition napoléonienne, il fait primer la famille et le patrimoine sur l'individu* ». Il rappelle ensuite la loi du 8 janvier 1993 : SÉNAT, Rapport fait au nom de la commission des lois constitutionnelles de législation, du suffrage universel, du Règlement et d'administration générale sur le projet de loi, adopté par l'Assemblée nationale, relative au corps humain, Par M. Guy CABANEL, n° 230, Annexe au procès-verbal de la séance du 12 janvier 1994, pp. 62-63.

celle de l'articulation entre la liberté personnelle et l'éventuelle obligation de se soumettre à l'expertise. C'est le tribunal civil de Lille⁸⁴¹ qui a envisagé pour la première fois la question du défaut de consentement⁸⁴² en posant, à la charge de la mère et de l'enfant, une obligation de se soumettre à un examen sanguin⁸⁴³. La cour d'appel de Montpellier a également retenu une obligation dans un arrêt postérieur⁸⁴⁴. Si certains auteurs s'y montraient favorables⁸⁴⁵, d'autres s'étaient montrés relativement critiques à l'encontre de la décision de la juridiction lilloise. Dans sa note, J. CARBONNIER regrettait d'une part, la justification du tribunal tirée de la faible gravité de l'atteinte⁸⁴⁶ et d'autre part, que le tribunal se soit substitué au législateur alors que la protection des libertés individuelles était en cause⁸⁴⁷. L'argumentation défendue par le Doyen est proche des réflexions menées par certains auteurs suisses d'un triple point de vue.

En premier lieu, l'indifférence de la gravité de l'atteinte, du moins au stade de l'examen du champ d'application de la liberté personnelle, a notamment été soulignée par J.-M. GROSSEN⁸⁴⁸, dont la pensée fait écho à celle de J. CARBONNIER qui souligne que « *nous ne sommes donc pas en droit, si l'ordre public peut légitimer une atteinte au corps humain, de nous contenter d'un ordre public au rabais, d'un ordre public moins impérieux, sous prétexte que l'atteinte à légitimer est plus légère* »⁸⁴⁹. D'autres auteurs suisses et certaines jurisprudences cantonales⁸⁵⁰ s'inscrivaient, au contraire, davantage dans la lignée de l'argumentation du tribunal lillois. Cependant, en Suisse, la question de la prise en compte de la gravité de l'atteinte ressurgit au stade de l'examen de la proportionnalité. Ce raisonnement fondé sur la proportionnalité a parfois été proposé par certains auteurs français relevant que « *dans les conflits qui opposent le droit de la preuve à l'inviolabilité de la personne humaine, ce qu'il faut mettre en balance, ce ne sont pas les principes eux-mêmes, tous deux essentiels dans leur ordre. Ce qu'il faut comparer, c'est d'une part l'importance du droit dont le plaideur entend établir les éléments, d'autre part la gravité de l'atteinte à la personne* »⁸⁵¹. D'autres, comme P. BARBIER, posaient, sans conciliation des intérêts en présence, que « *la seule violation de son intégrité constitue une atteinte intolérable en soi* »⁸⁵².

⁸⁴¹ « *Attendu, par ailleurs que le tribunal ne saurait s'arrêter non plus aux moyens tirés par les défendeurs du respect dû à la liberté individuelle, comme à l'intégrité et à la propriété du corps humain ; que les questions d'état sont des matières où l'ordre public est intéressé ; qu'en de telles espèces, une partie ne saurait faire échec, par les arguments invoqués, ni à la liberté de l'adversaire de proposer les preuves admises par la loi, ni à l'obligation du juge d'en autoriser l'administration ; qu'en fait d'ailleurs, la prise de sang nécessaire est une opération des plus bénignes et que constamment les tribunaux ordonnent en toutes matières des expertises qui nécessitent de la part du médecin expert des opérations beaucoup plus intimes et beaucoup plus délicates ; que rien ne s'oppose donc à ce que l'expertise soit ordonnée* ».

⁸⁴² Les autres juridictions qui s'étaient prononcées avaient relevé l'existence du consentement de toutes les parties : voir les références citées par : BARBIER P., « L'examen du sang et le rôle du juge dans les procès relatifs à la filiation », *RTD civ.*, 1949, p. 363, Note 1.

⁸⁴³ CARBONNIER J., « Note sous tribunal civil de Lille, 18 mars 1947 », *D.*, 1947, *Jurisp.*, p. 509.

⁸⁴⁴ CA Montpellier, 15 décembre 1948, *D.*, 1949, *Jurisp.*, 200 ; *JCP G*, 1949, II, 4875 : « *que le fait de porter leur demande en justice oblige les parties à se prêter à la manifestation de la vérité, si du moins elles entendent éviter que le refus de coopérer à la preuve n'autorise à suspecter leur bonne foi* » : cité par : BARBIER P., « L'examen du sang et le rôle du juge dans les procès relatifs à la filiation », *RTD civ.*, 1949, pp. 363-364. En sens contraire : CA Douai, 26 octobre 1948 : *D.*, 1949, *Jurisp.*, 98.

⁸⁴⁵ Position de ces auteurs relevée par : BARBIER P., « L'examen du sang et le rôle du juge dans les procès relatifs à la filiation », *RTD civ.*, 1949, p. 359.

⁸⁴⁶ CARBONNIER J., « Note sous tribunal civil de Lille, 18 mars 1947 », *D.*, 1947, *Jurisp.*, p. 509.

⁸⁴⁷ *Ibid.*, pp. 510-511.

⁸⁴⁸ « *Le caractère bénin de l'atteinte, dès l'instant où l'on admet une atteinte, ne joue pas de rôle. Il n'y a pas de grandes et de petites libertés* » : GROSSEN J.-M., « Liberté individuelle, protection de la personnalité et obligation de collaborer à l'œuvre du juge civil », *JT*, 1957, n° 10, p. 294.

⁸⁴⁹ CARBONNIER J., « Note sous tribunal civil de Lille, 18 mars 1947 », *D.*, 1947, *Jurisp.*, p. 509.

⁸⁵⁰ GROSSEN J.-M., « Liberté individuelle, protection de la personnalité et obligation de collaborer à l'œuvre du juge civil », *JT*, 1957, n° 10, pp. 293-294.

⁸⁵¹ R. V., « Preuve et atteinte à la personne », *JCP G*, 1949, 758, § 6.

⁸⁵² BARBIER P., « L'examen du sang et le rôle du juge dans les procès relatifs à la filiation », *RTD civ.*, 1949, p. 369. Cette position doit toutefois être nuancée dans la mesure où l'auteur relève que « *l'intégrité de la personne constitue un principe supérieur dont l'ordre public ne justifie pas la violation à défaut de texte permissif* ».

En deuxième lieu, J. CARBONNIER indique qu'il conçoit « *l'inviolabilité de la personne humaine comme une liberté immatérielle, qui a son siège moins dans le corps que dans la personnalité* »⁸⁵³, ce qui rappelle clairement le concept suisse de liberté personnelle.

Enfin, lorsqu'il souligne que l'atteinte à la liberté corporelle nécessite un texte, J. CARBONNIER⁸⁵⁴ s'inscrit en résonance avec les conditions de restriction des libertés posées en Suisse. En effet, selon l'article 36 al. 1 de la Constitution fédérale « *toute restriction d'un droit fondamental doit être fondée sur une base légale* ». Ainsi, malgré l'existence de concepts et de raisonnements différents, l'opposition entre les droits doit être nuancée par l'étude historique des « *formants* »⁸⁵⁵ jurisprudentiel et doctrinal.

Malgré cette constatation, l'opposition entre les deux droits s'avère importante si l'on s'intéresse à la sanction du refus de se prêter au prélèvement. En France, rares étaient les auteurs à se prononcer en faveur d'une sanction directe⁸⁵⁶, la sanction indirecte, liée à la menace d'une issue défavorable lors du procès étant préférée. P. BARBIER considérait que l'arrêt du tribunal civil de Lille devait s'interpréter ainsi⁸⁵⁷ et c'est d'ailleurs dans ce sens que s'est prononcée la jurisprudence dès 1968⁸⁵⁸. Cette position s'inscrit selon J. CARBONNIER dans une optique libérale aux termes de laquelle « *le droit individualiste met son élégance à faire marcher les hommes sans les toucher* »⁸⁵⁹.

De nos jours, l'exigence du recueil préalable du consentement est expressément prévue par l'article 16-11 al. 2 du Code civil et le refus de la contrainte corporelle et de l'astreinte semble largement ancré dans la doctrine⁸⁶⁰. La jurisprudence participe également à ce mouvement, puisque la solution posée par un arrêt, fréquemment mentionné, de la cour d'appel de Paris⁸⁶¹ a récemment été rappelée par la cour d'appel de Basse-Terre⁸⁶². Ces juridictions condamnent tout recours à l'astreinte au motif que « *le principe fondamental de l'inviolabilité du corps humain s'oppose à ce que le juge civil recoure à une mesure de coercition, même d'ordre pécuniaire, afin de contraindre un individu à subir une atteinte directe, fut-elle légère, à son corps ; que l'article 10 c. civ., malgré les termes généraux qu'il emploie, ne vise que les cas où la condamnation à une astreinte est légalement admissible, non ceux dans lesquels une telle mesure de contrainte aboutirait à la violation d'un principe essentiel de notre droit, tel celui qui vient d'être rappelé* »⁸⁶³.

⁸⁵³ CARBONNIER J., « Note sous tribunal civil de Lille, 18 mars 1947 », *D.*, 1947, Jurisp., p. 509.

⁸⁵⁴ *Contra* : R. V., « Preuve et atteinte à la personne », *JCP G*, 1949, 758, § 10.

⁸⁵⁵ SACCO R., *La comparaison juridique au service de la connaissance du droit*, Paris, Études juridiques comparatives, Economica, 1991, p. 35.

⁸⁵⁶ « *Demolombe avait soutenu, au siècle dernier, qu'un examen médical ordonné par justice (il songeait à un examen des organes sexuels dans un procès en annulation du mariage, hypothèse déjà discutable en soi) pouvait être exécuté de force, parce qu'il n'était alors besoin que d'obtenir du défendeur un fait passif, un acte de soumission. (...) Il confessait d'ailleurs lui-même l'isolement de sa position* » : CARBONNIER J., « Note sous tribunal civil de Lille, 18 mars 1947 », *D.*, 1947, Jurisp., p. 511.

⁸⁵⁷ BARBIER P., « L'examen du sang et le rôle du juge dans les procès relatifs à la filiation », *RTD civ.*, 1949, p. 364.

⁸⁵⁸ Cass. civ. 1^{re}, 2 avril 1968 : *D.*, 1968, Jurisp., 705, Note ROUAST A.

⁸⁵⁹ CARBONNIER J., « Note sous tribunal civil de Lille, 18 mars 1947 », *D.*, 1947, Jurisp., p. 511.

⁸⁶⁰ VASSAUX-VANOVERSCHELDE J., « Le droit de l'enfant à sa famille dans la loi n° 93-22 du 8 janvier 1993 », *D.*, 1994, n° 1, p. 4 et s., § 15 ; GALLOUX J.-C., GAUMONT-PRAT H., « Droits et libertés corporels », *D.*, 2005, n° 8, p. 538 ; MORGAND V., « La loi n° 93-22 du 8 janvier 1993 modifiant les articles 340 et suivants du Code civil relatifs à l'action en recherche de paternité est d'application immédiate », *D.*, 1996, n° 27, Somm., p. 233 ; BARBIER P., « L'examen du sang et le rôle du juge dans les procès relatifs à la filiation », *RTD civ.*, 1949, p. 368 ; LEMOULAND J.-J., « Le refus de se soumettre à un examen de sang permet au juge de déterminer la filiation la plus vraisemblable », *D.*, 1996, n° 37, p. 529 et s., Note 5.

⁸⁶¹ CA Paris, 24 novembre 1981 : *D.*, 1982, Jurisp., 355, Obs. MASSIP J. ; *RTD civ.*, 1982, 595, Obs. RUBELLIN-DEVICHI J. ; *RTD civ.*, 1982, 203, Obs. PERROT R.

⁸⁶² CA Basse-Terre, Chambre civile 2, 22 octobre 2007, n° 06/01960.

⁸⁶³ CA Paris, 24 novembre 1981 : *D.*, 1982, Jurisp., 355, Obs. MASSIP J. ; *RTD civ.*, 1982, 595, Obs. RUBELLIN-DEVICHI J. ; *RTD civ.*, 1982, 203, Obs. PERROT R.

Si la doctrine suisse, ainsi qu'on l'a mentionné plus haut⁸⁶⁴, se montre hésitante quant au recours à la contrainte corporelle, il existe tout de même une importante opposition entre les deux droits puisque l'astreinte est acceptée en droit suisse. En France, les plaideurs ont tenté, à plusieurs reprises, mais en vain, d'avancer des arguments visant à justifier leur refus de se prêter au prélèvement envisagé⁸⁶⁵. Mais, conformément à l'article 11 du Code de procédure civile⁸⁶⁶, le juge tire les conséquences du refus d'une partie de se soumettre à l'expertise biologique. D'une manière générale, il est possible de retenir que les juges du fond procèdent souverainement⁸⁶⁷ à une appréciation au cas par cas, si bien que le refus opposé par une des parties n'est pas systématiquement porteur des mêmes conséquences⁸⁶⁸. Comme le relèvent des Conseillers à la Cour de cassation dans leur analyse des rapports entre vérité biologique et filiation, « *la première chambre civile considère que le refus de se soumettre à une expertise biologique n'est pas en lui-même déterminant, mais constitue un simple élément ou « présomption » dont les juges du fond apprécient souverainement la valeur, au vu de l'ensemble des autres éléments de preuve qui leur sont soumis. (...) la Cour de cassation opère son contrôle en exigeant la réunion d'un minimum d'éléments objectifs et une motivation spéciale* »⁸⁶⁹. La doctrine considère en général la jurisprudence mesurée⁸⁷⁰, même si certains auteurs plaident que le refus devrait normalement entraîner la perte du procès, afin d'instiller davantage de cohérence avec la règle selon laquelle l'expertise est de droit⁸⁷¹. Alors que pendant longtemps, il convenait de distinguer la question du refus selon que l'action

⁸⁶⁴ Voir *supra* § 118.

⁸⁶⁵ CA Bordeaux, Chambre 6, 2 avril 2003, n° 02/04251 : religion musulmane sans expliquer en quoi le prélèvement salivaire serait contraire à sa religion ; CA Douai, Chambre 7, Section 1, 3 avril 2008, n° 07/05435 : considérations personnelles voire religieuses sans expliciter la nature de ces considérations ; CA Aix-en-Provence, Chambre 6 B, 10 décembre 2008, n° 08/00619 : état de santé psychologique de sa femme pour qui la procédure a été un choc et contrariété avec la religion ; CA Pau, Chambre 2, Section 2, 18 janvier 2011, n° 10/01792 : les certificats médicaux attestant que l'homme âgé souffre de séquelles physiques et psychiques liés à un AVC et de troubles cardiaques l'empêchant de sortir seul de chez lui ont conduit la cour à ordonner une expertise à domicile, dans la mesure où aucun document médical n'atteste d'une impossibilité de procéder à un prélèvement salivaire ; CA Pau, Chambre 2, Section 2, 12 juin 2012, n° 10/01792 : dans cette même affaire, les prélèvements avaient eu lieu au domicile de l'homme. Refus de le condamner au paiement de dommages et intérêts pour résistance abusive, au motif que les opérations d'expertises ont été retardées non pas par son refus mais par la nécessité de procéder à son hospitalisation ; CA Bordeaux, Chambre civile 6, 25 octobre 2011, n° 10/02735 : tentative de l'homme de justifier son refus par le fait que la mère et l'enfant ne seraient animées que par un intérêt strictement financier. La cour considère que la recherche de paternité n'a pas nécessairement une visée exclusivement économique, mais contribue à la formation de la personnalité. Dans cette même affaire, rejet du pourvoi par : Cass. civ. 1^{re}, 20 mars 2013, n° 12-11-799 ; CA Paris, Pôle 1, Chambre 1, 5 janvier 2012, n° 09/22070 : excipe vainement de l'absence de qualité de partie à la procédure de son épouse et de l'absence de désignation régulière d'un administrateur *ad hoc* ; CA Aix-en-Provence, Chambre 6 C, 28 juin 2012, n° 11/14549 : la prescription d'anti-inflammatoire ne constitue pas un motif médical permettant de s'opposer. N'explique pas en quoi ses convictions religieuses se heurteraient à l'expertise ; CA Saint-Denis de la Réunion, Chambre de la famille, 15 février 2012, n° 10/00870 : convictions religieuses et philosophiques ; CA Paris, Pôle 1, Chambre 1, 21 mai 2013, n° 12/08851 : ne sont susceptibles de justifier le refus ni le fait que l'homme se soit beaucoup occupé de son père hospitalisé, ni le fait qu'il ait eu des relations avec une autre femme pendant la même période, ni le fait que la mère ait eu d'autres enfants avec d'autres pères ; Cass. civ. 1^{re}, 4 juillet 2006, n° 04-15.981 : principe du respect du corps humain ; Cass. civ. 1^{re}, 5 mars 2014, n° 13-10.806 : motif peu pertinent de l'atteinte à l'intégrité physique que constituerait le prélèvement de cellules buccales.

⁸⁶⁶ « *Les parties sont tenues d'apporter leur concours aux mesures d'instruction sauf au juge à tirer toute conséquence d'une abstention ou d'un refus* ».

⁸⁶⁷ Cass. civ. 1^{re}, 1^{er} juillet 2003, n° 01-11.419 ; Cass. civ. 1^{re}, 6 mars 1996, n° 94-11.108 : *Bull. civ.*, 1996, I, n° 121 ; Cass. civ. 1^{re}, 31 janvier 2006, n° 05-12.876 : *Bull. civ.*, 2006, I, n° 46 ; Cass. civ. 1^{re}, 23 janvier 2007, n° 06-10.461 ; Cass. civ. 1^{re}, 11 juillet 2006, n° 05-17.814 : *Bull. civ.*, 2006, I, n° 385 ; Cass. civ. 1^{re}, 25 avril 2006, n° 04-16.394 ; Cass. civ. 1^{re}, 9 février 2011, n° 10-14.144 ; Cass. civ. 1^{re}, 4 juillet 2006, n° 04-15.981 ; Cass. civ. 1^{re}, 16 juin 1998, n° 96-17.819 ; Cass. civ. 1^{re}, 13 janvier 1993, n° 91-12.089 : *Bull. civ.*, 1993, I, n° 11 ; Cass. civ. 1^{re}, 24 octobre 2012, n° 11-22.202 ; Cass. civ. 1^{re}, 12 juin 2013, n° 12-19.569 ; Cass. civ. 1^{re}, 26 juin 2013, n° 12-12.831 ; Cass. civ. 1^{re}, 20 mars 2013, n° 12-11.799 ; Cass. civ. 1^{re}, 5 mars 2014, n° 13-10.806.

⁸⁶⁸ LEMOULAND J.-J., « Le refus de se soumettre à un examen de sang permet au juge de déterminer la filiation la plus vraisemblable », *D.*, 1996, n° 37, p. 533.

⁸⁶⁹ PASCAL A., TRAPERO M., « Vérité biologique et filiation dans la jurisprudence récente de la Cour de cassation », in *La vérité. Rapport annuel 2004 de la Cour de cassation*, Paris, La documentation française, Avril 2005, p. 94.

⁸⁷⁰ GRANET-LAMBRECHTS F., « Droit de la filiation », *D.*, 2007, n° 21, p. 1464.

⁸⁷¹ MASSIP J., « Le caractère obligatoire de l'expertise biologique en matière de filiation et les conséquences du refus de s'y soumettre », *D.*, 2004, n° 10, pp. 660-661.

était ou non soumise à l'exigence d'adminicules⁸⁷², l'abandon de ces derniers a permis de supprimer la distinction. Le contentieux relatif au refus de se soumettre à l'examen biologique est particulièrement abondant que ce soit dans l'action aux fins de subsides, en recherche de paternité, en contestation de paternité ou encore dans l'hypothèse des conflits de filiations.

125. Rôle fondamental de la volonté de la personne décédée dans la loi française – Le maintien de la vigueur de l'exigence du consentement en droit français transparait également si l'on étudie l'évolution des règles applicables aux prélèvements *post mortem*. Cette réglementation, qui est actuellement issue de l'article 16-11 du Code civil, n'a pas toujours été aussi stricte et résulte, en partie du moins, de l'histoire et de la culture françaises.

En effet, à l'origine et en l'absence de disposition spécifique sur la question des analyses biologiques *post mortem*, la Cour de cassation avait considéré, dans une affaire où un prélèvement de sang avait été ordonné sur le corps du défunt avant inhumation, qu'« *en cas de désaccord entre les divers héritiers d'un défunt, il appartient à la justice d'apprécier (...) si l'intérêt en cause justifie une atteinte à l'intégrité du cadavre* »⁸⁷³. En outre, l'absence d'exhumation n'empêchait pas de déclarer la paternité⁸⁷⁴, ni de décider que la question pourrait être tranchée à partir de documents relatifs aux caractéristiques sanguines du défunt et d'analyses sanguines sur les proches⁸⁷⁵.

Avec l'adoption de la loi relative au respect du corps humain⁸⁷⁶, un article 16-11, relatif à l'examen des empreintes génétiques, fut inséré au sein du Code civil⁸⁷⁷. Il donna lieu à deux séries d'interrogations.

D'une part, il s'agissait de déterminer si cet article était applicable aux expertises *post mortem* dans la mesure où ce dernier se contentait de prévoir que « *le consentement de l'intéressé doit être préalablement et expressément recueilli* ». Plusieurs interprétations étaient envisagées par la doctrine. Soit il était possible de considérer que le prélèvement était interdit du fait de l'absence de consentement, soit il était possible de considérer que le consentement était une condition impossible à remplir pour les personnes décédées, si bien que l'article 16-11 ne concernait que les personnes vivantes⁸⁷⁸. Le tribunal saisi devait donc apprécier les intérêts en présence. Cette seconde interprétation fut privilégiée par la jurisprudence⁸⁷⁹.

⁸⁷² Pour les actions soumises à adminicules, il était, au préalable, nécessaire d'établir l'existence d'un cas d'ouverture. Il n'était pas possible de déduire l'existence d'un cas d'ouverture du refus : CA Bordeaux, 9 janvier 1992, commenté par : GRANET-LAMBRECHTS F., « *La femme qui n'apporte pas la preuve de relations stables et continues pendant la période légale de conception doit être déboutée de sa demande en recherche de paternité. Le refus du père prétendu de se soumettre à un examen des sangs ne constitue pas une présomption de paternité* », D., 1992, n° 33, p. 317. Sur la distinction relative aux conséquences du refus dans les actions adminiculaires et non adminiculaires, après la réforme de 1993, voir : GRANET-LAMBRECHTS F., « *Rejet de l'action en rétablissement de la paternité légitime du mari qui, s'étant refusé à un examen des sangs, n'apporte aucun élément de nature à rendre vraisemblable sa paternité* », D., 1996, n° 16, p. 147.

⁸⁷³ Cass. civ. 1^{re}, 22 avril 1975, n° 72-12.292 : Bull. civ., 1975, I, n° 143 ; JCP G, 1975, IV, 183.

⁸⁷⁴ CA Versailles, 21 juin 1988 : cité par Defrénois, 1992, 1061, Note 14, MASSIP J.

⁸⁷⁵ Cass. civ. 1^{re}, 16 novembre 1983, n° 82-13.183 : Bull. civ., 1983, I, n° 273 ; JCP G, 1984, I, 3165, Note ATIAS C. ; JCP G, 1984, II, 20235, Note DURRY G. ; Gaz. Pal., 1984, 2, Somm. 203, Note GRIMALDI M. ; Defrénois, 1984, 284, Obs. MASSIP J. ; Gaz. Pal., 1984, 1, Jurisp., 247, Obs. MASSIP J.

⁸⁷⁶ Loi n° 94-653 du 29 juillet 1994 relative au respect du corps humain, JORF, 30 juillet 1994, p. 11056.

⁸⁷⁷ Il disposait qu'« *en matière civile, cette identification ne peut être recherchée qu'en exécution d'une mesure d'instruction ordonnée par le juge saisi d'une action tendant soit à l'établissement ou la contestation d'un lien de filiation, soit à l'obtention ou la suppression de subsides. Le consentement de l'intéressé doit être préalablement et expressément recueilli* ».

⁸⁷⁸ Sur les discussions sur l'interprétation de cet article et des propositions d'application, par analogie, du régime relatif aux organes et aux expérimentations sur des personnes en état de mort cérébrale, voir : MALAURIE P., « *La preuve scientifique post mortem de la paternité et l'exhumation* », D., 1998, n° 9, Jurisp., p. 122 ; NEVEJANS N., « *Exhumation du corps du père prétendu aux fins d'analyse génétique dans une recherche en paternité naturelle* », D., 1998, n° 32, Somm., p. 296 et s., § 2 ; HAUSER J.,

D'autre part, il s'agissait de déterminer la place à accorder à la volonté du défunt ou des membres de sa famille. Dans l'affaire Montand, la cour d'appel était passée outre l'opposition exprimée de son vivant par l'acteur en relevant l'accord des héritiers et leur intérêt à aboutir à des certitudes quant à la réalité de la filiation⁸⁸⁰. Ce pouvoir accordé aux ayants droit a pu être critiqué par la doctrine. Il traduit l'idée d'une « copropriété familiale » sur le corps du défunt également mise en avant dans une affaire soumise au TGI de Lille⁸⁸¹. D'autres juridictions s'étaient fondées, pour ordonner l'examen des empreintes génétiques, sur la volonté précédemment émise par le défunt de reconnaître l'enfant⁸⁸² ou sur l'accord donné par le défunt avant son décès à un examen comparatif des sangs⁸⁸³. La Cour de cassation trancha la question dans un arrêt du 3 juillet 2001⁸⁸⁴ qui, malgré les incertitudes liées au fait qu'il s'agissait d'un arrêt de rejet et à l'existence d'un consentement des héritiers, laissait à penser que l'accord de ces derniers était nécessaire⁸⁸⁵. Dans un arrêt ultérieur, la Cour de cassation considéra que le refus d'un héritier constituait un motif légitime de ne pas procéder à l'expertise⁸⁸⁶. Dernièrement, la première chambre civile a précisé que la « *recevabilité d'une action tendant à la reconnaissance d'une ascendance génétique par voie d'expertise, lorsque celle-ci nécessite une exhumation, est subordonnée à la mise en cause des ayants droit du défunt* » et « *qu'en matière d'état des personnes, les fins de non-recevoir ont un caractère d'ordre public* »⁸⁸⁷.

Toutefois, l'affaire Montand avait eu un grand retentissement médiatique, donnant lieu à une forte réprobation sociale. L'arrêt de la cour d'appel de Paris avait été diversement accueilli par la doctrine qui émit diverses critiques à son encontre. Il fut reproché à l'arrêt de favoriser la « biologisation » de la filiation et de donner un pouvoir injustifié aux ayants-droit. L'exhumation, fondée sur un simple intérêt privé, fut également dénoncée⁸⁸⁸. Cette critique doit néanmoins être nuancée. D'une part, l'analyse du droit suisse montre que, dans d'autres pays, l'acquisition d'une certitude permettant l'établissement du lien de filiation apparaît comme un intérêt public. D'autre part, comme le souligne J. HAUSER, on ne voit pas en quoi la paix des morts serait davantage troublée en cas de recherche de la filiation qu'en cas d'exhumation dans le domaine pénal ou assurantiel⁸⁸⁹.

« Action en recherche de paternité naturelle : la vérité, la paix des familles et la paix des tombeaux », *RTD civ.*, 1998, n° 1, p. 88 ; GAUMONT-PRAT H., « Exhumation du père prétendu décédé aux fins de procéder à une analyse génétique sur celui-ci », *D.*, 1998, n° 16, Somm., p. 162 ; BEIGNIER B., « Quidquid latet apparebit », *D.*, 1999, n° 33, p. 476 et s., § IV.

⁸⁷⁹ CA Aix-en-Provence, 8 février 1996 : *Dr. fam.*, 1996, Comm. 2, MURAT P. ; CA Paris, chambre 1, Section C, 6 novembre 1997 : *Jurisdica* n° 1997-023051 ; *JCP G.*, 1998, I, 101, n° 3, Obs. RUBELLIN-DEVICHI J. ; *LPA*, 20 mai 1998, 10, Note PECHLE-GAC S. ; *Gaz. Pal.*, 1997, 2, 703, Note GARÉ T. ; *Médecine & droit*, 1998, n° 30, 1, Note CATALA P. ; *RTD civ.*, 1998, 88, Obs. HAUSER J. ; *D.*, 1998, 122, Note MALAURIE P. ; *D.*, 1998, 296, Note NEVEJANS N. ; *D.*, 1998, 161, Note GAUMONT-PRAT H. ; CA Dijon, Chambre 1, Section 1, 15 septembre 1999, n° 98/01635 : *Jurisdica* n° 1999-117356 ; *D.*, 2000, 875, Note BEIGNIER B. ; *D.*, 2001, 2867, Note POMART C. ; *RTD civ.*, 2000, 98, Obs. HAUSER J.

⁸⁸⁰ CA Paris, 6 novembre 1997, n° 94/27539.

⁸⁸¹ TGI Lille, 19 novembre 1997, *D.*, 1998, 467, Note LABBÉE X.

⁸⁸² TGI Orléans, 18 octobre 1999 : *D.*, 2000, 620, Note BEIGNIER B. ; *Dr. fam.*, 1999, Comm. 134, MURAT P. ; *RTD civ.*, 2000, 814, Obs. HAUSER J.

⁸⁸³ CA Dijon, 15 septembre 1999, *D.*, 2000, 875, Note BEIGNIER B. ; *RTD civ.*, 2000, 814, Obs. HAUSER J.

⁸⁸⁴ Cass. civ. 1^{re}, 3 juillet 2001 : *RTD civ.*, 2001, 863, Obs. HAUSER J.

⁸⁸⁵ HAUSER J., « Encore l'expertise *post mortem* : du principe et de la compétence », *RTD civ.*, 2001, n° 4, p. 863.

⁸⁸⁶ Cass. civ. 1^{re}, 25 octobre 2005 : *AJ famille*, 2006, 78, Obs. B. F.

⁸⁸⁷ Cass. civ. 1^{re}, 13 novembre 2014, n° 13-21.018 : *Dalloz actualité*, 24 novembre 2014, Obs. MÉSA R. Il aurait été intéressant de connaître la position de la Cour de cassation sur le fond dans la mesure où le moyen faisait état de l'article 8 CESDH au soutien d'un droit à la connaissance de son ascendance.

⁸⁸⁸ Pour l'ensemble de ces critiques, voir : MALAURIE P., « La preuve scientifique *post mortem* de la paternité et l'exhumation », *D.*, 1998, n° 9, p. 122.

⁸⁸⁹ HAUSER J., « Action en recherche de paternité naturelle : la vérité, la paix des familles et la paix des tombeaux », *RTD civ.*, 1998, n° 1, p. 87.

L'ensemble de ces débats conduisit à reprendre la réflexion⁸⁹⁰. Dans son rapport, « *les lois de bioéthique : cinq ans après* », le Conseil d'État souligna que la mise à l'écart des dispositions de l'article 16-11, par la cour d'appel de Paris dans l'affaire Montand, avait fragilisé « *le texte et le choix qu'il traduit de donner le pas à la liberté de garder le secret sur une filiation sur le droit ou l'aspiration d'un enfant à connaître ses origines* »⁸⁹¹. Il proposait dès lors d'ajouter à l'article 16-11 un deuxième alinéa qui disposerait que « *l'opposition clairement manifestée de son vivant par une personne à une telle mesure d'instruction fait obstacle à la mise en œuvre de celle-ci après le décès de l'intéressé* »⁸⁹². Cette proposition inspira le projet de loi relatif à la bioéthique⁸⁹³ qui affichait comme objectifs de remédier aux divergences dans l'interprétation de l'article 16-11 et de mettre cet article en cohérence avec la possibilité de refuser un prélèvement avant son décès⁸⁹⁴. Toutefois, cette proposition fut rapidement battue en brèche. Devant la commission spéciale, J.-F. MATTÉI proposa de modifier la formulation de l'article afin de poser l'exigence d'un consentement exprès manifesté par la personne de son vivant⁸⁹⁵. Sa proposition fut rejetée par la commission, le rapporteur insistant sur la nécessaire conciliation entre le droit de l'enfant à connaître sa filiation et le respect dû aux morts, ainsi que sur la difficulté liée au recueil d'un consentement exprès⁸⁹⁶. Cet amendement fut à nouveau proposé par J.-F. MATTÉI en première lecture devant l'Assemblée nationale⁸⁹⁷ qui l'adopta, si bien que l'article 16-11 dispose désormais que « *sauf accord exprès de la personne manifesté de son vivant, aucune identification par empreintes génétiques ne peut être réalisée après sa mort* ». Cet article, qui supprime le pouvoir d'appréciation des juges du fond⁸⁹⁸, est d'application immédiate ainsi que l'a précisé un arrêt de la Cour de cassation du 2 avril 2008⁸⁹⁹. Bien que l'inconventionnalité de la réglementation française relative à l'accès aux empreintes génétiques *post mortem* ait été fréquemment évoquée⁹⁰⁰, l'article 16-11 demeure en vigueur.

⁸⁹⁰ CCNE, Avis n° 60, « Réexamen des lois de bioéthique », 25 juin 1998, p. 14. Après avoir rappelé les difficultés d'interprétation de l'article 16-11, le CCNE considère que « *cette question mérite d'être incluse dans le cadre d'un débat de société portant sur l'anonymat, la liberté individuelle et les droits de l'enfant* ».

⁸⁹¹ CONSEIL D'ÉTAT, *Les lois de bioéthique : cinq ans après, Étude adoptée par l'Assemblée générale du Conseil d'État le 25 novembre 1999*, Paris, La documentation française, Décembre 1999, p. 80.

⁸⁹² *Ibid.*

⁸⁹³ AN, Projet de loi relatif à la bioéthique, Présenté au nom de M. Lionel JOSPIN par Mme Élisabeth GUIGOU, n° 3166, Enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 20 juin 2001, p. 63 : art 3 : « *L'opposition expressément manifestée de son vivant par une personne à une telle identification fait obstacle à toute mise en œuvre de celle-ci après le décès de l'intéressé* ».

⁸⁹⁴ *Ibid.*, pp. 10-11.

⁸⁹⁵ AN, Rapport fait au nom de la commission spéciale sur le projet de loi relatif à la bioéthique (n° 3166), Rapporteur M. Alain CLAEYS, n° 3528, Enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 10 janvier 2002, p. 20.

⁸⁹⁶ *Ibid.*

⁸⁹⁷ Amendement n° 188 : AN, 2^e séance du 16 janvier 2002, *JORF, Débats parlementaires*, 17 janvier 2002, Compte rendu intégral, p. 587.

⁸⁹⁸ GARÉ T., « L'article 16-11, alinéa 2 du Code civil interdisant, sauf accord exprès, les expertises *post mortem* est d'application immédiate », *RJPF*, 2008, n° 7-8, p. 23.

⁸⁹⁹ Cass. civ. 1^{re}, 2 avril 2008, n° 06-10.256 : *Jurisdata* n° 2008-043427 ; *D.*, 2008, 2363, Note CHAUVIN P., CRETON P. ; *Dalloz actualité*, 9 avril 2008, GALLMEISTER I. ; *RTD civ.*, 2008, 464, Obs. HAUSER J. ; *AJ famille*, 2008, 209, Obs. CHÉNEDÉ F. ; *D.*, 2008, 2121, Obs. BONNET V. ; *LPA*, 3 mars 2009, 5, Note LEBEAU M. ; *Gaz. Pal.*, 22 novembre 2008, 31, Note TRAVADE-LAUNOY S. ; *Gaz. Pal.*, 10 avril 2008, 5, Avis LEGOUX A. ; *Gaz. Pal.*, 18 novembre 2008, 26 ; *Dr. fam.*, 2006, Comm. 856, MURAT P. ; *Procédures*, 2008, Comm. 178 ; *JCP G*, 2009, I, 102, Obs. FAVIER Y. ; *JCP G*, 2008, II, 10132, Note BINET J.-R. ; *RJPF*, 2008-7-8/34, Note GARÉ T. ; *RLDC*, 2008, n° 49, 47, Note MARRAUD DES GROTTE G.

⁹⁰⁰ MARGUÉNAUD J.-P., « L'ADN se ramasse à la pelle », *RTD civ.*, 2006, n° 4, p. 727 ; BONNET V., « Expertises *post mortem* : la vérité ensevelie », *D.*, 2008, n° 30, p. 2121 et s., § 8 ; HAUSER J., « Réfléchir avant de voter des lois ? », *RTD civ.*, 2007, n° 1, p. 99. Voir également l'arrêt : CEDH, Cinquième section, Pascaud contre France, 16 juin 2011, n° 19535/08 : VIAL G., « L'expertise génétique *post mortem* à l'épreuve du droit au respect de la vie privée et familiale », *RDLF*, 2011, Chron. n° 16, Disponible sur : <http://rdlf.upmf-grenoble.fr/?p=1282>, Consulté le 28 avril 2014 ; *LPA*, 11 juillet 2012, 7, Note POMART-NOMDÉDÉO C. ; *RTD civ.*, 2011, 526, Obs. HAUSER J. ; *Dalloz actualité*, 5 juillet 2011, Note SIFFREIN-BLANC C. ; *Dr. fam.*, 2011, Alerte 72, BRUGGEMAN M. ; *JCP G*, 2011, n° 27, 797, Note MILANO L. ; *RJPF*, 2011-10/41, Note GARÉ T. ; *Droit et patrimoine l'hebdo*, 27 juin 2011, n° 838, 1, Obs. C. L. G. ; *RLDC*, 2011, n° 86, 65, Note DEKEUWER-DÉFOSSEZ F. ; *D.*, 2011, 1758 ; *AJ famille*, 2011, 429, Note CHÉNEDÉ F.

L'analyse des discussions qui aboutirent à l'adoption de l'amendement MATTÉI est intéressante, car, couplée à une approche de droit comparé, elle permet de déterminer les raisons profondes des choix réalisés en France. Il est possible d'en tirer trois principaux enseignements. D'abord, il faut relever le poids de l'affaire Montand et donc des circonstances médiatiques ayant conduit, sous le coup de l'émotion, à l'adoption de cette disposition⁹⁰¹. Ensuite, l'argument du respect de la paix des morts a été évoqué à plusieurs reprises lors des débats⁹⁰². Mais l'argument qui semble avoir été le plus prégnant est celui de la volonté d'accorder une place plus importante au droit au secret du défunt et à son refus de révélation d'un potentiel lien de filiation⁹⁰³. L'équilibre ainsi réalisé avec l'intérêt de l'enfant à connaître ses origines ou à établir sa filiation, avalisé par le Conseil constitutionnel⁹⁰⁴, est donc très différent de celui qu'a établi le droit suisse. Il s'agit d'un choix politique conscient et raisonné et il semble évident que le respect dû aux morts est loin d'être l'argument central. En effet, d'une part, le consentement présumé est retenu dans d'autres hypothèses, à des fins de protection de la santé d'autrui⁹⁰⁵. D'autre part, force est de constater, avec J. HAUSER, que « *de toute façon l'autopsie comme l'exhumation sont pratiquées, sans qu'on discute, chaque fois qu'on recherche les causes de la mort, y compris pour des raisons de pensions dues en cas d'accident et personne n'y trouve rien à redire* »⁹⁰⁶. Cette idée est encore renforcée par un arrêt du 2 avril 2008 dans lequel une analyse aurait pu être effectuée sur des échantillons de sperme conservés par un CECOS. Se fondant sur l'article 16-11 CC, la Cour de cassation retient que l'homme « *n'avait pas exprimé de son vivant son accord pour une expertise génétique quels qu'en soient le procédé et la forme* » si bien que la « *cour d'appel n'a pu que déduire que la demande (...) devait être écartée* »⁹⁰⁷. Cet arrêt contribue à révéler le « *fondement véritable du nouvel article 16-11, alinéa 2* » que nous avons déjà identifié à travers l'étude des débats parlementaires. Il réside dans « *la pure volonté du défunt de ne pas permettre qu'on lui impute une filiation dont il n'a pas voulu, puisque le refus de l'expertise génétique aboutit pratiquement au rejet de l'action en recherche de paternité, alors même que l'action en recherche de paternité a justement pour but d'établir une filiation contre la volonté du père prétendu* »⁹⁰⁸.

⁹⁰¹ J.-F. MATTÉI commence d'ailleurs la présentation de son amendement en indiquant : « *Nous arrivons à l'affaire Montand* » : AN, 2^e séance du 16 janvier 2002, JORF, *Débats parlementaires*, 17 janvier 2002, Compte rendu intégral, p. 587.

⁹⁰² Par MATTÉI J.-F. et par BUR Y. : *Ibid.*, Respectivement p. 587 et p. 588.

⁹⁰³ Les propos tenus sont à cet égard éloquents : MATTÉI J.-F. : « *Je ne vois pas pourquoi on généraliserait la recherche de la filiation post mortem* » ; DELNATTE P. : « *Je me permets de rappeler qu'on a maintenu le secret des origines dans le cadre de l'accouchement sous X. (...) Il prévient sur l'accès aux origines pour l'enfant* » : *Ibid.*, p. 587 ; LE GUEN J.-M. : « *Pour ma part, je ne me reconnais pas dans cette quête permanente de la paternité biologique. (...) La solution à laquelle nous sommes parvenus pour l'accouchement sous X me paraît équilibrée. (...) si nous devions adopter en l'état le texte du Gouvernement, il ne se passerait pas cinq minutes avant que nous soyons obligés de revenir modifier la loi, car on imagine ce qui pourrait se passer. On aura tout et n'importe quoi !* » ; MATTÉI J.-F. : « *J'ajoute qu'un enfant sur dix n'est pas du père présumé. Par le biais d'Internet, aujourd'hui, des sociétés commerciales à l'étranger, contre un numéro de carte bancaire, vous envoient un kit. Vous prélevez deux cheveux sur une brosse à cheveux et vous pouvez savoir si vous êtes l'enfant de tel ou tel. Nous mettrions le doigt dans un système... Je me suis renseigné auprès des trois grands laboratoires en France qui font ce type d'analyses, il y a une demande croissante en ce domaine* » : *Ibid.*, p. 588.

⁹⁰⁴ Conseil constitutionnel, Décision n° 2011-173 QPC, 30 septembre 2011, M. Louis C. : *Gaz. pal.*, 19 novembre 2011, 36, Note BASILLE D. ; *Af famille*, 2011, 549, Note CHÉNEDÉ F. ; *RJPF*, 2011-12/38, Note GARE T. ; *RTD civ.*, 2011, 743 Obs. HAUSER J. ; *Dr. fam.*, 2012, Alerte 89, LAMARCHE M. ; *RJPF*, 2012-1/13, Note PUTMAN E.

⁹⁰⁵ Voir *infra* § 627.

⁹⁰⁶ HAUSER J., « *Action en recherche de paternité naturelle : la vérité, la paix des familles et la paix des tombeaux* », *RTD civ.*, 1998, n° 1, p. 89.

⁹⁰⁷ Cass. civ. 1^{re}, 2 avril 2008, n° 06-10.256 : *Juridata* n° 2008-043427 ; D., 2008, 2363, Note CHAUVIN P., CRETON P. ; *Dalloz actualité*, 9 avril 2008, GALLMEISTER I. ; *RTD civ.*, 2008, 464, Obs. HAUSER J. ; *Af famille*, 2008, 209, Obs. CHÉNEDÉ F. ; D., 2008, 2121, Obs. BONNET V. ; *LP A*, 3 mars 2009, 5, Note LEBEAU M. ; *Gaz. Pal.*, 22 novembre 2008, 31, Note TRAVADE-LAUNOY S. ; *Gaz. Pal.*, 10 avril 2008, 5, Avis LEGOUX A. ; *Gaz. Pal.*, 18 novembre 2008, 26 ; *Dr. fam.*, 2006, Comm. 856, MURAT P. ; *Procédures*, 2008, Comm. 178 ; *JCP G*, 2009, I, 102, Obs. FAVIER Y. ; *JCP G*, 2008, II, 10132, Note BINET J.-R. ; *RJPF*, 2008-7-8/34, Note GARE T. ; *RLDC*, 2008, n° 49, 47, Note MARRAUD DES GROTTES G.

⁹⁰⁸ BONNET V., « *Expertises post mortem : la vérité ensevelie* », D., 2008, n° 30, pp. 2123-2124. La même idée est mise en avant par P. MURAT qui exclut la justification tirée du respect de la vie privée : « *C'est donc que la raison d'être du texte est ailleurs : sans doute dans la nature même de l'identification génétique et dans le caractère particulièrement attentatoire de cette expertise. Mais attentatoire à quoi ? Il paraît douteux que cela puisse être à la vie privée, puisqu'il paraît aujourd'hui admis par la Cour de cassation que la protection de la vie privée s'éteint au décès*

126. Les deux droits n'ont pas la même attitude à l'égard de l'accès aux empreintes génétiques, le droit français se montrant nettement plus restrictif que son voisin suisse. Un des arguments invoqués au soutien de cette attitude restrictive prend prétexte des risques de « biologisation » et de déstabilisation de la filiation. Cet argument est toutefois clairement nuancé par notre étude de droit comparé.

II. LA FAIBLE ÉVOLUTION DU DROIT SUISSE DE LA FILIATION PAR COMPARAISON AU DROIT FRANÇAIS

127. Alors que l'on aurait pu imaginer que le droit suisse pencherait davantage que le droit français en faveur de la « biologisation » de la filiation, force est de constater qu'il n'en est rien. Le droit suisse a peu évolué depuis 1976 et il tend à maintenir un certain équilibre entre les diverses composantes de la filiation (A). Il suit une évolution sensiblement différente de celle du droit français dans lequel les révisions se sont multipliées et ont contribué à brouiller, dans une certaine mesure, les fondements de la filiation (B). Le droit comparé tend donc plutôt à montrer que l'accès aux empreintes génétiques ne joue qu'un rôle limité sur l'évolution du droit de la filiation.

A. La relative stabilité des fondements du droit suisse de la filiation

128. Pour l'essentiel, le droit suisse de la filiation continue d'être régi par la loi du 25 juin 1976 et l'ouverture des empreintes génétiques n'a eu que peu d'effet, ainsi qu'en témoigne la stabilité des fondements de la filiation maternelle (1) et la relative stabilité des fondements de la filiation paternelle (2).

1. La stabilité des fondements de la filiation maternelle : mater semper certa est

129. **Fondement stable et unitaire de la maternité** – Contrairement à ce qui prévaut en droit français, en droit suisse, la maternité est fondée exclusivement sur l'accouchement de longue date. Ce fondement de la filiation maternelle transparait dans l'établissement, la constatation et la contestation de maternité. Il est donc à la fois stable et unitaire.

130. **Accouchement et établissement de la filiation maternelle** – Avant l'entrée en vigueur du Code civil de 1907⁹⁰⁹, le droit de la filiation, et donc l'établissement de la filiation maternelle, était variable selon les cantons qui subissaient respectivement l'influence du droit français, autrichien, romain et germanique⁹¹⁰. Ainsi, dans quelques cantons de Suisse romande et italienne, la naissance ne créait pas automatiquement le lien de filiation et l'enfant né hors mariage devait être reconnu, tout comme en

de la personne concernée, seule titulaire de ce droit (...) et la Cour EDH elle-même a jugé dans l'affaire Jäggi c/ Suisse (...) qu'un prélèvement d'ADN après exhumation ne porte pas atteinte à la vie privée du défunt. On est donc bien en mal de trouver un fondement légitime à l'actuel article 16-11 du Code civil : MURAT P., « L'application dans le temps de la prohibition d'une identification par empreintes génétiques *post mortem* », *Dr. Fam.*, 2008, n° 6, Comm. 86, p. 28.

⁹⁰⁹ Code civil suisse du 10 décembre 1907, Entré en vigueur au 1^{er} janvier 1912, RS 210, RO 24 245.

⁹¹⁰ MANDOFIA-BERNEY M., *Vérités de la filiation et procréation assistée. Étude des droits suisse et français*, Bâle et Francfort-sur-le-Main, Collection Genevoise, Helbing & Lichtenhahn, 1993, p. 21, Note 63.

France⁹¹¹. La codification de 1907 a conduit à la consécration de l'adage *mater semper certa est* si bien que la naissance suffit à établir la maternité. Cette règle n'était expressément prévue que pour la filiation illégitime à l'article 302 du Code civil⁹¹² ; elle devait néanmoins être également appliquée à la filiation légitime⁹¹³.

Depuis la révision du 25 juin 1976⁹¹⁴, qui a supprimé la distinction entre filiation légitime et naturelle et favorisé l'unité des filiations⁹¹⁵, l'article 252 du Code civil dispose qu'« à l'égard de la mère, la filiation résulte de la naissance ». Ainsi, la filiation maternelle n'est à aucun moment subordonnée à la volonté de la mère⁹¹⁶, contrairement au droit français qui envisageait, à cette époque, l'accouchement sous X et la remise de l'enfant à l'aide sociale à l'enfance. Les motions et initiatives parlementaires favorables à l'introduction d'un accouchement sous X n'ont pas abouti⁹¹⁷ même si la Suisse fait face, depuis 2001, à l'apparition de fenêtres à bébé⁹¹⁸. Dans son avis de droit, le professeur H. HAUSHEER⁹¹⁹ relève que la mère qui abandonne ainsi son enfant contrevient à l'obligation de déclarer la naissance et prive l'enfant du droit à la connaissance de son ascendance qui est constitutionnellement garanti⁹²⁰. Le Conseil fédéral dans ses réponses à différentes motions et interpellations sur cette question a fait état de ces mêmes arguments, tout en réservant l'hypothèse de l'urgence et en renvoyant aux compétences cantonales⁹²¹.

En droit suisse, en dehors des hypothèses, prohibées par la loi, de don d'ovocytes ou de maternité de substitution qui seront étudiées dans le cadre de la législation relative à la PMA, il n'existe pas de dissociation possible entre vérité biologique et vérité juridique. Ainsi, l'influence des techniques d'empreintes génétiques n'affecte pas le droit de la filiation maternelle.

131. Accouchement et constatation de la maternité – Les conditions de constatation de la filiation maternelle mettent également l'accent sur l'unité entre maternité et accouchement. L'action en recherche

⁹¹¹ Tel était le cas dans les cantons du Tessin, du Valais et de Neuchâtel : MANDOFIA-BERNEY M., *Vérités de la filiation et procréation assistée. Étude des droits suisse et français*, Bâle et Francfort-sur-le-Main, Collection Genevoise, Helbing & Lichtenhahn, 1993, p. 22, Note 68.

⁹¹² Art. 302 ancien CCS : « La filiation illégitime résulte, à l'égard de la mère, du seul fait de la naissance » : ROSSEL V., *Code civil. Édition annotée précédée d'une introduction à l'étude du Code civil suisse*, Lausanne, Payot, 1908, p. 148.

⁹¹³ RIEG A., « C. HEGNAUER, Grundriss des Kindesrechts », *RIDC*, 1978, Vol. 30, n° 3, p. 904 ; FLATTET G., « Le nouveau droit suisse de la filiation », *RIDC*, 1977, Vol. 29, n° 4, p. 677 ; La filiation légitime faisait l'objet du titre 7 (des enfants légitimes) de la deuxième partie (des parents) du Code civil : ROSSEL V., *Code civil. Édition annotée précédée d'une introduction à l'étude du Code civil suisse*, Lausanne, Payot, 1908, pp. 136 et s.

⁹¹⁴ Loi fédérale du 25 juin 1976 (filiation), Entrée en vigueur au 1^{er} janvier 1978, RO 1977 237.

⁹¹⁵ FLATTET G., « Le nouveau droit suisse de la filiation », *RIDC*, 1977, Vol. 29, n° 4, p. 676.

⁹¹⁶ MEIER P., STETTLER M., *Droit de la filiation*, Zurich, Schulthess, 2014, p. 29 et p. 33.

⁹¹⁷ Motion de Christian WABER, Naissance anonyme. Miséricorde, Déposée au Conseil national, 27 septembre 2001, n° 01.3479 : cette motion a été classée le 3 octobre 2003 ; Motion de Josy GYR-STEINER, Droit d'accoucher de manière anonyme dans un hôpital, Déposée au Conseil national, 16 juin 2005, n° 05.3338 : cette motion a été classée le 20 mars 2009 ; Initiative parlementaire de Andy TSCHÜMPERLIN, Accoucher sous X pour sortir d'un dilemme, Déposée au Conseil national, 3 octobre 2008, n° 08493 : le Conseil national a décidé de ne pas donner suite à cette initiative le 21 septembre 2009.

⁹¹⁸ La première fenêtre à bébé a été ouverte Einsiedeln. Il en existe actuellement trois de plus situées à Berne, Olten et Davos : Disponible sur : <http://www.babyfenster.ch/fr/villes/>, Consulté le 23 mars 2014. Sur le développement de propositions favorables aux fenêtres à bébé dans d'autres cantons au cours de l'année 2013 voir : « Le canton de Zurich pourrait accueillir une fenêtre à bébé », *Le matin.ch*, 23 septembre 2013, Disponible sur : <http://www.lematin.ch/suisse/Le-canton-de-Zurich-pourrait-accueillir-une-fenetre-a-bebe/story/13666836>, Consulté le 23 mars 2014.

⁹¹⁹ HAUSHEER H., AEBI-MÜLLER R., « Renaissance einer alten Idee : Das Einsiedler Babyfenster aus (zivil)rechtlicher Sicht », *Recht*, 2002, n° 1, p. 1.

⁹²⁰ « Clarification des aspects juridiques de la « boîte à bébés » - Un avis de droit reproche aux responsables de faire une « publicité fallacieuse » en faveur de cette nouvelle institution », Disponible sur : http://www.admin.ch/aktuell/00089/index.html?lang=fr&print_style=yes&msg-id=22933, Consulté le 23 mars 2014. D'autres auteurs soutiennent cette position : MEIER P., STETTLER M., *Droit de la filiation*, Zurich, Schulthess, 2014, p. 270.

⁹²¹ Motion de Josef ZISYADIS, Fermeture de la boîte à bébé, Déposée au Conseil national, 15 juin 2005, n° 05.3310 ; Motion de Lucrezia MEIER-SCHATZ, Accouchement confidentiel pour aider les femmes enceintes en détresse et remplacer les boîtes à bébé, Déposée au Conseil national, 11 juin 2013, n° 13.3418 ; Interpellation de Liliane MAURY-PASQUIER, Boîtes à bébé. Une fenêtre sur le passé, Déposée au Conseil des États, 26 septembre 2013, n° 13.3840.

de maternité n'a pas été expressément prévue par le droit suisse qui interdit de recourir à l'accouchement sous X. Néanmoins, dans l'hypothèse selon laquelle un enfant aurait été trouvé, une action en constatation de maternité imprescriptible a été admise par la jurisprudence⁹²², bien qu'elle n'ait pas été expressément prévue par le législateur⁹²³. L'action est ouverte à tout intéressé⁹²⁴. L'établissement de la filiation implique de prouver que la femme qui a accouché est la mère, ce qui pourra notamment se faire par l'examen des empreintes génétiques⁹²⁵. Depuis l'adoption du Code de procédure civile⁹²⁶, l'action se fonde sur l'article 88 CPC⁹²⁷. Si le critère biologique de l'accouchement est fondamental, force est de constater que « *vérifier que la mère juridique soit bien la mère génétique reste (...) juridiquement sans pertinence immédiate puisque la maternité découle dans tous les cas de l'accouchement* »⁹²⁸. Les tests génétiques ne constituent donc qu'un moyen de preuve parmi d'autres de l'accouchement.

132. Accouchement et contestation de la maternité – Enfin, l'unité du fondement de la filiation s'affirme encore plus clairement dès lors qu'on étudie les conditions de la contestation de maternité. Celle-ci ne peut être envisagée que si la femme qui s'est présentée comme la mère n'est pas en réalité celle qui a accouché⁹²⁹, ce qui donnera lieu à une rectification de l'état civil⁹³⁰. Tout comme pour l'établissement judiciaire du lien de filiation, la preuve génétique ne pourra éventuellement venir qu'au soutien de la démonstration de la réalité de l'accouchement.

2. La relative stabilité des fondements de la filiation paternelle

133. Il n'existe pas en droit suisse de fondement unique de la filiation paternelle. L'étude du droit de la filiation témoigne de la recherche d'un équilibre entre vérité biologique et vérité juridique. Le lien génétique n'est donc pas l'unique fondement du lien de filiation. Cette idée est d'ailleurs renforcée par le maintien de multiples présomptions. La large ouverture de l'accès aux empreintes génétiques, telle qu'elle résulte du droit de la santé, n'a pas bouleversé le droit de la filiation qui est resté relativement stable depuis 1976. Il convient de le démontrer en étudiant les conditions de l'établissement, de la constatation et de la contestation de la filiation paternelle.

134. L'établissement non contentieux de la filiation paternelle : présomption et volonté – Les règles applicables à l'établissement du lien de filiation sont loin d'avoir été « biologisées » sous l'influence

⁹²² ATF 50 II 101. Voir aussi : Obergericht de Soleure, 5 octobre 1970 : RDT, 1972, 78, n° 11.

⁹²³ COMMENT A., « Les actions du droit de la famille non expressément prévues », *Revue de la société suisse des juristes bernois*, 1935, 71, p. 546.

⁹²⁴ R/JN, 2001, 137, 138 : cité par GUILLOD O., *Droit des familles*, Bâle, Les abrégés, Unine, Helbing & Lichtenhahn, 2014, p. 205.

⁹²⁵ GUILLOD O., « Suisse », in EUROPEAN COMMISSION, *Studies on the socio-economic impact of biotechnology ? Genetic fingerprints : scientific truth and filiation law*, Luxembourg, Office for official publications of the European communities, 1996, pp. 227-228.

⁹²⁶ Code de procédure civile (CPC) du 19 décembre 2008, Entré en vigueur au 1^{er} janvier 2011, RS 272, RO 2010 1739.

⁹²⁷ Art. 88 CPC : « *Le demandeur intente une action en constatation de droit pour faire constater par un tribunal l'existence ou l'inexistence d'un droit ou d'un rapport de droit* ».

⁹²⁸ GUILLOD O., « Suisse », in EUROPEAN COMMISSION, *Studies on the socio-economic impact of biotechnology ? Genetic fingerprints : scientific truth and filiation law*, Luxembourg, Office for official publications of the European communities, 1996, p. 228.

⁹²⁹ ATF 41 II 421 = JT, 1916, I, 514 ; ATF 50 II 101.

⁹³⁰ Sur le fondement de l'art. 42 CCS qui dispose que « *toute personne qui justifie d'un intérêt légitime peut demander au juge d'ordonner (...) la rectification (...) des données litigieuses relatives à l'état civil. Les autorités cantonales de surveillance concernées sont entendues et le juge leur notifie la décision. Les autorités cantonales de surveillance ont également qualité pour agir* » : GUILLOD O., *Droit des familles*, Bâle, Les abrégés, Unine, Helbing & Lichtenhahn, 2014, p. 205.

du droit de la santé. Pour le montrer, il est nécessaire de distinguer la filiation à l'égard de l'homme marié de celle relative à l'homme non marié.

En ce qui concerne la filiation en mariage, les progrès de la science auraient pu conduire à la disparition des présomptions initialement posées pour pallier les incertitudes de la paternité et protéger le mariage⁹³¹. Néanmoins, tel n'a pas été le cas. Comme le relève un auteur, « *ce qui justifie le maintien [des présomptions] (...) ce ne sont plus les mystères de la procréation mais le réalisme éthique. Il est socialement apaisant de poser comme règle que le mari est le père de l'enfant conçu pendant le mariage* »⁹³². Ce maintien de la présomption de paternité peut s'expliquer par des raisons pragmatiques du fait de la vigueur du mariage⁹³³ puisque les naissances en mariage représentent quatre naissances sur cinq⁹³⁴. Elle résulte actuellement de l'article 255 et s'applique uniquement aux enfants nés pendant le mariage quand bien même y aurait-il eu une annulation du mariage⁹³⁵, une suspension de la vie commune⁹³⁶ ou une séparation de corps⁹³⁷. Il peut donc exister une certaine discordance entre liens génétiques et liens juridiques. Comme le relève O. GUILLIOD, « *la présomption a une base plus large que la seule vérité biologique : elle protège aussi la vérité psychologique, soit le fait qu'en se mariant, le mari de la mère accepte comme siens les enfants que sa femme mettra au monde durant le mariage* »⁹³⁸. Certes, il existe, en droit suisse, un rétrécissement du champ d'application de la présomption de paternité⁹³⁹ qui est susceptible de renforcer la concordance entre vérité juridique et vérité génétique. Cependant, d'un point de vue temporel, ce rétrécissement ne s'inscrit pas en concordance avec l'apparition des analyses génétiques. Il ne semble donc pas possible de considérer qu'il soit dû à l'influence du droit de la santé. Ce rétrécissement s'est opéré lors de la réforme du droit du divorce. Avant cette réforme, l'article 255, issu de la réforme de la filiation de 1976, prévoyait l'application de la présomption à l'enfant né dans les 300 jours de la dissolution du mariage⁹⁴⁰. Sous la pression d'une partie de la doctrine et des officiers d'état civil, cette hypothèse a été supprimée car il est peu vraisemblable que l'enfant soit issu de l'ancien mari⁹⁴¹. Ce rétrécissement du domaine de la présomption s'opère pour les enfants nés à compter du 31

⁹³¹ MANDOFIA-BERNEY M., *Vérités de la filiation et procréation assistée. Étude des droits suisse et français*, Bâle et Francfort-sur-le-Main, Collection Genevoise, Helbing & Lichtenhahn, 1993, p. 35.

⁹³² *Dictionnaire permanent santé, bioéthique, biotechnologies*, Éditions législatives, Étude : empreintes génétiques, n° 69.

⁹³³ PICHONNAZ P., FOËX B., *Code civil I, Commentaire Romand*, Bâle, Helbing & Lichtenhahn, 2010, p. 1540, n° 1.

⁹³⁴ En 2012, le taux de naissances hors mariage était de 20,2 % selon les chiffres de l'office fédéral de la statistique : voir la page

« Proportion de naissances vivantes hors mariage », Disponible sur :

<http://www.bfs.admin.ch/bfs/portal/fr/index/themen/01/06/blank/key/02/03.html>, Consulté le 2 avril 2014.

⁹³⁵ Sous réserve de l'application de l'art. 109 al. 3 CCS qui dispose que « *la présomption de paternité du mari cesse lorsque le mariage est annulé du fait qu'il a été contracté pour éluder les dispositions sur l'admission et le séjour des étrangers* ». Antérieurement, la jurisprudence décidait que le mariage fictif était sans effet sur la filiation : ATF 122 II 289 = JT, 1998, I, 93. L'annulation du mariage est sans effet sur la présomption de paternité en droit français car l'enfant bénéficie du mariage putatif quand bien même les époux sont de mauvaise foi (art. 202 CC). Pour un exemple en lien avec la nationalité voir : Cass. civ. 1^{re}, 6 juillet 2011, n° 10-30.760, n° 10.30.811, n° 10-30.757. Pour un exposé de la situation antérieure à la réforme de la filiation, voir : GERMOND-BURNIER M., *L'établissement et la contestation de la filiation de l'enfant né dans le mariage en droits suisse, français et anglais*, Sion, Université de Lausanne, 1986, pp. 35-36.

⁹³⁶ Certains auteurs demandent toutefois que la présomption de paternité soit exclue en cas de naissance lors d'une séparation de fait précédant le divorce : BZK ZGB I-SCHWENZER, CC 255 N 10, cité par PICHONNAZ P., FOËX B., *Code civil I, Commentaire Romand*, Bâle, Helbing & Lichtenhahn, 2010, p. 1540, Note 5.

⁹³⁷ MEIER P., STETTLER M., *Droit de la filiation*, Zurich, Schulthess, 2014, pp. 40-41.

⁹³⁸ GUILLIOD O., « Suisse », in EUROPEAN COMMISSION, *Studies on the socio-economic impact of biotechnology ? Genetic fingerprints : scientific truth and filiation law*, Luxembourg, Office for official publications of the European communities, 1996, p. 228. Dans ce sens également : MEIER P., STETTLER M., *Droit de la filiation*, Zurich, Schulthess, 2014, p. 36.

⁹³⁹ Ce rétrécissement du champ d'application s'accompagne également d'une possibilité accrue de combattre la présomption de paternité.

⁹⁴⁰ Art. 255 : « *L'enfant né pendant le mariage ou dans les trois cent jours après la dissolution du mariage a pour père le mari* ».

⁹⁴¹ PICHONNAZ P., FOËX B., *Code civil I, Commentaire Romand*, Bâle, Helbing & Lichtenhahn, 2010, p. 1540.

décembre 1999⁹⁴². La présomption ne concerne désormais que les enfants nés pendant le mariage⁹⁴³, les enfants nés dans les 300 jours suivant le décès du mari ou après ce délai s'il est prouvé que l'enfant a été conçu avant le décès⁹⁴⁴ et, enfin, les enfants nés dans les 300 jours suivant le danger de mort ou les dernières nouvelles en cas de déclaration d'absence⁹⁴⁵. Ainsi, le déclin de la présomption de paternité semble davantage concorder avec l'augmentation de la divortialité⁹⁴⁶.

135. En ce qui concerne la filiation hors mariage, elle résulte de la reconnaissance de l'enfant. Cette dernière peut être appréhendée d'un double point de vue. D'une part, il est possible de se référer à ce qu'A. COLIN appelait la « *reconnaissance-confession* », c'est-à-dire à une sorte d'aveu d'un acte matériel passé⁹⁴⁷. Sous cet angle la volonté vient au soutien de la vérité biologique⁹⁴⁸. Mais la reconnaissance peut également être appréhendée comme une « *admission* » de l'enfant, c'est-à-dire comme une acceptation volontaire de l'enfant de la part de l'auteur de la reconnaissance⁹⁴⁹. En Suisse⁹⁵⁰, la reconnaissance repose sur un acte de volonté qui ne fait l'objet d'aucun contrôle *a priori*⁹⁵¹. Cela signifie que l'officier d'état civil ne fait que vérifier que les conditions légales sont bien réunies, il n'a pas à rechercher si l'auteur de la reconnaissance est effectivement lié biologiquement à l'enfant⁹⁵². Alors qu'en France les reconnaissances de complaisance sont admises de longue date⁹⁵³, leur licéité a fait l'objet d'un débat doctrinal en Suisse. Pour certains auteurs, la reconnaissance de complaisance est illicite⁹⁵⁴, elle constituerait un détournement de l'institution de la reconnaissance afin de contourner les règles applicables à l'adoption⁹⁵⁵. Le recours à la notion de détournement d'institution nous semble digne d'être relevé. En effet, alors que le détournement

⁹⁴² REINHARD R., « Entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2000 de la révision du Code civil du 26 juin 1998 : aperçu des modifications dans le domaine de l'état civil et de la procédure préparatoire du mariage », *Conférence des autorités cantonales de surveillance de l'état civil, 68^e assemblée annuelle des 23/24 septembre 1999 à Schaffhouse*, pp. 14-15, Disponible sur : <http://www.ejpd.admin.ch/content/dam/data/bj/gesellschaft/zivilstand/dokumentation/referate/ref19990923-revision-f.pdf>, Consulté le 23 mars 2014.

⁹⁴³ Art. 255 al. 1 CCS.

⁹⁴⁴ Art. 255 al. 2 CCS.

⁹⁴⁵ Art. 255 al. 3 CCS.

⁹⁴⁶ PICHONNAZ P., FOËX B., *Code civil I, Commentaire Romand*, Bâle, Helbing & Lichtenhahn, 2010, p. 1540 ; BURGAT S., GUILLOD O., « Les actions tendant à la destruction du lien de filiation spécialement l'action en désaveu de paternité », in BOHNET F., *Quelques actions en annulation*, Neuchâtel, Unine, 2007, p. 6.

⁹⁴⁷ COLIN A., « La protection de la descendance illégitime au point de vue de la preuve du lien de filiation », *RTD civ.*, 1902, p. 276.

⁹⁴⁸ MANDOFIA-BERNEY M., *Vérités de la filiation et procréation assistée. Étude des droits suisse et français*, Bâle et Francfort-sur-le-Main, Collection Genevoise, Helbing & Lichtenhahn, 1993, p. 85.

⁹⁴⁹ C'est la « *reconnaissance-admission* » : COLIN A., « La protection de la descendance illégitime au point de vue de la preuve du lien de filiation », *RTD civ.*, 1902, p. 278.

⁹⁵⁰ Art. 260 al. 3 CCS. En Suisse, la reconnaissance est réalisée par déclaration devant l'officier d'état civil, par testament ou devant le juge lorsqu'une action en constatation de la paternité est pendante.

⁹⁵¹ La circulaire relative aux règles particulières à divers actes de l'état civil relatifs à la naissance et à la filiation précise que « *l'officier de l'état civil ne peut, en principe, se faire juge de la sincérité d'une reconnaissance* » : circulaire du 28 octobre 2011 relative aux règles particulières à divers actes de l'état civil relatifs à la naissance et à la filiation, NOR : JUSC1119808C, BOMJL, 30 novembre 2011, n° 2011-11, n° 264.

⁹⁵² MEIER P., STETTLER M., *Droit de la filiation*, Zurich, Schulthess, 2014, p. 67.

⁹⁵³ FRANCK R., « La signification différente attachée à la filiation par le sang en droit allemand et français de la famille », *RIDC*, 1993, Vol. 45, n° 3, p. 639 ; FULCHIRON H., « Égalité, vérité, stabilité dans le nouveau droit français de la filiation », *Droit et patrimoine*, 2006, n° 146, p. 46 ; TERRÉ F., FENOUILLET D., *Droit civil. La famille*, Paris, Précis, Dalloz, 2011, p. 449. La Cour de cassation refuse de retenir l'existence d'un faux en écriture publique : Cass. crim., 8 mars 1988 : *JCP G*, 1989, II, 21162, Note JEANDIDIER W.

⁹⁵⁴ Notamment C. HEGNAUER, cité par : MANDOFIA-BERNEY M., *Vérités de la filiation et procréation assistée. Étude des droits suisse et français*, Bâle et Francfort-sur-le-Main, Collection Genevoise, Helbing & Lichtenhahn, 1993, p. 87.

⁹⁵⁵ MEIER P., STETTLER M., *Droit de la filiation*, Zurich, Schulthess, 2014, p. 67, Note 253.

de la reconnaissance est évoqué par la doctrine française⁹⁵⁶, la notion ne nous semble pas avoir été utilisée à l'encontre des reconnaissances de complaisance, du moins pour refuser l'enregistrement de la reconnaissance⁹⁵⁷. P. MEIER⁹⁵⁸ et S. BURGAT⁹⁵⁹ relèvent que l'officier d'état civil peut et doit refuser d'enregistrer si des documents ou des déclarations établissent avec certitude l'absence de paternité du déclarant. Telle était également la solution préconisée par l'office fédéral de la justice qui se référait à un ancien arrêt du Tribunal fédéral relatif à la légitimation et retenait que les autorités ne sont pas tenues d'enregistrer des déclarations qu'elles savent mensongères⁹⁶⁰. Certains auteurs se montrent plus nuancés. Par exemple, I. SCHWENZER considère, en se fondant sur une interprétation par analogie avec l'article 255 du Code civil relatif à la présomption de paternité, que l'officier d'état civil ne peut refuser d'enregistrer la naissance mensongère⁹⁶¹. D'autres auteurs vont plus loin. Ils arguent que la reconnaissance de complaisance n'est pas illicite, dans la mesure où l'adoption apparaît concrètement difficilement envisageable et qu'il n'existe pas de sanction directe⁹⁶². En toute hypothèse, la reconnaissance est exclue s'il « a été constaté par jugement entré en force, que le déclarant n'est pas le père »⁹⁶³ et la reconnaissance peut toujours être contestée⁹⁶⁴. Ainsi, l'ouverture des empreintes génétiques par le droit de la santé n'a pas bouleversé les règles applicables à l'établissement du lien de filiation. Il peut exister une discordance entre la filiation juridique et la filiation biologique.

136. L'établissement contentieux de la filiation paternelle : le maintien des présomptions – Il en va de même en ce qui concerne l'établissement contentieux de la filiation paternelle. L'établissement contentieux résulte uniquement de l'action en paternité prévue par les articles 261 à 263 CCS, il n'existe pas d'action en recherche de la filiation légitime. L'article 262 pose un système de présomptions fondées sur la cohabitation entre la mère et le défendeur⁹⁶⁵. Ces présomptions peuvent être combattues « lorsque le

⁹⁵⁶ CORDIER-DUMONNET N., *Le détournement d'institution*, Université de Bourgogne, Thèse en droit, 2010, pp. 87-89 ; FENOUILLET D., « Le détournement d'institution familiale », in *Mélanges Philippe Malaurie Liber amicorum*, Paris, Defrénois, 2005, p. 261 ; JESTAZ P., « Faux et détournement d'institution en droit français de la famille », in KASIRER N., *Le faux en droit privé*, Montréal, Thémis, 2000, p. 1.

⁹⁵⁷ N. CORDIER-DUMONNET mentionne la question de la maternité de substitution. S'agissant de la filiation paternelle, elle se réfère à deux espèces qui ne correspondent pas directement à l'hypothèse envisagée puisqu'il s'agissait d'une reconnaissance dans l'unique but de nuire à la mère et d'une reconnaissance couplée à un mariage fictif entre une prostituée et un étranger interdit de séjour : CORDIER-DUMONNET N., *Le détournement d'institution*, Université de Bourgogne, Thèse en droit, 2010, pp. 87-89 ; D. FENOUILLET considère qu'il y a bien détournement d'institution en vue de contourner les règles de l'adoption, mais elle fait référence à la jurisprudence de 1985 relative à la contestation de la paternité. Elle ne vise donc pas directement l'établissement de la filiation : FENOUILLET D., « Le détournement d'institution familiale », in *Mélanges Philippe Malaurie Liber amicorum*, Paris, Defrénois, 2005, p. 261 ; P. JESTAZ considère quant à lui qu'il n'y a pas là de détournement de l'institution : JESTAZ P., « Faux et détournement d'institution en droit français de la famille », in KASIRER N., *Le faux en droit privé*, Montréal, Thémis, 2000, p. 1 et s.

⁹⁵⁸ MEIER P., STETTLER M., *Droit de la filiation*, Zurich, Schulthess, 2014, p. 67. La reconnaissance d'un enfant malgré l'absence de paternité biologique n'est pas pénalement punissable : Obergericht Argovie, 13 septembre 2012 : *Fampra.ch*, 2013, n° 2, p. 546.

⁹⁵⁹ BURGAT S., GUILLOD O., « Les actions tendant à la destruction du lien de filiation spécialement l'action en désaveu de paternité », in BOHNET F., *Quelques actions en annulation*, Neuchâtel, Unine, 2007, p. 11.

⁹⁶⁰ Office fédéral de la justice, 27 février 1980, reproduit dans : « Pas de reconnaissance possible quand l'officier de l'état civil sait avec certitude que celui qui veut reconnaître l'enfant n'est pas son père », *Revue de l'état civil*, 1981, pp. 56-57.

⁹⁶¹ I. SCHWENZER citée par : MEIER P., STETTLER M., *Droit de la filiation*, Zurich, Schulthess, 2014, p. 69, Note 529.

⁹⁶² MANDOFIA-BERNEY M., *Vérités de la filiation et procréation assistée. Étude des droits suisse et français*, Bâle et Francfort-sur-le-Main, Collection Genevoise, Helbing & Lichtenhahn, 1993, p. 88. L'auteur partage l'avis de B. SAGER, qu'elle cite : SAGER B., *Die Begründung des Kindesverhältnisses zum Vater durch Anerkennung und seine Aufhebung*, Zurich, Schulthess, 1979, p. 68 et s.

⁹⁶³ ATF 122 III 99 = JT, 1997, I, 664.

⁹⁶⁴ GUILLOD O., *Droit des familles*, Bâle, Les abrégés, Unine, Helbing & Lichtenhahn, 2012, p. 210.

⁹⁶⁵ Elles sont prévues par l'article 262 al. 1 (« la paternité est présumée lorsque, entre le trois centième et le cent quatre-vingtième jour avant la naissance de l'enfant, le défendeur a cohabité avec la mère ») et al. 2 CCS (« la paternité est également présumée lorsque l'enfant a été conçu avant le trois centième jour ou après le cent quatre-vingtième jour avant la naissance et que le défendeur a cohabité avec la mère à l'époque de la conception »).

défendeur prouve que sa paternité est exclue ou moins vraisemblable que celle d'un tiers»⁹⁶⁶. L'accent n'est donc, en théorie, pas mis directement sur la vérité génétique. La preuve génétique peut potentiellement être rapportée à deux moments distincts.

En premier lieu, elle peut être rapportée par le défendeur qui cherche à établir que sa paternité est exclue ou moins vraisemblable que celle d'un tiers⁹⁶⁷ après que le demandeur a fait naître la présomption de paternité⁹⁶⁸. La démonstration de l'exclusion de la paternité nécessite que le défendeur « *corrobores son affirmation par des indices concrets* »⁹⁶⁹ ; le renversement de la présomption étant soumis à la preuve que la « *paternité peut être exclue avec certitude ou avec une probabilité confinant à la certitude* »⁹⁷⁰. La preuve par expertise pour laquelle le défendeur doit faire l'avance des frais apparaît particulièrement adaptée⁹⁷¹ mais elle ne constitue pas le seul mode de renversement de la présomption⁹⁷². Si l'expertise génétique permet de conclure quant à la paternité à un taux de 99,8 %⁹⁷³, le juge doit l'admettre, ce qui contribue à réduire sa marge d'appréciation⁹⁷⁴. La démonstration du caractère moins vraisemblable de la paternité du défendeur avait conduit certains auteurs à distinguer les situations permettant de comparer les degrés de vraisemblance des paternités potentielles⁹⁷⁵. Le Tribunal fédéral est ensuite venu préciser le double objet de la preuve, à savoir, d'une part la cohabitation avec le tiers pendant la période de conception et d'autre part, la « *plus grande vraisemblance de la conception résultant de cette cohabitation ou de la descendance de l'enfant de ce*

⁹⁶⁶ Art. 262 al. 3 CCS.

⁹⁶⁷ Comme le relève P. TERCIER dans son analyse de la situation antérieure à la réforme du droit de la filiation : « *L'ancien art. 314 al. 2 donnait (...) au défendeur le droit de se libérer en établissant des faits permettant d'élever des doutes sérieux sur (sa) paternité* ». La formule qui ne concerne pratiquement que « *l'exceptio plurium constupratorum* » avait été interprétée toujours plus restrictivement par la jurisprudence : TERCIER P., « *L'action en paternité selon le nouveau droit de la filiation* », *Revue suisse des juristes bernois*, 1978, Vol. 114, p. 390. Il se réfère à l'ATF 95 II 82. Dans cette affaire, une femme et son fils avaient intenté une action en paternité. Le tribunal cantonal avait considéré que la preuve avait été faite de la présomption de paternité. Mais il avait considéré que cette présomption était détruite du fait de la cohabitation de la femme avec d'autres hommes pendant la période légale de conception. Ces hommes ayant refusé de se soumettre à une expertise et l'expertise réalisée sur le père prétendu n'ayant pas permis de conclure à une probabilité de paternité confinant à la certitude, le tribunal cantonal avait rejeté la demande. Saisi d'un recours en réforme, le Tribunal fédéral relève que la juridiction cantonale a appliqué sa jurisprudence. Néanmoins, suivant les critiques émises par la doctrine (Lalive et Hegnauer), qui proposait de ne faire tomber la présomption que dans l'hypothèse dans laquelle il existe des raisons sérieuses de penser que la cohabitation avec le tiers a conduit à la conception, le Tribunal fédéral modifie sa jurisprudence. Il préconise ainsi de davantage tenir compte des circonstances et de faire un usage plus large de la preuve par addition d'indices. Il faut cependant considérer aujourd'hui que « *la preuve par addition d'indices (Additionbeneis) préconisée par le Tribunal fédéral (...) [perd] son sens, vu les garanties qu'offrent aujourd'hui à elles seules les techniques fondées sur l'analyse de l'ADN* » : MEIER P., STETTLER M., *Droit de la filiation*, Zurich, Schulthess, 2009, p. 104.

⁹⁶⁸ Hypothèse prévue par l'article 262 al. 3 CCS.

⁹⁶⁹ ATF 117 II 374 = JT, 1995, I, 50.

⁹⁷⁰ ATF 101 II 13, 14 : « *Le défendeur à l'action en paternité est présumé être le père de l'enfant lorsqu'il est établi qu'il a cohabité avec la mère durant la période critique (...). Il a néanmoins la possibilité de renverser la présomption en prouvant que sa paternité peut être exclue avec certitude ou avec une probabilité confinant à la certitude* ». Cet arrêt se réfère à l'ATF 94 II 79, 80.

⁹⁷¹ ATF 109 II 195 = JT, 1985, I, 111 ; TF, 5C.73/2004, 7 avril 2004, cités par : MEIER P., STETTLER M., *Droit de la filiation*, Zurich, Schulthess, 2014, p. 94.

⁹⁷² O. GUILLOD se réfère également à la stérilité, à l'absence de relation sexuelle pendant la période de conception ou à l'absence du père prétendu au moment de la conception : PICHONNAZ P., FOËX B., *Code civil I, Commentaire Romand*, Bâle, Helbing & Lichtenhahn, 2010, p. 1591.

⁹⁷³ ATF 96 II 314 = JT, 1971, I, 551 ; ATF 101 II 13, 15 ; ATF 112 II 14. Pour la même solution concernant une exclusion de la paternité fondée sur les propriétés des phosphatases acides érythrocytaires : ATF 104 II 299, 301.

⁹⁷⁴ GUILLOD O., *Droit des familles*, Bâle, Les abrégés, Unine, Helbing & Lichtenhahn, 2014, p. 219.

⁹⁷⁵ P. TERCIER distinguait ainsi cinq hypothèses. Si l'*exceptio plurium* était retenue et que l'expert concluait à la paternité de l'homme avec certitude, la présomption était définitivement renversée. Si l'*exceptio plurium* était retenue et que l'expert concluait que la paternité du défendeur était moins vraisemblable que celle du tiers, la présomption était renversée. Néanmoins, il demeurerait loisible aux demandeurs d'établir la preuve positive de la paternité du défendeur. Si l'*exceptio plurium* était retenue, mais que l'expert concluait à la paternité tout aussi vraisemblable voire plus vraisemblable du défendeur, la présomption était maintenue. Si la cohabitation avec un tiers non identifié était établie et que l'expert concluait à la paternité du défendeur sans certitude, le renversement devait être refusé. Enfin, en l'absence d'*exceptio plurium* et à défaut de certitude sur la paternité du défendeur, la présomption devait être maintenue : TERCIER P., « *L'action en paternité selon le nouveau droit de la filiation* », *Revue suisse des juristes bernois*, 1978, Vol. 114, p. 389.

tiers»⁹⁷⁶. Ainsi, le défendeur ne « peut se contenter de prétendre que la mère entretenait des relations avec plusieurs hommes pour faire cesser la présomption de paternité »⁹⁷⁷. Il en résulte que la vraisemblance de la paternité sera établie par le recours à l'expertise biologique dont les résultats permettent de se prononcer clairement sur la paternité la plus vraisemblable⁹⁷⁸.

En second lieu, la preuve de la paternité peut toujours⁹⁷⁹ être rapportée de manière directe lorsque le demandeur n'arrive pas à prouver que le défendeur a cohabité avec la mère et donc à faire naître la présomption de paternité qui permet le renversement de la charge de la preuve⁹⁸⁰. Dans cette hypothèse, le demandeur qui souhaite le prononcé de l'expertise doit selon certains auteurs être à même de rendre plausible la paternité du défendeur, alors que pour d'autres, l'accès à la preuve devrait être plus largement ouvert, les risques d'abus étant largement limités par la fiabilité de l'expertise et par l'obligation de faire l'avance des frais⁹⁸¹. Quoi qu'il en soit, le demandeur doit établir la paternité « avec certitude ou avec une probabilité confinante à la certitude »⁹⁸², si bien que l'examen des empreintes génétiques se voit accorder une importante place probatoire.

Le droit de la santé n'a pas abouti à la suppression des présomptions en ouvrant largement l'accès aux empreintes génétiques. Force est cependant de constater que l'objectif de ces présomptions est avant tout de favoriser l'économie de la procédure⁹⁸³. Il est possible d'imaginer que ces présomptions finiront par disparaître avec la baisse des coûts des expertises⁹⁸⁴.

137. La contestation du lien de filiation – Enfin, le droit de la santé a été sans influence sur les règles relatives à la contestation de la paternité qui sont restées stables depuis 1976. Il convient cependant d'établir des distinctions selon que l'homme est marié ou non.

Lorsque l'homme n'est pas marié à la mère de l'enfant, la filiation peut être attaquée par l'action en contestation de la reconnaissance. L'action est ouverte à tout intéressé et en particulier à la mère, à l'enfant, aux descendants du père s'il est décédé ainsi qu'à la commune d'origine ou de domicile de l'auteur de la reconnaissance⁹⁸⁵. L'auteur de la reconnaissance ne peut quant à lui agir que dans des hypothèses réduites⁹⁸⁶. La large ouverture de cette action s'inscrit en faveur du critère biologique. La prégnance de ce critère biologique est renforcée par l'objet de la preuve qui consiste à démontrer que l'auteur de la reconnaissance n'est pas le père de l'enfant⁹⁸⁷. Toutefois, il existe un système de renversement du fardeau de la preuve en faveur de la mère et de l'enfant qui pourront se limiter à invoquer l'absence de cohabitation entre la mère et l'auteur de la reconnaissance au moment de la conception. Si la

⁹⁷⁶ TF, 5P.125/2003, 29 octobre 2003, Consid. 8.

⁹⁷⁷ *Ibid.* L'arrêt se réfère à l'ATF 109 II 199, 201 = JT, 1984, I, 362-363.

⁹⁷⁸ PICHONNAZ P., FOËX B., *Code civil I, Commentaire Romand*, Bâle, Helbing & Lichtenhahn, 2010, p. 1591.

⁹⁷⁹ TERCIER P., « L'action en paternité selon le nouveau droit de la filiation », *Revue suisse des juristes bernois*, 1978, Vol. 114, p. 389.

⁹⁸⁰ Hypothèse prévue par l'article 262 al. 1 et 2 CCS.

⁹⁸¹ PICHONNAZ P., FOËX B., *Code civil I, Commentaire Romand*, Bâle, Helbing & Lichtenhahn, 2010, p. 1591.

⁹⁸² ATF 101 II 13, 14-15. L'arrêt se réfère à l'ATF 98 II 263-264.

⁹⁸³ PICHONNAZ P., FOËX B., *Code civil I, Commentaire Romand*, Bâle, Helbing & Lichtenhahn, 2010, p. 1590.

⁹⁸⁴ *Ibid.*

⁹⁸⁵ Art. 260 a al. 1 CCS.

⁹⁸⁶ Art. 260 a al. 2 CCS : « L'action n'est ouverte à l'auteur de la reconnaissance que s'il l'a faite en croyant qu'un danger grave et imminent le menaçait lui-même, ou l'un de ses proches, dans sa vie, sa santé, son honneur ou ses biens, ou s'il était dans l'erreur concernant sa paternité ». Cette hypothèse n'est volontairement pas développée ici car elle le sera dans le cadre des développements consacrés au respect de l'engagement et de la parole donnée en droit suisse.

⁹⁸⁷ Art. 260 b al. 1 CCS.

démonstration de l'absence de cohabitation est faite, l'action en contestation de reconnaissance peut être admise sans qu'il soit fait appel à la preuve génétique. Ce n'est que lorsque l'auteur de la reconnaissance rend la cohabitation vraisemblable que les demandeurs devront prouver sa non-paternité. Bien que l'expertise ne soit pas systématiquement utilisée, elle peut clairement aboutir à trancher le litige en faveur de la filiation biologique, d'autant que l'auteur de la reconnaissance peut toujours prouver sa paternité par le biais de l'expertise génétique. La prévalence de la filiation biologique est toutefois nuancée par l'article 259 CCS qui soumet l'action en contestation à des conditions plus strictes lorsque l'auteur de la reconnaissance a épousé la mère⁹⁸⁸.

La situation est différente lorsque l'homme est marié à la mère de l'enfant. Le droit suisse distingue ce que la doctrine appelle le « désaveu ordinaire » et le « désaveu facilité ». Seul le désaveu ordinaire implique de prouver que le mari n'est pas le père et nécessite donc de recourir à l'examen des empreintes génétiques ou de montrer l'absence de rapports sexuels féconds⁹⁸⁹.

Le désaveu est facilité dans les hypothèses visées par l'article 256 b. al. 1, c'est à dire « *lorsque l'enfant a été conçu avant la célébration du mariage ou lorsqu'au moment de la conception la vie commune était suspendue* ». Il l'est également lorsque l'enfant est né moins de cent quatre-vingts jours après la célébration du mariage ou plus de trois cents jours après sa dissolution⁹⁹⁰. En effet, la présomption de paternité se trouve affaiblie. L'examen des empreintes génétiques n'entre alors pas en ligne de compte puisqu'il suffit à l'auteur de l'action en désaveu de prouver ces faits.

Le désaveu ordinaire s'applique, en revanche, lorsque l'enfant est présumé conçu ou est conçu pendant le mariage alors que la vie commune des époux n'est pas suspendue⁹⁹¹. Il s'applique aussi lorsque, dans les hypothèses visées à l'article 256 b. al. 1, le défendeur réussit à montrer que le mari a cohabité avec la femme à l'époque de la conception⁹⁹². La présomption passe alors de faible à forte, si bien que la preuve complète est exigée.

Ainsi, dans un certain nombre d'hypothèses, il est possible de ne pas recourir à la preuve biologique, ce qui contribue *a priori* à en minimiser l'importance. Il semble d'ailleurs que la pratique neuchâteloise tende à admettre l'action en désaveu sans passer par une analyse ADN lorsque le défendeur acquiesce à l'action⁹⁹³. Toutefois, dans le moindre doute ou si le défendeur n'acquiesce pas le recours à l'examen des empreintes génétiques, l'expertise sera ordonnée⁹⁹⁴. Il en résulte que les présomptions légales

⁹⁸⁸ « Lorsque les père et mère se marient, les dispositions concernant l'enfant né pendant le mariage sont applicables par analogie à l'enfant né avant leur mariage, dès que la paternité du mari est établie par une reconnaissance ou un jugement. La reconnaissance peut être attaquée : par la mère ; par l'enfant ou, après sa mort, par ses descendants, si la vie commune des époux a pris fin pendant sa minorité ou si la reconnaissance a eu lieu après qu'il a atteint l'âge de 12 ans révolus ; par la commune d'origine ou de domicile du mari ; par le mari ».

⁹⁸⁹ Tel pourrait être le cas en cas de stérilité, sous réserve des importantes difficultés de preuve : ATF 119 II 110, 113 : cité par BURGAT S., GUILLIOD O., « Les actions tendant à la destruction du lien de filiation spécialement l'action en désaveu de paternité », in BOHNET F., *Quelques actions en annulation*, Neuchâtel, Unine, 2007, p. 40.

⁹⁹⁰ Interprétation *a contrario* de l'article 256 a al. 2 CCS.

⁹⁹¹ Art. 256 a al. 1 CCS : « Lorsque l'enfant a été conçu pendant le mariage, le demandeur doit établir que le mari n'est pas le père » ; Art. 256 a al. 2 CCS : « L'enfant né cent quatre-vingts jours au moins après la célébration du mariage ou trois cent jours au plus après sa dissolution par suite de décès est présumé avoir été conçu pendant le mariage ».

⁹⁹² Art. 256 b al. 2 CCS : « Toutefois, dans ce cas également, la paternité du mari est présumée lorsqu'il est rendu vraisemblable qu'il a cohabité avec sa femme à l'époque de la conception ».

⁹⁹³ BURGAT S., GUILLIOD O., « Les actions tendant à la destruction du lien de filiation spécialement l'action en désaveu de paternité », in BOHNET F., *Quelques actions en annulation*, Neuchâtel, Unine, 2007, p. 40.

⁹⁹⁴ *Ibid.*, p. 39 et 41.

témoignent davantage d'un souci pratique et économique que d'un refus de prendre en considération le critère biologique de la filiation.

138. Ainsi, il apparaît que, contrairement aux craintes souvent exprimées par la doctrine ou par les parlementaires français, la large ouverture de l'accès à la preuve biologique en droit de la santé ne s'accompagne pas nécessairement d'une « biologisation » du droit de la filiation. Les règles du droit suisse de la filiation sont restées relativement stables et ménagent un certain équilibre entre les diverses composantes du lien de filiation. Cette stabilité contraste particulièrement avec les variations du droit français dans la recherche d'un équilibre entre les différentes composantes de la filiation.

B. Les variations du droit français dans la détermination des fondements de la filiation

139. Si l'on compare l'évolution du droit français et du droit suisse, on est frappé par les multiples révisions du droit de la filiation qui ont eu lieu en France. Il est vrai que la spécificité du processus législatif suisse, qui s'étale sur plusieurs années, constitue un facteur d'explication de la stabilité de ce droit. Ce n'est cependant pas le seul. Le droit français a varié dans le temps, ainsi qu'en témoigne l'évolution des fondements de la filiation maternelle (1) et paternelle (2).

1. L'évolution des fondements de la filiation maternelle

140. **Consécration incomplète de *mater semper certa est*** – L'évolution du droit français a été moins linéaire que celle du droit suisse quant à la détermination des fondements de la filiation maternelle. Cela s'est traduit par la consécration incomplète de l'adage *mater semper certa est*. Cette consécration est incomplète à deux égards.

En premier lieu, la loi du 3 janvier 1972⁹⁹⁵ distinguait entre la filiation légitime, qui résultait de la mention du nom de la mère dans l'acte de naissance⁹⁹⁶, et la filiation naturelle dans laquelle la mère devait en principe reconnaître l'enfant⁹⁹⁷. La biologie ne fondait donc pas la filiation naturelle. Le droit français était sur ce point, différent du droit suisse. Le message du Conseil fédéral indiquait d'ailleurs clairement sa volonté de se distinguer du système français⁹⁹⁸. Toutefois, cette différence s'est estompée. En effet, à la

⁹⁹⁵ Loi n° 72-3 du 3 janvier 1972 sur la filiation, *JORF*, 5 janvier 1972, p. 145 : AUBERT J.-L., MORIN G., CARBONNIER J. (Préface), *La réforme de la filiation*, Paris, Répertoire du notariat Defrénois, 1973, 304 p. ; COLOMBET C., FOYER J., HUET-WEILLER D., LABRUSSE-RIOU C., *La filiation légitime et naturelle : étude de la loi du 3 janvier 1972 et de son interprétation*, Paris, Dalloz, 1977, 365 p. ; DAGOT M., SPITÉRI P., *Le nouveau droit de la filiation : la loi du 3 janvier 1972*, Paris, Librairies techniques, 1972, 135 p.

⁹⁹⁶ Art. 319 CC ancien : « La filiation des enfants légitimes se prouve par les actes de naissance inscrits sur les registres de l'état civil ». La jurisprudence retenait qu'en cas de désaveu de paternité, la filiation maternelle de l'enfant restait établie par l'acte de naissance : Cass. civ. 1^{re}, 25 avril 1984, n° 83-10.944 : *Bull. civ.*, 1984, I, n° 134.

⁹⁹⁷ Deux éléments limitaient toutefois la rigueur de cette règle. D'une part, l'article 337 disposait que « l'acte de naissance portant l'indication de la mère vaut reconnaissance, lorsqu'il est corroboré par la possession d'état ». D'autre part, l'article 336, interprété *a contrario*, permettait de retenir la filiation maternelle en cas de reconnaissance du père avec indication du nom de la mère dans l'acte de naissance et aveu de la mère. Voir : LE GUIDE R., CHABOT G., *Répertoire de droit civil Dalloz*, « Filiation (2° modes extrajudiciaires d'établissement) », Janvier 2012, n° 25.

⁹⁹⁸ Message du Conseil fédéral à l'Assemblée fédérale concernant la modification du Code civil suisse (filiation), 5 juin 1974, FF 1974 II 25.

suite de la condamnation de la Belgique dans l'arrêt Marckx⁹⁹⁹, la Cour de cassation a fait évoluer¹⁰⁰⁰ sa jurisprudence¹⁰⁰¹, par anticipation de la réforme opérée par l'ordonnance du 4 juillet 2005¹⁰⁰². La filiation maternelle résulte désormais de la seule indication de la mère dans l'acte de naissance en mariage comme hors mariage¹⁰⁰³, si bien qu'en pratique l'établissement de la filiation maternelle par reconnaissance¹⁰⁰⁴ ou possession d'état¹⁰⁰⁵ devient extrêmement marginal. Cette évolution, qui marque un rapprochement entre droit français et droit suisse, a parfois été critiquée par la doctrine qui a relevé qu'elle « *suppose préalablement l'adhésion à une certaine conception de la filiation, se satisfaisant de la seule réalité biologique, ce que certains ont appelé une conception « bouchère de la filiation»* »¹⁰⁰⁶. Cette critique nous semble devoir être nuancée. En effet, il est possible de considérer que le critère d'accouchement s'inscrit également dans une vérité psychosociale en mettant l'accent sur la relation et les échanges materno-fœtaux au détriment de la génétique, ainsi que nous le verrons plus loin¹⁰⁰⁷. Quoi qu'il en soit, et en dehors des hypothèses d'AMP, il est possible de relever que cette évolution tend à limiter la potentielle distorsion entre vérité juridique et vérité biologique.

En second lieu, les limites de *mater semper certa est* résident dans la possibilité de ne pas indiquer le nom de la mère dans l'acte de naissance. Cette possibilité s'inscrit dans une culture française favorable au secret des origines. L'article 1^{er} de la loi du 2 septembre 1941¹⁰⁰⁸ mit en place l'accouchement anonyme et la prise en charge des soins¹⁰⁰⁹. Souvent présentées comme étant à l'origine de l'accouchement sous X, ces dispositions ne font en réalité que reprendre la pratique qui s'était développée à l'Hôtel-Dieu de Paris ainsi que le décret-loi de 1793¹⁰¹⁰. Ces dispositions furent abrogées et reprises par les décrets du 29 novembre

⁹⁹⁹ CEDH, Cour plénière, Marckx contre Belgique, 13 juin 1979, n° 6833/74 : BERGER V., *Jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, Paris, 2011, p. 441 ; GACEDH, 2007, 495, SUDRE F. et al.

¹⁰⁰⁰ Dans une affaire concernant l'attribution de la nationalité française : Cass. civ. 1^{re}, 14 février 2006, n° 05-13.006 : *Bull. civ.*, 2006, I, n° 73 ; *Jurisdata* n° 006-032179 ; D., 2006, IR, 603, Obs. GRANET-LAMBRECHTS F. ; JCP G, 2006, I, 199, n° 3, Note FAVIER Y. ; *AJ famille*, 2006, 162, Note CHÉNEDÉ F. ; *Dr. fam.*, 2006, Comm. 107, MURAT P. ; *RTD civ.*, 2006, 294, Obs. HAUSER J. ; D., 2006, 1029, Note KESSLER G. ; *Defrénois*, 2006, 1058, Obs. MASSIP J. ; *Gaz. Pal.*, 22 juillet 2006, 19 ; *RJPF*, 2006-5/39, Note GARÉ T. Cette position avait déjà été retenue par le TGI de Brive-la-Gaillarde dans une affaire concernant la succession d'une personne déclarée sous le nom de sa mère à l'état civil mais non reconnue par celle-ci et élevée par les services de l'assistance publique : TGI Brive-la-Gaillarde, 30 juin 2000 : *Jurisdata* n° 120816 ; D., 2001, 27, Note ARDEEF I ; D., 2001, 972, Note GRANET F. ; D., 2001, 2872, Note LE DOUJET-THOMAS F. ; *Defrénois*, 2000, 1310, Obs. MASSIP J. ; *RTD civ.*, 2000, 815, Obs. HAUSER J. ; *RTD civ.*, 2001, 344, Obs. HAUSER J. ; *RTD civ.*, 2000, 930, Obs. MARGUÉNAUD J.-P. ; *Dr. fam.*, 2000, Comm. 107, MURAT P. ; *RJPF*, 2001-2/47, Note MEYZEAUD-GARAUD M.-C. Cette position est désormais constante : Cass. civ. 1^{re}, 25 avril 2006, n° 05-16.841 et n° 04-19.341 : *RJPF*, 2006-7-8/43, Note GARÉ T. ; *LPA*, 7 mai 2007, 12, Note DEKEUWER-DÉFOSSEZ F. ; Cass. civ. 1^{re}, 23 mai 2006, n° 05-13.737 : *Jurisdata* n° 2006-033624 ; *RJPF*-2006-9/45 ; Cass. civ. 1^{re}, 15 décembre 2010, n° 09-16.968 : *Jurisdata* n° 2010-023855 ; *JCP N*, 15 juillet 2011, n° 28, 1216, Obs. MASSIP J. ; D., 2011, 161 ; *RLDC*, 2011/79, n° 4139, J. G. ; *RJPF*-2011-4/34, Note GARÉ T. ; *RTD civ.*, 2011, 114, Obs. HAUSER J. ; *AJ famille*, 2011, 107, Note ARDEEF I. Après renvoi voir : Cass. civ. 1^{re} ; 20 novembre 2013, n° 12-17.767 : *RJPF*, 2014-2/30, Note GARÉ T. Les critiques concernant le droit transitoire sont toutefois nombreuses.

¹⁰⁰¹ Antérieurement, la Cour de cassation considérait que la filiation maternelle à l'égard de la mère naturelle n'était pas établie lorsque l'acte de naissance mentionnait le nom de la mère, mais en l'absence de reconnaissance et de possession d'état : Cass. civ. 1^{re}, 14 juin 2005, n° 03-18.825 : *Bull. civ.*, 2005, I, n° 256 ; *Gaz. Pal.*, 28 janvier 2006, 27 ; D., 2005, IR, 883 ; *AJ famille*, 2005, 328, Obs. F. C.

¹⁰⁰² Ordonnance n° 2005-759 du 4 juillet 2005 portant réforme de la filiation, *JORF*, 6 juillet 2005, p. 11159.

¹⁰⁰³ Art. 311-25 CC : « La filiation est établie, à l'égard de la mère, par la désignation de celle-ci dans l'acte de naissance de l'enfant ».

¹⁰⁰⁴ COURBE P., *Droit de la famille*, Paris, Université, Sirey, 2008, n° 731.

¹⁰⁰⁵ LE GUIDE R., CHABOT G., *Répertoire de droit civil Dalloz*, « Filiation (2° modes extrajudiciaires d'établissement) », Janvier 2012, n° 131.

¹⁰⁰⁶ TERRÉ F., FENOUILLET D., *Droit civil. La famille*, Paris, Précis, Dalloz, 2011, p. 391.

¹⁰⁰⁷ Voir *infra* § 153 et s.

¹⁰⁰⁸ Loi du 2 septembre 1941 sur la protection de la naissance, n° 3763, Reproduit dans : VERDIER P., DUBOC M., *Retrouver ses origines. L'accès au dossier des enfants abandonnés*, Paris, Dunod, 2002, p. 156.

¹⁰⁰⁹ MURAT P., « L'accouchement dans l'anonymat et ses incidences juridiques », in CIEC, *Questions d'actualité en droit des personnes dans les États membres de la CIEC*, Colloque organisé à Strasbourg pour marquer les 50 ans d'existence de la CIEC, p. 63, Disponible sur : <http://ciec1.org/CadrEtudeColloque.htm>, Consulté le 31 mars 2014.

¹⁰¹⁰ VERDIER P., DUBOC M., *Retrouver ses origines. L'accès au dossier des enfants abandonnés*, Paris, Dunod, 2002, pp. 48-49.

1953 et du 7 janvier 1959¹⁰¹¹. L'accouchement sous X fut codifié au sein du Code de la famille et de l'aide sociale, créé par un décret du 24 janvier 1956¹⁰¹², dans un article 42, puis 47¹⁰¹³, qui deviendra ultérieurement l'article 222-6 du CASF¹⁰¹⁴. La loi du 8 janvier 1993¹⁰¹⁵ est également régulièrement citée comme une étape importante de l'histoire de l'accouchement sous X. Symboliquement importante, puisqu'elle marqua l'entrée de l'accouchement sous X au sein du Code civil, son impact fut toutefois limité¹⁰¹⁶. En effet, cette loi créa un article 341-1 qui reprenait la faculté d'accoucher sous X d'ores et déjà prévue par le Code de la famille et de l'aide sociale. Elle ajouta également un article 341, dont le champ d'application était controversé¹⁰¹⁷, interdisant la recherche de maternité en cas d'accouchement sous X. Cette faculté pour la femme d'accoucher sous X ne fut pas remise en cause en 1996¹⁰¹⁸ ni en 2005. La loi de ratification de 2009¹⁰¹⁹ supprima la fin de non-recevoir liée à l'action en recherche de maternité. La possibilité d'accoucher sous X perdit donc en France. Elle est actuellement prévue par l'article 326 du Code civil qui dispose que « *lors de son accouchement, la mère peut demander que le secret de son admission et de son identité soit préservé* ». Comme il est possible de ne pas mentionner le nom de la mère dans l'acte de naissance, une distorsion entre filiation biologique et filiation juridique est envisageable.

Cette particularité de l'accouchement sous X montre que le droit français de la filiation est marqué par l'objectif de protection de la santé de la femme. En effet, il a été démontré plus haut qu'en dehors de l'assistance médicale à la procréation, la volonté individuelle, particulièrement féminine, était centrale. Elle seule décide de subir ou non un acte médical d'interruption volontaire de grossesse. La dimension individuelle de la maternité déteint sur le régime de l'établissement du lien de filiation. Ce décalque pose clairement la difficulté des paternités refusées aux hommes qui les souhaiteraient ou imposées aux hommes qui ne les souhaiteraient pas¹⁰²⁰.

141. Les évolutions de l'action en recherche de maternité – L'action en recherche de maternité a également fait l'objet d'une évolution. Sous l'empire de la loi du 3 janvier 1972¹⁰²¹, la preuve de la filiation légitime pouvait être faite par témoins, mais l'admissibilité de cette preuve nécessitait au préalable l'existence soit d'un commencement de preuve par écrit, soit de présomptions ou d'indices graves¹⁰²². La preuve contraire pouvait quant à elle s'établir par tous moyens¹⁰²³. L'action en recherche de maternité naturelle était admise et l'enfant devait prouver qu'il était celui dont la femme qu'il prétendait être sa mère

¹⁰¹¹ *Lamy droit des personnes et de la famille*, Octobre 2010, n° 436-5.

¹⁰¹² Décret n° 56-149 du 24 janvier 1956 portant codification des textes législatifs concernant la famille et l'aide sociale, *JORF*, 28 janvier 1956, p. 1109.

¹⁰¹³ Loi n° 86-17 du 6 janvier 1986 adaptant la législation sanitaire et sociale aux transferts de compétences en matière d'aide sociale et de santé, *JORF*, 8 janvier 1986, p. 372.

¹⁰¹⁴ *Lamy droit des personnes et de la famille*, Octobre 2010, n° 436-5.

¹⁰¹⁵ Loi n° 93-22 du 8 janvier 1993 modifiant le Code civil relative à l'état civil, à la famille et aux droits de l'enfant et instituant le juge aux affaires familiales, *JORF*, 9 janvier 1993, p. 495.

¹⁰¹⁶ VERDIER P., DUBOC M., *Retrouver ses origines. L'accès au dossier des enfants abandonnés*, Paris, Dunod, 2002, p. 54.

¹⁰¹⁷ La place de l'ancien article 341-1 dans le Code pouvait conduire à limiter la fin de non-recevoir à l'action en recherche de maternité naturelle : FENOUILLET D., *Droit de la famille*, Paris, Dalloz, Cours, 2013, pp. 403-404 ; BUFFELAN-LANORE, LARRIBAU-TERNEYRE V., *Droit civil. Introduction, biens, personnes, famille*, Paris, Université, Sirey, 2013, p. 918.

¹⁰¹⁸ Même si des assouplissements furent prévus concernant les données non identifiantes. Voir *infra* § 415.

¹⁰¹⁹ Loi n° 2009-61 du 16 janvier 2009 ratifiant l'ordonnance n° 2005-759 du 4 juillet 2005 portant réforme de la filiation et modifiant ou abrogeant diverses dispositions relatives à la filiation, *JORF*, 18 janvier 2009, p. 1062.

¹⁰²⁰ Sur cette problématique voir : PLARD M., *Paternités imposées*, Paris, Les liens qui libèrent, 2013, 205 p.

¹⁰²¹ Loi n° 72-3 du 3 janvier 1972 sur la filiation, *JORF*, 5 janvier 1972, p. 145.

¹⁰²² Art. 323 CC.

¹⁰²³ Art. 325 CC.

avait accouché¹⁰²⁴. À défaut de possession d'état, la preuve de la filiation pouvait être faite par témoins à condition qu'existent soit des présomptions ou indices graves, soit un commencement de preuve par écrit.

La loi du 8 janvier 1993¹⁰²⁵ avait apporté des modifications au régime de la preuve de la filiation légitime, en prévoyant qu'elle ne pouvait être judiciairement rapportée que s'il existait des présomptions ou indices assez graves pour en déterminer l'admission¹⁰²⁶. Cette loi avait également modifié le régime de l'action en recherche de maternité naturelle d'une part, en prévoyant une fin de non-recevoir liée à l'accouchement dans le secret¹⁰²⁷ et, d'autre part, en soumettant la preuve à la démonstration préalable de l'existence de présomptions ou indices graves¹⁰²⁸.

En supprimant la distinction entre filiation légitime et filiation naturelle, l'ordonnance du 4 juillet 2005 avait étendu cette fin de non-recevoir à l'ensemble des actions en recherche de maternité¹⁰²⁹. Elle avait en outre supprimé les adminicules préalables¹⁰³⁰.

La loi du 16 janvier 2009 a finalement supprimé la fin de non-recevoir tirée de l'accouchement dans le secret¹⁰³¹. Cette suppression marque un pas supplémentaire en faveur de l'importance de la biologie dans la détermination du lien de filiation. Ainsi, en France comme en Suisse, l'expertise biologique est ordonnée par le juge afin de déterminer le lien de filiation maternelle. Néanmoins, il faut souligner ici que les empreintes génétiques ne servent « *qu'indirectement à établir la maternité puisqu'elles indiquent simplement qui est la mère génétique, censée être aussi la mère gestatrice* »¹⁰³².

2. L'évolution des fondements de la filiation paternelle

142. L'évolution de la filiation paternelle dans le droit français témoigne également de multiples variations. Elles sont visibles en ce qui concerne l'établissement contentieux et non contentieux de la filiation, ainsi que dans la contestation de la filiation.

143. Établissement non contentieux de la filiation paternelle – L'établissement de la filiation paternelle nécessite de distinguer selon que le père est marié ou non.

Lorsque le père est marié, la présomption de paternité s'applique aux enfants conçus¹⁰³³ ou nés pendant le mariage¹⁰³⁴. La présomption est donc maintenue. On note également, tout comme en droit

¹⁰²⁴ Art. 341 al. 1 et 2 CC.

¹⁰²⁵ Loi n° 93-22 du 8 janvier 1993 modifiant le Code civil relative à l'état civil, à la famille et aux droits de l'enfant et instituant le juge aux affaires familiales, *JORF*, 9 janvier 1993, p. 495.

¹⁰²⁶ *Ibid.*, Art. 17.

¹⁰²⁷ *Ibid.*, Art. 26 et 27. L'article 341 al. 1 du Code civil dispose désormais que « *la recherche de maternité est admise sous réserve de l'application de l'article 341-1* ». Ce dernier disposant, quant à lui, que « *lors de l'accouchement, la mère peut demander que le secret de son admission et de son identité soit préservé* ».

¹⁰²⁸ *Ibid.*, Art. 26.

¹⁰²⁹ Ordonnance n° 2005-759 du 4 juillet 2005 portant réforme de la filiation, *JORF*, 6 juillet 2005, p. 11159.

¹⁰³⁰ Art. 14 de l'ordonnance du 4 juillet 2005.

¹⁰³¹ Art. 1^{er}, II, 7° de la loi n° 2009-61 du 16 janvier 2009 ratifiant l'ordonnance n° 2005-759 du 4 juillet 2005 portant réforme de la filiation et modifiant ou abrogeant diverses dispositions relatives à la filiation, *JORF*, 18 janvier 2009, p. 1062.

¹⁰³² GUILLOD O., « Suisse », in EUROPEAN COMMISSION, *Studies on the socio-economic impact of biotechnology ? Genetic fingerprints : scientific truth and filiation law*, Luxembourg, Office for official publications of the European communities, 1996, p. 228.

¹⁰³³ Dans le Code civil de 1804, l'enfant né 300 jours après la dissolution du mariage était, dans un premier temps, traité comme légitime par l'article 315 qui disposait que « *la légitimité de l'enfant né trois cent jours après la dissolution du mariage, pourra être contestée* ». Cet article a été modifié par la loi du 3 janvier 1972 à partir de laquelle il disposait que « *la présomption de paternité n'est pas applicable à l'enfant né trois cent jours après la dissolution du mariage, ni en cas d'absence déclarée du mari, à celui qui est né plus de trois cent jours après la disparition* ». Cette précision n'a pas été reprise par l'ordonnance du 4 juillet 2005 car elle résulte directement du fait que, dans cette

suisse, un rétrécissement du champ de la présomption. Le droit français confère à la présomption de paternité un champ d'application *a priori* différent de celui consacré par son homologue helvétique. Néanmoins, il ne se distingue pas tant du droit suisse puisque, contrairement à ce dernier, il prévoit des cas d'éviction de la présomption de paternité¹⁰³⁵. Au fil des révisions du droit de la filiation, ces cas d'éviction ont englobé des hypothèses de plus en plus vastes¹⁰³⁶. Il s'agit d'abord de l'absence d'indication du nom du mari dans l'acte de naissance qui laisse à supposer que l'enfant n'est pas issu du mari¹⁰³⁷. Il s'agit ensuite de l'hypothèse de la séparation légale¹⁰³⁸ des époux qui permet d'écarter la présomption de paternité lorsque l'enfant est né plus de 300 jours après, soit l'homologation de la convention réglant les conséquences du divorce ou des mesures provisoires¹⁰³⁹, soit l'ordonnance de non-conciliation¹⁰⁴⁰ et moins de cent quatre-vingts jours depuis le rejet définitif de la demande ou depuis la réconciliation. Ce rétrécissement du champ d'application de la présomption de paternité a été expliqué non seulement par la recherche d'une plus grande concordance entre vérités juridique et biologique du fait des progrès de la science¹⁰⁴¹, mais aussi par l'égalisation des filiations naturelle et légitime¹⁰⁴² qui rend inutile le maintien

hypothèse, la conception n'a pas eu lieu dans le mariage : TERRÉ F., FENOUILLET D., *Droit civil. La famille*, Paris, Précis, Dalloz, 2011, p. 405 et s.

¹⁰³⁴ Art. 312 CC. Le Code civil de 1804 n'envisageait que l'hypothèse de la conception en mariage mais la Cour de cassation avait retenu dans son arrêt Degas que « tout enfant né au cours du mariage a la qualité d'enfant légitime, quelle que soit la date de sa conception », opérant ainsi un rapprochement avec le droit suisse : Cass. civ. 1^{re}, 8 janvier 1930 : *GAJC*, 2007, n° 42. La solution fut reprise à l'art. 314 al. 1^{er}, issu de la loi du 3 janvier 1972, qui réputait légitime dès sa conception l'enfant né avant le cent quatre-vingtième jour du mariage. Depuis l'ordonnance du 4 juillet 2005, la présomption s'applique directement aux enfants nés et conçus dans le mariage.

¹⁰³⁵ Art. 313 CC. Avant la loi du 3 janvier 1972, il suffisait que le nom de la mère soit indiqué dans l'acte de naissance pour que l'enfant soit rattaché au mari, et ce, même si la mère était déclarée sous son nom de jeune fille, si un tiers était déclaré comme père de l'enfant ou avait reconnu l'enfant postérieurement. La loi du 3 janvier 1972 avait prévu à l'article 313-1 que « la présomption de paternité est écartée quand l'enfant, inscrit sans l'indication du nom du mari, n'a de possession d'état qu'à l'égard de la mère ». Désormais l'absence d'inscription du nom du père suffit, quelle que soit la situation à l'égard de la mère : TERRÉ F., FENOUILLET D., *Droit civil. La famille*, Paris, Précis, Dalloz, 2011, p. 408 et s.

¹⁰³⁶ Afin de ne pas alourdir le corps du texte, la démonstration est en partie présentée en notes de bas de page.

¹⁰³⁷ Demande de divorce ou de séparation de corps.

¹⁰³⁸ Art. 313 CC. Avant la loi du 3 janvier 1972, le père pouvait faire usage du désaveu sur simple dénégation, prévu par une loi du 6 décembre 1850, pour les enfants en gestation durant une période au cours de laquelle les époux n'étaient pas tenus de cohabiter. La présomption prenait également fin en cas de légitimation par le remariage de la mère, hypothèse prévue à l'article 313 al. 2. À partir de la loi du 3 janvier 1972, l'article 313 CC disposait qu'« en cas de jugement ou même de demande, soit de divorce, soit de séparation de corps, la présomption de paternité ne s'applique pas à l'enfant né plus de trois cents jours après l'ordonnance autorisant les époux à résider séparément, et moins de cent quatre-vingts jours depuis le rejet définitif de la demande ou depuis la réconciliation ». Contrairement à la solution antérieure, l'éviction de la présomption de paternité était indépendante de la volonté des époux. Depuis l'ordonnance du 4 juillet 2005, le champ d'application de la présomption a été encore restreint puisqu'il n'est plus exigé que les époux aient été autorisés à résider séparément et que l'hypothèse de la réconciliation des époux a été supprimée : TERRÉ F., FENOUILLET D., *Droit civil. La famille*, Paris, Précis, Dalloz, 2011, p. 406 et s.

¹⁰³⁹ Pour le divorce par consentement mutuel.

¹⁰⁴⁰ Pour les autres cas de divorce.

¹⁰⁴¹ HUET-WEILLER D., « Le droit français », in LABRUSSE-RIOU C., CORNU G. (Dir.), *Droit de la filiation et progrès scientifiques*, Paris, Perspectives économiques et juridiques, Economica, 1982, p. 17 ; BATTEUR A., « Recherche sur les fondements de la filiation depuis l'ordonnance du 4 juillet 2005 », *LPA*, 19 juin 2007, n° 122, p. 7 ; LARRIBAU-TERNEYRE V., « Le mythe du sang en droit de la filiation », *LPA*, 16 mars 1994, n° 32, p. 18.

¹⁰⁴² En droit suisse, l'égalisation des filiations naturelle et légitime a été précoce puisque ces termes ont disparu depuis la réforme de la filiation de 1976 qui cherchait à mettre en place l'unité des filiations : message du Conseil fédéral à l'Assemblée fédérale concernant la modification du Code civil suisse (filiation), 5 juin 1974, FF 1974 II 21 ; FLATTET G., « Le nouveau droit suisse de la filiation », *RIDC*, 1977, Vol. 29, n° 4, p. 676 ; GERMOND-BURNIER M., *L'établissement et la contestation de la filiation de l'enfant né dans le mariage en droits suisse, français et anglais*, Sion, Université de Lausanne, 1986, p. 2 ; GUILLOD O., « Suisse », in EUROPEAN COMMISSION, *Studies on the socio-economic impact of biotechnology ? Genetic fingerprints : scientific truth and filiation law*, Luxembourg, Office for official publications of the European communities, 1996, p. 226 ; FLATTET, « Le droit suisse de la filiation », in PAUWELS J.-M. (Dir.), *La réforme du droit de la filiation. Perspectives européennes*, Bruxelles, Bruylant, 1981, p. 135. En France, la loi du 3 janvier 1972 a renforcé les droits des enfants naturels en prévoyant, à l'article 334 du Code civil, que « l'enfant naturel a en général les mêmes droits et les mêmes devoirs que l'enfant légitime dans ses rapports avec ses père et mère ». Elle a toutefois conservé la distinction entre enfants légitimes et naturels qui ne fut définitivement abandonnée qu'avec l'ordonnance du 4 juillet 2005 : LEROYER A.-M., « Réforme de la filiation », *RTD civ.*, 2005, n° 4, p. 837 ; GRANET-LAMBRECHTS F., « Les dispositions générales du droit de la filiation », *AJ famille*, 2005, p. 426 ; VASSAUX J., « Premières vues sur la réforme du droit de la filiation », *JCP N*, 2005, n° 47, p.

artificiel de la légitimité de l'enfant¹⁰⁴³, ainsi que par le déclin du souci de protéger à tout prix le mariage¹⁰⁴⁴.

Lorsque le père n'est pas marié, la reconnaissance résulte de la seule volonté¹⁰⁴⁵, à l'instar du droit suisse.

Il convient d'ajouter le rôle particulier joué par la possession d'état en France. Elle constitue une spécificité des droits romanistes¹⁰⁴⁶ et peut être définie comme une « *situation d'ensemble qui, lorsqu'elle résulte de la réunion suffisante de faits et gestes indiquant un rapport de filiation ou de parenté constituée, à titre de présomption, une preuve de la filiation* »¹⁰⁴⁷. La possession d'état était déjà prévue par le Code civil de 1804, mais le texte ne s'y référait qu'à propos de la preuve de la filiation légitime¹⁰⁴⁸ et la jurisprudence refusait d'en faire un mode de preuve de la filiation naturelle¹⁰⁴⁹. La loi du 3 janvier 1972 en avait donné une définition commune aux filiations légitime et naturelle¹⁰⁵⁰. Elle constituait un mode de preuve de la filiation légitime¹⁰⁵¹ et était amenée à jouer des rôles variés dans le domaine de la filiation naturelle¹⁰⁵². Malgré les hésitations doctrinales¹⁰⁵³, la Cour de cassation avait, dans l'affaire Law King, cassé l'arrêt de la cour d'appel de Saint-Denis de la Réunion et refusé de faire de la possession d'état un mode de preuve de la filiation naturelle en se fondant sur les termes clairs de l'article 334-8¹⁰⁵⁴. Elle avait alors renvoyé l'affaire devant la même cour

1458 et s., § 3 et 4 ; LARRIBAU-TERNEYRE V., « Feu les enfants légitimes et naturels ! Vive la présomption de paternité... légitime ! (Ordonnance du 4 juillet 2005 sur la filiation) », *Dr. fam.*, 2005, n° 10, Repère 9 ; « Réforme de la filiation : suppression des concepts de filiation légitime et naturelle », *JCP N*, 2005, n° 28, Act. 369 ; HAUSER J., « Des filiations à la filiation », *RJPF*, 2005, n° 9, p. 6 ; DEKEUWER-DÉFOSSEZ F., « Le nouveau droit de la filiation : pas si simple ! », *RLDC*, 2005, n° 21, p. 35 ; « Le nouveau droit de la filiation a été promulgué », *RJPF*, 2005, Actualités, 007/008 ; MARRAUD DES GROTTEZ G., « Ordonnance portant réforme de la filiation », *RLDC*, 2005, n° 19, p. 39 ; CORPART I., « La filiation sur ordonnance ou l'abolition des inégalités », *Gaz. Pal.*, 25 août 2005, n° 237, p. 2 et s.

¹⁰⁴³ LABRUSSE-RIOU C., *Répertoire de droit civil Dalloz*, « Filiation (1° généralité) », Juin 2013, n° 57.

¹⁰⁴⁴ FULCHIRON H., « Égalité, vérité, stabilité dans le nouveau droit français de la filiation », *Droit et patrimoine*, 2006, n° 146, p. 50 ; LARRIBAU-TERNEYRE V., « Le mythe du sang en droit de la filiation », *LPA*, 16 mars 1994, n° 32, p. 18.

¹⁰⁴⁵ Art. 316 CC. En France la reconnaissance peut être réalisée devant l'officier d'état civil, devant notaire ou en justice.

¹⁰⁴⁶ FRANCK R., « Observations comparatives sur la contestation de paternité », *RIDC*, 2005, Vol. 57, n° 1, p. 93.

¹⁰⁴⁷ CORNU G., *Vocabulaire juridique*, Dicos poche, Quadrige, PUF, 2007, p. 696.

¹⁰⁴⁸ Elle était prévue par un chapitre II intitulé : « Des preuves de la filiation des enfants légitimes ». L'article 320 disposait qu'« à défaut de ce titre, la possession constante de l'état d'enfant légitime suffit ». Il était complété par un article 321 disposant 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 prétend appartenir. Les principaux faits sont, que l'individu a toujours porté le nom du père auquel il prétend appartenir ; que le père l'a traité comme son enfant, et a pourvu, en cette qualité, à son éducation, à son entretien et à son établissement ; qu'il a été reconnu constamment pour tel dans la société ; qu'il a été reconnu comme tel par la famille ». Les enfants naturels ne pouvaient qu'être légitimés ou reconnus : *Code civil des français*, Édition originale et seule officielle, Paris, Imprimerie de la République, 1804, p. 80 et s.

¹⁰⁴⁹ Cass. civ., 17 février 1851 ; Cass. civ., 3 avril 1872 : cités par : LEQUETTE Y., TERRÉ F., CAPITANT H., *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, Paris, Grands arrêts, Dalloz, 2007, p. 323.

¹⁰⁵⁰ Loi n° 72-3 du 3 janvier 1972 sur la filiation, *JORF*, 5 janvier 1972, p. 145 : le chapitre premier du titre septième du Code civil était intitulé : « Dispositions communes à la filiation légitime et à la filiation naturelle ». Il contenait les articles 311-1, 311-2, 311-3 qui rappelaient la définition, le caractère continu, les principaux faits établissant la possession d'état et le fait que les parents ou l'enfant peuvent demander au juge des tutelles la délivrance d'un acte de notoriété.

¹⁰⁵¹ Art. 320 : « À défaut de ce titre, la possession de l'état d'enfant légitime suffit » ; Art. 321 : « Il n'y a de possession d'état d'enfant légitime qu'autant qu'elle rattache l'enfant indivisiblement à ses père et mère ». Pour la filiation naturelle, l'article 334-8 disposait que « la filiation naturelle est légalement établie, soit par reconnaissance volontaire, soit par déclaration judiciaire, à la suite d'une action en recherche de paternité ou de maternité. La filiation naturelle peut aussi se trouver légalement établie par l'effet nécessaire d'un jugement, notamment à la suite d'une action en désaveu ou en contestation de légitimité ».

¹⁰⁵² Art. 337 CC : « L'acte de naissance portant indication de la mère vaut reconnaissance lorsqu'il est corroboré par la possession d'état » ; Art. 339 al. 3 CC : « Quand il existe une possession d'état conforme à la reconnaissance et qui a duré dix ans au moins depuis celle-ci, aucune contestation n'est plus recevable, si ce n'est de la part de l'autre parent, de l'enfant lui-même ou de ceux qui se prétendent les parents véritables ».

¹⁰⁵³ Certains auteurs se montraient favorables à la possession d'état comme mode de preuve de la filiation naturelle, alors que d'autres s'y montraient hostiles : LEQUETTE Y., TERRÉ F., CAPITANT H., *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, Paris, Grands arrêts, Dalloz, 2007, pp. 323-324.

¹⁰⁵⁴ « Attendu que, selon ce texte, la filiation naturelle est légalement établie, soit par reconnaissance volontaire, soit par déclaration judiciaire, à la suite d'une action en recherche de paternité ou de maternité, soit encore par l'effet nécessaire d'un jugement ; qu'il en résulte qu'une action tendant, en dehors des

d'appel autrement composée¹⁰⁵⁵. Sur renvoi, la cour d'appel fit œuvre de résistance et admit l'établissement de la filiation naturelle par possession d'état¹⁰⁵⁶. En réponse au second pourvoi, l'Assemblée plénière de la Cour de cassation désavoua la première chambre civile et retint que « *l'article 334-8 du Code civil, dans sa rédaction antérieure à la loi du 25 juin 1982, énumère seulement les cas dans lesquels l'acte juridique de reconnaissance ou les actions contentieuses engagées ont pour effet d'établir, en droit, directement ou indirectement, le lien de filiation naturelle ; qu'il ne fait pas obstacle à la constatation, en vertu de l'article 311-3 du même code, de la possession d'état d'enfant naturel, fondée sur des éléments de pur fait, d'où il résulte une présomption légale, commune aux filiations légitime et naturelle, instituée par les articles 311-1 et 311-2 du Code civil* »¹⁰⁵⁷. Entre temps, était intervenue la loi du 25 juin 1982 qui avait expressément permis l'établissement de la filiation naturelle par la possession d'état¹⁰⁵⁸. L'ordonnance du 4 juillet 2005 a repris la définition de la possession d'état à l'article 311-1 en plaçant le *nomen* en dernière position dans l'énumération des principaux éléments constitutifs¹⁰⁵⁹ et en précisant expressément ses caractères¹⁰⁶⁰. L'établissement de la filiation par possession d'état nécessite la délivrance d'un acte de notoriété qui ne peut être demandé au juge du tribunal d'instance, par l'enfant ou chacun des parents, que dans un délai de cinq ans à compter de la cessation de la possession d'état ou du décès du parent prétendu¹⁰⁶¹. L'acte de notoriété établissant la possession d'état établit la filiation qui est ensuite mentionnée en marge de l'acte de naissance de l'enfant¹⁰⁶².

Globalement, l'évolution des règles relatives à l'établissement de la filiation est proche de celle du droit suisse, ce qui accrédite l'idée d'une influence limitée du droit de la santé. La biologie n'entre pas seule en compte lorsqu'il s'agit d'établir la filiation en dehors de tout contentieux.

144. Établissement contentieux de la filiation paternelle – Contrairement au droit suisse, le droit français avait érigé de multiples barrières à la vérité biologique en matière d'établissement contentieux de la filiation paternelle. Trop rigides puisqu'elles s'opposaient de front à la vérité biologique, elles n'ont pas résisté. Le déclin des obstacles à la vérité biologique concerne tant l'action en rétablissement de la présomption de paternité que celle en recherche de paternité.

cas et conditions prévus aux articles 340 à 340-4 du Code civil, à faire constater une paternité naturelle sur le fondement d'une possession d'état continue, telle que définie aux articles 311-1 et 311-12 du même Code, doit être déclarée irrecevable ».

¹⁰⁵⁵ Cass. civ. 1^{re}, 8 mai 1979, n° 77-10.812 : *Bull. civ.*, 1979, I, n° 134 : *GAJC*, 2007, n° 45-46 et les références citées.

¹⁰⁵⁶ CA Saint-Denis de la Réunion, 4 juillet 1980 : *Defrénois*, 1981, 1391, Note SOULEAU H. Dans le même sens : CA Paris, 11 juillet 1978 : *D.*, 1979, 422, Note MASSIP J. ; *D.*, 1978, IR, 396, Obs. HUET-WEILLER D. ; CA Paris, 8 décembre 1981, *D.*, 1982, 151 : cités par : LEQUETTE Y., TERRÉ F., CAPITANT H., *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, Paris, Grands arrêts, Dalloz, 2007, p. 324.

¹⁰⁵⁷ Cass. ass. plén., 9 juillet 1982, n° 80-17.084 : *Bull. ass. plén.*, 1982, n° 4 : *D.*, 1982, 151, Note J. L. ; *JCP G*, 1983, II, 19993, Concl. CABANNES ; *Gaz. Pal.*, 1982, 2, 513 ; *Defrénois*, 1982, 1265, Obs. MASSIP J. Voir ensuite : Cass. civ. 1^{re}, 1^{er} décembre 1982, n° 81-12.706 : *Bull. civ.*, 1982, n° 347 ; *D.*, 1983, 573, AGOSTINI E.

¹⁰⁵⁸ Loi n° 82-536 du 25 juin 1982 modifiant l'article 334-8 du Code civil relatif à l'établissement de la filiation naturelle, *JORF*, 26 juin 1982, p. 2026.

¹⁰⁵⁹ Art. 311-1 CC.

¹⁰⁶⁰ Art. 311-2 CC. Elle doit être continue, paisible, publique et non équivoque.

¹⁰⁶¹ Art. 317 CC, modifié par l'article 19 de loi n° 2011-1862 du 13 décembre 2011 relative à la répartition des contentieux et à l'allègement de certaines procédures juridictionnelles, *JORF*, 14 décembre 2011, p. 21105 (apportant la précision du tribunal du lieu de naissance ou de leur domicile).

¹⁰⁶² Art. 317 al. 4 CC.

En 1972, le succès de l'action en rétablissement de la présomption de paternité impliquait d'apporter la preuve d'une réunion de fait rendant vraisemblable la paternité du mari¹⁰⁶³. Ces deux éléments étaient cumulatifs¹⁰⁶⁴ et pouvaient être prouvés par tous moyens¹⁰⁶⁵. La preuve biologique n'était donc pas exclusive¹⁰⁶⁶. La notion de vraisemblance devait toutefois progressivement évoluer vers toujours plus de vérité biologique avec les progrès des examens scientifiques¹⁰⁶⁷, si bien que la jurisprudence sembla commencer à accepter de déduire la réunion de fait d'une expertise biologique rendant vraisemblable la paternité du mari¹⁰⁶⁸. Progressivement, les juges se sont en pratique contentés de la certitude de la paternité du mari de la mère, les certitudes apportées par la preuve génétique contribuant à rendre obsolètes les exigences légales¹⁰⁶⁹.

Cela explique que l'ordonnance du 4 juillet 2005 ait supprimé ces conditions¹⁰⁷⁰ et subordonne désormais le rétablissement en justice de la présomption de paternité à la seule preuve que « *le mari est le père* »¹⁰⁷¹. Cette évolution renforce encore davantage la place accordée à la vérité biologique puisque d'une part, il n'est plus possible de s'en tenir à une simple vraisemblance¹⁰⁷² et, d'autre part, l'impossibilité biologique de la paternité fait obstacle à tout rétablissement de la présomption de paternité¹⁰⁷³. L'expertise qui est de droit en matière de rétablissement de la présomption de paternité¹⁰⁷⁴ devient donc la reine des preuves.

¹⁰⁶³ Art. 313-2 CC : « Chacun des époux peut demander que les effets de la présomption de paternité soient rétablis en justifiant que, pendant la période légale de conception, une réunion de fait a eu lieu entre eux, qui rend vraisemblable la paternité du mari ».

¹⁰⁶⁴ Cass. civ. 1^{re}, 16 juillet 1992, n° 91-12.325 : *Bull. civ.*, 1992, I, n° 231 ; D., 1993, Somm. 45, Obs. GRANET-LAMBRECHTS F. : « Attendu cependant que la cohabitation des époux (...) ne pouvait établir que leur réunion de fait pendant la période légale de conception ; qu'en se fondant sur cette seule circonstance sans relever aucun élément de nature à rendre vraisemblable la paternité du mari, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard du texte susvisé ».

¹⁰⁶⁵ Concernant la preuve de la réunion de fait par tous moyens, voir par exemple : Cass. civ. 1^{re}, 3 octobre 1978, n° 76-11.797 : *JCP G*, 1979, II, 19134, Note HUET-WEILLER D.

¹⁰⁶⁶ D. HUET-WEILLER relève qu'à l'époque « les quelques décisions déjà rendues qui admettent le rétablissement de la présomption de paternité se sont généralement contentées d'examiner l'attitude du mari ou le comportement de la mère » : HUET-WEILLER D., « Le droit français », in LABRUSSE-RIOU C., CORNU G. (Dir.), *Droit de la filiation et progrès scientifiques*, Paris, Perspectives économiques et juridiques, Economica, 1982, p. 24.

¹⁰⁶⁷ GRANET-LAMBRECHTS F., « La cohabitation d'époux n'établissant que leur réunion de fait pendant la période légale de conception est un élément insuffisant pour rendre vraisemblable la paternité du mari », D., 1993, n° 6, Somm., p. 46 ; GRIDEL J.-P., « Vérité biologique et droit positif de la filiation (1972-1993) », D., 1993, n° 27, p. 194.

¹⁰⁶⁸ Cass. civ. 1^{re}, 20 novembre 1990, n° 89-10.311 : *RTD civ.*, 1992, 70, Obs. HUET-WEILLER D. ; Deffrénois, 1991, 292, Obs. MASSIP J. : « Mais attendu que l'arrêt attaqué retient, pas des motifs adoptés des premiers juges, que les époux Y...-T... se sont séparés (...) pendant la période légale de la conception de l'enfant (...) qu'il énonce encore que l'examen comparé des sangs auquel il a été procédé en première instance établit que M. X... ne pouvait être le père de l'enfant cependant que M. Y... n'était pas exclu de la paternité bien que les probabilités aient été évaluées à 99 % ; qu'il a ainsi caractérisé, sans inverser la charge de la preuve, l'existence d'une réunion de fait des époux pendant la période légale de la conception rendant vraisemblable la paternité du mari ». L'importance accordée à la vérité biologique était d'ailleurs soulignée par la doctrine. Dans son observation, D. HUET-WEILLER relève ainsi qu'« on a le sentiment que la Cour de cassation a fermé les yeux sur le vice du raisonnement juridique parce que l'expertise sanguine ordonnée par le tribunal et dont la cour d'appel rappelait les résultats concluait que la paternité du premier mari n'était nullement exclue (tandis qu'elle excluait celle du second mari) » : HUET-WEILLER D., « Le rétablissement de la présomption de paternité par application de l'article 313-2 alinéa 2 du Code civil lorsque l'enfant a entre-temps fait l'objet d'une reconnaissance de paternité naturelle », *RTD civ.*, 1992, n° 1, p. 72. De même F. GRANET souligne qu'« ici c'est la démonstration de la vérité biologique qui compte et si l'expert conclut à une certitude quant à la paternité du mari, cela emporte la preuve des relations intimes entre les époux à l'époque présumée de la conception » : GRANET F., « Réflexions sur la preuve biologique de la filiation », in KHAÏAT L., *Vérité scientifique, vérité psychique et droit de la filiation*, Toulouse, Érès, 1995, p. 131.

¹⁰⁶⁹ TERRÉ F., FENOUILLET D., *Droit civil. La famille*, Paris, Précis, Dalloz, 2011, p. 579.

¹⁰⁷⁰ L'article 315 CC renvoie à l'article 329 CC.

¹⁰⁷¹ Art. 329 CC.

¹⁰⁷² Ce qui contraste avec la solution jurisprudentielle prévalant sous l'empire de la loi du 3 janvier 1972 : Cass. civ. 1^{re}, 16 juillet 1992, n° 91-12.325 : *Bull. civ.*, 1992, I, n° 231 ; D., 1993, Somm. 45, Obs. GRANET-LAMBRECHTS F. : cité par : LE GUIDEC R., CHABOT G., *Répertoire de droit civil Dalloz*, « Filiation (2° modes extrajudiciaires d'établissement) », Janvier 2012, n° 89.

¹⁰⁷³ COURBE P., GOUTTENOIRE A., *Droit de la famille*, Université, Sirey, 2013, p. 370.

¹⁰⁷⁴ Déjà antérieurement à l'entrée en vigueur de l'ordonnance du 4 juillet 2005, la Cour de cassation, en retenant que l'expertise est de droit sauf motif légitime de ne pas y procéder, avait clairement souligné que les exigences posées par le Code civil pour l'action en rétablissement de la présomption de paternité visaient à établir la filiation biologique : Cass. civ. 1^{re}, 29 mai 2001, n° 99-21.830 : *Bull. civ.*, 2001, I, n° 152 ; *JCP G*, 2001, II, 10605, Concl. SAINTE-ROSE, Note ARNAUDIN C. ; *Dr. fam.*, 2001, Comm.

La place accordée à la vérité biologique transparait également clairement si l'on étudie l'évolution des conditions d'exercice de l'action en recherche de paternité. Largement autorisée dans l'ancien droit, la recherche de paternité avait été interdite dans le Code civil¹⁰⁷⁵. Elle a ensuite été ouverte sous conditions en 1912¹⁰⁷⁶ et modifiée en 1955¹⁰⁷⁷.

La loi de 1972¹⁰⁷⁸ avait repris, pour l'essentiel, la structure du régime antérieur, en prévoyant cinq cas d'ouverture¹⁰⁷⁹ et trois fins de non-recevoir¹⁰⁸⁰ à l'action en recherche de paternité. Ce système donne lieu à deux remarques concernant la place accordée à la vérité biologique. D'une part, la présence de cas d'ouverture contribuait à limiter l'importance accordée à cette dernière puisqu'en principe, en dehors des cas expressément prévus, l'action n'était pas ouverte¹⁰⁸¹. D'autre part, la liste des fins de non-recevoir, qui a été complétée au cours des années, laissait une place croissante à la vérité biologique¹⁰⁸², d'autant que dans ces hypothèses le juge était tenu d'ordonner l'expertise sollicitée par le défendeur. La preuve biologique avait alors non seulement une fonction de « *levée des interdits* »¹⁰⁸³ mais aussi une « *fonction d'exclusion* »¹⁰⁸⁴.

93, MURAT P. ; *RTD civ.*, 2001, 572, HAUSER J. ; *D.*, 2002, 1588, note COCTEAU-SENN D. ; *D.*, 2002, Somm. 2018, GRANET-LAMBRECHTS F. ; *AJ famille*, 2001, 26. Le principe selon lequel l'expertise est de droit est rappelé par : Cass. civ. 1^{re}, 3 janvier 2006, n° 03-19.737 : « *l'aveu, par le mari, d'un rapport sexuel unique durant la période légale de conception et son refus de se prêter, plus de trente années après les faits à l'expertise biologique ordonnée qui est de droit en matière de filiation, sauf s'il existe un motif légitime de ne pas y procéder, ne suffisent pas à prouver, contre tous les éléments du dossier, l'existence d'une réunion de fait rendant vraisemblable sa paternité* ».

¹⁰⁷⁵ La jurisprudence avait tenté de limiter la rigidité de cette interdiction par la voie de l'action délictuelle en dommages et intérêts et de l'obligation naturelle. Pour une analyse poussée sur cette époque : HOLLEAUX G., *De la filiation en droit allemand, suisse et français. Essai de droit comparé*, Paris, Travaux et recherches de l'institut de droit comparé de l'université de Paris, Cujas, 1966, pp. 73-76.

¹⁰⁷⁶ Loi du 16 novembre 1912 modifiant l'article 340 du Code civil (reconnaissance judiciaire de la paternité naturelle), *JORF*, 17 novembre 1912, p. 9718.

¹⁰⁷⁷ Loi n° 55-934 du 15 juillet 1955 reconnaissance des enfants naturels, *JORF*, 16 juillet 1955, p. 7084.

¹⁰⁷⁸ Loi n° 72-3 du 3 janvier 1972 sur la filiation, *JORF*, 5 janvier 1972, p. 145.

¹⁰⁷⁹ Les cas d'ouverture étaient prévus à l'article 340 CC qui disposait : « *La paternité hors mariage peut être judiciairement déclarée : 1° Dans le cas d'enlèvement ou de viol, lorsque l'époque des faits se rapportera à celle de la conception ; 2° Dans le cas de séduction, accomplie à l'aide de manœuvres dolosives, abus d'autorité, promesse de mariage ou de fiançailles ; 3° Dans le cas où il existe des lettres ou quelque autre écrit émanant du père prétendu, propres à établir la paternité d'une manière non équivoque ; 4° Dans le cas où le père prétendu et la mère ont vécu pendant la période légale de la conception en état de concubinage, impliquant, à défaut de communauté de vie, des relations stables et continues ; 5° Dans le cas où le père prétendu a pourvu ou participé à l'entretien, à l'éducation ou à l'établissement de l'enfant en qualité de père* ».

¹⁰⁸⁰ Les fins de non recevoir étaient prévues par l'article 340-1 CC qui disposait : « *L'action en recherche de paternité ne sera pas recevable : 1° S'il est établi que, pendant la période légale de la conception, la mère était d'une inconduite notoire ou qu'elle a eu commerce avec un autre individu, à moins qu'il ne résulte d'un examen des sangs ou de toute autre méthode médicale certaine que cet individu ne peut être le père ; 2° Si le père prétendu était, pendant la même période, soit par suite d'éloignement, soit par l'effet de quelque accident, dans l'impossibilité physique d'être le père ; 3° Si le père prétendu établit par examen des sangs ou par toute autre méthode médicale certaine qu'il ne peut être le père de l'enfant* ».

¹⁰⁸¹ Il faut toutefois noter que, dès 1966, G. HOLLEAUX souligne que contrairement à ce qui est fréquemment perçu, « *il est constant que depuis cinquante ans la jurisprudence a pratiquement réussi à faire rentrer dans les cas d'ouverture de l'article 340 la grande majorité des espèces où la recherche de paternité apparaissait plausible* ». HOLLEAUX G., *De la filiation en droit allemand, suisse et français. Essai de droit comparé*, Paris, Travaux et recherches de l'institut de droit comparé de l'université de Paris, Cujas, 1966, p. 77.

¹⁰⁸² L'article premier de la loi du 16 novembre 1912 ne faisait pas allusion aux preuves scientifiques. L'article premier de la loi du 15 juillet 1955 avait ajouté un dixième alinéa à l'article 340 CC qui prévoyait que l'action n'était pas recevable « *si le père prétendu établit par l'examen des sangs qu'il ne peut être le père de l'enfant* ». La loi de 1972 avait encore accentué cette tendance en complétant l'article 340-1. Depuis cette date, il prévoyait que l'action n'était pas recevable « *si le père prétendu établit par un examen comparé des sangs ou par toute méthode médicale certaine qu'il ne peut être le père de l'enfant* ».

¹⁰⁸³ La loi de 1972 revient sur le caractère péremptoire de l'*exceptio plurium* (qui constituait une fin de non recevoir à l'action en recherche de paternité) puisque désormais, la fin de non recevoir peut être levée s'il résulte d'« *un examen comparé des sangs ou de toute autre méthode médicale certaine que cet individu (l'homme avec lequel la femme a eu commerce) ne peut être le père* ». D. HUET-WEILLER relève que cette évolution permet de lever un obstacle à la vérité biologique : HUET-WEILLER D., « *Le droit français* », in LABRUSSE-RIOU C., CORNU G. (Dir.), *Droit de la filiation et progrès scientifiques*, Paris, Perspectives économiques et juridiques, Economica, 1982, p. 15.

¹⁰⁸⁴ Exclusion de la paternité : *Ibid.*, p. 23.

Toutefois, la question de la survie de ce système face à l'apparition de la possibilité d'obtenir la preuve positive de la paternité¹⁰⁸⁵ s'est rapidement posée sous la conjonction de deux facteurs : le premier, lié à la multiplication des relations de courte durée, le second lié aux progrès de la science¹⁰⁸⁶. Sous l'influence de ce second facteur¹⁰⁸⁷, les plaideurs ont tenté d'échapper aux cas d'ouverture en se fondant sur la preuve directe de la paternité établie par l'examen comparé des sangs ou une autre méthode médicale certaine. Certains juges du fond avaient fait droit à de telles demandes¹⁰⁸⁸. La Cour de cassation avait alors fermement insisté sur la nécessité préalable de constater un cas d'ouverture, quand bien même il existerait un lien biologique entre l'enfant et le père prétendu¹⁰⁸⁹. Une telle position contribuait donc à limiter l'importance accordée à la vérité biologique, cette dernière ne pouvant être discutée qu'au stade de l'examen au fond.

La situation constituait une sorte d'appel au législateur¹⁰⁹⁰ qui se saisit de cette question avec la loi du 8 janvier 1993¹⁰⁹¹. Cette dernière fut porteuse d'une double évolution. D'une part, cette loi supprima les trois fins de non-recevoir prévues par l'article 440-1 CC¹⁰⁹². D'autre part, elle supprima les cas d'ouverture¹⁰⁹³. Alors que l'Assemblée nationale avait proposé de supprimer tout obstacle à l'admissibilité de la preuve, le Sénat, dont la position l'emporta, s'y était opposé. Il avait préféré conserver des limites en soumettant sa recevabilité à la constatation de présomptions ou indices graves afin de ne pas trop nuire à la stabilité de la filiation¹⁰⁹⁴. La distinction entre recevabilité et examen au fond était donc maintenue¹⁰⁹⁵.

¹⁰⁸⁵ D. HUET-WEILLER relève qu'en 1978 la cour d'appel de Paris avait donné mission aux experts de préciser, de manière positive, les probabilités de paternité : CA Paris, 4 juillet 1978, 2 arrêts : *D.*, 1978, IR, 401, Obs. HUET-WEILLER D. : cités par : *Ibid.* L'auteur relevait déjà : « *Si cette tendance se confirme, à quoi bon conserver les cas d'ouverture à la recherche de paternité et, plus généralement, toutes les règles légales qui reposent sur le postulat que la paternité est toujours incertaine* ».

¹⁰⁸⁶ GRIDEL J.-P., « Vérité biologique et droit positif de la filiation (1972-1993) », *D.*, 1993, n° 27, pp. 193-194.

¹⁰⁸⁷ J.-P. GRIDEL relève que les juges ont également retenu, sous l'influence du premier facteur « *la brève liaison établie par des témoignages plus ou moins vagues* ». Il considère que ce mouvement a débuté à compter des années 1970 et se réfère à l'arrêt cassé par : Cass. civ. 1^{re}, 15 juin 1977, n° 76-10.166 : *Bull. civ.*, 1977, I, n° 282 : GRIDEL J.-P., « Vérité biologique et droit positif de la filiation (1972-1993) », *D.*, 1993, n° 27, Note 13. Il s'agit de l'arrêt de la première chambre de la cour d'appel de Grenoble du 21 octobre 1975 qui avait retenu que « *diverses attestations et lettres écrites par B... (l'homme) démontrent suffisamment que celui-ci a entretenu une liaison avec la Demoiselle L... et qu'il est le père de l'enfant, à l'entretien duquel il a même proposé de contribuer* ». L'arrêt est cassé pour manque de base légale, au motif que la cour d'appel n'a pas relevé « *l'existence en l'espèce de circonstances permettant de faire application de l'un des cas énumérés par l'article 340* ». Il faut relever que, dès 1966, G. HOLLEAUX souligne que la jurisprudence avait eu une interprétation extensive des cas de recevabilité en n'exigeant pas d'obligation de vie commune (Cass. civ. 7 février 1922 : *Bull. civ.*, 1922, n° 24 ; *D.*, 1922, I, 36), en se montrant peu exigeante sur les conditions de stabilité et de continuité (Cass. civ., 24 mars 1958 : *D.*, 1958, 567) et en interprétant souplesment la notion de concubinage notoire : HOLLEAUX G., *De la filiation en droit allemand, suisse et français. Essai de droit comparé*, Paris, Travaux et recherches de l'institut de droit comparé de l'université de Paris, Cujas, 1966, p. 77. Le premier arrêt cité par cet auteur avait retenu, pour casser l'arrêt de la cour d'appel de Bordeaux du 20 novembre 1916, « *qu'au lieu de se borner à apprécier en fait si les relations ayant existé entre la mère et le prétendu père présentaient le caractère d'un concubinage notoire, l'arrêt attaqué a repoussé la demande par ce motif de droit que « le concubinage notoire entre le père prétendu et la mère pendant la période légale de la conception, c'est-à-dire de la vie commune menée par un homme et une femme, qui ne sont pas mariés, mais qui ont donné à leur association les apparences d'une union légitime »* ».

¹⁰⁸⁸ CA Paris, 21 février 1986 : *D.*, 1986, 323, Note HUET-WEILLER D.

¹⁰⁸⁹ Cass. civ. 1^{re}, 5 juillet 1988, n° 86-13.191 : *Bull. civ.*, 1988, I, n° 218 ; *D.*, 1988, Somm., 403, HUET-WEILLER D. ; *D.*, 1989, 227, Note MASSIP J. ; *RTD civ.*, 1988, 728, Obs., RUBELLIN-DEVICHI ; *JCP G*, 1989, II, 21353, Obs. AGOSTINI E. : au visa de l'article 340 du Code civil, la Cour de cassation pose, en chapeau, « *qu'il résulte de ce texte que la paternité hors mariage ne peut être déclarée que dans les cinq cas qu'il énumère limitativement* ». Elle casse l'arrêt de la cour d'appel qui avait retenu que « *lorsque le lien de paternité biologique était établi par un examen comparé des sangs ou tout autre méthode médicale certaine, l'action en paternité doit être reçue et (...) ne peut qu'être déclarée fondée compte tenu de la preuve produite et de son caractère irréfutable* ».

¹⁰⁹⁰ GRIDEL J.-P., « Vérité biologique et droit positif de la filiation (1972-1993) », *D.*, 1993, n° 27, p. 194.

¹⁰⁹¹ Loi n° 93-22 du 8 janvier 1993 modifiant le Code civil relative à l'état civil, à la famille et aux droits de l'enfant et instituant le juge aux affaires familiales, *JORF*, 9 janvier 1993, p. 495.

¹⁰⁹² L'article 60 5° de la loi précise que « *sont abrogés : (...) les articles (...) 340-1 du Code civil* ». Cette évolution fut accueillie favorablement par la doctrine : LE GUIDEC R., CHABOT G., *Répertoire de droit civil Dalloz*, « Filiation (2° modes extrajudiciaires d'établissement) », Janvier 2012, n° 98.

¹⁰⁹³ La loi modifie, par son article 23, l'article 340 du Code civil qui prévoit désormais que « *la paternité hors mariage peut être judiciairement déclarée. La preuve ne peut être rapportée que s'il existe des présomptions ou indices graves* ».

¹⁰⁹⁴ WRONA D., « Les empreintes génétiques et le procès civil en filiation », *LPA*, 11 août 1995, n° 96, p. 24 et s., § 55.

Les difficultés liées à la preuve directe de la paternité par expertise continuaient donc à se poser, d'autant que le système des adminicules pouvait être contourné par le recours préalable à une action aux fins de subsides¹⁰⁹⁶. Toutefois, la Cour de cassation a progressivement porté atteinte au système adminiculaire. Elle a d'abord considéré que la preuve de la paternité pouvait résulter de présomptions ou indices eux-mêmes¹⁰⁹⁷. Puis, revenant sur la lecture traditionnelle du texte de l'article 340 CC¹⁰⁹⁸, elle avait tiré les conséquences de sa jurisprudence aux termes de laquelle l'expertise biologique est de droit sauf motifs légitimes de ne pas y procéder¹⁰⁹⁹.

L'ordonnance du 4 juillet 2005 a finalement supprimé l'exigence des présomptions et indices graves, si bien que la recevabilité de la preuve n'est plus conditionnée¹¹⁰⁰. On note donc au cours du temps un double mouvement favorable à la vérité biologique qui s'est traduit d'une part, par la suppression de l'interdiction d'agir en recherche de paternité et d'autre part par la suppression des obstacles à la recevabilité de la preuve. La preuve biologique peut dès lors jouer un rôle premier.

145. Contestation de la filiation paternelle – L'examen du droit français montre le rôle déterminant de l'expertise biologique comme moyen de preuve dans les actions en contestation du lien de filiation. La multiplication des révisions du droit de la filiation implique de détailler quelque peu l'évolution du droit. Bien que la loi du 3 janvier 1972 ait accordé une certaine place à la vérité sociologique, elle a largement contribué à concentrer les actions en contestation de la filiation autour de la preuve biologique. Il existait à l'époque une multiplicité d'actions permettant de contester la filiation paternelle sur laquelle se concentraient

¹⁰⁹⁵ Circulaire du 3 mars 1993 relative à l'état civil, à la famille et aux droits de l'enfant, NOR : JUSC9320134C, JORF, 24 mars 1993, p. 4551 : « Afin de faciliter le droit de l'enfant à voir établie sa filiation, la loi institue un mécanisme qui se caractérise essentiellement par la suppression des cas d'ouverture de la recherche de paternité naturelle et, par voie de conséquence, des fins de non-recevoir qui s'y attachaient. Mais, dans le souci de protéger l'intimité de la vie familiale, le nouveau régime, s'inspirant sur ce point des anciennes dispositions relatives à la recherche de la maternité, subordonne l'examen de la demande d'établissement judiciaire de la filiation à l'existence de présomptions ou d'indices graves dont la preuve doit être rapportée par le demandeur et dont l'appréciation relève de la juridiction saisie. (...) Au cours de la procédure, toutes mesures d'instruction propres à confirmer les présomptions ou indices portés à la connaissance du juge pourront être ordonnés, tel un examen sanguin ou d'identification génétique ».

¹⁰⁹⁶ S. MIRABAIL relève dans ce sens que le système des adminicules n'existait pas dans l'action aux fins de subsides. Il était donc possible de bénéficier d'une expertise biologique dans le cadre d'une telle action et l'expertise pouvait ensuite être utilisée comme adminicule dans une action en recherche de paternité : MIRABAIL S., « Les obstacles juridiques à la recherche de la vérité biologique en matière de filiation : discordances et anachronismes », *D.*, 2000, n° 9, p. 147.

¹⁰⁹⁷ Cass. civ. 1^{re}, 11 février 1997, n° 95-13.215 : *D.*, 1998, Somm., 29, GRANET-LAMBRECHTS F. ; *RTD civ.*, 1998, 357, Obs. HAUSER J. ; *Dr. fam.*, 1997, Comm. 57, MURAT P. ; *D.*, 1997, 502, Note MASSIP J. : en l'espèce, il s'agissait d'une expertise ayant indiqué l'absence d'exclusion de la paternité, couplée à des attestations.

¹⁰⁹⁸ Selon cette lecture, la constatation des présomptions ou indices graves était un préalable nécessaire, à défaut duquel il était impossible de recourir à l'expertise biologique. Cette lecture avait été réalisée par plusieurs juridictions citées par : MIRABAIL S., « Recherche de paternité naturelle – accès direct à l'expertise biologique », *D.*, 2005, n° 26, p. 1766 et s., Note de bas de page n° 3.

¹⁰⁹⁹ Cass. civ. 1^{re}, 12 mai 2004, n° 02-16.152 : *D.*, 2005, 1766, Obs. MIRABAIL S. ; *D.*, 2005, 1821, Obs. DOUCHY-LOUDOT M. ; *D.*, 2005, 1748, Obs. GRANET-LAMBRECHTS F. : la Cour de cassation commence par rappeler que « l'expertise biologique est de droit en matière de filiation, sauf s'il existe un motif légitime de ne pas y procéder ». Elle rappelle ensuite que « pour déclarer la demande irrecevable, l'arrêt attaqué énonce que ne sont pas réunies les présomptions et indices graves permettant de déclarer l'action recevable et d'ordonner une expertise » puis casse, pour violation de la loi, l'arrêt rendu par la sixième chambre civile de la cour d'appel de Bordeaux le 2 mai 2001. L'arrêt n'est pas publié au bulletin, mais l'importance de l'arrêt avait été soulignée par la doctrine : PASCAL A., TRAPERO M., « Vérité biologique et filiation dans la jurisprudence récente de la Cour de cassation », in *La vérité. Rapport annuel 2004 de la Cour de cassation*, Paris, La documentation française, Avril 2005, p. 92 ; Cass. civ. 1^{re}, 14 juin 2005, n° 04-15.445 : *Bull. civ.*, 2005, I, n° 251 ; *D.*, 2005, IR, 1732 ; *Dr. fam.*, 2005, Comm. 182, MURAT P. ; *Gaz. Pal.*, 28 janvier 2006, 26 ; *Defrénois*, 2006, 1848, Obs. MASSIP J. : après avoir rappelé le principe selon lequel « l'expertise biologique est de droit en matière de filiation, sauf s'il existe un motif légitime de ne pas y procéder », la Cour de cassation casse, pour violation de la loi, l'arrêt rendu par la cour d'appel de Reims le 15 mai 2003. Elle lui reproche d'avoir débouté une demoiselle de sa demande en énonçant que « c'est à tort que les premiers juges ont ordonné l'examen comparé des sangs à titre de preuve, alors qu'aucun indice grave ou présomption n'était rapporté en l'espèce » ; Cass. civ. 1^{re}, 6 mars 2007, n° 06-14.027 : *RJPF*, 2007-6/40, Obs. GARÉ T. ; *RTD civ.*, 2007, 555, Obs. HAUSER J. ; Cass. ass. plén., 23 novembre 2007, n° 06-10.039 : *Bull. Ass. plén.*, 2007, n° 8 ; *Dr. fam.*, 2008, Comm. 5, MURAT P. ; *RJPF*, 2008-2/33, Obs. GARÉ T. ; *AJ famille*, 2008, 36, Obs. CHÉNEDÉ F. ; *RTD civ.*, 2008, 284, Obs. HAUSER J. ; *JCP G*, 2007, II, 10204, Note CHAUVIN P.

¹¹⁰⁰ Art. 14 de l'ordonnance n° 2005-759 du 4 juillet 2005 portant réforme de la filiation, JORF, 6 juillet 2005, p. 11159. L'article 327 al. 1 du Code civil se contente désormais de prévoir que « la paternité hors mariage peut être judiciairement déclarée ».

l'essentiel du contentieux. Il convenait de distinguer les actions en contestation de la paternité en mariage et hors mariage.

La filiation légitime pouvait être contestée par le biais de huit actions différentes¹¹⁰¹, dont deux d'origine jurisprudentielle¹¹⁰². Deux de ces actions n'accordaient pas une place centrale à l'expertise biologique dans la détermination directe de la paternité ou de l'absence de paternité. Il s'agissait d'abord de l'action en contestation de légitimité dont l'objectif ne visait qu'à contester le caractère légitime de la filiation. Il s'agissait ensuite de l'action en désaveu par simple dénégation dans laquelle le mari pouvait être dispensé de prouver directement sa non-paternité. En effet, après avoir réputé légitime dès sa conception l'enfant né avant le cent quatre-vingtième jour du mariage, l'article 314 du Code civil permettait au mari de désavouer l'enfant en se fondant sur la seule preuve de la date de l'accouchement. Ce deuxième cas ne s'inscrivait absolument pas en contradiction avec la recherche de la vérité biologique puisqu'il s'appliquait aux enfants conçus avant le mariage et ne faisait pas obstacle au désaveu de droit commun¹¹⁰³. Les six actions restantes permettaient d'accorder une place centrale à la preuve biologique.

Les conditions du désaveu de paternité, très encadrées lors de l'adoption du Code civil de 1804¹¹⁰⁴, avaient été assouplies par la loi de 1972 en ce qui concerne le désaveu de droit commun. Ce dernier devenait possible dès lors que le mari justifiait de faits propres à démontrer qu'il ne pouvait pas être le père de l'enfant¹¹⁰⁵. L'expertise biologique, qui ne pouvait être utilisée dans le cadre de l'ancien désaveu de l'article 312¹¹⁰⁶, devenait désormais un mode de preuve autorisé pour cette action. Cette évolution du texte laissait la part belle au recours aux examens biologiques dans les actions en désaveu et

¹¹⁰¹ Le désaveu de droit commun (art. 312 CC), le désaveu par simple dénégation (art 314 CC), le désaveu en défense d'une action en réclamation d'état (art 325 CC), le désaveu préventif (art. 326 CC), l'action en contestation de la paternité par la mère à des fins de légitimation (art. 318 CC), l'action en contestation de légitimité (art. 316-1 CC).

¹¹⁰² Action en contestation fondées sur les articles 334-9 et 322 interprétés *a contrario*.

¹¹⁰³ Art. 314 al. 1 et 2 CC.

¹¹⁰⁴ Il existait des cas strictement énumérés dans lesquels le désaveu était ouvert au mari : art. 312 CC : « L'enfant conçu pendant le mariage a pour père le mari. Néanmoins, celui-ci pourra désavouer l'enfant, s'il prouve que, pendant le temps qui a couru depuis le trois centième jusqu'au cent quatre-vingtième jour avant la naissance de cet enfant, il était, soit par cause d'éloignement, soit par l'effet de quelque accident, dans l'impossibilité physique de cohabiter avec sa femme » ; Art. 313 CC : « Le mari ne pourra, en alléguant son impuissance naturelle, désavouer l'enfant : il ne pourra le désavouer même pour cause d'adultère, à moins que la naissance ne lui ait été cachée, auquel cas il sera admis à proposer tous les faits propres à justifier qu'il n'est pas le père » ; Art. 314 : « L'enfant né avant le cent quatre-vingtième jour du mariage ne pourra être désavoué par le mari, dans les cas suivants : 1° s'il a eu connaissance de la grossesse avant le mariage ; 2° s'il a assisté à l'acte de naissance, et si cet acte était signé de lui, ou contient la déclaration qu'il ne sait pas signer ; 3° si l'enfant n'est pas déclaré viable ». Comme le relève F. DEKEUWER-DÉFOSSEZ, « cette ouverture restrictive du désaveu correspondait à une conception selon laquelle il était préférable pour l'enfant d'être légitimé plutôt que naturel, même si la paternité du mari était rien moins que certaine » : DEKEUWER-DÉFOSSEZ F., *Dictionnaire juridique droits des femmes*, Paris, Dalloz, 1985, p. 206.

¹¹⁰⁵ Art. 312 al. 2 CC.

¹¹⁰⁶ La Cour de cassation avait refusé ce mode de preuve en se fondant sur les cas strictement énumérés par l'article 312 CC : « Mais attendu que l'arrêt décide à bon droit que l'irrecevabilité de cette offre de preuve, au cas de désaveu par application de l'article 312 du Code civil, doit être déduite des termes mêmes de ce textes ; qu'en effet, si l'article 313 permet à l'époux, au cas de recel de grossesse, de proposer, à l'appui de son action en désaveu, tous faits propres à justifier qu'il n'est pas le père et si, au cas d'action en déclaration judiciaire de paternité, l'expertise sanguine ne peut être, en principe, refusée au père naturel prétendu qui la sollicite comme moyen de défense, l'article 312, permettant au mari de fonder son action en désaveu sur l'impossibilité physique de cohabiter, n'admet la preuve de celle-ci que par son éloignement ou son impuissance accidentelle entre le 300^e et le 180^e jour avant la naissance de l'enfant ; qu'ainsi, dans l'application de cet article, une preuve par comparaison des groupes sanguins ne peut être apportée à l'encontre de la présomption de paternité qu'il pose » : Cass. civ. 1^{re}, 11 octobre 1955, n° 55-10.411 : *Bull. civ.*, I, n° 330 ; *D.*, 1956, 213, Note ROUAST A. Il convenait donc de distinguer, en matière d'admissibilité de la preuve biologique, les cas prévus par l'article 312 de ceux prévus par l'article 313. Pour l'admission de la preuve biologique dans l'hypothèse posée par l'article 313, voir : Tribunal civil de Lille, 18 mars 1947 : *D.*, 1947, *Jurisp.* 507, Note CARBONNIER J. : « Attendu, sur le plan juridique, que dans les limites fixées par la loi, le juge est libre, pour former sa conviction, d'user des moyens qui lui paraissent les plus propres à assurer la manifestation de la vérité ; qu'en cas de désaveu fondé sur l'art. 313 c. civ., il peut, le recel de la naissance ou de la grossesse étant établi, admettre à cette fin la preuve de tout fait de nature à justifier que le mari n'est pas le père de l'enfant ; que les conclusions auxquelles aboutit la comparaison du sang des intéressés sont aptes à donner au juge une certitude scientifique que ne saurait lui procurer aucun autre moyen de preuve ; qu'elle doit donc être admise comme telle au premier chef et ne saurait a priori être écartée ». Le jugement a fait l'objet d'un appel : CA Douai, 16 février 1948 ; CA Paris, 20 décembre 1947 : *D.*, 1948, 80.

la Cour de cassation ne tarda pas à en faire usage en précisant bien que la preuve par l'examen des sangs n'était pas subordonnée à l'existence de présomptions ou d'un commencement de preuve de l'absence de paternité¹¹⁰⁷. Le désaveu de droit commun rejoignait ainsi le désaveu en défense à une action en réclamation d'état¹¹⁰⁸ et le désaveu préventif¹¹⁰⁹ qui se référaient à la preuve par tous moyens.

La preuve de la filiation biologique était également prégnante dans l'action en contestation exercée par la mère aux fins de légitimation qui fut créée par la loi de 1972. Cette ouverture de l'action, bien que largement conditionnée¹¹¹⁰, affaiblissait la portée de la présomption de paternité et accordait une place importante à la preuve biologique. En effet, l'article 318 CC, exigeait le remariage avec le véritable père¹¹¹¹. Il était donc nécessaire de prouver l'absence de paternité du premier mari et la paternité du second. Bien que certains juges du fond aient interprété souplesment l'expression de « père véritable »¹¹¹², la Cour de cassation insista sur le fait qu'il s'agissait ici de prouver une paternité biologique, d'où l'octroi d'une place cardinale à l'expertise biologique¹¹¹³.

¹¹⁰⁷ Cass. civ. 1^{re}, 18 mai 1989, n° 88-12.636 : *Bull. civ.*, 1989, I, n° 203 ; *Gaz. Pal.*, 1990, 1, 91, Note MASSIP J. ; *D.*, 1989, Somm., 362, HUET-WEILLER D. : « *Attendu que, selon ce texte, le mari peut désavouer l'enfant en justice s'il justifie de faits propres à démontrer qu'il ne peut en être le père ; que cette preuve peut se faire par tous moyens et notamment par un examen comparé des sangs* ». L'arrêt de la cour d'appel qui avait refusé d'ordonner l'expertise « *au motif qu'il n'existait pas la moindre présomption ni le moindre début de preuve que le mari de la mère pourrait ne pas être le père de l'enfant* » est cassé, car « *l'article 312 (...) ne subordonne nullement la preuve de la non paternité du mari par l'examen des sangs à l'existence de présomptions ou d'un commencement de preuve de la non paternité* ». Le fait que la preuve puisse être rapportée par tous moyens avait déjà été retenu, mais il n'avait pas été question d'une preuve biologique : Cass. civ. 1^{re}, 24 février 1987, n° 85-17.032. La preuve par empreintes génétiques a également été mentionnée par la suite : Cass. civ. 1^{re}, 10 mai 1995, n° 93-14.244 : *Bull. civ.*, 1995, I, n° 199 ; *D.*, 1996, Somm., 149, GRANET-LAMBRECHTS F. ; *RTD civ.*, 1995, 871, Obs. HAUSER J. ; *Deffrénois*, 1996, 326, Obs. MASSIP J. Pour une mise en relation avec le principe selon lequel l'expertise génétique est de droit, voir : Cass. civ. 1^{re}, 9 décembre 2003, n° 02-10.097 : *Dr. fam.*, 2004, Comm. 96, MURAT P.

¹¹⁰⁸ Art. 325 CC : « *La preuve contraire peut se faire par tous les moyens de preuve propres à établir que le réclamant n'est pas l'enfant de la mère qu'il prétend avoir, ou même, la maternité prouvée, qu'il n'est pas l'enfant du mari de la mère. Si le mari n'a pas été mis en cause dans l'instance en réclamation d'état, il peut contester sa paternité dans un délai de six mois à compter du jour où il a eu connaissance du jugement passé en force de chose jugée accueillant la demande de l'enfant* ».

¹¹⁰⁹ Art. 326 CC : « *Sans attendre qu'une réclamation d'état soit intentée par l'enfant, le mari peut, par tous moyens, contester sa paternité dans un délai de six mois à compter du jour où il a connu la naissance* ». Sous l'empire du Code civil de 1804, la jurisprudence s'était d'abord fondée sur les règles des articles 312 et 313 relatifs au désaveu. Mais elle avait ensuite abandonné ce fondement au profit de l'article 325 du Code civil dans sa version de 1804 (« *La preuve contraire pourra se faire par tous moyens propres à établir que le réclamant n'est pas l'enfant de la mère qu'il prétend avoir, ou même, la maternité prouvée qu'il n'est pas l'enfant du mari de la mère* »), si bien que la liberté de la preuve prévalait déjà avant l'adoption de la loi de 1972. Réflexion et références tirées de : TERRÉ F., FENOUILLET D., *La famille*, Paris, Précis, Dalloz, 2011, p. 597, Note de bas de page n° 4.

¹¹¹⁰ Voir *infra* § 465 et s.

¹¹¹¹ Cass. civ. 1^{re}, 6 décembre 1983 : *D.*, 1984, 337, Note RAYNAUD P. ; *D.*, 1984, IR, 316, Obs. HUET-WEILLER D. ; *RTD civ.*, 1984, 697, Obs. NERSON R., RUBELLIN-DEVICHI J.

¹¹¹² CA Paris, 2 décembre 1977 : *D.*, 1978, Jurisp., 141, Note MASSIP J. ; *RTD civ.*, 1978, 331, Note NERSON R., RUBELLIN-DEVICHI J. ; TGI Fontainebleau, 27 décembre 1978 : *JCP G*, 1979, II, 19079, Note A. J. ; *RTD civ.*, 1979, 781, Note RUBELLIN-DEVICHI J., NERSON R. (cités par : TERRÉ F., FENOUILLET D., *Droit civil. La famille*, Paris, Précis, Dalloz, 2011, p. 599, Note de bas de page n° 6) ; TGI La Rochelle, 20 février 1973 : *D.*, 1974, Jurisp., 225, Note VIALARD A. (cité par GERMOND-BURNIER M., *L'établissement et la contestation de la filiation de l'enfant né dans le mariage en droits suisse, français et anglais*, Sion, Université de Lausanne, 1986, p. 123, Note 230). La décision rendue par la CA de Paris le 2 décembre 1977 étonne si on la compare à celle du 16 décembre 1996 : HUET-WEILLER D., « Le droit français », in LABRUSSE-RIOU C., CORNU G. (Dir.), *Droit de la filiation et progrès scientifiques*, Paris, Perspectives économiques et juridiques, Economica, 1982, p. 25.

¹¹¹³ La Cour de cassation avait admis que la double preuve, à savoir celle de la non paternité du premier mari et celle de la paternité du second, puisse se faire par tous moyens, y compris par présomptions. Dans cette affaire, les chances de paternité du second mari étaient de 98 % et celles du premier mari de 68 %. Cette dernière valeur avait été considérée comme « *non indicative de paternité* » par la cour d'appel qui s'était en outre fondée sur une enquête, des comportements et la ressemblance physique. La Cour de cassation rejette le pourvoi : Cass. civ. 1^{re}, 5 février 1985, n° 83-16.550 : *Bull. civ.*, 1985, I, n° 52 ; *Gaz. Pal.*, 1985, 2, 625, Note M. J. L'examen comparé des sangs était nettement encouragé : Cass. civ. 1^{re}, 24 février 1987, n° 85-13.365 : *Bull. civ.*, 1987, I, n° 330 : *Gaz. Pal.*, 1987, 2, 383, Note MASSIP J. ; *D.*, 1987, Somm., 313, Obs. HUET-WEILLER D. : la Cour de cassation pose que « *l'article 318 (...) fait obligation au juge de rechercher, par tous moyens de preuve et notamment par l'examen comparé des sangs, la filiation véritable de l'enfant* ». Elle casse donc, pour violation de cet article, l'arrêt rendu par la cour d'appel de Douai, le 9 octobre 1984, qui avait refusé d'accueillir l'action intentée par la mère et son second mari au motif que « *la simultanéité d'une liaison et de la poursuite de la cohabitation au titre du mariage antérieur laisse place à deux éventualités dont il n'est pas justifié de dire que celle qui est extra-conjugale doit être préférée à l'autre* » et que « *le recours à une expertise de sang en vue de vérifier la paternité (du premier mari) impliquerait la remise en cause de la paternité* ». Cet arrêt montre clairement le déclin de la présomption de paternité au profit de la vérité biologique. L'importance accordée à la vérité biologique est d'autant plus grande que l'action était rejetée si l'expertise biologique écartait la possibilité que le

La preuve biologique de la filiation était finalement apparue centrale dans les deux actions ouvertes par l'interprétation *a contrario* réalisée par la Cour de cassation. En permettant de contourner les strictes exigences temporelles et relatives aux titulaires des actions ouvertes par la loi de 1972, la Cour de cassation avait clairement entériné le déclin de la présomption de paternité. En interprétant d'abord¹¹¹⁴ *a contrario* l'article 334-9 CC¹¹¹⁵, elle ouvrait la voie à une reconnaissance ou à la constitution d'une possession d'état d'enfant naturel dès lors qu'un enfant était dépourvu de possession d'état d'enfant légitime¹¹¹⁶. Si cette action pouvait également être interprétée en faveur de la filiation vécue puisqu'elle

second mari soit le père de l'enfant : Cass. civ. 1^{re}, 6 décembre 1983 : D., 1984, 337, Note RAYNAUD P. ; D., 1984, IR, 316, Obs. HUET-WEILLER D. ; RTD civ., 1984, 697, Obs. NERSON R., RUBELLIN-DEVICHI J. Ce n'est donc pas uniquement la stabilité de l'enfant dans un nouveau foyer qui est recherchée. Il faut d'ailleurs relever dans ce sens que la Cour de cassation avait accepté l'action, y compris lorsqu'il n'existait pas de possession d'état d'enfant commun du second couple, alors que cette dernière existait du côté du premier mari : Cass. civ. 1^{re}, 16 février 1977, n° 74-14.605 : Bull. civ., 1977, I, n° 93 : dans cette affaire, les premiers époux avaient vécu avec l'enfant jusqu'à l'instance de divorce. L'enfant avait été confié à la mère pendant la procédure. Le divorce avait été prononcé aux torts exclusifs de l'épouse et la garde avait été attribuée à l'époux qui s'était ensuite remarié. La femme s'étant également remariée, elle avait agi en contestation aux fins de légitimation et souhaitait prouver que son nouveau mari était le père véritable. L'arrêt attaqué avait écarté sa demande en se fondant sur les articles 318-1 et 331-1 dont il avait déduit l'exigence d'une possession d'état d'enfant commun au couple composé de la femme et de son second mari. L'arrêt, rendu au visa des articles 318-1 et 331-1, est cassé par la Cour de cassation qui retient « qu'il résulte de ces textes que la possession d'état d'enfant commun n'est pas exigée dans le cas d'une légitimation post nuptias liée à une action en contestation de paternité légitime ». Cass. civ. 1^{re}, 16 février 1977, n° 75-12.679 : Bull. civ., 1977, I, n° 92 : D., 1977, 328, Note HUET-WEILLER D. ; JCP G, 1977, II, 18663 ; Gaz. Pal., 1977, 2, 368, Note MASSIP J. ; Deffrénois, 1977, 776, Note MASSIP J. ; RTD civ., 1977, 317, Obs. RAYNAUD P. : dans cette affaire, la cour d'appel avait refusé de faire droit à la demande de la mère au motif que « la mineure a eu depuis sa naissance une possession d'état conforme à sa filiation légitime ». Elle relevait notamment que « postérieurement au divorce, (le premier mari) a continué de se comporter comme le père, dans la mesure où sa séparation d'avec l'enfant le lui permettait ». Elle en concluait qu'une contestation de paternité par la mère ne serait légalement possible que « lorsque la filiation officielle est manifestement contraire à la vérité et que (le premier mari) ne s'intéresse pas à l'enfant ». L'arrêt est cassé pour ajout d'une condition non prévue par la loi, l'action en contestation de paternité prévue par l'article 318 étant ouverte « même si l'enfant a la possession d'état d'enfant légitime ». La solution était apparue comme « le triomphe absolu de la vérité biologique » : HUET-WEILLER D., « Le droit français », in LABRUSSE-RIOU C., CORNU G. (Dir.), *Droit de la filiation et progrès scientifiques*, Paris, Perspectives économiques et juridiques, Economica, 1982, p. 20. Cet auteur se réfère, dans le même sens à un arrêt rendu par la cour d'appel de Paris qui avait admis l'action malgré le décès du second conjoint. Pour le détail des critiques doctrinales relatives à la position de la Cour de cassation voir : MANDOFIA-BERNEY M., *Vérités de la filiation et procréation assistée. Étude des droits suisse et français*, Bâle et Francfort-sur-le-Main, Collection Genevoise, Helbing & Lichtenhahn, 1993, p. 78 ; GERMOND-BURNIER M., *L'établissement et la contestation de la filiation de l'enfant né dans le mariage en droits suisse, français et anglais*, Sion, Université de Lausanne, 1986, pp. 120-122. La solution a été confirmée par la loi n° 93-22 du 8 janvier 1993 modifiant le Code civil relative à l'état civil, à la famille et aux droits de l'enfant et instituant le juge aux affaires familiales, JORF, 9 janvier 1993, p. 495.

¹¹¹⁴ Sur les discussions doctrinales relatives à l'interprétation de cet article, antérieurement à la prise de position de la Cour de cassation, voir : LE GUIDE R., CHABOT G., *Répertoire de droit civil* Dalloz, « Filiation (2^o modes extrajudiciaires d'établissement) », Janvier 2012, n° 46 ; TERRÉ F., FENOUILLET D., *Droit civil. La famille*, Paris, Précis, Dalloz, 2011, pp. 602-603.

¹¹¹⁵ « Toute reconnaissance est nulle, toute demande en recherche de paternité est irrecevable, quand l'enfant a une filiation légitime déjà établie par la possession d'état ».

¹¹¹⁶ Si l'enfant bénéficie d'une possession d'état d'enfant légitime conforme au titre, l'enfant n'est pas admise à faire la preuve du lien de filiation avec l'amant à l'égard duquel elle considérerait bénéficier d'une possession d'état d'enfant naturel : Cass. civ. 1^{re}, 17 septembre 2003, n° 01-12.343 : RJPf, 2003-12/33, Obs. GARÉ T. ; RTD civ., 2004, 72, Obs. HAUSER J. ; AJ famille, 2003, 426, Obs. B. F. L'action ne peut aboutir et l'expertise est inutile (possession d'état que la reconnaissance prénatale ne vicie pas) : Cass. civ. 1^{re}, 14 février 2006, n° 03-19.533 : Bull. civ., 2006, I, n° 78 ; JCP G, 2006, I, 199, Obs. FAVIER Y. ; D., 2006, 1139, Obs. GRANET-LAMBRECHTS F. ; D., 2006, 603 ; RTD civ., 2006, 293, Obs. HAUSER J. ; JCP G, 2006, I, 199, Obs. RUBELLIN-DEVICHI J. ; Gaz. Pal., 1^{er} mars 2007, 10, Note BARRET E. ; RLDC, 2006, n° 26, 40, Note MARRAUD DES GROTTES G. ; RJPf, 2006-5/36, Obs. GARÉ T. Retenant au contraire l'absence de possession d'état d'enfant légitime : Cass. civ., 1^{re}, 19 mars 2008, n° 07-11.573 : RJPf, 2008-7-8/35, Obs. critique GARÉ T. La reconnaissance prénatale n'est pas nulle si elle a été souscrite avant que la possession d'état d'enfant légitime soit constituée. La cour d'appel viole l'article 334-9 en annulant la reconnaissance prénatale, sans constater qu'à la date de la reconnaissance l'enfant jouissait déjà de la possession d'état d'enfant légitime : Cass. civ. 1^{re}, 4 mai 1994, n° 92-14.537 : D., 1995, 601, Note MIRABAIL S. ; D., 1995, Somm., 115, GRANET-LAMBRECHTS F. ; RTD civ., 1994, 576, Obs. HAUSER J. Le caractère équivoque de la possession d'état n'est pas de nature à rendre irrecevable l'action en contestation de paternité : Cass. civ. 1^{re}, 23 juin 1987, n° 85-15639 : Bull. civ., 1987, I, n° 204 : « Mais attendu que l'arrêt relève qu'avant la reconnaissance de l'enfant par M. Y..., M. X... (le mari) avait parfaitement connaissance de la grossesse de sa femme et avait manifesté par tout son comportement qu'il considérait l'enfant à naître comme le sien, celui-ci étant présenté tant à la famille qu'aux tiers comme étant celui du couple X..., et qu'une possession d'état d'enfant légitime paisible et sans ambiguïté s'était ainsi constituée avant la reconnaissance, puis s'était poursuivie de façon continue pendant plusieurs années après la naissance de l'enfant, qui n'avait pas à suivre les parties dans le détail de leur argumentation, a pu en déduire que la reconnaissance effectuée par M. Y..., le 27 mars 2000, même si elle était antérieure à la naissance, ne rendait pas

exigeait l'absence de possession d'état, elle contribuait néanmoins à renforcer le critère biologique de filiation¹¹¹⁷. En effet, le conflit de filiation qui en résultait devait alors être tranché, conformément à l'article 311-12, en déterminant par tous moyens la filiation la plus vraisemblable¹¹¹⁸, cadre dans lequel l'expertise biologique avait une place de choix¹¹¹⁹. L'interprétation *a contrario* de l'article 322 du Code civil, retenue par la Cour de cassation¹¹²⁰, favorisait également la place de la vérité biologique dans la mesure où elle permettait à tout intéressé¹¹²¹ de contester la filiation pendant trente ans¹¹²² dès lors que le titre n'était pas conforme à la possession d'état¹¹²³. Décrite par une large partie de la doctrine¹¹²⁴, cette interprétation permettait de détruire la filiation en apportant la preuve de la non-paternité¹¹²⁵, ce qui laissait une place

recevable son action en contestation de paternité légitime et sa demande d'expertise biologique dès lors qu'il était justifié que cet enfant avait une possession d'état d'enfant légitime conforme à son titre de naissance ». Il s'agissait alors de favoriser la stabilité de la filiation vécue dans le mariage.

¹¹¹⁷ En effet, si la reconnaissance avait un caractère mensonger, l'action sur le fondement de l'article 334-9 ne pouvait perdurer. Dans une affaire, un examen des sangs avait été ordonné lors d'une demande aux fins de légitimation exercée par la femme et son nouveau mari. Cet examen avait révélé que ce dernier n'était pas biologiquement lié à l'enfant. Amenée à se prononcer sur l'action fondée sur l'article 334-9 CC, la Cour de cassation retient « qu'il résulte de l'arrêt que la reconnaissance souscrite par M. Z. (le nouveau mari) a été annulée en raison de son caractère mensonger relevé par l'expertise ordonnée par le juge de la mise en état ; que par suite, la cour d'appel a décidé à bon droit que l'action exercée par les époux Z. sur le fondement de l'article 334-9 ne pouvait être accueillie » : Cass. civ. 1^{re}, 26 janvier 1994, n° 91-18.730 : *Deffrénois*, 1994, 776, Obs. MASSIP J.

¹¹¹⁸ Cass. civ. 1^{re}, 9 juin 1976, n° 74-12.922 : *Bull. civ.*, 1976, I, n° 211 ; *D.*, 1976, 593, Note RAYNAUD P. ; *JCP G*, 1976, II, 18494, Note CORNU G. ; *RTD civ.*, 1977, 752, Obs. NERSON R. ; *RTD civ.*, 1976, 340, Obs. NERSON R. : « La cour d'appel, qui constate, par motifs adoptés des premiers juges, que le X... Jean-Pierre, dont les parents vivaient séparément, n'avait pas la possession d'état d'enfant légitime, en a déduit, à bon droit, par application de l'article 334-9 du Code civil que la reconnaissance souscrite par M. était valable et que son action était recevable ». Rappelant cette interprétation mais jugeant le texte inapplicable en l'espèce : Cass. civ. 1^{re}, 21 juin 1977, n° 76-14.176 : *Bull. civ.*, 1977, I, n° 288 (solution confirmée à de nombreuses reprises). Dans le même sens que l'arrêt du 9 juin 1976, voir : Cass. civ. 1^{re}, 25 novembre 1980, n° 79-11.133 : *Bull. civ.*, 1980, I, n° 304 ; Cass. civ. 1^{re}, 8 octobre 2008, n° 07-12.837 : *AJ famille*, 2009, 35, Obs. CHÉNEDÉ F.

¹¹¹⁹ Cass. civ. 1^{re}, 2 mars 1982, n° 79-17.044 : *Bull. civ.*, 1982, I, n° 94 : la Cour de cassation rejette le pourvoi après avoir rappelé que la cour d'appel avait relevé que « la paternité de M. V. est exclue par le résultat de l'examen comparé des sangs et que les analyses font, au contraire, apparaître un taux élevé de probabilité en faveur de celle de M. M. », ainsi qu'une abondante correspondance. La part accordée à la biologie est fondamentale puisque, d'une part les progrès de la biologie permettent désormais d'obtenir des résultats confinant à la certitude, et d'autre part, l'expertise biologique est de droit sauf motifs légitimes de ne pas y procéder. Selon l'article 311-12, la possession d'état n'intervenait qu'à défaut d'éléments de conviction suffisants : Cass. civ. 1^{re}, 6 mars 1996, n° 94-11.108, n° 94-13.015 : *Bull. civ.*, 1996, I, n° 121 ; *D.*, 1996, 529, Note LEMOULAND J.-J. ; *RTD civ.*, 1996, 373, Obs. HAUSER J. : « pour régler les conflits de filiation pour lesquels la loi n'a pas fixé d'autres principes, l'article 311-12 du Code civil impose au juge de déterminer d'abord, par tous moyens de preuves, la filiation la plus vraisemblable ; qu'en application de cette règle, la cour d'appel a souverainement déduit du refus de M. Z... et de Mme X... de se soumettre à l'expertise et des autres indices ou présomptions retenus dans son précédent arrêt, la vraisemblance de la paternité de M. Y... ».

¹¹²⁰ Cass. civ. 1^{re}, 27 février 1985, n° 83-16.221 : *Bull. civ.*, 1985, I, n° 76 : la Cour de cassation déduit, au visa de l'article 322 al. 2 CC, qu'« il s'ensuit, dans le contexte de la loi du 3 janvier 1972 dont l'un des objectifs a été d'attribuer à chacun son vrai rapport de filiation et qui, à cet effet, a attaché à la possession d'état comme à son défaut, des conséquences juridiques plus nombreuses que par le passé, qu'en l'absence de possession d'état conforme au titre, la contestation de la paternité comme de la maternité légitime est recevable ». Le même principe est posé dans l'arrêt de rejet du même jour : Cass. civ. 1^{re}, 27 février 1985, n° 84-10.915 : *Bull. civ.*, 1985, I, n° 76 ; *GAJC*, 2007, n° 43-45.

¹¹²¹ Le mari, la mère, les héritiers, un père, l'enfant, le vrai père... : CA Dijon, 25 octobre 1995 : *RTD civ.*, 1996, 590, Obs. HAUSER J.

¹¹²² L'action est soumise à l'article 311-7 : Cass. civ. 1^{re}, 29 novembre 1994 : *D.*, 1995, 453, Note VIEVILLE-MIRAVETE M.-F.

¹¹²³ La Cour de cassation tentait de déjouer les manœuvres unilatérales visant à écarter la possession d'état : FRANCK R., « Observations comparatives sur la contestation de paternité », *RIDC*, 2005, Vol. 57, n° 1, p. 95.

¹¹²⁴ Voir les références citées par : LABRUSSE-RIOU C., « La filiation et la médecine moderne », *RIDC*, 1986, Vol. 38, n° 2, p. 426.

¹¹²⁵ Cass. civ. 1^{re}, 19 janvier 1988, n° 86-13.801 : *Gaz. Pal.*, 1988, 2, 855, Note M. J. : « Attendu que pour débouter M. X. tant de l'action en désaveu de paternité qu'il avait formée que de l'action en contestation de l'état d'enfant légitime de M. Y., l'arrêt attaqué relève que l'expertise sanguine qui a été diligentée n'a pas exclu la paternité de M. X. ; qu'il retient que la comparution personnelle des parties n'a pas permis d'établir l'impossibilité de sa paternité et que la preuve de l'absence de rapprochement des époux pendant la période légale de conception n'est pas non plus rapportée ; que, par ces seuls motifs, la cour d'appel qui a justement estimé que c'était à M. X... d'apporter la preuve de sa non paternité et n'a donc pas inversé la charge de la preuve a légalement justifié sa décision ».

importante à la vérité et à l'expertise biologiques¹¹²⁶, à condition que soit constatée l'absence de possession d'état¹¹²⁷.

La contestation de la filiation naturelle était quant à elle largement ouverte puisqu'aux termes de l'article 339 CC, la reconnaissance pouvait être contestée par toute personne y ayant intérêt, y compris son auteur. La loi de 1972 avait également ouvert l'action au ministère public¹¹²⁸. Cette large ouverture de l'action témoigne du rôle de la vérité biologique en droit de la filiation¹¹²⁹. Cette idée était encore renforcée par les délais puisque le droit commun était applicable. La filiation pouvait ainsi être contestée pendant trente ans. Néanmoins, si la possession d'état était conforme au titre et avait duré dix ans, la contestation n'était plus ouverte qu'à l'enfant, à l'autre parent et à ceux qui se prétendaient les parents véritables. Cette référence aux parents véritables montre clairement que la vérité biologique prévalait, y compris sur une filiation vécue¹¹³⁰. La preuve, qui devait être apportée par celui qui contestait la reconnaissance¹¹³¹, pouvait être établie par tous moyens¹¹³², dont l'examen biologique¹¹³³ qui est de droit¹¹³⁴. La place de la preuve

¹¹²⁶ Cass. civ. 1^{re}, 13 décembre 1989, n° 88-16.575 : « Il appartient à celui qui exerce l'action de rapporter la preuve de son bien-fondé, c'est-à-dire de la non paternité du mari ; que dès lors en se déterminant comme elle l'a fait sans rechercher si M. Y... était ou non le père biologique de l'enfant, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision ».

¹¹²⁷ CA Paris, 28 novembre 2002 : RTD civ., 2003, 277, Obs. HAUSER J. : refus d'une expertise qui n'est possible qu'à condition qu'il n'y ait pas d'éléments en faveur de la possession d'état. En présence d'une possession d'état, il n'y a pas lieu de recourir à l'expertise.

¹¹²⁸ Art. 339 al. 2 CC : « L'action est aussi ouverte au ministère public, si des indices tirés des actes eux-mêmes rendent invraisemblable la filiation déclarée ». Plus largement, sur le rôle du ministère public, voir : LEBORGNE A., « Le ministère public partie principale à un contentieux de la filiation : réflexion sur la montée d'un ordre public de direction ? », in WICKER G. (Dir.), *Mélanges en l'honneur du professeur Jean Hauser*, Paris, Lexis-Nexis, Dalloz, 2012, p. 311.

¹¹²⁹ TERRÉ F., FENOUILLET D., *Droit civil. La famille*, Paris, Précis, Dalloz, 2011, p. 611.

¹¹³⁰ *Ibid.*, p. 613.

¹¹³¹ Voir, par exemple : Cass. civ. 1^{re}, 8 juin 1999, n° 97-13.199 : « La reconnaissance d'un enfant naturel est présumée être l'expression de la vérité (...) il incombe à celui qui la conteste d'apporter la preuve de son caractère mensonger. (...) c'est dans l'exercice de son pouvoir souverain d'appréciation que la cour d'appel a refusé l'expertise, après avoir relevé que M. X..., qui avait vécu pendant plusieurs années en concubinage avec Mme Y., ne fournissait aucun élément de preuve sérieux permettant de mettre en doute sa paternité ». Cet arrêt témoigne également du fait que les juges restent libres d'ordonner l'examen sanguin. Depuis le 28 mars 2000, l'expertise biologique est de droit, sauf motif légitime de ne pas y procéder.

¹¹³² Contrairement à la situation prévalant à l'époque en matière de désaveu de paternité : Cass. civ. 1^{re}, 21 février 1966 : *Bull. civ.*, 1966, I, n° 131. Confirmant la preuve par tous moyens : Cass. civ. 1^{re}, 13 octobre 1970, n° 68-10.063 : *Bull. civ.*, 1970, I, n° 256 ; Cass. civ. 1^{re}, 17 juin 1975, n° 73-14.618 : *Bull. civ.*, 1975, I, n° 2000 (lettres et témoignages) ; Cass. civ. 1^{re}, 10 juin 1981, n° 79-16.331 : *Bull. civ.*, 1981, I, n° 203 (circonstances de la cause) ; Cass. civ. 1^{re}, 9 décembre 1970, n° 67-13.140 : *Bull. civ.*, 1970, I, n° 328 (rejet de la valeur probante de simples opinions) ; Cass. civ. 1^{re}, 7 novembre 1973, n° 72-11.083 (auteur de la reconnaissance ayant connu l'enfant quatre ans après la naissance). Il ne s'agit que d'exemples, la jurisprudence étant très fournie sur cette question.

¹¹³³ L'examen comparé des sangs a été possible très tôt : CA Pau, 4 avril 1949, *Gaz. Pal.*, 1949, 2, 40 ; Tribunal civil de la Seine, 19 juin 1951 : *JCP G*, 1951, II, 6527, Note SAVATIER J. ; *Gaz. Pal.*, 1951, 2, 146. Pour la jurisprudence de la Cour de cassation, voir notamment : Cass. civ. 1^{re}, 22 avril 1975, n° 72-12.292 : *Bull. civ.*, I, n° 143 : « la preuve du caractère mensonger d'une reconnaissance peut être faite par tous moyens propres à entraîner la conviction des juges (...) l'examen comparatif des sangs ne revêt pas, à cet égard, un caractère subsidiaire » ; Cass. civ. 1^{re}, 14 février 1990, n° 88-15.809 : *Bull. civ.*, 1990, I, n° 46 : « le recours à une expertise sanguine, qui ne constitue d'ailleurs pas en matière de contestation de reconnaissance une fin de non-recevoir mais un moyen de preuve au fond, peut être ordonné d'office par le juge » ; Cass. civ. 1^{re}, 7 janvier 1992, n° 90-16.623 : *Bull. civ.*, 1992, I, n° 6 (entretien de relations et expertise sanguine avec une probabilité de 99,99 %) ; Cass. civ. 1^{re}, 14 mars 1995, n° 91-11.762 : *Bull. civ.*, 1995, I, n° 126 (l'examen qui ne constitue pas une fin de non-recevoir avant la loi de 1993 peut être refusé) ; Cass. civ. 1^{re}, 4 juillet 1995, n° 93-13.532 : *Bull. civ.*, 1995, I, n° 292 : « La cour d'appel a, par une appréciation souveraine des éléments de la cause, estimé qu'en l'état des résultats de l'expertise sanguine, Mlle X... n'établissait pas le caractère mensonger de la reconnaissance » ; Cass. civ. 1^{re}, 8 juin 1999, n° 97-13.199 (refus d'expertise en l'absence d'élément de preuve susceptible de mettre en doute la paternité).

¹¹³⁴ Cass. civ. 1^{re}, 28 mars 2000, n° 98-12.806 : *Bull. civ.*, 2000, I, n° 103 : D., 2000, 731, Note GARÉ T. ; D., 2001, Somm., 976, GRANET-LAMBRECHTS F. ; D., 2001, 1427, Obs. GAUMONT-PRAT H. ; D., 2001, 2868, Obs. DESNOYER C. ; *JCP G*, 2000, II, 10409, Concl. PETIT, Note MONSAILLIER SAINT MLEUX M.-C. ; *Defrénois*, 2000, 769, Note MASSIP J. ; *Dr. fam.*, 2000, Comm. 72, MURAT P. ; *RJFP*, 2000-5/38, Note HAUSER J. ; RTD civ., 2000, 304, Obs. HAUSER J. : « L'expertise biologique est de droit en matière de filiation, sauf s'il existe un motif légitime de ne pas y procéder ». La cour d'appel avait refusé d'ordonner l'expertise sanguine au motif que « Mme X... ne rapporte pas la preuve du caractère mensonger de la reconnaissance et qu'une expertise médicale ne peut être ordonnée en vue de suppléer la carence de la partie dans l'administration de la preuve ». L'arrêt est cassé au visa des articles 339, 311-12 CC et 146 NCPC ; Cass. civ. 1^{re}, 30 mai 2000, n° 98-16.059 : D., 2001, Somm., 976, GRANET-LAMBRECHTS F. ; D., 2001, 2868,

scientifique était donc très importante, bien que potentiellement limitée par l'appréciation des motifs légitimes¹¹³⁵.

Enfin, la contestation de la possession d'état pouvait, sous réserve de l'article 339 al. 3, être contestée pendant trente ans, la preuve pouvant se faire par tous moyens.

Ce système, complexe par la multiplicité des actions, a été réformé par l'ordonnance du 4 juillet 2005¹¹³⁶ qui distingue désormais entre le cas dans lequel la filiation est établie par un titre corroboré par une possession d'état, par un titre nu ou pas la seule possession d'état, et ce, tant pour la filiation maternelle que paternelle.

Si la filiation est établie par un titre conforté par une possession d'état, l'action en contestation peut aboutir en rapportant la preuve que la femme n'a pas accouché ou que le mari ou l'auteur de la reconnaissance n'est pas le père¹¹³⁷. Certes, l'action est conditionnée par le biais de la détermination des titulaires de l'action et des délais, cependant, il convient de noter l'abandon de la fin de non-recevoir tirée de la concordance du titre et de la possession d'état en matière de filiation légitime. Ainsi, la possibilité d'accéder à la preuve biologique est étendue.

Si la filiation est établie par un titre nu, la preuve à apporter est la même ; seuls les titulaires et les délais de prescription varient¹¹³⁸.

Enfin, si la filiation est établie par la possession d'état seule, une action en contestation dont l'objet est d'apporter la « preuve contraire » peut être exercée¹¹³⁹. La doctrine s'est montrée divisée sur la possibilité de combattre la possession d'état par le recours à la preuve biologique¹¹⁴⁰. Plusieurs juridictions ont néanmoins retenu la possibilité de recourir aux examens biologiques dans le cadre de la contestation de la possession d'état¹¹⁴¹. L'influence exercée par la jurisprudence selon laquelle l'expertise est de droit¹¹⁴²,

Obs. GAUMONT-PRAT H. ; *JCP G*, 2000, II, 10410, Note GARÉ T. ; Cass. civ., 1^{re}, 17 septembre 2003, n° 01-03.408 : *D.*, 2004, Somm., 1419, GRANET-LAMBRECHTS F. ; *RJPF*, 2003-12/31, Obs. GARÉ T. ; *RTD civ.*, 2004, 73, Obs. HAUSER J. Confirmé par : Cass. civ. 1^{re}, 17 février 2004, n° 02-10.245 ; Cass. civ. 1^{re}, 12 mai 2004, n° 02-16.849 ; Cass. civ. 1^{re}, 14 juin 2005, n° 04-13.913 : la cour d'appel avait déclaré irrecevable la demande d'établissement d'une autre filiation et la demande d'expertise sanguine. Elle retenait que « les affirmations et dénégations des parties, ainsi que les attestations produites sont insuffisantes, à elles seules, à faire preuve du caractère mensonger de la reconnaissance de paternité effectuée par M. Antoine X..., dès lors qu'elles ne sont corroborées par aucun élément factuel ». La décision est cassée pour violation, par refus d'application, des articles 339 et 311-12 CC dans la mesure où elle ne s'est pas prononcée sur la demande subsidiaire d'examen comparé des sangs.

¹¹³⁵ TGI Lyon, 5 juillet 2007 : *D.*, 2007, 3052, Note GOUTTENOIRE A. ; *RTD civ.*, 2008, 93, Obs. HAUSER J. : en l'espèce le juge voit un motif légitime dans l'intérêt de l'enfant et dans les conséquences psychologiques qui résulteraient de l'expertise psychologique.

¹¹³⁶ Ordonnance du 4 juillet 2005 portant réforme de la filiation, *JORF*, 6 juillet 2005, p. 11159.

¹¹³⁷ Art. 332 al. 1 et 2.

¹¹³⁸ Art. 333 CC.

¹¹³⁹ Art. 335 CC.

¹¹⁴⁰ Certains auteurs considérant que la contestation ne peut porter que sur la possession d'état elle-même (existence, caractères), d'autres considérant que la possession d'état peut être combattue en apportant la preuve de l'absence de liens biologiques : MANDOFIA-BERNEY M., *Vérités de la filiation et procréation assistée. Étude des droits suisse et français*, Bâle et Francfort-sur-le-Main, Collection Genevoise, Helbing & Lichtenhahn, 1993, p. 56.

¹¹⁴¹ Semant le doute sur le caractère attaquant de la possession d'état par le recours à l'expertise biologique : CA Versailles, 12 avril 1983 : *D.*, 1983, 554, Obs. HUET-WEILLER D. Diverses juridictions ont ensuite accepté d'ordonner l'expertise : TGI Paris, 24 avril 1984 : *D.*, 1984, Jurisp., 572, Note HUET-WEILLER D. ; Cass. civ. 1^{re}, 4 décembre 1990, n° 89-15.735 : *Bull. civ.*, 1990, I, n° 277 : *RTD civ.*, 1991, 512, Obs. HUET-WEILLER D. ; *Deffrénois*, 1991, 672, Note MASSIP J. : « la possession d'état, même lorsqu'elle est établie, ne fait présumer la filiation que jusqu'à la preuve contraire ; que c'est dès lors à bon droit que la cour d'appel a estimé, eu égard aux conclusions de l'expertise sanguine établissant que M. Y... ne pouvait être le père de Frédéric, qu'il y avait lieu de débouter Mme X... de sa demande ». Voir également les nombreuses références citées par *Méga Code civil*, Paris, Codes, Dalloz, 2014, p. 718.

¹¹⁴² JOURDAIN-FORTIER C., « Les « enfants de la nature » aux XXI^e siècle : la possession d'état à l'épreuve de l'expertise biologique », *Dr. fam.*, 2003, n° 7, Chron. 23, p. 20 et s. Admettant que l'expertise biologique peut être prononcée dans l'action en contestation de la possession d'état : PASCAL A., TRAPERO M., « Vérité biologique et filiation dans la jurisprudence récente de la Cour de cassation », in *La vérité. Rapport annuel 2004 de la Cour de cassation*, Paris, La documentation française, Avril 2005, p. 92.

puis par la jurisprudence retenant que l'expertise n'est pas de droit dans l'action en constatation de la possession d'état¹¹⁴³, sur la possibilité de contester la possession d'état reste discutée en doctrine¹¹⁴⁴. La circulaire du 28 octobre 2011 prévoit quant à elle expressément la possibilité d'apporter la preuve biologique contraire¹¹⁴⁵.

146. Conclusion de la section 1 – Il est indéniable que les progrès de la science ont permis d'accéder à des certitudes quant à la réalité des liens biologiques entre les individus. La mise en parallèle des droits français et suisse montre que, dans chacun des droits, la preuve biologique a été acceptée progressivement et exerce aujourd'hui une influence importante, voire prépondérante lorsqu'elle est invoquée pour trancher, au contentieux, en faveur de l'existence ou au contraire de l'absence du lien de filiation. L'accès à la preuve s'est constamment libéralisé dans le droit français qui apparaissait au départ plus fermé que le droit suisse. L'article 310-3 constitue l'aboutissement de ce mouvement puisqu'il dispose désormais que *« si une action est engagée en application du chapitre III du présent titre, la filiation se prouve et se conteste par tous moyens, sous réserve de la recevabilité de l'action »*.

L'intuition première était que la plus large ouverture de l'accès aux examens biologiques par le droit de la santé devait logiquement s'accompagner d'une sorte de « biologisation » du droit de la filiation, crainte d'ailleurs largement mise en exergue en France lors des débats parlementaires relatifs aux lois de bioéthique de 1994. Partant de cette hypothèse de recherche, on pouvait penser que, sous l'influence du droit de la santé, le droit suisse de la filiation se montrerait plus favorable à la preuve biologique que le droit français. Il est vrai qu'en droit français, l'accès facilité à la preuve biologique a nécessité de multiples révisions du droit de la filiation. La présomption de paternité a été largement battue en brèche, notamment par les interprétations jurisprudentielles des articles 318, 322 et 334-9, et les divers obstacles à l'accès à la preuve biologique, tels que les cas d'ouverture et les fins de non-recevoir, ont été progressivement écartés. Au contraire, le droit suisse qui ne connaissait pas de cas d'ouverture et de fins de non-recevoir et qui permettait donc un accès plus aisé à la preuve biologique n'a pas eu besoin de s'adapter afin de limiter la contradiction entre les nouvelles possibilités de la science et un système d'accès à la preuve trop rigide. Cela explique en partie la stabilité des règles de droit de la filiation depuis 1978.

Néanmoins, l'hypothèse de départ a très vite trouvé ses limites. En effet, alors que le droit suisse de la santé est favorable à l'accès à la preuve biologique, le droit de la filiation a conservé divers systèmes de présomptions qui minorent, en pratique, l'usage des empreintes génétiques encore relativement coûteuses. Loin de donner lieu à une sorte de prépondérance du tout biologique, le droit suisse de la filiation apparaît mesuré dans l'équilibre qu'il tend à créer entre les différents intérêts en présence. Cette constatation conduit à renverser l'hypothèse de départ et à insister sur l'influence somme toute limitée du droit de la santé, et plus largement des progrès médicaux, dans la détermination des liens de filiation. Cette influence apparaît limitée du fait de la finalité particulière poursuivie par l'acte médical concerné,

¹¹⁴³ Cass. civ. 1^{re}, 16 juin 2011, *Dr. fam.*, 2011, Comm. 150, NEIRINCK C.

¹¹⁴⁴ Sur les différentes influences possibles, voir : GARÉ T., « L'expertise biologique n'est pas de droit en matière de constatation de possession d'état », *RJPF*, 2006, n° 3, p. 26 : considérant que l'exclusion de l'expertise biologique dans le domaine de la possession d'état serait inopportune.

¹¹⁴⁵ Circulaire du 28 octobre 2011 relative aux règles particulières à divers actes de l'état civil relatifs à la naissance et à la filiation, NOR : JUSC1119808C, *BOMJL*, 30 novembre 2011, n° 2011-11, p. 163, n° 304 : « Tout intéressé peut exercer l'action en contestation de la possession d'état (art. 335 C. civ.) dans un délai de dix ans à compter de la délivrance de l'acte de notoriété, en rapportant la preuve contraire (absence de possession d'état ou démonstration de son caractère équivoque ou discontinu ou preuve de la non-conformité de la filiation à la vérité biologique) ».

témoignant ainsi de la spécificité des actes médicaux liés à la création des liens familiaux. L'influence réelle exercée par le droit de la santé sur le droit de la filiation est donc limitée par la dimension civile et familiale des empreintes génétiques.

SECTION 2 : LA DÉSTABILISATION DU DROIT DE LA FILIATION MALGRÉ L'OUVERTURE RESTREINTE DE L'AMP

147. L'intégration de l'AMP dans une construction par référence à la nature – Le droit français et le droit suisse s'avèrent peu éloignés si l'on observe la manière dont ils ont intégré l'enfant issu d'une assistance médicale à la procréation dans leurs droits civils. En effet, loin de remettre en cause les structures fondamentales du droit de la famille, ils se sont contentés d'adopter quelques dispositions visant à assurer la stabilité de la filiation de l'enfant issu d'une PMA. Pour l'essentiel, ils ont coulé cette filiation dans le moule de la filiation charnelle. Cette idée fait écho à la notion de modèle déjà évoquée¹¹⁴⁶. Dans le domaine qui nous intéresse, le modèle apparaît incontestablement être celui de la nature. En France, nombre d'auteurs ont mis en avant cette référence à la nature dans la construction juridique de l'assistance médicale à la procréation¹¹⁴⁷. En Suisse, le message du Conseil fédéral contenait déjà de nombreuses références à la nature¹¹⁴⁸ et l'importance de ces renvois et leur caractère protéiforme ont récemment été mis en exergue par la prise de position de la Commission nationale d'éthique¹¹⁴⁹. L'étude de la contribution du droit de la santé à la reconnaissance du lien de couple a d'ores et déjà permis d'insister sur l'existence d'un modèle construit par référence à la nature. Cette référence au modèle naturalisant peut désormais être complétée à travers l'étude de la construction juridique du lien de filiation.

148. L'intégration de la construction juridique du lien de filiation dans un modèle naturalisant – La référence au modèle de la nature se traduit par la construction, dans chacun des pays, de la filiation par PMA sur le modèle de la filiation charnelle. Cela conduit à limiter la spécificité de l'acte procréatif par PMA en effaçant l'intervention du tiers donneur. Il apparaît donc que dans chacun des pays, la remise en cause potentielle du droit de la filiation dont était porteuse l'AMP a été limitée par l'adoption d'un modèle familial naturalisant (I). Cet effacement de l'intervention du tiers donneur intervient néanmoins de manière différente dans les deux droits étudiés. En droit français, l'effacement est total. Il se traduit, d'une part, par l'organisation de la disparition du lien de filiation qu'il pourrait potentiellement entretenir avec l'enfant et, d'autre part, par l'assimilation des gamètes aux autres éléments et produits du corps humain. C'est ce qu' I.

¹¹⁴⁶ TERRASSON DE FOUGÈRES A., *Le modèle dans le droit de la famille : notion et fonction (essai de droit comparé interne)*, Paris II, Thèse en droit privé, 1994, 408 p.

¹¹⁴⁷ Voir, par exemple : IACUB M., « La construction juridique de la nature dans la reproduction hors-nature : les fécondations artificielles dans les lois bioéthiques », in RONSIN F., LE BRAS H., ZUCKER-ROUVILLOIS É., *Démographie et politique*, Dijon, Éditions universitaires, 1997, p. 163 et p. 172 ; BELLIVIER F., « Réflexion au sujet de la nature et de l'artifice dans les lois de bioéthique », *LPA*, 18 février 2005, n° 35, p. 10 ; BRUNET L., « Des usages protéiformes de la nature : essai de relecture du droit français de la filiation », in BONTE P., PORQUERES I GENE E., WILGAUX J. (Dir.), *L'argument de la filiation. Aux fondements des sociétés européennes et méditerranéennes*, Paris, Éditions de la maison des sciences de l'homme, Paris, 2011, pp. 305-311.

¹¹⁴⁸ L'étude du commentaire du projet de la LPMA du message du Conseil fédéral est particulièrement éclairante dans la mesure où il se réfère à plusieurs reprises à la nature lorsqu'il s'agit de déterminer les conditions d'accès à la PMA : « *La nature veut que chacun ait un père et une mère (...) ces principes fondamentaux de la nature humaine doivent être respectés lors de la mise en œuvre de la PMA* » (FF 1996 III 243-244), « *L'impératif du bien de l'enfant implique pourtant qu'il ne saurait être créé une situation qui diffère manifestement du lien de filiation naturelle* » (FF 1996 III 247), « *Le fait que la procréation médicalement assistée ne doit pas donner naissance à des rapports familiaux qui s'écartent de ceux que la nature rend possible est décisif pour le Conseil fédéral* » (FF 1996 III 248), « *La division de la paternité entre un père génétique et un père social et juridique en cas d'insémination par le sperme d'un donneur a, en revanche, un parallèle dans la procréation naturelle* » (FF 1996 III 248).

¹¹⁴⁹ NEK-CNE, *La procréation médicalement assistée. Considérations éthiques et propositions pour l'avenir*, Prise de position n° 22/2013, Berne, Décembre 2013, pp. 26-27.

THÉRY nomme le modèle du « *ni vu, ni connu* »¹¹⁵⁰. En droit suisse, il sera démontré que cette négation du donneur n'existe pas puisque l'anonymat est constitutionnellement interdit¹¹⁵¹. Néanmoins, la filiation reste construite par référence au droit commun, ce qui peut paraître *a priori* paradoxal. Mais en réalité ce paradoxe semble s'expliquer par la plus faible ouverture de l'accès à l'AMP en droit suisse. Seul le don de sperme étant autorisé, qui plus est au sein de couples mariés, l'intégration de l'enfant issu d'une PMA pouvait être réalisée en prévoyant une simple exception aux textes de droit commun. La comparaison des droits français et suisse apparaît alors particulièrement instructive puisqu'elle permet de mettre en avant les brèches du modèle naturalisant, dans la mesure où plus l'accès à l'AMP est ouvert et plus la sécurisation du lien de filiation par référence au droit commun est complexe (II). Ainsi, malgré les objectifs affichés, le droit de l'AMP déstabilise nécessairement le droit de la filiation.

I. LA REMISE EN CAUSE DES RÈGLES DU DROIT DE LA FILIATION LIMITÉE PAR L'ADOPTION D'UN MODÈLE FAMILIAL NATURALISANT DANS CHACUN DES PAYS

149. Une distorsion encadrée par l'adoption d'un modèle naturel – La procréation médicalement assistée implique, lorsqu'elle est réalisée avec tiers donneur, une dissociation entre les liens juridiques et les liens génétiques. En effet, elle vise à créer un enfant, pour un couple porteur d'un projet parental et qui ne peut procréer, à partir des gamètes d'un tiers. Or, cette intervention du tiers ne peut s'intégrer facilement dans les règles du droit de la filiation qui ont été décrites plus haut. En effet, il a été démontré que ces dernières accordaient une large part à la preuve biologique lorsqu'il s'agissait de régler les actions relatives à la filiation. Certes, certains mécanismes régulateurs tels que la possession d'état ou l'encadrement des titulaires des actions et des délais existaient, mais ils n'étaient que de peu de secours dans le domaine de la PMA. La distorsion existant entre les liens juridiques souhaités, c'est-à-dire à l'égard du couple, et les liens génétiques de fait était donc problématique (A). Cela explique que des règles spécifiques aient été adoptées dans les deux pays afin de limiter cette distorsion. Ces règles ont donné lieu à l'adoption d'un modèle fondé sur la filiation charnelle (B).

A. La potentielle distorsion des liens juridiques et génétiques dans l'AMP avec tiers donneur

150. Avant l'adoption des règles spécifiques, la France et la Suisse ont été confrontées au risque de voir les filiations issues de PMA contestées. La situation était différente selon qu'il s'agissait de la filiation paternelle (1) ou de la filiation maternelle (2).

1. L'instabilité de la filiation paternelle

151. Instabilité de la filiation paternelle au regard du droit commun – En cas de don de sperme, l'enfant est génétiquement et biologiquement issu de la mère. La filiation maternelle ne posait donc pas de

¹¹⁵⁰ THÉRY I., *Des humains comme les autres. Bioéthique, anonymat et genre du don*, Cas de figure, Éditions de l'EHESS, 2010, p. 27.

¹¹⁵¹ Voir *infra* § 491 et s.

difficultés particulières, contrairement à la filiation paternelle. Lorsque le couple n'était pas marié, l'établissement de la filiation paternelle pouvait poser des difficultés dans la mesure où la reconnaissance étant un acte purement volontaire, il n'était alors pas possible d'exercer une action en recherche de paternité contre le concubin car il n'avait aucun lien biologique avec l'enfant. Le risque de contestation de la reconnaissance était également important. Lorsque le couple était marié, la filiation était établie par la présomption de paternité. En Suisse, l'article 233 CCS permettait au mari d'agir en désaveu¹¹⁵². Tel était également le cas en France, où la loi du 3 janvier 1972¹¹⁵³ permettait au mari de désavouer l'enfant s'il justifiait de faits propres à montrer qu'il ne pouvait pas être le père¹¹⁵⁴.

152. Le consentement : un obstacle à la contestation ? – La principale question était alors de savoir si le consentement donné à la procréation assistée constituait une fin de non-recevoir à l'exercice de l'action en désaveu. En Suisse, il n'y a pas eu de jurisprudence sur cette question puisque des règles protectrices ont rapidement été adoptées. La doctrine dominante estimait que le fait de donner son consentement à la PMA, puis de désavouer l'enfant, revenait à adopter un comportement contradictoire constitutif d'un abus de droit¹¹⁵⁵. Quant à la question de savoir si l'enfant pouvait agir en désaveu contre le mari, elle restait ouverte. Si certains auteurs approuvaient la capacité laissée à l'enfant d'agir en désaveu¹¹⁵⁶, d'autres estimaient préférable qu'une disposition soit adoptée afin d'interdire à l'enfant de contester la paternité¹¹⁵⁷. En France, au contraire, les tribunaux se sont prononcés sur le fait de savoir si le consentement donné à la procréation assistée constituait une fin de non-recevoir à l'exercice de l'action en désaveu. Le tribunal de Nice¹¹⁵⁸ avait décidé que l'action en désaveu ne pouvait faire l'objet d'une renonciation, conformément à l'article 311-9 en vigueur à cette époque. Cette jurisprudence, fort bien fondée juridiquement, était néfaste à l'intérêt de l'enfant qui se voyait privé d'un lien de filiation. Cette considération avait été prise en compte par d'autres juridictions qui avaient refusé le désaveu en considérant que « *la recherche de la vérité biologique dans un tel cas conduit à une impasse et à une solution contraire à l'intérêt de l'enfant* »¹¹⁵⁹. Bien que plus humaine, cette solution fut fortement critiquée, car elle était en contrariété avec les règles alors en vigueur. La Cour de cassation, par un arrêt du 10 juillet 1990¹¹⁶⁰, avait accepté l'action en désaveu, mais avait toutefois estimé qu'en consentant à la procréation artificielle l'homme avait contracté une obligation de se comporter comme un père et que le non-respect de cet engagement pouvait donner lieu au paiement de dommages et intérêts. L'enfant issu d'une PMA était donc traité comme l'enfant dont la filiation était contestée en raison d'une reconnaissance mensongère. Une partie de la doctrine était satisfaite par cette solution, alors que d'autres appelaient de leurs vœux

¹¹⁵² MANDOFIA-BERNEY M., *Vérités de la filiation et procréation assistée. Étude des droits suisse et français*, Bâle et Francfort-sur-le-Main, Collection Genevoise, Helbing & Lichtenhahn, 1993, p. 159.

¹¹⁵³ Loi n° 72-3 du 3 janvier 1972 sur la filiation, *JORF*, 5 janvier 1972, p. 145.

¹¹⁵⁴ *Dictionnaire permanent santé, bioéthique, biotechnologies*, Éditions législatives, Étude : filiation et procréation médicalement assistée.

¹¹⁵⁵ DUBLER-NÜSS H., *Les nouveaux modes de procréation artificielle et le droit suisse de la filiation*, Berne, Peter Lang, 1988, pp. 74-75.

¹¹⁵⁶ *Ibid.*, p. 93.

¹¹⁵⁷ MANDOFIA-BERNEY M., *Vérités de la filiation et procréation assistée. Étude des droits suisse et français*, Bâle et Francfort-sur-le-Main, Collection Genevoise, Helbing & Lichtenhahn, 1993, p. 164.

¹¹⁵⁸ TGI Nice, 30 juin 1976 : *JCP G*, 1977, II, 18597, Note HARICHAUX M. ; *D.*, 1977, Jurisp., 45, Note HUET-WEILLER D. ; *Gaz. Pal.*, 1977, 1, 48, Note PAILLET E. ; *RTD civ.*, 1977, 746, Obs. NERSON R. Voir également : TGI Paris, 19 février 1985 : *D.*, 1986, 223, Note PAILLET E. ; *RTD civ.*, 1980, 577.

¹¹⁵⁹ TGI Bobigny, 18 janvier 1990 : *JCP G*, 1990, II, 21592, Obs. GUIHO P. ; *D.*, 1990, 332, Note SAUJOT C. ; CA Paris, 29 mars 1991 : *D.*, 1991, 562, Note SÉRIAUX A. ; *JCP G*, 1992, II, 21857, Obs. DOBKINE E.

¹¹⁶⁰ Cass. civ. 1^{re}, 10 juillet 1990 : *D.*, 1990, 517 ; *RTD civ.*, 1991, 311, Obs. HAUSER J.

l'intervention du législateur au motif qu'« *il est inadmissible dans l'intérêt de la femme, de l'enfant et de la société, qu'un homme qui a consenti à l'LAD de sa femme puisse commettre la forfaiture d'une action en désaveu de paternité* »¹¹⁶¹. La question de la contestation du lien de filiation sur le fondement de l'article 322 al. 2 CC *a contrario* pouvait également se poser dès lors que l'enfant ne bénéficiait pas d'un titre conforme à la possession d'état¹¹⁶². Au-delà de la question de l'instabilité de la filiation paternelle, le don d'ovocytes posait également la question de l'instabilité de la filiation maternelle.

2. L'instabilité de la filiation maternelle

153. En cas de don d'ovocytes en Suisse – En cas de don d'ovocytes, la problématique se posait différemment, les deux femmes ayant un lien biologique avec l'enfant. En droit commun suisse, la filiation maternelle est établie par l'accouchement. Si une interprétation littérale aboutissait à attribuer la maternité à la receveuse, certains auteurs ont souligné que le législateur n'avait pas entrevu l'hypothèse d'une dissociation de la maternité. La question s'est alors posée de savoir s'il était possible d'admettre la possibilité d'une action en désaveu de maternité et de privilégier le lien avec la mère génétique. Les seuls cas de contestation de maternité envisagés étaient la supposition et la substitution d'enfants, pour lesquels la maternité pouvait se prouver par tous moyens¹¹⁶³. Il a donc été nécessaire de s'interroger sur la définition et la preuve de la maternité puisque cette dissociation n'avait pas été envisagée jusque-là. La majorité de la doctrine suisse estimait que le lien avec la mère gestatrice (renforcé par les 9 mois de gestation) devait prévaloir alors que d'autres envisageaient une action en désaveu de maternité, par analogie avec l'action en désaveu de paternité. Dans une telle hypothèse, une incertitude aurait pu régner si la gestatrice avait refusé la maternité, au motif que l'ovule n'était pas le sien, ou si la génitrice avait soutenu qu'elle était la mère en recourant à un test génétique.

154. En cas de don d'ovocytes en France – En France, la majorité de la doctrine estimait que la maternité juridique était déterminée uniquement par l'accouchement¹¹⁶⁴. Pourtant, certains auteurs, comme M. BANDRAC, avaient estimé que les textes ne concernaient que des questions de preuve et qu'un examen de fond des textes postulait plutôt en faveur d'une conception génétique de la maternité¹¹⁶⁵. Dans les deux pays, bien que la doctrine majoritaire postulât en faveur de l'attribution de la maternité à la mère gestatrice, l'absence de dispositions spécifiques prévoyant l'hypothèse d'une dissociation de la maternité, laissait planer des doutes et pouvait faire craindre une instabilité du lien maternel et, par

¹¹⁶¹ RAYMOND G., « La procréation artificielle et le droit français », *JCP G*, 1983, I, 3114.

¹¹⁶² CA Versailles, 5 février 1998 : *D.*, 1999, Somm., 196, Obs. GRANET F. ; *Dr. fam.*, 1999, Comm. 25, MURAT P. La Cour de cassation a été saisie d'un pourvoi : Cass. civ. 1^{re}, 14 juin 2000, n° 98-16.122 : *D.*, 2001, Somm., 969, GRANET F. ; *D.*, 2001, 2798, Obs. DEKEUWER-DÉFOSSEZ F. ; *Defrénois*, 2000, 1313, Obs. MASSIP J. ; *Dr. fam.*, 2000, Comm. 109, MURAT P. : dans cette affaire, l'enfant était issue d'une PMA réalisée en 1987. Les époux avaient ensuite divorcé par consentement mutuel et la mère avait contesté la paternité sur le fondement de l'article 322 al. 2. Le TGI de Nanterre avait déclaré son action irrecevable. Le jugement avait été confirmé en appel. Le pourvoi est rejeté : « *La seule décision du mari de la mère de traiter l'enfant comme son enfant légitime en vue d'écarter la fin de non-recevoir édictée par l'article 322, alinéa 2, du Code civil ne peut mettre à néant les effets d'une possession d'état exempte de vice ; qu'ayant relevé que Marine Y... avait bénéficié d'une telle possession, conforme à son titre de naissance, jusqu'en 1996, la cour d'appel a fait une exacte application du texte susvisé en déclarant Mme X... irrecevable en son action* ». On peut en déduire qu'à défaut de titre conforme à la possession d'état, la filiation aurait pu être attaquée sur le fondement de l'article 322 al. 2 interprété *a contrario*.

¹¹⁶³ MANDOFIA-BERNEY M., *Vérités de la filiation et procréation assistée. Étude des droits suisse et français*, Bâle et Francfort-sur-le-Main, Collection Genevoise, Helbing & Lichtenhahn, 1993, p. 173.

¹¹⁶⁴ LEMOULAND J.-J., « Procréation médicalement assistée et droit de la filiation », *Actualités législatives Dalloz*, 1995, pp. 15-24.

¹¹⁶⁵ BANDRAC M., « Réflexions sur la maternité », in *Mélanges Raynaud*, Paris, Dalloz-Sirey, 1985, p. 30.

ricochet, du lien paternel. Conscients des difficultés liées à l'application pure et simple du droit commun de la filiation, les deux pays ont fait le choix d'adopter des règles spéciales afin de régir la filiation des enfants issus d'une procréation médicalement assistée. Le droit suisse a résolu la question en interdisant le don d'ovocytes.

B. Une distorsion limitée par l'adoption d'un modèle fondé sur la filiation charnelle

155. La PMA aboutit à une situation dans laquelle l'enfant est issu « *de l'un des partenaires du couple et d'un tiers* »¹¹⁶⁶. La filiation est alors mixte. Elle peut être rapprochée de la filiation charnelle dans la mesure où l'enfant entre dans sa famille par le biais de l'accouchement et sera rattaché biologiquement à l'un de ses parents. Mais, comme dans la filiation adoptive, l'enfant aura des origines biologiques étrangères à l'un des membres du couple. Pourtant, les droits n'ont pas réellement tenu compte de cette mixité en ce qui concerne la place accordée aux textes spéciaux. Les deux pays ont fait le choix de les insérer au sein de la filiation charnelle. Cela permet de ne pas signaler la spécificité de la procréation et protège la famille nouvellement créée. Il en résulte une influence relativement limitée du droit de la santé sur le droit de la filiation. La sécurisation de la filiation de l'enfant à naître s'est traduite par un double mouvement commun aux deux pays. Il a été jugé nécessaire d'évincer le donneur (1) afin que le lien génétique qu'il entretient avec l'enfant ne constitue pas un obstacle à la stabilité de la filiation vis-à-vis du couple demandeur (2).

1. L'interdiction d'établir le lien entre l'enfant et le donneur.

156. Le don de gamètes a pour but de permettre à un couple d'avoir des enfants malgré la stérilité de l'un de ses membres. Il aboutit ainsi à « *imposer au droit de la famille de ne pas prendre en compte la vérité biologique* »¹¹⁶⁷. En France comme en Suisse, le lien biologique est gommé au profit de la vérité psychosociale, mais cet effacement du donneur n'est pas réalisé avec la même intensité dans les deux pays.

157. **L'effacement du lien biologique afin de permettre la filiation avec le couple demandeur –** Étant donné que l'enfant est biologiquement issu du donneur, il pourrait, en application du droit commun, se voir attribuer un lien de filiation avec l'enfant. C'est pourquoi les deux pays prévoient qu'on ne peut en principe établir de lien de filiation entre l'enfant et le donneur. En France, l'article 311-19 al. 1 CC¹¹⁶⁸ constitue une règle autonome, même si elle est normalement inutile du fait de l'application du principe de l'anonymat du don. En Suisse, l'affirmation du droit à la connaissance de ses origines rend le donneur « accessible ». L'article 23 LPMA¹¹⁶⁹ revêt donc une importance particulière. Cette règle se comprend aisément dans la mesure où le don de gamète ne correspond pas au projet parental du donneur, mais constitue sa contribution au projet parental d'autrui.

¹¹⁶⁶ DREIFUSS-NETTER F., « La filiation de l'enfant issu de l'un des partenaires du couple et d'un tiers », *RTD civ.*, 1996, n° 1, p. 1.

¹¹⁶⁷ TAORMINA G., « Le droit de la famille à l'épreuve du progrès scientifique », *D.*, 2006, n° 16, p. 1077.

¹¹⁶⁸ Qui dispose qu'« *aucun lien de filiation ne peut être établi entre l'auteur du don et l'enfant issu de la procréation* ».

¹¹⁶⁹ Qui dispose que « *lorsqu'un enfant a été conçu au moyen d'un don de sperme, l'action en paternité contre le donneur est exclue* ».

Un tel principe constitue un choix de politique législative et familiale, la vérité génétique étant totalement occultée¹¹⁷⁰. En effet, la filiation est une notion juridique qui n'existe que si le droit la consacre¹¹⁷¹ ; il appartient alors au législateur de faire un choix entre vérité biologique et vérité sociale pour déterminer la filiation juridique. Le choix de favoriser la filiation sociale au détriment de la filiation génétique n'est pas anodin puisqu'il vise à favoriser le don de gamètes¹¹⁷². Il s'agit de protéger le donneur qui sera assuré que son don n'aura pas, par la suite, les conséquences patrimoniales et extrapatrimoniales traditionnellement attachées à la filiation. En Suisse, le donneur est également protégé lorsque l'insémination ou la fécondation *in vitro* a été pratiquée en violation des dispositions légales, aboutissant à priver l'enfant d'une filiation paternelle. Le législateur a alors estimé que « *l'homme qui, par altruisme a fait don de ses gamètes conformément à la loi ne doit pas supporter les conséquences d'une irrégularité commise par d'autres. Au contraire, la loi doit lui garantir que son don n'aura pas d'effets relevant du droit de la famille (...). Les intérêts de l'enfant passent ici après ceux du donneur* »¹¹⁷³. L'enfant ne sera pas pour autant démuné car la mère « *devra justifier de son comportement envers l'enfant au même titre que la femme qui tait sciemment le nom du père* » et il pourra exercer une action en dommages et intérêts pour réparer le préjudice moral et économique subi¹¹⁷⁴.

Mais si cette règle protège largement les intérêts du donneur, en France, certains auteurs ont estimé qu'elle aboutissait à le déshumaniser puisqu'il est « *réduit à n'être qu'un distributeur transparent et inexistant d'une parcelle de vie qui lui échappe, qu'un instrument au service du couple stérile* »¹¹⁷⁵. Comme dans les dons d'organes, le donneur est utilisé comme un moyen, ce qui est justifié par le caractère solidaire de son geste. De plus, si l'on s'en tient au postulat selon lequel l'enfant ne peut avoir que deux liens de filiation, cette règle est une condition *sine qua non* de la procréation médicalement assistée avec donneur. Comme l'a souligné le Doyen CORNU « *c'est (...) à partir de cette négation de la filiation biologique que s'établit positivement l'autre filiation, la filiation volontaire. Le sacrifice de la première fait le lit de la seconde : table rase sur laquelle s'édifie la filiation fondée sur l'engagement parental* »¹¹⁷⁶. On peut toutefois reconnaître qu'en France, le principe de l'anonymat couplé avec l'article 311-20 CC qui interdit catégoriquement toute création d'un lien entre le donneur et l'enfant, contribue à effacer totalement le rôle joué par le donneur, ce qui n'est pas le cas en Suisse qui laisse parfois une place au donneur en tant que père juridique.

158. Les limites à la protection du donneur expressément prévues en Suisse – L'article 23 al. 3 LPMA dispose que « *l'action (en paternité) est toutefois admise si le donneur a fait sciemment don de son sperme auprès d'une personne qui n'est pas titulaire d'une autorisation de pratiquer la procréation médicalement assistée ou de conserver le sperme provenant de dons et d'en pratiquer la cession* ». Le but du législateur est de favoriser la sécurité sanitaire en

¹¹⁷⁰ GRANET F., « Secret des origines et promesse de filiation », *LPA*, 2 octobre 1996, n° 119, p. 8.

¹¹⁷¹ ATF 108 II 344.

¹¹⁷² Pour s'en convaincre, on peut se référer au cas de l'Allemagne où, en l'absence de règles spéciales, un lien de filiation peut être établi entre l'enfant et le donneur. F. FURKEL constate alors que « *par la menace qu'à dessein il laisse planer, aujourd'hui encore sur le donneur dont l'anonymat n'est plus jamais garanti, ce même législateur espère la raréfaction des dons* » : FURKEL F., « L'identification possible des donneurs de gamètes en République fédérale d'Allemagne. Un principe controversé aux effets dérangeants », in FEUILLET-LIGER B. (Dir.), *Procréation médicalement assistée et anonymat, Panorama international*, Bruxelles, Collection droit bioéthique et société, Bruylant, 2008, p. 123.

¹¹⁷³ Message relatif à l'initiative populaire « pour la protection de l'être humain contre les techniques de reproduction artificielle (initiative pour une procréation respectant la dignité humaine, PPD) » et à la loi fédérale sur la procréation médicalement assistée (LPMA), 26 juin 1996, FF 1996 III 263.

¹¹⁷⁴ *Ibid.*

¹¹⁷⁵ NEIRINCK C., « Le droit de la filiation et la procréation médicalement assistée », *LPA*, 14 décembre 1994, n° 149, p. 58.

¹¹⁷⁶ CORNU G., *Droit civil : la famille*, Paris, Domat droit privé, Montchrestien, 2006, p. 468.

« décourage[ant] les donneurs de passer par des circuits parallèles »¹¹⁷⁷. Ainsi la protection du donneur devenu « père »¹¹⁷⁸ biologique s'estompe. Tel est notamment le cas si une femme recourait à une IAD en dehors de tout traitement médical. Il convient également de signaler que le donneur pourrait reconnaître l'enfant lorsque ce dernier est dépourvu de père juridique. Bien que cette solution ne soit pas expressément prévue en France, elle pourrait prévaloir, notamment en cas de recours à une insémination artisanale¹¹⁷⁹.

159. L'irresponsabilité du donneur affirmée par la France – Il faut enfin mentionner une dernière règle qui vise à organiser la disparition du donneur en France. En effet, l'article 311-19 al. 2 CC dispose qu'« aucune action en responsabilité ne peut être exercée contre le donneur ». On peut s'interroger sur la nature de la responsabilité que le donneur pourrait encourir. Il ne peut s'agir d'une responsabilité contractuelle dans la mesure où il n'existe pas de contrat entre le donneur et le couple receveur. Quant à la responsabilité délictuelle, elle n'est pas *a priori* envisageable car le don est un geste altruiste qui ne semble pas être constitutif d'une faute. On pourrait toutefois imaginer le cas où le donneur aurait transmis une maladie à l'enfant. S'il semble louable d'avoir interdit de reprocher au donneur la transmission de « ses mauvais gènes »¹¹⁸⁰, la formulation générale de l'article semble indiquer que serait également exclue toute action contre le donneur malveillant, ce qui est plus regrettable. Il faut cependant noter que ce cas semble être une hypothèse d'école, vu les précautions sanitaires prises en France. Il faut donc conclure qu'il s'agit d'une immunité « politique »¹¹⁸¹ et « stratégique »¹¹⁸². Elle permet avant tout de rassurer les donneurs afin de ne pas tarir les sources de la PMA. Cette éviction du donneur s'accompagne d'un verrouillage de la filiation à l'égard du couple receveur.

2. Le verrouillage de la filiation à l'égard du couple receveur

160. Le verrouillage de la filiation à l'égard du couple receveur se traduit d'une part au stade de l'établissement du lien de filiation et, d'autre part, au niveau de la contestation du lien de filiation.

161. L'établissement de la filiation en cas de don de sperme au sein d'un couple marié – Concernant l'établissement de la filiation, il convient de distinguer selon que l'enfant naît au sein d'un couple marié ou non. En Suisse comme en France, aucun texte n'est spécifiquement applicable à l'établissement de la filiation de l'enfant né d'un don de sperme dans un couple marié. Dans ces circonstances, le recours au droit commun de la filiation s'impose. L'absence de disposition spéciale traduit la volonté du législateur de ne pas « singulariser d'emblée la filiation de l'enfant issu d'une procréation

¹¹⁷⁷ GUILLOD O., *Droit des familles*, Bâle, Les abrégés, Unine, Helbing & Lichtenhahn, 2014, p. 245.

¹¹⁷⁸ La référence à la notion de « père » est ici justifiée par le non-respect des règles institutionnalisées du don de gamètes.

¹¹⁷⁹ Ainsi, un homme ayant fait don de son sperme à un couple de femmes homosexuelles aurait reconnu l'enfant : COLNET C., « De plus en plus de couples de lesbiennes se tournent vers le don de sperme sauvage », *Lemonde.fr*, 19 août 2013, Disponible sur : http://www.lemonde.fr/societe/article/2013/08/19/de-plus-en-plus-de-couples-de-lesbiennes-se-tournent-vers-le-don-de-sperme-sauvage_3463160_3224.html#xtor=AL-32280539, Consulté le 10 juin 2014.

¹¹⁸⁰ RUBELLIN-DEVICHI J., *Droit de la famille*, Paris, Dalloz action, Dalloz, 2002, p. 490.

¹¹⁸¹ CORNU G., *Droit civil : la famille*, Paris, Domat droit privé, Montchrestien, 2006, p. 469.

¹¹⁸² GRANET F., « Secret des origines et promesse de filiation », *LPA*, 2 octobre 1996, n° 119, p. 12.

assistée »¹¹⁸³. Il s'agit donc *a priori* de protéger l'enfant en évitant de le stigmatiser. Mais il s'agit surtout de protéger le couple receveur qui pourra faire « comme si » l'enfant était né naturellement, en cachant à la fois la stérilité et le particularisme de la filiation. L'article 312 CC et l'article 255 CCS prévoient le recours à la présomption de paternité, selon laquelle l'enfant de la mère est réputé être celui de son mari. Elle découle de la loi, en tant qu'effet du mariage. Traditionnellement, cette présomption s'expliquait par l'impossibilité d'établir avec certitude la filiation paternelle et la volonté de garantir la paix des familles. Elle reposait avant tout sur une probabilité de paternité. Mais, avec les progrès scientifiques, la doctrine majoritaire la considère comme une dispense de preuve de la filiation, laquelle prévaut jusqu'à une éventuelle contestation¹¹⁸⁴. En France, l'application du droit commun à l'établissement de la filiation par PMA a parfois été critiquée dans la mesure où elle contraste avec l'esprit de la présomption : « *la présomption dispense d'apporter une preuve délicate pour un fait quasi certain. Ici, elle va servir à masquer une situation dont on sait pertinemment qu'elle est contraire au lien de filiation* »¹¹⁸⁵. Le législateur recourt donc à une fiction pour préserver la vie privée du couple receveur et assurer l'établissement du lien de filiation. Bien que cette solution semble simple et efficace, elle peut se heurter à certaines difficultés.

En Suisse, le Code civil ne prévoit pas de cas d'exclusion de la présomption de paternité. Comme le souligne M. MANDOFIA-BERNEY, « *la force attribuée à la présomption de paternité en Suisse est (...) très importante et ce, indépendamment de sa conformité avec la vérité biologique* »¹¹⁸⁶ ; elle subsiste même si les époux sont séparés de corps ou que la communauté de vie a cessé¹¹⁸⁷. L'établissement de la filiation paternelle par le biais de la présomption de paternité est donc sécurisé, ce qui est à la fois protecteur de l'enfant et conforme à l'objectif poursuivi par le législateur. Signalons toutefois que la présomption de paternité serait écartée si le couple divorçait après avoir consenti à la PMA et avant la naissance de l'enfant. Ce cas constitue un oubli du législateur et aboutirait à la venue au monde d'un enfant sans filiation paternelle. Il semble cependant envisageable de l'éviter en faisant durer la procédure de divorce jusqu'à la naissance de l'enfant.

En France, au contraire, l'article 313 CC prévoit deux cas d'exclusion de la présomption de paternité du mari : « *la présomption de paternité est écartée lorsque l'acte de naissance ne désigne pas le mari en qualité de père. Elle est encore écartée en cas de demande en divorce ou en séparation de corps* ». Une partie de la doctrine estime « *que les dispositions de 313 CC n'ont pas d'intérêt en raison des conditions de mise en œuvre de l'assistance médicale à la procréation ou qu'elles dénaturent le dispositif légal mis en place par l'article 311-20 CC. Ils estiment donc que l'omission du nom du mari dans l'acte de naissance est sans portée* »¹¹⁸⁸. Toutefois, on peut considérer qu'il s'agit d'une disposition générale et qu'elle est donc applicable en l'absence de disposition spéciale relative à la PMA,

¹¹⁸³ VIGNEAU D., « Les imperfections des lois du 29 juillet 1994 en matière de filiation », in DEKEUWER-DÉFOSSEZ F. (Dir), *Les filiations par greffe : adoption et procréation médicalement assistée*, Paris, Colloques LERADP, LGDJ, 1997, p. 94.

¹¹⁸⁴ PARQUET M., *Droit de la famille*, Rosny-sous-Bois, Lexifac droit, Bréal, 2009, p. 138.

¹¹⁸⁵ NICOLAU G., *L'influence des progrès de la génétique sur le droit de la filiation*, Bordeaux, Presses universitaires de Bordeaux, 1991, p. 218.

¹¹⁸⁶ MANDOFIA-BERNEY M., *Vérités de la filiation et procréation assistée. Étude des droits suisse et français*, Bâle et Francfort-sur-le-Main, Collection Genevoise, Helbing & Lichtenhahn, 1993, p. 73.

¹¹⁸⁷ GUILLOD O., *Droit des familles*, Bâle, Les abrégés, Unine, Helbing & Lichtenhahn, 2014, p. 207 ; MEIER P., STETTLER M., *Droit de la filiation*, Zurich, Schulthess, 2014, p. 41.

¹¹⁸⁸ *Dictionnaire permanent santé, bioéthique, biotechnologies*, Éditions législatives, Étude : filiation et procréation médicalement assistée, n° 51.

puisqu'aucun texte ne l'exclut. En outre, l'article 314 CC prévoit que la présomption sera rétablie de plein droit si l'enfant a la possession d'état à l'égard du mari et s'il n'a pas une filiation paternelle déjà établie à l'égard d'un tiers. Il en résulte que l'établissement de la filiation ne posera de difficultés que si l'enfant n'a pas de possession d'état à l'égard du mari. Le système discret d'établissement de la filiation mis en place par le législateur est alors insuffisant pour assurer le lien protecteur « *promis* »¹¹⁸⁹ à l'enfant.

162. L'établissement de la filiation en cas de don de sperme au sein d'un couple de concubins en France – En ce qui concerne l'établissement de la filiation à l'égard d'un couple de concubins, il faut relever que comme pour le couple marié, l'objectif consistait à établir discrètement la filiation, en permettant éventuellement au couple de ne pas révéler sa stérilité. C'est donc « *dans l'établissement non contentieux de la filiation selon le droit commun que réside le pari du législateur* »¹¹⁹⁰. Le Code civil prévoit deux modalités d'établissement de la filiation entre le concubin et l'enfant : la reconnaissance de paternité¹¹⁹¹ et la possession d'état constatée dans un acte de notoriété¹¹⁹². La reconnaissance est une « *déclaration solennelle par laquelle une personne reconnaît le lien de filiation paternel (...) qui l'unit à l'enfant* »¹¹⁹³. Elle est par nature un acte personnel, unilatéral, qui procède de la seule volonté du père. Quant à la possession d'état, il s'agit du « *fait de se comporter et d'être considéré comme si on était réellement titulaire de l'état qu'on affiche* »¹¹⁹⁴ ; elle constitue depuis l'ordonnance de 2005 un mode d'établissement volontaire de la filiation. Il résulte de ces définitions que l'établissement de la filiation à l'égard du concubin repose entièrement sur la volonté de ce dernier. Ainsi, l'établissement de la filiation risque de poser des difficultés dans le cas où, bien qu'ayant consenti à la procréation, le concubin refuse d'établir volontairement le lien. Cela explique que le droit français ait été obligé d'adopter des règles spécifiques afin de verrouiller la filiation. Leur incohérence sera révélée plus loin grâce à la comparaison avec le droit suisse.

163. L'interdiction de contester la filiation – À côté des règles relatives à son établissement, la filiation est assurée par l'affirmation d'une interdiction de contestation. En France et en Suisse, les législateurs ont estimé nécessaire de rendre inattaquable le lien de filiation. Leur objectif est simple : en assurer la stabilité. En France, la formulation de l'article 311-20¹¹⁹⁵, prévoyant l'interdiction de contester la filiation, est très large et permet d'englober toute contestation (qu'il y ait eu don de sperme ou d'ovocytes, en mariage ou hors mariage et par quelque personne que ce soit). En Suisse, cette interdiction est prévue par l'article 256 al. 3 CCS, issu de la révision du droit de la filiation de 1976¹¹⁹⁶, qui dispose que « *le mari ne peut pas intenter l'action en désaveu s'il a consenti à la conception du fait d'un tiers* ». De plus, selon l'article 23 LPMA « *l'enfant conçu au moyen d'un don de sperme, conformément aux dispositions de la présente loi, ne peut pas contester le lien*

¹¹⁸⁹ GRANET F., « Secret des origines et promesse de filiation », *LPA*, 2 octobre 1996, n° 119, pp. 5-13.

¹¹⁹⁰ VIGNEAU D., « Les imperfections des lois du 29 juillet 1994 en matière de filiation », in DEKEUWER-DÉFOSSEZ F., *Les filiations par greffe : adoption et procréation médicalement assistée*, Paris, Colloques LERADP, LGDJ, 1997, p. 94.

¹¹⁹¹ Art. 316 CC : « *Lorsque la filiation n'est pas établie dans les conditions prévues à la section I du présent chapitre, elle peut l'être par une reconnaissance de paternité ou de maternité, faite avant ou après la naissance* ».

¹¹⁹² Art. 317 CC : « *Chacun des parents ou l'enfant peut demander au juge que lui soit délivré, dans les conditions prévues aux articles 71 et 72, un acte de notoriété qui fera foi de la possession d'état jusqu'à preuve contraire* ».

¹¹⁹³ PARQUET M., *Droit de la famille*, Rosny-sous-Bois, Lexifac droit, Bréal, 2009, p. 140.

¹¹⁹⁴ *Ibid.*, p. 133.

¹¹⁹⁵ Art. 311-20 al. 2 CC : « *Le consentement donné à une procréation médicalement assistée interdit toute action aux fins d'établissement ou de contestation de la filiation à moins qu'il ne soit soutenu que l'enfant n'est pas issu de la procréation médicalement assistée ou que le consentement a été privé d'effet* ».

¹¹⁹⁶ Loi fédérale du 25 juin 1976 (filiation), Entrée en vigueur au 1^{er} janvier 1978, RO 1977 237.

de filiation à l'égard du mari de sa mère ». Ces précisions ont été insérées au sein du chapitre 2 du titre 7 de la deuxième partie du CCS¹¹⁹⁷, c'est-à-dire au sein de la « *filiation charnelle* »¹¹⁹⁸. Il ne semble pas que la question de leur position dans le Code ait fait l'objet d'un débat, contrairement à la France.

Ainsi, dans les deux pays, l'enfant bénéficie d'une « *super-filiation* »¹¹⁹⁹ fondée sur le consentement donné. La possibilité de contester la filiation retrouve toutefois son empire s'il est soutenu que l'enfant n'est pas issu d'une PMA ou si le consentement a été privé d'effet¹²⁰⁰.

II. LES BRÈCHES DU MODÈLE NATURALISANT RÉVÉLÉES PAR LA COMPARAISON FRANCO-SUISSE

164. L'insertion de la filiation par AMP dans le cadre de la filiation charnelle s'avère toutefois problématique. La comparaison montre que la Suisse a réagi plus rapidement et de manière peut-être plus harmonieuse que la France (A). Toutefois, la plus grande cohérence dont fait preuve le droit suisse est essentiellement liée à la définition restreinte du cercle des bénéficiaires de l'AMP. Plus le cercle des bénéficiaires est ouvert et plus le verrouillage de la filiation s'avère complexe, révélant ainsi les limites du modèle des procréations charnelles (B).

A. Le modèle suisse : une cohérence apparente révélée par la comparaison

165. En France, du fait de la plus large ouverture de l'assistance médicale à la procréation, l'insertion de la procréation médicalement assistée au sein de la filiation charnelle s'est avérée plus problématique qu'en Suisse. Les choix du législateur français ne sont pas, en effet, à l'abri des critiques. Ces dernières sont de deux ordres. D'abord, certains auteurs ont estimé que les règles de la filiation adoptive auraient été plus adaptées (1). Ensuite, même si l'on approuvait l'insertion des dispositions relatives à la PMA au sein des filiations charnelles, l'exemple suisse nous conduit à constater que la structure adoptée aurait pu être plus claire (2).

1. Les choix contestés du droit français

166. Critique de la fiction de la filiation charnelle – Plusieurs auteurs ont mis en avant qu'il aurait été plus logique d'insérer les règles relatives à la PMA au sein de la filiation adoptive fondée sur la volonté. Le législateur a préféré écarter tout recours à l'adoption et recourir à une fiction afin de traduire « *la neutralité de la procréation médicalement assistée (...) sur les règles de la filiation sous la seule réserve des dérogations*

¹¹⁹⁷ Partie 2 : « Les parents », titre 7 : « De l'établissement de la filiation », chapitre 2 : « De la paternité du mari ».

¹¹⁹⁸ Cette expression n'est toutefois pas utilisée en droit suisse.

¹¹⁹⁹ *Dictionnaire permanent santé, bioéthique, biotechnologies*, Éditions législatives, Étude : filiation et procréation médicalement assistée, n° 64.

¹²⁰⁰ Art. 311-20 CC. Pour un exemple jurisprudentiel dans lequel il était soutenu que l'enfant n'était pas issu d'une PMA, voir : TGI Paris, 2 septembre 1997 : *LP4*, 16 novembre 1998, 12, Note HENAFF G.

indispensables »¹²⁰¹. Un tel choix présente un double intérêt. D'une part, il facilite l'intégration de l'enfant dans sa famille : l'enfant est rattaché à ses parents selon la même technique, ce qui permet de ne pas stigmatiser le lien avec le parent stérile. D'autre part, il permet de protéger la vie privée de la famille car rien ne révélera la spécificité de la conception.

167. Arguments favorables à la filiation adoptive – Mais cette fiction est mise à mal par certains auteurs¹²⁰² comme F. DREIFUSS-NETTER¹²⁰³ qui estime que ce choix est critiquable à la fois d'un point de vue psychologique mais aussi juridique. Au plan psychologique, elle avance que cette fiction favorise le maintien du secret sur le mode de conception. Au plan juridique, « *la technique de la fiction introduit au sein du système de la filiation charnelle des perturbations dans la mesure où les liens (sont) contraires à la vérité biologique* ». Cette position a également été mise en avant par J. RUBELLIN-DEVICHI, « *persuadée que le seul moyen juridiquement sûr et psychologiquement sain de donner un père à un enfant né par LAD est l'adoption de l'enfant du conjoint, adoption facile, rapide, qui confèrera à cet enfant une filiation vraie, fondée légalement sur la volonté des parents* »¹²⁰⁴. Pourtant, en Suisse, après avoir relevé que « *l'adoption de l'enfant du conjoint serait envisageable* »¹²⁰⁵, M. MANDOFIA-BERNEY l'avait écartée au motif qu'il existe des différences entre ce cas et celui de la PMA avec donneur. D'une part, en cas de procréation médicalement assistée, les deux liens de filiation sont créés en même temps alors que l'adoption de l'enfant du conjoint a lieu *a posteriori*. D'autre part, dans la filiation adoptive la volonté s'exprime après la naissance alors que pour la PMA il s'agit de consentir à la naissance. Il résulte de ces différences que le droit de l'adoption aurait également dû être modifié pour accueillir la filiation des enfants issus de PMA.

2. La structure cohérente du droit suisse

168. Critique de l'insertion au sein des dispositions générales en droit français – En France, les règles concernant la filiation des enfants issus d'une PMA figurent aux articles 311-19 et 311-20 CC, qui avaient été insérés au sein des « *dispositions communes aux filiations naturelles et légitimes* ». Depuis la réforme de 2005, elles s'inscrivent dans le chapitre 1 du titre 7 du code, consacré à la filiation et intitulé : « *dispositions générales* ». Un tel choix, ayant pour objectif d'affirmer la neutralité des PMA et de ne pas stigmatiser la filiation¹²⁰⁶, nous étonne. En effet, nous avons vu que l'insertion dans le Code civil de dispositions relatives à la filiation des enfants issus d'une PMA a nécessité l'adoption de règles dérogatoires au droit commun de la filiation afin de sécuriser cette dernière. Il peut donc sembler quelque peu étrange d'insérer

¹²⁰¹ AN, Rapport fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République sur le projet de loi, modifié par le Sénat, relatif au respect du corps humain, Par M. Jérôme BIGNON, n° 1062, Enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 31 mars 1994, p. 55.

¹²⁰² Notamment : MURAT P., « Procréation assistée et droits de l'enfant », *RDSS*, 1991, n° 3, p. 387 ; TERRÉ F., FENOUILLET D., *Droit civil : les personnes, la famille, les incapacités*, Paris, Précis, Dalloz-Sirey, 2005, p. 918.

¹²⁰³ DREIFUSS-NETTER F., « La filiation de l'enfant issu de l'un des partenaires du couple et d'un tiers », *RTD civ.*, 1996, n° 1, pp. 277-279.

¹²⁰⁴ RUBELLIN-DEVICHI J., « Jurisprudence française en matière de droit civil », *RTD civ.*, 1987, n° 4, p. 729.

¹²⁰⁵ MANDOFIA-BERNEY M., *Vérités de la filiation et procréation assistée. Étude des droits suisse et français*, Bâle et Francfort-sur-le-Main, Collection Genevoise, Helbing & Lichtenhahn, 1993, p. 153.

¹²⁰⁶ AN, Rapport fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République sur le projet de loi, modifié par le Sénat, relatif au respect du corps humain, Par M. Jérôme BIGNON, n° 1062, Enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 31 mars 1994, p. 55.

des dispositions dérogatoires parmi les dispositions générales et l'on peut se demander si, au contraire, un tel choix n'accentue pas en réalité le particularisme de la filiation. En effet, les articles 311-19 et 311-20 ne sont manifestement pas des dispositions générales et leur présence au sein de ce chapitre détonne¹²⁰⁷.

169. Intérêt du mécanisme de l'exception utilisé en droit suisse – La structure du Code civil suisse ainsi que les modalités d'insertion des textes spéciaux nous semblent intéressantes. En effet, les dispositions relatives aux PMA s'inscrivent dans le titre 7 sur l'établissement de la filiation, lui-même subdivisé en 4 chapitres¹²⁰⁸. Les textes sont insérés au sein du chapitre sur la paternité du mari et plus précisément à l'article 256 concernant la contestation de la paternité. L'alinéa 3 prévoit alors une dérogation aux deux alinéas précédents (droit commun) en cas de procréation assistée avec donneur. Cet agencement nous paraît plus judicieux pour deux raisons. D'abord, il ne nous semble pas que la filiation soit stigmatisée par le fait d'en admettre les spécificités en dérogeant au droit commun. Ensuite, cela donne aux textes une plus grande clarté, facilite la coordination entre les textes spéciaux et les textes généraux, et évite d'oublier certaines hypothèses, ce qui, ainsi que nous le verrons, a été le cas en France.

Les choix réalisés en Suisse apparaissent *a priori* plus cohérents et pourraient donc constituer une source d'inspiration pour le droit français. Comme l'avait proposé J. RUBELLIN-DEVICHI¹²⁰⁹, il aurait sans doute été préférable, comme c'est le cas en Suisse, de reprendre chaque texte du Code civil concerné en prévoyant une exception à la règle. Néanmoins, la cohérence est facilitée par l'ouverture très restreinte de l'accès à l'assistance médicale à la procréation qui aboutit à limiter les dérogations au droit commun. Le recours au droit comparé montre la variabilité des législations en matière d'assistance médicale à la procréation. Plus l'ouverture de l'accès à l'AMP s'accroît, plus il est difficile de maintenir un modèle fondé sur l'analogie avec la procréation charnelle. La comparaison du droit français et du droit suisse en témoigne dans la mesure où l'insertion de règles dérogatoires pose davantage de difficultés en droit français, ainsi que nous allons le montrer. L'étude du phénomène du tourisme procréatif contribuera à renforcer cette affirmation¹²¹⁰ et conduira à proposer de repenser le droit de la filiation par AMP.

B. Une cohérence facilitée par l'adoption d'une législation restrictive

170. La Suisse a adopté une législation restrictive puisqu'elle a interdit le don d'ovocytes et le don de sperme entre concubins. Une des justifications de ces choix repose sur le fait que de telles pratiques auraient nécessité l'adoption de règles spécifiques détonnant avec l'esprit du droit de la filiation. La France n'a pas eu ces scrupules et a préféré autoriser plus largement les pratiques en favorisant le désir de procréer des parents. Cela s'est traduit par l'adoption de règles spécifiques « dénaturant » le droit commun, notamment en cas de don de sperme au sein d'un couple de concubins (1) et par des difficultés liées au don d'ovocytes (2).

¹²⁰⁷ Il suffit pour s'en convaincre de regarder les titres des autres sections de ce chapitre.

¹²⁰⁸ Voir annexe 5 : la structure du droit de la filiation par PMA en France et en Suisse.

¹²⁰⁹ RUBELLIN-DEVICHI J., *Droit de la famille*, Paris, Dalloz action, Dalloz, 2002, p. 494.

¹²¹⁰ Voir *infra* § 352.

1. L'ouverture de l'AMP avec don de sperme porteuse d'incohérence

171. Le droit français ouvre plus largement l'accès à l'assistance médicale à la procréation. Le verrouillage de la filiation a été réalisé, mais il s'inscrit en incohérence avec l'évolution du droit des procréations charnelles, alors même que le droit de la PMA est construit sur le même modèle. Les difficultés et incohérences du droit français apparaissent à trois égards. D'abord, les dispositions relatives au verrouillage de la paternité du concubin s'inscrivent à contre-courant du droit commun de la filiation. Ensuite, ces dispositions initialement prévues uniquement pour les couples de concubins se sont avérées lacunaires. Enfin, le verrouillage de la filiation paternelle dans le mariage ne revêt pas la même cohérence en droit français et en droit suisse puisque la place accordée à la présomption de paternité en droit commun y est différente.

172. **L'incohérence des dispositions spéciales avec le droit commun de la filiation** – En premier lieu, et comme cela a été indiqué, l'établissement de la filiation selon le droit commun est susceptible de poser problème dans le cas où, bien qu'ayant consenti à la procréation, le concubin refuse d'établir volontairement le lien de filiation. Conscient de cette difficulté, le législateur français a adopté deux dispositions spéciales afin d'éviter toute dérobade du concubin qui aurait pour effet de priver l'enfant d'un père : l'engagement de sa responsabilité et la déclaration judiciaire de paternité. Cette contrainte est nécessaire puisqu'en droit commun l'établissement contentieux de la filiation par le biais de l'action en recherche de paternité¹²¹¹ nécessite la preuve de la paternité du défendeur¹²¹², ce qui est impossible en cas de don de sperme.

La première disposition est l'article 311-20 al. 4 CC qui dispose que « *celui qui après avoir consenti à l'AMP ne reconnaît pas l'enfant qui en est issu engage sa responsabilité envers la mère et l'enfant* ». Ce texte consacre la jurisprudence antérieure¹²¹³. Il repose sur l'idée selon laquelle « *celui qui a appelé l'enfant à la vie (...) doit assumer la responsabilité de cette décision* »¹²¹⁴. Il permet donc de sanctionner le concubin qui bien qu'ayant consenti à la procréation ne reconnaît pas l'enfant. La solution doit à cet égard être louée car il est de l'intérêt général de sanctionner le non-respect de la parole donnée. Cet article a également pour objectif d'assurer l'intérêt patrimonial de l'enfant qui ne doit pas être compromis par l'inconstance du concubin. Ce dernier pourra alors être condamné à verser des dommages et intérêts visant à réparer le préjudice moral (lié au vide de filiation) et économique de l'enfant, mais aussi de la concubine. Cette disposition s'intègre parfaitement dans la logique adoptée par le législateur, mais elle est en contradiction avec le droit commun dans la mesure où elle conduit à ériger en faute le refus de reconnaissance, alors qu'il s'agit en principe d'un acte discrétionnaire. On pourrait cependant reconnaître la faute en appliquant la théorie de

¹²¹¹ Art. 327 CC.

¹²¹² PARQUET M., *Droit de la famille*, Rosny-sous-Bois, Lexifac droit, Bréal, 2009, p. 146.

¹²¹³ Cass. civ. 1^{re}, 10 juillet 1990 : D., 1990, 517 ; RTD civ., 1991, 311, Obs. HAUSER J.

¹²¹⁴ TERRÉ F., FENOUILLET D., *Droit civil. La famille*, Paris, Précis, Dalloz, 2011, p. 807. La remarque concerne l'établissement forcée de la paternité, mais elle peut être transposée.

l'abus de droit (lié à un changement d'attitude consécutif au consentement donné)¹²¹⁵. En outre, rappelons qu'à côté de la reconnaissance, le droit commun prévoit un autre mode d'établissement de la filiation : la possession d'état. Il convient donc de s'interroger sur une éventuelle responsabilité du concubin qui ne reconnaîtrait pas l'enfant mais le traiterait comme le sien, lui conférant ainsi la possession d'état. Une analyse littérale du texte conduirait à engager la responsabilité du concubin puisque ce dernier n'a pas reconnu l'enfant¹²¹⁶. Cependant, il nous semble préférable de se référer dans ce cas à l'esprit du texte. Comme le souligne F. TERRÉ, « *l'engagement de la responsabilité correspond au cas où le parent ayant consenti à la PMA n'assume pas ses responsabilités* »¹²¹⁷, ce qui ne semble pas être le cas du père qui confère à l'enfant la possession d'état. La paternité est alors clairement assumée et conformément à l'objectif poursuivi, l'enfant aura un père et une mère et un acte de notoriété pourrait être délivré. Sa responsabilité ne devrait donc pas être engagée.

La seconde disposition est issue de la réforme de 2005 qui a ajouté un alinéa à l'article 311-20 CC disposant « *qu'en outre, sa paternité est judiciairement déclarée en application des articles 328 et 331 CC* ». Cette disposition est originale et déroge profondément au droit commun pour deux raisons. D'abord, il s'agit en quelque sorte d'une action en recherche de paternité mais contrairement à cette dernière, elle ne repose sur aucun fondement biologique. Un homme peut judiciairement être déclaré père alors que l'on est certain qu'il n'est pas le père biologique. Cette disposition est également en contrariété avec l'esprit même de la reconnaissance puisqu'elle aboutit à en faire un devoir. Il aurait été plus simple et plus cohérent de prévoir que le consentement donné à l'AMP vaut reconnaissance de l'enfant, et ce, d'autant plus que le consentement est exprimé par acte authentique¹²¹⁸. Une telle solution aurait eu le mérite de fonder clairement la paternité sur le consentement donné.

L'objectif de cette règle est de rendre obligatoire l'établissement du lien de filiation. *A priori*, il semble qu'il s'agisse de garantir l'intérêt de l'enfant et de lui permettre de bénéficier à la fois d'une filiation paternelle et maternelle, conformément à l'esprit d'ensemble de la loi. Pourtant, un certain nombre d'auteurs ont estimé que l'« *on peut s'interroger sur le sort réservé ici à l'intérêt de l'enfant* »¹²¹⁹. Ces positions opposées montrent clairement que l'intérêt de l'enfant est une « *notion floue* », aux « *contours mouvants* » et sans « *contenu prédéterminé* »¹²²⁰. Ces auteurs émettent une double critique à l'encontre de cette disposition. Tout d'abord, et c'est en notre sens l'argument le plus convaincant, elle peut être facilement contournée¹²²¹. En effet, si les deux membres du couple ne souhaitent pas établir le lien de filiation paternelle, il leur suffira de ne pas signaler le recours à la procréation assistée (ce qui est parfaitement possible puisque tout est fait pour leur permettre de garder le secret sur ce point) et de se placer sur le

¹²¹⁵ DREIFUSS-NETTER F., « La filiation de l'enfant issu de l'un des partenaires du couple et d'un tiers », *RTD civ.*, 1996, n° 1, p. 1.

¹²¹⁶ *Dictionnaire permanent santé, bioéthique, biotechnologies*, Éditions législatives, Étude : filiation et procréation médicalement assistée, n° 54.

¹²¹⁷ TERRÉ F., FENOUILLET D., *Droit civil : les personnes, la famille, les incapacités*, Paris, Précis, Dalloz-Sirey, 2005, p. 908.

¹²¹⁸ En ce sens notamment : RUBELLIN-DEVICHI J., *Droit de la famille*, Paris, Dalloz action, 2002, p. 43 ; CORNU G., *Droit civil : la famille*, Paris, Domat droit privé, Montchrestien, 2006, p. 478.

¹²¹⁹ DEPADT-SEBAG V., « La place des tiers dans la conception d'un enfant né par AMP avec donneur : un secret d'ordre public », *D.*, 2010, n° 6, p. 332.

¹²²⁰ MANAI D., « Pouvoir parental et droit médical », *Fampra.ch*, 2002, Vol. 3, n° 2, p. 210.

¹²²¹ *Ibid.*, p. 211.

terrain du droit commun. Ensuite, cette disposition aboutit en fait à une « *filiation de papier* »¹²²². Il est vrai que l'on peut s'interroger sur son utilité pour l'enfant puisqu'elle pourra éventuellement l'empêcher d'établir un lien avec le nouveau concubin de sa mère. Dans ce cas, la paternité n'est « *ni une paternité biologique, ni une paternité sociologique, ni une paternité vraiment voulue* », car « *elle ne l'a été que pendant un moment* »¹²²³. Mais n'est-il pas compréhensible, comme l'a fait le législateur, d'accorder de l'importance à ce « *moment* » ? N'est-ce pas ce moment, au cours duquel le consentement à la procréation a été exprimé, qui explique la venue au monde de l'enfant ? En l'absence d'établissement forcé de la paternité, la logique du système est mise à mal. En effet, lorsque la filiation est établie hors de tout contentieux, la législation évince le tiers donneur pour permettre la création d'un autre lien, en affirmant ainsi que le père est le concubin stérile. Dès lors, aurait-il été réellement cohérent d'affirmer que le concubin qui se ravise n'est pas un père et que l'enfant n'a pas de filiation paternelle ? La question de l'intérêt de l'enfant demeure une question épineuse, dans la mesure où il est très difficile de savoir s'il est préférable d'établir une filiation au risque de voir se développer une paternité « *de haine* »¹²²⁴. Là encore, on mesure l'intérêt qu'il y aurait eu à décider que le consentement vaut reconnaissance.

Pour terminer, ajoutons que la reconnaissance ou la possession d'état est inattaquable. Ce verrouillage va également à contre-courant de l'histoire car, contrairement à ce qui se passe en dehors de l'AMP, la reconnaissance de complaisance ne peut pas être attaquée. Mais au-delà de leur incohérence avec le droit commun, les textes spéciaux relatifs à la PMA pouvaient faire l'objet d'une seconde critique liée à leur caractère historiquement lacunaire.

173. Caractère historiquement lacunaire des textes à l'égard du mari – L'article 311-20 CC, issu de la loi du 29 juillet 1994, prévoyait que le refus de reconnaître l'enfant pouvait donner lieu à une action en responsabilité. La doctrine s'était demandée s'il était possible de sanctionner le mari qui, bien qu'ayant consenti à la procréation, ne conférait pas à l'enfant de filiation. Certains auteurs estimaient dans ce cas qu'il fallait raisonner par analogie avec l'article 311-20 al. 4 et engager la responsabilité du mari¹²²⁵. Étant donné que l'objectif de cet article est de sanctionner le non-respect de son engagement par le « père » (traduit par l'expression de son consentement) et d'assurer la création du lien de filiation, on ne voit pas pourquoi la sanction ne pouvait pas être étendue au mari récalcitrant. En effet, « *une telle conduite du mari serait-elle moins fautive que celle du concubin qui ne reconnaîtrait pas l'enfant* »¹²²⁶ ? Une interprétation par analogie, fondée sur le but de la norme, permettait donc d'engager la responsabilité du mari et d'assurer l'intérêt patrimonial de l'enfant. Il aurait cependant été plus sûr de le prévoir expressément.

Au-delà de la responsabilité, il convenait de se demander si le mari pouvait voir sa paternité judiciairement déclarée. À nouveau, antérieurement à l'ordonnance de 2005¹²²⁷, seul le cas du concubin était envisagé par le texte de l'article 311-20. Ce dernier disposait qu'« *est judiciairement déclarée la paternité hors mariage de celui qui, après avoir consenti à l'assistance médicale à la procréation, ne reconnaît pas l'enfant qui en est issu.*

¹²²² TERRÉ F., FENOUILLET D., *Droit civil. La famille*, Paris, Précis, Dalloz, 2011, p. 805.

¹²²³ MALAURIE P., « Couple, procréation et parenté », *D.*, 1998, n° 12, p. 128.

¹²²⁴ TERRÉ F., FENOUILLET D., *Droit civil. La famille*, Paris, Précis, Dalloz, 2011, p. 811.

¹²²⁵ *Dictionnaire permanent santé, bioéthique, biotechnologies*, Éditions législatives, Étude : filiation et procréation médicalement assistée, n° 51.

¹²²⁶ VIGNEAU D., « Les imperfections des lois du 29 juillet 1994 en matière de filiation », in DEKEUWER-DÉFOSSEZ F., *Les filiations par greffe : adoption et procréation médicalement assistée*, Paris, Colloques LERADP, LGDJ, 1997, p. 100.

¹²²⁷ Ordonnance du 4 juillet 2005 portant réforme de la filiation, n° 2005-759, *JORF*, 6 juillet 2005, p. 11159.

L'action obéit aux dispositions des articles 340-2 à 340-6 ». Lorsque la présomption de paternité était écartée, l'enfant pouvait donc être privé de filiation paternelle. Dès lors, était-il possible d'établir judiciairement le lien souhaité par le législateur ? L'action en rétablissement de la présomption de paternité nécessitait la preuve d'une « *réunion de fait* » entre les parents. La majorité de la doctrine estimait que cette preuve ne pouvait être rapportée en cas de procréation médicalement assistée avec tiers donneur¹²²⁸, sauf à « *décider que la volonté très puissante du mari produise ses pleins effets au mépris de la vérité génétique* »¹²²⁹. Le principe d'égalité entre les filiations naturelles et légitimes¹²³⁰ impliquait cependant d'admettre, par analogie, la déclaration judiciaire de paternité du mari. Il n'était en effet pas admissible que, contrairement à l'enfant du concubin, l'enfant du mari ne voie pas nécessairement sa filiation établie. La doctrine soulignait néanmoins qu'une disposition expresse le prévoyant aurait été intéressante¹²³¹. Depuis l'ordonnance de 2005, l'article 315 CC prévoit qu'il est possible de demander en justice le rétablissement de la présomption de paternité en prouvant que le mari est le père. Il « *renforce* » ainsi « *la place de la vérité biologique dans le droit de la filiation* »¹²³² et semble exclure toute possibilité de rétablissement de la présomption de paternité en cas de don de gamètes. L'enfant ne peut donc *a priori* pas voir sa filiation paternelle établie, contrairement à l'idée directrice selon laquelle l'intérêt de l'enfant, né d'un don, commande qu'il bénéficie de deux parents. C'est pourquoi la formulation de l'article 311-20 a évolué et prévoit désormais simplement que « *sa paternité est judiciairement déclarée* ».

174. L'incohérence du caractère irréfragable de la présomption de paternité – Enfin, une dernière critique de l'incohérence du droit français peut être tirée du verrouillage de la paternité dans le mariage au vu de l'évolution générale de la présomption de paternité. Certes, le droit français et le droit suisse ont cherché à renforcer la présomption de paternité au point de la rendre irréfragable. Mais la réception d'une telle règle ne revêt pas la même cohérence dans les deux droits. En France, cette solution a été critiquée par certains auteurs au motif qu'elle « *s'inscrit à contre-courant de l'histoire* »¹²³³ au cours de laquelle sa portée s'est peu à peu amoindrie. Il est vrai que les progrès de la science ont permis de prouver l'absence de paternité du mari et d'écarter ainsi la présomption, alors que dans le cas où l'on est certain que le mari n'est pas le père, cette dernière est irréfragable. En Suisse, au contraire, la présomption de paternité demeure très forte et le système est davantage axé sur la protection des apparences formelles du mariage. Il semble donc que l'insertion d'une règle tendant à la rendre irréfragable détonne moins. Tout comme en France, le lien de filiation est renforcé par rapport au droit commun (où conformément à l'article 256 al. 1 ch. 2 CCS, l'enfant peut agir en désaveu uniquement si la vie commune de ses parents a pris fin pendant sa minorité) puisqu'en cas de don de gamètes l'enfant ne peut pas agir en désaveu.

¹²²⁸ TERRÉ F., FENOUILLET D., *Droit civil : les personnes, la famille, les incapacités*, Paris, Précis, Dalloz-Sirey, 2005, p. 915 : « *Il n'y a aucune réunion de fait* » ; VIGNEAU D., « Les imperfections des lois du 29 juillet 1994 en matière de filiation », in DEKEUWER-DÉFOSSEZ F., *Les filiations par greffe : adoption et procréation médicalement assistée*, Paris, Colloques LERADP, LGDJ, 1997, p. 103 : « *Cette voie n'aurait cependant pas beaucoup de chances d'aboutir* ».

¹²²⁹ GRANET F., « Secret des origines et promesse de filiation », *LPA*, 2 octobre 1996, n° 119, p. 8. Également en ce sens DEKEUWER-DÉFOSSEZ F., « La filiation en cas d'assistance médicale à la procréation », in FEUILLET-LE-MINTIER B. (Dir.), *Les lois « bioéthique » à l'épreuve des faits, Réalités et perspectives*, Paris, Droit et justice, PUF, 1999, p. 212 : « *Peut-on admettre que le consentement soit assimilable à une réunion de fait ?* ».

¹²³⁰ Art. 310 CC.

¹²³¹ GRANET F., « Secret des origines et promesse de filiation », *LPA*, 2 octobre 1996, n° 119, p. 10.

¹²³² PARQUET M., *Droit de la famille*, Rosny-sous-Bois, Lexifac droit, Bréal, 2009, p. 147.

¹²³³ GRANET F., « Secret des origines et promesse de filiation », *LPA*, 2 octobre 1996, n° 119, p. 7.

Il semble que l'irrévocabilité de la filiation ait pour objectif de protéger les membres du couple qui ne verront pas leur parenté attaquée, ainsi que l'enfant, puisqu'il sera doté d'une filiation définitive. En Suisse, l'idée selon laquelle il en va de l'intérêt de l'enfant de bénéficier d'un père et d'une mère, et par conséquent, qu'il est souhaitable de lui assurer un double lien de filiation, est fortement ancrée. L'insertion de textes allant dans cette direction n'a donc pas soulevé d'opposition doctrinale. En France, au contraire, l'article 311-20 a fait l'objet d'un certain nombre de critiques liées au fait qu'il serait contraire à l'intérêt de l'enfant¹²³⁴. Les auteurs ayant adopté ce point de vue rappellent « *les ravages causés, avant 1972, par les légitimités factices que personne ne pouvait plus contester passé le délai de désaveu* »¹²³⁵ et estiment que l'interprétation jurisprudentielle *a contrario* de l'article 322 al. 2 CC¹²³⁶ débouchant sur un vide de filiation (d'ailleurs généralisée par l'ordonnance de 2005 avec un raccourcissement des délais pour agir¹²³⁷), montre bien qu'il n'est pas de l'intérêt de l'enfant d'avoir une filiation juridique incontestable lorsqu'elle ne correspondrait ni au lien affectif, ni au lien biologique. Le verrouillage de la filiation maternelle crée d'autres difficultés.

2. Les difficultés liées au verrouillage de la filiation maternelle

175. Difficultés liées à l'établissement du lien de filiation – La Suisse a interdit le don d'ovocytes en se basant sur le fait que « *le principe de certitude de la maternité ne doit pas être abandonné* »¹²³⁸. La France a préféré privilégier le désir de procréer des parents et l'a autorisé. L'établissement de la filiation s'effectuant conformément au droit commun, il en découle un certain nombre de difficultés.

Comme dans les deux cas précédents, et pour les mêmes raisons, aucun texte spécial n'est applicable à l'établissement de la filiation en cas de don d'ovocytes. Il faut donc se référer au droit commun. Avant l'ordonnance de 2005¹²³⁹, l'acte de naissance prouvait la filiation maternelle de la femme mariée, alors que la femme non mariée devait reconnaître l'enfant. Puis, après la condamnation de la Belgique par l'arrêt Marckx de la CEDH¹²⁴⁰, la France a modifié sa législation. Désormais, l'article 311-25 CC prévoit que l'indication du nom de la mère dans l'acte de naissance constitue un mode autonome d'établissement de la filiation, que la femme soit mariée ou non. Il est également possible d'établir la filiation par reconnaissance (art. 316 CC) ou par possession d'état (art. 317 CC). La filiation sera établie par le biais de l'acte de naissance, « *la génétique étant indifférente ici* »¹²⁴¹. Ainsi, le droit ne tient pas compte de la dissociation de la maternité liée au don d'ovocytes : la mère est celle qui accouche, comme en cas de procréation naturelle. Si la filiation n'était pas établie de manière non contentieuse, une action en

¹²³⁴ En ce sens par exemple : P. MALAURIE, « Couple, procréation et parenté », *D.*, 1998, n° 12, p. 128.

¹²³⁵ DEKEUWER-DÉFOSSEZ F., « Réflexions sur les mythes fondateurs du droit contemporain de la famille », *RTD civ.*, 1995, n° 2, p. 254.

¹²³⁶ Aux termes de laquelle tout intéressé peut contester la paternité lorsque l'enfant n'a pas de possession d'état conforme à son titre.

¹²³⁷ Voir : PARQUET M., *Droit de la famille*, Rosny-sous-Bois, Lexifac droit, Bréal, 2009, p. 154.

¹²³⁸ Message relatif à l'initiative populaire « pour la protection de l'être humain contre les techniques de reproduction artificielle (initiative pour une procréation respectant la dignité humaine, PPD) » et à la loi fédérale sur la procréation médicalement assistée (LPMA), 26 juin 1996, FF 1996 III 248.

¹²³⁹ Ordonnance du 4 juillet 2005 portant réforme de la filiation, n° 2005-759, *JORF*, 5 juillet 2005, p. 11159.

¹²⁴⁰ CEDH, Cour plénière, Marckx contre Belgique, 13 juin 1979, n° 6833/74 : BERGER V., *Jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, Paris, 2011, p. 441 ; GACEDH, 2007, 495, SUDRE F. *et al.*

¹²⁴¹ TAORMINA G., « Le droit de la famille à l'épreuve du progrès scientifique », *D.*, 2006, n° 16, p. 1076.

recherche de maternité fondée sur l'article 325 CC serait possible et nécessiterait la preuve de l'accouchement de la mère et de l'identité entre le demandeur et l'enfant dont elle a accouché, sauf dans le cas où elle aurait accouché sous X.

Le législateur n'a pas fait référence à la question du maintien, pour la mère ayant eu recours à un don de gamètes, de la possibilité d'accoucher sous X qui lui est offerte par le droit commun. Dans le silence des textes spéciaux, il faut considérer que rien n'empêcherait la mère d'y recourir. Cette faculté énoncée par l'article 326 CC¹²⁴² a pour objectif affiché de répondre à la détresse de la mère et d'éviter l'infanticide et par conséquent, de façon indirecte, de protéger la vie de l'enfant. Pourtant, elle aboutit à priver ce dernier d'un lien de filiation.

Les articles 311-19 et 311-20 CC ayant pour but d'assurer la création du lien de filiation ainsi que le respect de l'engagement des parents, il convient de se demander s'il est possible d'agir en responsabilité contre la mère et en établissement forcé de la maternité. Contrairement à ce qui est prévu pour le concubin, le législateur n'a pas abordé cette question. Deux explications peuvent être apportées. Soit le silence du législateur semble montrer qu'il ne craint pas une telle hypothèse ; en effet, en cas de don de gamètes, l'enfant est fortement désiré et sa naissance a nécessité pour les parents un véritable « *parcours du combattant* »¹²⁴³. Soit le législateur a estimé que les valeurs protégées par l'accouchement sous X devaient prévaloir sur celles protégées par l'article 311-20 CC.

En ce qui concerne l'action en responsabilité, la formule utilisée par l'article 311-20 al. 4 CC « *celui qui* » et « *engage sa responsabilité envers la mère et l'enfant* » semble exclure son application à la mère qui n'est envisagée dans ce texte que comme une créancière, l'analogie paraît donc hasardeuse¹²⁴⁴. Pour autant, certains auteurs estiment qu'il serait injuste d'engager la responsabilité de l'homme qui, après avoir consenti à l'AMP, abandonne l'enfant à sa naissance et de ne pas sanctionner la femme qui adopterait le même comportement¹²⁴⁵. Ils rappellent cependant qu'en droit commun, l'inégalité entre la mère qui peut accoucher sous X et le père dont la paternité peut toujours être recherchée est flagrante. Même en acceptant l'analogie, ils concèdent qu'en pratique le secret fera obstacle à l'engagement de la responsabilité¹²⁴⁶. Il faut donc considérer que l'enfant dont la mère déciderait d'accoucher sous X serait bien démuné.

Quant à l'établissement forcé du lien de filiation, une interprétation littérale aboutit à ne l'appliquer qu'aux hommes. Des auteurs ont pourtant souligné que l'application du droit commun « *devrait sans doute prévaloir en droit strict* », mais aboutit à « *une solution trop choquante à l'égard de l'enfant (...) et introduit une distinction, bien trop difficile à justifier, entre l'homme et la femme pour être admise aisément* »¹²⁴⁷. Il est vrai que du point de vue du bien de l'enfant, il semble injuste que celle qui a demandé sa conception avec l'aide de la science puisse ensuite l'abandonner et le priver du lien de filiation « *promis* »¹²⁴⁸. Cependant, étendre la

¹²⁴² Art. 326 CC : « *Lors de son accouchement, la mère peut demander que le secret de son admission et de son identité soit préservé.* »

¹²⁴³ Pour un exemple édifiant voir : PEETERS A., « Mon expérience », *CMS*, 1993, Vol. 37, n° 2, pp. 187-189.

¹²⁴⁴ *Dictionnaire permanent santé, bioéthique, biotechnologies*, Éditions législatives, Étude : filiation et procréation médicalement assistée, n° 68 ; TISSIER D., « La procréation assistée à travers le prisme du genre », in ZATTARA-GROS A.-F., *Bioéthique et genre*, LGDJ, Lextenso, 2013, p. 80.

¹²⁴⁵ TERRÉ F., FENOUILLET D., *Droit civil. La famille*, Paris, Précis, Dalloz, 2011, p. 802.

¹²⁴⁶ *Ibid.*

¹²⁴⁷ TERRÉ F., FENOUILLET D., *Droit civil : les personnes, la famille, les incapacités*, Paris, Précis, Dalloz-Sirey, 2005, p. 914.

¹²⁴⁸ GRANET F., « Secret des origines et promesse de filiation », *LPA*, 2 octobre 1996, n° 119, p. 9.

solution prévue par l'article 311-20 al. 5 à la mère aboutirait à priver certaines femmes (ayant eu recours au don de gamètes) de la faculté d'accoucher dans le secret, ce qui paraît également difficilement justifiable, au vu du fondement de l'accouchement sous X. L'analogie est donc incertaine. L'enfant abandonné de la sorte pourrait donc uniquement intenter une action en recherche de maternité fondée sur le droit commun, puisque depuis la loi du 16 janvier 2009¹²⁴⁹ l'accouchement sous X ne constitue plus une fin de non-recevoir. Pour autant, « *il continuera dans les faits à faire obstacle au succès d'une telle action* »¹²⁵⁰ et l'on ne peut que constater que dans un tel cas la société aurait contribué à faire naître un enfant sans filiation. Une disposition expresse permettant de priver la femme de la faculté d'accoucher sous X pourrait être envisagée¹²⁵¹. Elle pourrait cependant être difficile à mettre en œuvre du fait du secret de la PMA.

176. Interdiction de contester le lien de filiation maternelle – Enfin, en cas de don d'ovocytes, le texte exclut toute possibilité de contestation de la maternité, ce qui clôt le débat sur une éventuelle contestation fondée sur la dissociation de la maternité. Il faut rappeler que ce débat semble également clos en droit commun, depuis l'entrée en vigueur de l'ordonnance de 2005 qui a renforcé le lien entre maternité et accouchement en prévoyant que la première « *peut être contestée en apportant la preuve du fait que la femme n'a pas accouché de l'enfant* »¹²⁵².

177. Conclusion de la section 2 : la déstabilisation de la filiation malgré l'ouverture restreinte de l'accès à l'AMP – Dans chacun des droits, l'AMP était porteuse d'un risque important de déstabilisation de la filiation. Ce risque a été encadré par l'adoption d'un modèle fondé sur la nature, par imitation de la filiation charnelle. Le droit suisse se montre *a priori* plus cohérent dans la mesure où il pose la filiation par AMP comme une exception aux principes régissant la filiation charnelle alors que le droit français mentionne la filiation par AMP au titre des principes généraux du droit de la filiation. Le droit suisse n'apparaît toutefois pas comme un modèle potentiel pour le droit français dans la mesure où sa cohérence s'explique par son caractère plus restrictif. La comparaison franco-suisse révèle donc les brèches du modèle naturalisant lui-même.

178. Conclusion du chapitre 2 : l'évolution du droit de la filiation révélée par le droit comparé – Comme le relève P. LEGENDRE, « *parler de la reproduction reste le fait de l'homme : instituer le vivant est un fait de discours, cela suppose l'humanité*¹²⁵³ (...) *il ne suffit pas de produire de la chair humaine, encore faut-il l'instituer* »¹²⁵⁴. La filiation ne se réduit donc pas à la biologie, elle suppose « *un travail de langage qu'on peut nommer symbolique, c'est-à-dire un ensemble de paroles, signes, protocoles, rituels, qui font entrer dans le monde de l'humain* »¹²⁵⁵. Ainsi, il

¹²⁴⁹ Loi du 16 janvier 2009 (ratification de l'ordonnance 2005-759), n° 2009-61, JORF, 18 janvier 2009, p. 1062.

¹²⁵⁰ PARQUET M., *Droit de la famille*, Rosny-sous-Bois, Lexifac droit, Bréal, 2009, p. 144.

¹²⁵¹ TISSIER D., « La procréation assistée à travers le prisme du genre », in ZATTARA-GROS A.-F., *Bioéthique et genre*, LGDJ, Lextenso, 2013, p. 81.

¹²⁵² Art. 332 al. 1 CC.

¹²⁵³ LEGENDRE P., *Leçons IV. L'inestimable objet de la transmission. Étude sur le principe généalogique en Occident*, Paris, Fayard, 2004, p. 9.

¹²⁵⁴ *Ibid.*, p. 10.

¹²⁵⁵ CAUSSE J.-D., « Filiation et transmission », in CAUSSE J.-D., MÜLLER D. (Dir.), *Introduction à l'éthique : penser, croire, agir*, Genève, Labor et Fides, 2009, p. 423.

existe un lien entre « *reproduction humaine* » et « *normativité juridique* »¹²⁵⁶. En effet, l'étude du lien institutionnel « *conduit à mettre en rapport le biologique, le social et l'inconscient* » et l'auteur de l'étude sur le principe généalogique en Occident relève que « *la fonction juridique consiste à produire artificiellement le nouage de ces trois indices de l'humain* »¹²⁵⁷. Il en résulte que les règles relatives à la filiation varient selon le lieu et l'époque¹²⁵⁸, des considérations d'ordre culturel expliquant en grande partie les variations dans la pondération entre vérité biologique et vérité socioaffective¹²⁵⁹. Cet aspect a été mis en lumière par l'étude de l'influence des empreintes génétiques sur le lien de filiation. Il est également prégnant dans le domaine de l'assistance médicale à la procréation. En effet, l'apparition des techniques de procréation médicalement assistée a permis l'intrusion d'un tiers dans le processus procréatif, questionnant ainsi le rôle de la vérité biologique dans le lien de filiation. Pour autant, le droit français et le droit suisse n'ont que peu bouleversé leur droit de la filiation. La réception de ces techniques s'est faite au sein de la filiation charnelle et seules les dérogations strictement nécessaires ont été prévues. Le droit suisse apparaît plus cohérent que le droit français, mais cette cohérence est en partie due à la faible ouverture de la PMA. La plus large ouverture de l'accès à l'assistance médicale à la procréation contribue à mettre en exergue les difficultés liées à l'adoption d'un modèle « *naturalisant* » fondé sur l'analogie avec la procréation charnelle. L'étude des règles relatives à l'influence de l'identification par empreintes génétiques a en effet montré que les logiques suivies par la procréation médicalement assistée et la procréation charnelle sont très différentes et impliquent donc un traitement juridique plus clairement différencié. La création du lien de filiation relève profondément du droit de la famille et le droit de la santé ne peut exercer un rôle moteur dans ce domaine.

179. Conclusion du titre 1 : l'influence du droit de la santé sur la détermination des liens familiaux en France et en Suisse – Le droit de la santé exerce une influence diversifiée sur la définition des liens familiaux que le droit comparé a permis de mettre en lumière.

Le droit de la santé a d'abord contribué à l'évolution du lien de couple. Par la détermination des couples susceptibles d'accéder à l'AMP, le droit français s'est montré plus novateur que le droit suisse en consacrant un droit commun du couple. En revanche, dans chacun des pays, le droit de la santé s'est montré indifférent aux critères posés par le droit civil puisque la dimension individuelle de l'acte médical prévaut fréquemment sur la situation juridique du couple. Cette dimension individuelle ne se retrouve pas en matière d'AMP, ce qui témoigne d'ores et déjà d'une spécificité de ce domaine. Cette particularité a encore été renforcée par l'étude des règles applicables au droit de la filiation. Cette dernière a permis de remettre en cause deux idées reçues. D'abord, la large ouverture de l'accès aux empreintes génétiques ne conduit pas nécessairement à la « biologisation » du droit de la filiation. Ensuite, la spécificité de la PMA liée à l'intervention d'un tiers donneur dans l'acte médical procréatif déstabilise nécessairement le droit de la filiation et rend nécessaire l'autonomisation du droit de l'AMP par rapport au droit commun. En effet, la logique de l'AMP marquée par l'importance accordée à la volonté parentale et la logique des empreintes

¹²⁵⁶ LEGENDRE P., *Leçons IV. L'inestimable objet de la transmission. Étude sur le principe généalogique en Occident*, Paris, Fayard, 2004, p. 9.

¹²⁵⁷ *Ibid.*, p. 10.

¹²⁵⁸ PICHONNAZ P., FOËX B., *Code civil I, Commentaire Romand*, Bâle, Helbing & Lichtenhahn, 2010, p. 1522, n° 7.

¹²⁵⁹ MEIER P., STETTLER M., *Droit de la filiation*, Zurich, Schulthess, 2014, p. 2.

génétiques marquée par l'importance accordée au lien biologique s'avèrent contradictoires. Il faut désormais tenter d'appréhender l'influence du droit de la santé sur les droits et devoirs familiaux.

TITRE 2 : L'INFLUENCE DU DROIT DE LA SANTÉ SUR LES DROITS ET DEVOIRS FAMILIAUX EN FRANCE ET EN SUISSE

180. Paternalisme médical – Le rôle du patient et de sa famille dans la relation médicale a évolué au cours du temps. Historiquement, l'impératif de protection de la santé du patient s'est inscrit au cœur du paternalisme médical, relativement prégnant tant en France qu'en Suisse¹²⁶⁰, en vertu duquel le médecin devait agir pour le bien du malade¹²⁶¹. Cette idéologie était particulièrement bien mise en exergue par L. PORTES qui soulignait que « *tout patient est et doit être pour lui comme un enfant à apprivoiser, non certes à tromper – un enfant à consoler, non pas à abuser – un enfant à sauver, ou simplement à guérir* »¹²⁶².

181. Déclin du rôle sanitaire de la famille – Cette période s'est accompagnée d'une certaine limitation du rôle de la famille en matière de santé. Alors que traditionnellement cette dernière se voyait attribuer un rôle central¹²⁶³, l'institutionnalisation de la médecine, au cours du XX^e siècle, a conduit à « *un déplacement d'un savoir et d'une pratique de soins de la sphère familiale vers les sphères groupale et sociétale* »¹²⁶⁴. Ce mouvement s'explique diversement et notamment par le fait que « *les valeurs de santé et d'hygiénisme s'introduisent dans le corps social, qui sera de plus en plus en demande d'un État protecteur et fournisseur de soins collectifs, dans l'exercice de ce que Foucault définit comme le biopouvoir* »¹²⁶⁵. Le développement du travail des femmes, principales pourvoyeuses de soins, semble également avoir joué un rôle¹²⁶⁶. Mais ce transfert peut aussi s'expliquer par une tendance, plus interne à la médecine, liée au développement de la clinique¹²⁶⁷ qui tend à dissocier le monde « *objectif et rationnel de la médecine* » du monde « *subjectif de la famille caractérisé par les émotions et l'affectif* »¹²⁶⁸. La clinique se fonde principalement sur des exigences d'objectivité particulièrement

¹²⁶⁰ Sur le paternalisme médical, voir principalement : CATHERINE A., *Pouvoirs du médecin et droits du patient : l'évolution de la relation médicale*, Caen, Thèse en droit public, 2011, 731 p. ; BERLAND-BENHAÏM C., *Le consentement et la bienfaisance dans la relation médicale*, Aix-Marseille III, Thèse en droit, 2007, 495 p. ; ELGER B., *Le paternalisme médical : mythe ou réalité ? Aspects philosophiques et empiriques d'un phénomène persistant*, Chêne-Bourg, Médecine et hygiène, 2010, 359 p. ; JOURDAN D., *Paternalisme et visée émancipatrice : politiques et pratiques de santé publique à l'épreuve du discernement éthique*, Strasbourg, Thèse en théologie, 2010, 506 p. ; GUILLOD O., *Le consentement éclairé du patient, autodétermination ou paternalisme*, Neuchâtel, Ides et Calendes, 1986, 285 p.

¹²⁶¹ GISQUET E., « Vers une réelle ingérence des profanes ? Le mythe de la décision médicale partagée à travers le cas des décisions d'arrêt de vie en réanimation néonatale », *Recherches familiales*, 2006-1, n° 3, p. 61 ; RAMEIX S., « Du paternalisme des soignants à l'autonomie des patients ? », in LOUZOUN C., SALAS D. (Dir.), *Justice et psychiatrie : normes, responsabilité, éthique*, Toulouse, Erès, Études, recherches, actions en santé mentale en Europe, 1997, p. 65 ; DU PUY-MONTBRUN T., « Paternalisme, autonomie et respect de la personne : un dilemme ? », *Le courrier de colo-proctologie*, II, 2001, n° 1, p. 30.

¹²⁶² PORTES L., « Du consentement du malade à l'acte médical », in PORTES L., *À la recherche d'une éthique médicale*, Paris, PUF, Masson, 1964, p. 163.

¹²⁶³ ORFALI K., « L'ingérence profane dans la décision médicale : le malade, la famille et l'éthique », *Revue française des affaires sociales*, 2002-3, n° 3, p. 103 ; JOUET E. et al., « Construction et reconnaissance des savoirs expérimentiels des patients », in JOUET E. et al., *Usagers-experts : la part du savoir des malades dans le système de santé*, Pratiques de formation, Analyses, n° 58-59, 2010, p. 19.

¹²⁶⁴ *Ibid.*, p. 18.

¹²⁶⁵ *Ibid.*

¹²⁶⁶ *Ibid.*

¹²⁶⁷ RAVEZ L., TILMANS-CABIAUX C., *La médecine autrement ! Pour une éthique de la subjectivité médicale*, Namur, Presses universitaires de Namur, 2011, p. 230.

¹²⁶⁸ ORFALI K., « L'ingérence profane dans la décision médicale : le malade, la famille et l'éthique », *Revue française des affaires sociales*, 2002-3, n° 3, p. 103.

décrites par M. FOUCAULT qui souligne que « *pour connaître la vérité du fait pathologique, le médecin doit abstraire le malade* »¹²⁶⁹. Le paternalisme a été critiqué par une certaine doctrine juridique¹²⁷⁰ et a ensuite doublement décliné¹²⁷¹, encore qu'en pratique cette affirmation doive être nuancée¹²⁷².

182. Rééquilibrage de la relation médecin-patient – D'une part, la relation médecin-patient, s'est progressivement rééquilibrée en se rapprochant davantage du modèle autonomiste prévalant aux États-Unis¹²⁷³. La doctrine du consentement éclairé¹²⁷⁴, présente dans le Code de Nuremberg¹²⁷⁵ et dans les réflexions éthiques américaines¹²⁷⁶, s'est développée en Suisse et en France où la jurisprudence posait déjà l'exigence du consentement du patient. Cette transformation de la relation médecin-patient s'est réalisée notamment sous l'influence de « *la multiplication d'interventions qui relèvent davantage de la recherche que de la clinique, [du] développement des mouvements de patients [et de] la montée d'un discours sur la responsabilité de l'individu par rapport à sa santé* »¹²⁷⁷.

183. Émergence de savoirs profanes et rôle de la famille – D'autre part, ce rééquilibrage s'est traduit par l'émergence et la consécration progressive de savoirs « *profanes* »¹²⁷⁸. Le développement de ces savoirs est lié à la reconnaissance, par la sociologie de la médecine notamment, d'une « *brèche dans l'autorité cognitive* » du médecin qui n'a plus le « *monopole de la définition de la maladie* »¹²⁷⁹. Ainsi, la « *norme de décision* » n'est plus uniquement objective mais plus subjective, c'est-à-dire « *centrée sur le patient* » et son environnement¹²⁸⁰. L'expertise professionnelle a été mise à mal, notamment par « *le développement des maladies chroniques, du SIDA, et plus généralement de situations pathologiques dans lesquelles l'objectif thérapeutique pur*

¹²⁶⁹ FOUCAULT M., *Naissance de la clinique*, Paris, Quadrige, PUF, 1963, Préface.

¹²⁷⁰ Certains auteurs allaient jusqu'à souligner que « *le paternalisme tourne à l'impérialisme médical* » (SAVATIER R., « Impérialisme médical sur le terrain du droit », *D.*, 1952, Chron., p. 157) et que la doctrine du Professeur PORTES constituait une « *dénaturation certaine du contrat médical* » : SAVATIER R., SAVATIER J., AUBY J.-M., PÉQUIGNOT H., *Traité de droit médical*, Paris, Librairies techniques, 1956, p. 22 et p. 23.

¹²⁷¹ CCNE, Avis n° 58, « Consentement éclairé et information des personnes qui se prêtent à des actes de soin ou de recherche », 12 juin 1998, p. 10.

¹²⁷² Du point de vue pratique, cette affirmation mérite d'être largement nuancée : ELGER B., *Le paternalisme médical : mythe ou réalité ? Aspects philosophiques et empiriques d'un phénomène persistant*, Chêne-Bourg, Médecine et hygiène, 2010, 359 p. ; JOURDAN D., *Paternalisme et visée émancipatrice : politiques et pratiques de santé publique à l'épreuve du discernement éthique*, Strasbourg, Thèse en théologie, 2010, 506 p. ; GISQUET E., « Vers une réelle ingérence des profanes ? Le mythe de la décision médicale partagée à travers le cas des décisions d'arrêt de vie en réanimation néonatale », *Recherches familiales*, 2006-1, n° 3, p. 61.

¹²⁷³ TISSIER D., *La protection du corps humain sous l'angle de la procréation assistée. Regards croisés des droits français et nord-américains*, La Réunion, Thèse en droit privé, 2011, 492 p.

¹²⁷⁴ GUILLOD O., *Le consentement éclairé du patient, autodétermination ou paternalisme*, Neuchâtel, Ides et Calendes, 1986, 285 p. ; CCNE, Avis n° 58, « Consentement éclairé et information des personnes qui se prêtent à des actes de soin ou de recherche », 12 juin 1998, p. 1.

¹²⁷⁵ Voir la thèse en cours de préparation à l'IDS : RODUIT G., *Le Code de Nuremberg et son influence dans la réglementation de la recherche impliquant les êtres humains*, Sous la direction du Professeur Dominique SPRUMONT.

¹²⁷⁶ Voir les références citées par : ORFALI K., « L'ingérence profane dans la décision médicale : le malade, la famille et l'éthique », *Revue française des affaires sociales*, 2002-3, n° 3, p. 105 ; BEAUCHAMP T. L., CHILDRESS J.-F., *Principles of Biomedical Ethics*, New York, Oxford, Oxford University Press, 1979, 314 p.

¹²⁷⁷ INSERM, *Tests génétiques. Questions scientifiques, médicales et sociétales*, Paris, Les éditions INSERM, Expertise collective, 2008, p. 107.

¹²⁷⁸ ORFALI K., « L'ingérence profane dans la décision médicale : le malade, la famille et l'éthique », *Revue française des affaires sociales*, 2002-3, n° 3, p. 103.

¹²⁷⁹ INSERM, *Tests génétiques. Questions scientifiques, médicales et sociétales*, Paris, Les éditions INSERM, Expertise collective, 2008, pp. 107-108.

¹²⁸⁰ JAUNAIT A., « Comment peut-on être paternaliste ? Confiance et consentement dans la relation médecin-patient », *Raisons politiques*, 2003-3, n° 11, § 16. L'exemple du violoniste auquel l'auteur se réfère est d'ailleurs particulièrement éclairant.

(« guérir le malade ») ne peut plus être tenu »¹²⁸¹. Il en résulte de nouvelles formes d'expertise prenant appui sur l'expérience du malade lui-même ou de sa famille¹²⁸², sur le travail de terrain accompli par les associations¹²⁸³ ou encore sur le développement des nouvelles technologies¹²⁸⁴. Ces évolutions ont trouvé un relais dans la notion juridique de « démocratie sanitaire »¹²⁸⁵ ou encore dans les actions en faveur de l'éducation thérapeutique du patient¹²⁸⁶.

184. Influence du droit de la santé sur les droits et devoirs familiaux – Les études sociologiques ont contribué à mettre en avant l'importance du lien existant entre famille et santé¹²⁸⁷. Ces deux objets d'étude sont régulés juridiquement *via* le droit de la famille et le droit de la santé en France comme en Suisse. Notre objectif consiste à étudier l'influence du droit de la santé sur le droit de la famille. Il a déjà été indiqué que le droit de la santé a influencé la détermination des liens familiaux. Reste donc à démontrer comment le droit de la santé influence également les droits et devoirs familiaux. Le terme de « devoir » est préféré à celui d'« obligations » car il présente une « coloration morale »¹²⁸⁸ qui s'adapte mieux à la matière familiale. L'étude d'un certain nombre de dispositions de droit de la santé prouve, d'une part, que l'autonomie du patient exerce une influence sur les prérogatives familiales de protection (Chapitre 1) et, d'autre part, que la protection de la santé apparaît comme un vecteur d'évolution des droits et devoirs familiaux (Chapitre 2).

¹²⁸¹ ORFALI K., « L'ingérence profane dans la décision médicale : le malade, la famille et l'éthique », *Revue française des affaires sociales*, 2002-3, n° 3, p. 103.

¹²⁸² BOUDIER F. *et al.*, « L'émergence du patient-expert : une perturbation innovante », *Innovations*, 2012-3, n° 39, p. 19 ; NOËL-HUREAUX E., « Quels savoirs « en jeu » (enjeux) autour de la maladie chronique », in JOUET E. *et al.*, *Usagers-experts : la part du savoir des malades dans le système de santé*, Pratiques de formation, Analyses, 2010, n° 58-59, p. 94 ; JOUET E. *et al.*, « Construction et reconnaissance des savoirs expérientiels des patients », in JOUET E. *et al.*, *Usagers-experts : la part du savoir des malades dans le système de santé*, Pratiques de formation, Analyses, 2010, n° 58-59, pp. 13-94.

¹²⁸³ INSERM, *Tests génétiques. Questions scientifiques, médicales et sociétales*, Paris, Les éditions INSERM, Expertise collective, 2008, p. 125.

¹²⁸⁴ MEADEL C., AKRICH M., « Internet : intrus ou médiateur de la relation patient/médecin ? », *Santé, société et solidarité*, 2009, Vol. 8, n° 2, p. 88 ; BOUDIER F. *et al.*, « L'émergence du patient-expert : une perturbation innovante », *Innovations*, 2012-3, n° 39, p. 21.

¹²⁸⁵ NAÏDITCH M., LETOURMY A., « L'émergence de la démocratie sanitaire en France », *Santé, société et solidarité*, 2009, Vol. 8, n° 2, p. 18 ; SOTO-LOIREAU I., *La démocratisation du système sanitaire*, Aix-Marseille III, Thèse en droit public, 2009, 511 p. ; PELASSY-TARBOURIECH D. (Dir.), *La démocratie sanitaire à l'hôpital : entre utopie et réalité ? Points de vue et rôles des acteurs du système de santé*, Rueil-Malmaison, Lamarre, 2013, 199 p. ; BENSALID B., *Les droits des malades et la démocratie sanitaire*, Paris 8, Thèse en droit public, 2006, 407 p. ; CERDES, *La démocratie sanitaire : aspects théoriques et pratiques hospitalières*, RGDM, 2004, n° 12, 323 p. ; BIDAUD-PETITBON E., *La démocratie sanitaire : un concept juridique ambigu*, Nantes, Thèse en droit public, 2009, 611 p. ; ROUTELOUS C., *La démocratie sanitaire à l'épreuve des pratiques médicales : sociologie d'un modèle participatif en médecine*, Paris, École nationale supérieure des mines, Thèse en socio-économie de l'innovation, 2008, 390 p.

¹²⁸⁶ JOUET E. *et al.*, « Construction et reconnaissance des savoirs expérientiels des patients », in JOUET E. *et al.*, *Usagers-experts : la part du savoir des malades dans le système de santé*, Pratiques de formation, Analyses, 2010, n° 58-59, p. 32.

¹²⁸⁷ CRESSON G., MEBTOUL M. (Dir.), *Famille et santé*, Rennes, Recherche santé social, Presses de l'EHESP, 2010, p. 11 : « En donnant sens aux situations diversifiées vécues par les familles, les auteurs de l'ouvrage montrent bien que la santé est indissociable du fonctionnement familial, remettant en question l'image de la famille passive, identifiée à une simple utilisatrice de soins dans une perspective fonctionnaliste ».

¹²⁸⁸ CORNU G., *Vocabulaire juridique*, Paris, Dicos Poche, Quadrige, PUF, 2007, p. 307.

CHAPITRE 1 : L'INFLUENCE DE L'AUTONOMIE DU PATIENT SUR LES PRÉROGATIVES FAMILIALES DE PROTECTION DANS CHACUN DES DEUX PAYS

185. Contradiction potentielle entre consentement éclairé du patient et prérogatives familiales de protection – La doctrine du consentement éclairé revêt un caractère central dans chacun des deux pays et constitue un des piliers fondateurs du droit de la santé. L'autonomie du patient constitue donc un principe commun aux deux pays (Section 1). Le consentement éclairé est cependant, en principe, celui du patient. Il en résulte un certain nombre de difficultés lorsque ce dernier est frappé d'une incapacité d'exercice, comme c'est le cas des majeurs protégés et des mineurs, en France comme en Suisse. Le consentement éclairé du patient doit alors être articulé avec les prérogatives familiales qui sont classiquement entendues comme des « droits-fonctions » au service de la protection des intérêts de la personne à protéger. Il en résulte une potentielle contradiction entre le consentement du patient et les prérogatives familiales de protection. Face à cette problématique commune, les deux droits ont réagi différemment. La comparaison, en tant qu'outil de connaissance du droit, apparaît particulièrement utile. En effet, le droit suisse révèle le caractère dérogatoire du droit de la santé français (Section 2). Alors qu'en Suisse, droit de la famille et droit de la santé sont pensés ensemble, en France, au contraire, ces droits ont été pensés séparément.

SECTION 1 : L'AUTONOMIE DU PATIENT, UN PRINCIPE COMMUN AUX DEUX PAYS.

186. Le consentement : un principe central du droit de la santé consacré à tous les niveaux de la hiérarchie des normes – Si les deux pays ont historiquement été touchés par le paternalisme médical, la notion de consentement éclairé apparaît comme une notion centrale dans les deux droits. Contrairement à ce qui a été affirmé lors des travaux relatifs aux lois du 29 juillet 1994, le droit n'était absolument pas désarmé face aux progrès de la science¹²⁸⁹. En effet, comme le relève G. MÉMETEAU, tant la doctrine que la jurisprudence avaient déjà insisté sur le consentement libre et éclairé du patient¹²⁹⁰. Si cette notion était loin d'être inconnue du droit médical, elle est aujourd'hui expressément prévue par les textes et se voit rattachée à des fondements constitutionnels. Il s'agit dès lors de démontrer, à travers l'étude des dispositions constitutionnelles (I) et légales (II), en quoi le consentement constitue une notion centrale du droit de la santé.

I. LA PROTECTION CONSTITUTIONNELLE DU CONSENTEMENT À L'ACTE MÉDICAL

187. L'étude parallèle des jurisprudences du Tribunal fédéral et du Conseil constitutionnel montre la construction progressive d'une protection constitutionnelle du consentement à l'acte médical (A). Cette mise en parallèle conduit à la constatation d'un certain rapprochement, notamment à travers le concept de liberté personnelle. Sans constituer un concept identique dans les deux pays, il permet d'émettre l'hypothèse de l'émergence d'un standard, réceptacle des libertés corporelles (B).

A. L'émergence progressive d'une protection constitutionnelle

188. Dans chacun des pays, à défaut de texte constitutionnel suffisamment précis, le juge constitutionnel a joué un rôle important dans la reconnaissance d'une protection du consentement libre et éclairé du patient (1) dont il conviendra de déterminer les fondements (2).

1. Le rôle du juge constitutionnel dans la reconnaissance de la protection du consentement

189. La faiblesse commune du texte constitutionnel – Contrairement à d'autres pays tels que l'Allemagne, l'Espagne ou encore le Canada¹²⁹¹ qui bénéficiaient de textes constitutionnels précis permettant de donner des fondements constitutionnels au consentement à l'acte médical, la France et la Suisse étaient pourvues d'une Constitution relativement pauvre du point de vue des droits fondamentaux. La Constitution suisse en vigueur entre 1874 et 1999 « *se présentait en termes de droits fondamentaux un peu*

¹²⁸⁹ BATTEUR A., « Le consentement sur le corps en matière médicale », in LARRALDE J.-M. (Dir.), *La libre disposition de son corps*, Bruxelles, Droit & justice, Nemesis, Bruylant, 2009, p. 47.

¹²⁹⁰ MÉMETEAU G., « À l'abordage ! (de l'article 16-3 du Code civil) », *LPA*, 14 décembre 1994, n° 149, pp. 42-43.

¹²⁹¹ Sur ces pays voir : MONNIER S., « La reconnaissance constitutionnelle du droit au consentement en matière médicale », *RIDC*, 2001, Vol. 53, n° 2, pp. 388-389.

comme un fromage, et plus précisément comme un fromage suisse, plein de trous »¹²⁹². En France, et bien que la Constitution ne date que de 1958, le texte constitutionnel apparaît relativement peu adapté aux questions touchant à la bioéthique¹²⁹³. Cette relative pauvreté, commune au texte constitutionnel français et suisse, n'a pas pour autant empêché les juges constitutionnels de se saisir des enjeux consécutifs aux évolutions scientifiques.

190. L'appréhension de la question par le juge constitutionnel – C'est par la voie de l'interprétation, voire de la création, que les juges constitutionnels français et suisse se sont emparés des questions relatives à la bioéthique. La situation suisse sera présentée dans un premier temps, dans la mesure où les fondements constitutionnels du consentement à l'acte médical ont été posés de manière relativement précoce par le Tribunal fédéral. Dans ce pays, le consentement à l'acte médical « est un principe jurisprudentiel tiré du droit à la liberté personnelle et à l'intégrité corporelle »¹²⁹⁴, « qui est un bien protégé par un droit absolu »¹²⁹⁵. Le droit à la liberté personnelle trouve son origine dans l'activisme certain du juge constitutionnel suisse. Cet activisme peut s'expliquer doublement. D'une part, par le fait que la Constitution fédérale de 1874 était extrêmement pauvre en termes de droits fondamentaux¹²⁹⁶, ce qui était essentiellement lié aux faibles attributions de la Confédération. L'extension de la protection des droits fondamentaux protégés passait nécessairement par la voie de l'interprétation. En cela, la situation suisse

¹²⁹² Propos tenus par : MAHON P., « Quatrième table ronde : les aspects de droit comparé » in BIOY X., ROUSSILLON H. (Dir.), *La liberté personnelle. Une autre vision de la liberté ?*, Actes de la journée d'études, 7 mai 2005, Toulouse, IFR-mutation des normes juridiques n° 1, Presses de l'Université des sciences sociales, 2006, p. 111.

¹²⁹³ MATHIEU B., « La bioéthique et les droits fondamentaux constitutionnels : enjeux et perspectives », in BYK C. (Dir.), *La Constitution face au défi de la bioéthique*, Les cahiers du droit de la santé du sud-est, LEH, 2008, n° 9, p. 15 ; NICOLAS G., « La Constitution, instrument de régulation du droit et de la bioéthique ? », in BYK C. (Dir.), *La Constitution face au défi de la bioéthique*, Bordeaux, Les cahiers du droit de la santé du sud-est, LEH, 2008, n° 9, p. 23.

¹²⁹⁴ ATF 134 II 235, Consid. 4.1. Voir également : ATF 117 Ib 197. Voir aussi ATF 114 Ia 350, Consid. 5. : « La liberté personnelle, droit constitutionnel non écrit, imprescriptible et inaliénable, donne à l'individu le droit d'aller et de venir et le droit au respect de son intégrité corporelle. Elle le protège, en outre, dans l'exercice de sa faculté d'apprécier une situation de fait déterminée et d'agir selon cette appréciation. Cette garantie n'englobe certes pas la protection de toute possibilité de choix et de détermination de l'homme si peu importante soit-elle ; elle recouvre cependant toutes les libertés élémentaires dont l'exercice est indispensable à l'épanouissement de la personnalité humaine. Elle se conçoit ainsi comme une garantie générale et subsidiaire, à laquelle le citoyen peut se référer lorsque les droits fondamentaux dont il invoque la violation ne sont pas l'objet de garanties particulières. (...) Le droit à l'intégrité physique - ou, en d'autres termes, le principe de l'intangibilité du corps humain - est un aspect de la liberté personnelle qui peut, à l'instar des autres droits individuels, être limité par la nécessité de sauvegarder un intérêt public prépondérant. De telles restrictions doivent, conformément au principe de la proportionnalité, ne pas aller au-delà de ce qu'exige l'intérêt public considéré. Elles doivent en outre reposer sur une base légale suffisante, sous réserve des mesures exceptionnelles que l'autorité peut prendre en vertu de son pouvoir de police. Enfin, comme tout autre droit fondamental, la liberté personnelle, sous tous ses aspects, ne saurait être complètement supprimée ou vidée de son contenu par les restrictions légales qui peuvent lui être apportées dans l'intérêt public ».

¹²⁹⁵ ATF 133 III 121, Consid. 4.1.1 : « L'exigence d'un consentement éclairé se déduit directement du droit du patient à la liberté personnelle et à l'intégrité corporelle, qui est un bien protégé par un droit absolu. Le médecin qui fait une opération sans informer son patient ni en obtenir l'accord commet un acte contraire au droit et répond du dommage causé, que l'on voie dans son attitude la violation de ses obligations de mandataire ou une atteinte à des droits absolus et, partant, un délit civil. L'illicéité d'un tel comportement affecte l'ensemble de l'intervention et rejaillit de la sorte sur chacun des gestes qu'elle comporte, même s'ils ont été exécutés conformément aux règles de l'art » ; ATF 112 II 118, Consid. 5. e : « L'illicéité est en effet réalisée, en tout cas, lorsque l'acte incriminé porte atteinte à un bien protégé par un droit absolu, tel que la vie, l'intégrité corporelle ou la propriété. L'ordre juridique protège directement ces droits, sans qu'il soit nécessaire de rechercher dans chaque cas si l'auteur du dommage a violé une injonction déterminée. S'agissant d'atteintes à l'intégrité corporelle, cette protection résulte, d'une manière générale, des art. 122 ss CP. La personne qui est elle-même victime d'une atteinte à un droit absolu, comme c'est le cas du demandeur, est donc directement lésée et peut demander réparation de son dommage à celui qui l'a causé » ; ATF 108 II 59, Consid. 3 : « L'exigence d'un consentement éclairé se déduit directement du droit du patient à la liberté personnelle et à l'intégrité corporelle ; elle est liée à l'existence d'un risque inhérent à tout acte médical, risque qui ne peut être assumé que par celui qui y est exposé. Le médecin qui fait une opération sans informer son patient ni en obtenir l'accord commet un acte contraire au droit et répond du dommage causé, que l'on voie dans son attitude la violation de ses obligations de mandataire ou une atteinte à des droits absolus et, partant, un délit civil. L'illicéité d'un tel comportement affecte l'ensemble de l'intervention et rejaillit de la sorte sur chacun des gestes qu'elle comporte, même correctement exécutés du point de vue médical. Le médecin doit donc réparation pour tout dommage découlant de l'échec total ou partiel de l'opération, lors même qu'il n'aurait violé aucune des règles de l'art ».

¹²⁹⁶ La liberté personnelle était en revanche protégée par 23 des 25 Constitutions cantonales : GRISEL A., « La liberté personnelle et les limites du pouvoir judiciaire », RIDC, 1975, Vol. 27, n° 3, p. 551.

diffère peu de la situation française. D'autre part, et contrairement à la France¹²⁹⁷, la Suisse ne s'était pas vraiment aventurée dans le positivisme législatif, ce qui explique que les mentalités aient été plus favorables à la fonction judiciaire et au pouvoir d'appréciation, voire de création, du juge et plus particulièrement du juge constitutionnel¹²⁹⁸. Encouragé par la doctrine, notamment par Z. GIACOMETTI, et par le climat très tendu, lié à la crise des années 30, le Tribunal fédéral a fait évoluer sa jurisprudence dans le sens d'une protection accrue des libertés, en recourant à diverses techniques juridiques telles que la reconnaissance de libertés non écrites, le noyau dur ou la détermination des conditions de restriction des libertés¹²⁹⁹.

En France, l'histoire politique explique l'hostilité à l'égard d'un organe chargé de contrôler la constitutionnalité des lois. Malgré la faible légitimité dont bénéficiait le Conseil constitutionnel lors de son instauration, ce dernier va progressivement « *s'auto-émanciper* ». Le point de départ de ce mouvement réside dans la décision *liberté d'association*¹³⁰⁰ qui marque à la fois la rupture avec l'idée de la souveraineté de la loi et l'apparition du bloc de constitutionnalité, permettant ainsi au Conseil d'étendre son contrôle¹³⁰¹. Cependant, si cette décision permet au Conseil constitutionnel de bénéficier de nouvelles normes de références situées dans le préambule de la Constitution de 1946 et la DDHC notamment, sa jurisprudence concernant les fondements constitutionnels de la liberté corporelle a été beaucoup plus hésitante que celle du Tribunal fédéral suisse.

2. Les fondements constitutionnels du consentement à l'acte médical

191. Le rattachement constitutionnel du consentement à l'acte médical : l'audace du juge suisse et les errements du juge français – Si dans un premier temps, la liberté personnelle se limitait essentiellement à la sûreté, le développement des procédés d'investigation a conduit le Tribunal fédéral à préciser la notion pour y englober la liberté corporelle¹³⁰². Les progrès de la science soulevant des problèmes nouveaux, les juges ont progressivement été amenés à revoir les conceptions de leurs prédécesseurs. Dans un arrêt du 20 mars 1963¹³⁰³, le Tribunal, faisant œuvre créatrice, a admis que la liberté personnelle constituait un droit constitutionnel fédéral non écrit protégeant le droit à l'intégrité physique. Il l'a ensuite étendu à la protection de l'intégrité psychique dans un arrêt du 25 mars 1964, en y

¹²⁹⁷ Sur l'évolution historique des fonctions du Conseil constitutionnel et sa lente « *montée en puissance* », voir : ROUSSEAU D., *Droit du contentieux constitutionnel*, Paris, Montchrestien, Lextenso, 2010, pp. 23-30.

¹²⁹⁸ ROSSINELLI M., *Les libertés non écrites : contribution à l'étude du pouvoir créateur du juge constitutionnel*, Genève, Collection juridique romande, 1987, p. 45 et s.

¹²⁹⁹ *Ibid.*, p. 82 et s.

¹³⁰⁰ Conseil constitutionnel, Décision n° 71-44 DC, 16 juillet 1971, Loi complétant les dispositions des articles 5 et 7 de la loi du 1^{er} juillet 1901 relative au contrat d'association.

¹³⁰¹ ROUSSEAU D., *Droit du contentieux constitutionnel*, Paris, Montchrestien, Lextenso, 2010, p. 30 et p. 34.

¹³⁰² ATF 82 I 234 = JT, 1957, I, 298 : d'après cet arrêt, la liberté personnelle doit s'entendre comme « *la liberté corporelle par opposition à la liberté spirituelle (la jurisprudence est ensuite revenue sur ce point), à savoir la liberté de disposer de son propre corps. Elle comprend la liberté de mouvement dans l'espace, et protège ainsi l'individu contre la contrainte par corps (...) comme aussi contre la contrainte indirecte (...). Elle inclut en outre le droit à l'intégrité corporelle et protège de la sorte contre les atteintes portées par l'État à cette intégrité (...). Et cette protection s'étend même à l'atteinte relativement bénigne et peu douloureuse qu'est la prise de sang en vue de la détermination des groupes sanguins* ».

¹³⁰³ ATF 89 I 92 = JT, 64, I, 114 : « *La liberté personnelle au sens de la liberté physique c'est-à-dire de la libre disposition de son propre corps est la condition d'exercice de toutes les autres libertés ; elle constitue dès lors un élément indispensable du système de l'État de droit sur lequel repose la Confédération. (...) La liberté personnelle appartient au droit constitutionnel non écrit de la Confédération* ».

intégrant notamment la notion d'autodétermination¹³⁰⁴. Cette concrétisation de la liberté personnelle a continué puisque, progressivement, le Tribunal fédéral a considéré que la liberté personnelle garantissait toutes les manifestations élémentaires de la personnalité¹³⁰⁵. Au début des années 1970, le Tribunal fédéral retenait une vision très large de la liberté personnelle¹³⁰⁶. Mais face à la multiplication des recours et aux critiques de la doctrine, il a par la suite restreint son approche en considérant que « *la garantie de l'intégrité psychique n'englobe pas la protection de toute possibilité de choix et de détermination aussi peu importante soit-elle ; elle recouvre cependant toutes les libertés élémentaires dont l'exercice est indispensable à l'épanouissement de la personnalité humaine* »¹³⁰⁷. Cette rapide description de la jurisprudence montre l'audace de la jurisprudence du Tribunal fédéral qui, en concrétisant la liberté personnelle, a permis de garantir des droits non expressément prévus par la Constitution¹³⁰⁸, notamment la dignité¹³⁰⁹. Ce droit à la liberté personnelle est le pendant, en droit public, des articles 27 et 28 du Code civil relatifs à la protection de la personnalité. Le Tribunal fédéral s'est d'ailleurs inspiré de la notion générale de personnalité prévue par l'article 28 du Code civil, afin de donner corps au concept de liberté personnelle et de faire évoluer le champ des libertés protégées.

Le juge constitutionnel français a été soumis à la même problématique du fait de l'inadéquation entre son texte constitutionnel et les enjeux liés aux développements scientifiques. Ne bénéficiant pas d'une source constitutionnelle parfaitement adaptée, il a dû procéder à l'interprétation des sources dont il bénéficiait afin d'étendre la sphère des garanties constitutionnelles. Comme le souligne I. ARNOUX, en droit français, les fondements constitutionnels du consentement à l'acte médical et plus largement de la liberté corporelle ont été pendant longtemps incertains. En effet, si à partir de la fin des années 1970 la doctrine publiciste¹³¹⁰ a évoqué la disposition par l'individu de son corps en la rattachant à la liberté corporelle ou à la liberté physique¹³¹¹, elle n'en a pas pour autant précisé l'assise textuelle. Divers rattachements ont ainsi été envisagés. Deux principaux fondements méritent que l'on s'y attarde¹³¹².

¹³⁰⁴ ATF 90 I 29 : « Le Tribunal fédéral ne s'en est pas toujours tenu à une notion étroite de la liberté individuelle. Cette tendance doit être confirmée. Si la liberté personnelle ne s'identifie avec aucune des autres libertés garanties par la Constitution, elle est cependant la condition de leur exercice. En d'autres termes, elle vise à garantir l'existence des conditions de fait indispensables pour que l'homme puisse effectivement exercer ces autres libertés. Or celles-ci protègent non seulement le corps humain (interdiction des peines corporelles ou liberté d'établissement par exemple), mais aussi des intérêts idéaux (liberté d'opinion ou liberté religieuse par exemple). Il ne suffit donc pas que la liberté individuelle garantisse le droit d'aller et venir et l'intégrité corporelle. Il faut aussi qu'elle protège l'homme contre les atteintes qui tendraient, par un moyen quelconque, à restreindre ou supprimer la faculté, qui lui est propre, d'apprécier une situation donnée et de se déterminer d'appréciation ».

¹³⁰⁵ ATF 97 I 45 : « Principe fondamental du droit constitutionnel, la liberté personnelle, garantie par le droit constitutionnel fédéral non écrit, protège toutes les libertés qui se caractérisent comme des manifestations élémentaires de l'épanouissement de la personnalité de l'être humain. Elle garantit ainsi une protection générale des droits fondamentaux, qui influence d'une manière décisive le contenu et l'étendue des autres libertés prévues par la Constitution : d'une part elle est la condition nécessaire de leur exercice et d'autre part elle les complète en ce sens que le citoyen peut l'invoquer directement, à défaut d'une autre garantie du droit constitutionnel écrit ou non écrit, pour la protection de sa personnalité et de sa dignité humaine ».

¹³⁰⁶ ATF 97 I 839, Consid. 3.

¹³⁰⁷ Parmi d'autres : ATF 101 Ia 346, Consid. 7 a et les références citées.

¹³⁰⁸ ROSSINELLI M., *Les libertés non écrites : contribution à l'étude du pouvoir créateur du juge constitutionnel*, Genève, Collection juridique romande, 1987, p. 132 et s.

¹³⁰⁹ ATF 111 Ia 231, Consid. 3b ; ATF 123 I 112.

¹³¹⁰ C'est aussi le cas chez les privatistes. Voir par exemple : CARBONNIER J., *Droit civil : les personnes*, Paris, Thémis droit privé, PUF, 1995, p. 23 : « Il est cependant permis de se demander s'il est bien exact de parler d'un droit subjectif quelconque pour qualifier la relation de la personne avec son corps : plus que d'un droit subjectif, il s'agit d'une liberté, d'une des expressions de la liberté physique ».

¹³¹¹ ARNOUX I., *Les droits de l'être humain sur son corps*, Bordeaux, Presses universitaires de Bordeaux, 1995, p. 295.

¹³¹² Sur ce point, voir MONNIER S., « La reconnaissance constitutionnelle du droit au consentement en matière médicale », *RIDC*, 2001, Vol. 53, n° 2, p. 392.

D'une part, il est possible d'établir une filiation entre le principe du consentement à l'acte médical et le principe matriciel de la dignité¹³¹³ de la personne humaine dont la valeur constitutionnelle a été consacrée dans la décision relative aux lois de bioéthique de 1994¹³¹⁴. Après avoir souligné que les « *lois énoncent un ensemble de principes au nombre desquels figurent la primauté de la personne humaine, le respect de l'être humain dès le commencement de sa vie, l'inviolabilité, l'intégrité et l'absence de caractère patrimonial du corps humain ainsi que l'intégrité de l'espèce humaine* », le Conseil constitutionnel affirme que ces principes « *tendent à assurer le respect du principe constitutionnel de sauvegarde de la dignité de la personne humaine* »¹³¹⁵. La doctrine envisage ces principes comme des « *principes sentinelles* », ce qui signifie que le législateur ne peut les modifier sans les remplacer par des garanties équivalentes et sans provoquer une « *alerte constitutionnelle* »¹³¹⁶. Ces principes n'ont pas en eux-mêmes valeur constitutionnelle, mais ils tendent à assurer le respect du principe de dignité qui, lui, a valeur constitutionnelle¹³¹⁷. Ce bref rappel permet d'établir un lien entre la dignité et le principe du consentement. Ce lien a depuis été établi par la Cour de cassation¹³¹⁸. En effet, l'inviolabilité et l'intégrité du corps humain sont respectivement protégées par l'article 16-1 qui pose le droit au respect et le caractère inviolable du corps humain et l'article 16-3 du Code civil¹³¹⁹ qui dispose qu'« *il ne peut être porté atteinte à l'intégrité du corps humain qu'en cas de nécessité médicale pour la personne ou à titre exceptionnel dans l'intérêt thérapeutique d'autrui. Le consentement de l'intéressé doit être recueilli préalablement hors le cas où son état rend nécessaire une intervention à laquelle il n'est pas à même de consentir* ». Il en résulte que le consentement constitue la renonciation par l'individu à l'inviolabilité et au respect de son intégrité corporelle. Il revêt donc un caractère essentiellement défensif.

D'autre part, il est possible de se référer à la liberté qui est mentionnée aux articles 1, 2 et 4 DDHC ainsi qu'à l'article 66 de la Constitution de 1958. Cette notion a été abordée de manière évolutive par la jurisprudence constitutionnelle.

Dans un premier temps, le Conseil constitutionnel a consacré la liberté individuelle qu'il a rattachée à un PFRLR¹³²⁰, puis à l'article 66 de la Constitution¹³²¹. En parallèle, et à partir de la fin des années 80, le Conseil constitutionnel a fait émerger le concept de liberté personnelle¹³²², d'abord dans le champ du droit du travail¹³²³ puis dans celui des données personnelles¹³²⁴.

¹³¹³ MATHIEU B., « La dignité, principe fondateur du droit », *JIB*, 2010, Vol. 21, n° 3, p. 77.

¹³¹⁴ Conseil constitutionnel, Décision n° 94-343/344 DC, 27 juillet 1994, Loi relative au respect du corps humain et loi relative au don et à l'utilisation des éléments et produits du corps humain, à l'assistance médicale à la procréation et au diagnostic prénatal. Pour les commentaires, voir notamment : *GDCC*, 2011, n° 43 ; *GADS*, 2010, n° 3 ; *RFDA*, 1994, 1019, Note MATHIEU B. ; *Rev. dr. pub.*, 1994, 1647, Note LUCHAIRE F. ; *LPA*, 14 décembre 1994, 34, Note DUPRAT J.-P.

¹³¹⁵ *Ibid.*, Consid. 18.

¹³¹⁶ « Commentaire de la décision n° 2004-498 DC du 29 juillet 1994 », Disponible sur : http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank/download/2004498DCccc_498dc.pdf, Consulté le 2 septembre 2014.

¹³¹⁷ *Ibid.*

¹³¹⁸ Cass. civ. 1^{re}, 9 octobre 2001, n° 00-14.564 : *Bull. civ.*, I, n° 249 ; *D.*, 2001, 3470, Rapp. SARGOS P., Note THOUVENIN D. ; *GAJC*, 2007, n° 11 ; *RTD civ.*, 2002, 176, Obs. LIBCHABER R. ; *RTD civ.*, 2002, 507, Obs. MESTRE J., FAGES B.

¹³¹⁹ Créé par la loi n° 94-653 du 29 juillet 1994 relative au respect du corps humain, *JORF*, 30 juillet 1994, p. 11056. Modifié par l'article 9 de la loi n° 2004-800 du 6 août 2004 relative à la bioéthique, *JORF*, 7 août 2004, p. 14040.

¹³²⁰ Conseil constitutionnel, Décision n° 76-75 DC, 12 janvier 1977, Loi autorisant la visite des véhicules en vue de la recherche et de la prévention des infractions pénales, Consid. 1.

¹³²¹ Conseil constitutionnel, Décision n° 79-109 DC, 9 janvier 1980, Loi relative à la prévention de l'immigration clandestine et portant modification de l'ordonnance n° 45-2658 du 2 novembre 1945 relative aux conditions d'entrée et de séjour en France des étrangers et portant création de l'office national d'immigration.

¹³²² Voir les principales contributions sur ce point : PARIENTE A., « La liberté personnelle dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », in *Mélanges en l'honneur de Dmitri Georges Lavroff. La Constitution et les valeurs*, Paris, Dalloz, 2005, pp. 267-282 ; BIOY X., ROUSSILLON H. (Dir.), *La liberté personnelle. Une autre vision de la liberté ?*, Actes de la journée d'études, 7 mai 2005, Toulouse,

À cette phase d'émergence du concept de liberté personnelle a succédé, à partir de 1993¹³²⁵, une phase d'extinction¹³²⁶. Le Conseil constitutionnel s'est alors livré à une interprétation très extensive de la liberté individuelle en y rattachant peu à peu la liberté d'aller et venir, le respect de la vie privée, l'inviolabilité du domicile, le secret des correspondances, la liberté de se marier. Le rattachement de la liberté corporelle à cette vision englobante de la liberté individuelle avait à l'époque été proposé par I. ARNOUX dans sa thèse¹³²⁷. Cette idée a été confirmée par la décision relative aux lois du 27 juillet 1994. D'une part, le Conseil constitutionnel ne se réfère pas à la notion de liberté personnelle mais à celle de liberté individuelle, permettant à la doctrine de conclure que « *les composantes de la liberté personnelle sont [donc désormais] partie intégrante de la liberté individuelle* »¹³²⁸. D'autre part, le Conseil constitutionnel procède à une substitution de sources en rattachant la liberté individuelle aux articles 1, 2 et 4 DDHC. Il consacre ainsi une vision large de la liberté individuelle. Comme le soulignent les auteurs du Code constitutionnel, « *la protection de la liberté individuelle générale résulte alors non seulement des prescriptions de l'article 66 mais également des articles 1, 2 et 4 de la Déclaration des droits de 1789* »¹³²⁹. Cette substitution de fondement permettait d'éviter la compétence exclusive du juge judiciaire prévue à l'article 66 de la Constitution. La mention du terme même de liberté individuelle ne manquait toutefois pas d'ambiguïté¹³³⁰. Malgré cette disparition de la notion de liberté personnelle, certains commentateurs avaient relevé que, tout comme dans la décision IVG de 1975¹³³¹, la notion de liberté « *est aussi bien celle de liberté individuelle (dans le sens que le Conseil constitutionnel lui donnait dans sa précédente jurisprudence) que celle de la liberté personnelle (c'est-à-dire le droit de ne pas subir des contraintes excessives)* »¹³³². De la même manière, dans la décision IVG II, le Conseil constitutionnel s'est référé à la liberté de la femme qui découle de l'article 2 DDHC (consid. 5). Bien que la décision ne mentionne que le terme « liberté », le commentaire aux cahiers fait référence à la liberté personnelle de la femme enceinte des articles 2 et 4 DDHC. Certains auteurs y ont vu la mention implicite de la notion de liberté personnelle¹³³³.

IFR-mutation des normes juridiques n° 1, Presses de l'Université des sciences sociales, 2006, p. 24 ; PENA-SOLER A., « À la recherche de la liberté personnelle désespérément... », in *Renouveau du droit constitutionnel, Mélanges en l'honneur de Louis Favoren*, Paris, Dalloz, 2007, pp. 1675-1708 ; HURPY H., *Fonction de l'autonomie personnelle et protection des droits de la personne humaine dans les jurisprudences constitutionnelles et européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2014, À paraître.

¹³²³ Conseil constitutionnel, Décision n° 88-244 DC, 20 juillet 1988, Loi portant amnistie ; Conseil constitutionnel, Décision n° 89-257 DC, 25 juillet 1989, Loi modifiant le Code du travail et relative à la prévention du licenciement économique et au droit à la conversion.

¹³²⁴ Conseil constitutionnel, Décision 91-294 DC, 25 juillet 1991, Loi autorisant l'approbation de la convention d'application de l'accord Schengen ; Conseil constitutionnel, Décision 92-316 DC, 20 janvier 1993, Loi relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques.

¹³²⁵ Conseil constitutionnel, Décision n° 93-325 DC, 13 août 1993, Loi relative à la maîtrise de l'immigration et aux conditions d'entrée, d'accueil et de séjour des étrangers en France.

¹³²⁶ BIOY X., « Propos introductifs », in BIOY X., ROUSSILLON H. (Dir.), *La liberté personnelle. Une autre vision de la liberté ?*, Actes de la journée d'études, 7 mai 2005, Toulouse, IFR-mutation des normes juridiques n° 1, Presses de l'Université des sciences sociales, 2006, p. 24.

¹³²⁷ ARNOUX I., *Les droits de l'être humain sur son corps*, Bordeaux, Presses universitaires de Bordeaux, 1995, p. 308.

¹³²⁸ NICOLAS G., *Le droit constitutionnel du commencement de la vie*, Aix-en-Provence, Thèse droit public, 2000, p. 109.

¹³²⁹ RENOUX T., DE VILLIERS M., *Code constitutionnel*, Paris, Lexis Nexis, Litec, 2011, p. 728.

¹³³⁰ BERGOIGNAN-ESPER C., SARGOS P., *Les grands arrêts du droit de la santé*, Paris, Dalloz, 2010, p. 20.

¹³³¹ Conseil constitutionnel, Décision n° 75-54 DC, 15 janvier 1975, Loi relative à l'interruption volontaire de grossesse, Consid. 8 : « *La loi relative à l'interruption volontaire de la grossesse respecte la liberté des personnes appelées à recourir ou à participer à une interruption de grossesse, qu'il s'agisse d'une situation de détresse ou d'un motif thérapeutique ; que, dès lors, elle ne porte pas atteinte au principe de liberté posé à l'article 2 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen* ».

¹³³² SATHIEU B., « Bioéthique : un juge constitutionnel réservé face aux défis de la science », *RFDA*, 1994, n° 5, p. 1023.

¹³³³ SCHOETTL J.-E., « La nouvelle législation relative à l'interruption volontaire de grossesse », *LPA*, 10 juillet 2001, n° 136, pp. 25-31.

Après cette phase d'extinction, la résurgence de la liberté personnelle s'est faite de manière explicite à partir des décisions 2003-484¹³³⁴ et 2003-487¹³³⁵. Dans la première décision, le Conseil donne comme fondement textuel à la liberté personnelle les articles 2 et 4 DDHC et fait de la liberté du mariage l'une de ses composantes¹³³⁶. Une à une, les anciennes libertés rattachées à la liberté individuelle vont être soit envisagées comme des libertés autonomes découlant des articles 2 et 4 DDHC, soit considérées comme des composantes de la liberté personnelle.

Progressivement, le Conseil constitutionnel a donc construit la notion de liberté personnelle et en a fait un concept distinct de la liberté individuelle, désormais réduite à la sûreté. La décision *Corinne C.*, relative à l'interdiction du mariage entre deux personnes de même sexe¹³³⁷, illustre de manière très claire la distinction entre liberté individuelle et liberté personnelle. Alors que les requérantes invoquaient la violation de la liberté individuelle protégée par l'article 66 de la Constitution et de la liberté du mariage, le Conseil constitutionnel considère que le grief tiré de la violation de l'article 66 de la Constitution est inopérant car « *l'article 66 de la Constitution prohibe la détention arbitraire et confie à l'autorité judiciaire, dans les conditions prévues par la loi, la protection de la liberté individuelle* »¹³³⁸. Cette distinction prend toute son importance s'agissant du consentement à l'acte médical. Saisi à plusieurs reprises de la question de l'hospitalisation sous contrainte¹³³⁹, le Conseil constitutionnel distingue avec netteté le champ d'application de la liberté individuelle et celui de la liberté personnelle. La liberté individuelle est prévue par l'article 66 de la Constitution et relève de la compétence du juge judiciaire ; elle assure la protection de la personne en cas d'arrestation et de détention. Au contraire, le principe du consentement à l'acte médical est rattaché à la liberté personnelle des articles 2 et 4 DDHC. Ainsi, le Conseil constitutionnel a-t-il jugé que « *l'obligation de soins ne constitue pas une privation de la liberté individuelle. Elle implique seulement une restriction apportée à la liberté personnelle* »¹³⁴⁰. La liberté personnelle permet donc de donner une assise constitutionnelle à la liberté corporelle et aux prérogatives attachées à la disposition corporelle¹³⁴¹.

¹³³⁴ Conseil constitutionnel, Décision n° 2003-484 DC, 20 novembre 2003, Loi relative à la maîtrise de l'immigration, au séjour des étrangers en France et à la nationalité.

¹³³⁵ Conseil constitutionnel, Décision n° 2003-487 DC, 18 décembre 2003, Loi portant décentralisation en matière de revenu minimum d'insertion et créant le revenu minimum d'activité.

¹³³⁶ Conseil constitutionnel, Décision n° 2003-484 DC, 20 novembre 2003, Loi relative à la maîtrise de l'immigration, au séjour des étrangers en France et à la nationalité, Consid. 94. Le commentaire aux cahiers précise que « *la liberté du mariage trouve son fondement dans les articles 2 et 4 DDHC. Elle est une composante de la liberté personnelle protégée par ces deux articles. L'expression liberté personnelle doit être préférée à celle de liberté individuelle, certes employée par le Conseil en 1993, mais qui renvoie aux termes de l'article 66, à la notion beaucoup plus précise de protection contre les détentions arbitraires et celle d'habeas corpus* ». Ce rattachement de la liberté du mariage à la liberté personnelle a ensuite été confirmé à plusieurs reprises : Conseil constitutionnel, Décision n° 2006-542 QPC, 9 novembre 2006, Loi relative au contrôle de la validité des mariages ; Conseil constitutionnel, Décision n° 2010-92 QPC, 28 janvier 2011, Mme Corinne C. et autres ; Conseil constitutionnel, Décision n° 2012-260 QPC, 29 juin 2012, M. Roger D. ; Conseil constitutionnel, Décision n° 2012-261 QPC, 22 juin 2012, M. Thierry B.

¹³³⁷ Conseil constitutionnel, Décision n° 2010-92 QPC, 28 janvier 2011, Mme Corinne C. et autres.

¹³³⁸ *Ibid.*, Consid. 6.

¹³³⁹ Conseil constitutionnel, Décision 2010-71 QPC, 26 novembre 2010, Danielle S. ; Conseil constitutionnel, Décision n° 2011-185 QPC, 21 octobre 2011, M. Jean-Louis C. ; Conseil constitutionnel, Décision n° 2011-202 QPC, 2 décembre 2011, Mme Lucienne Q. ; Conseil constitutionnel, Décision n° 2011-174, 6 octobre 2011, Mme Oriette P. ; Conseil constitutionnel, Décision n° 2012-235 QPC, 20 avril 2012, Association Cercle de réflexion et de proposition d'actions sur la psychiatrie.

¹³⁴⁰ « Commentaire de la décision n° 2012-235 du 20 avril 2012 », p. 8, Disponible sur : http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank/download/2012235QPCccc_235qpc.pdf, Consulté le 2 septembre 2014.

¹³⁴¹ BIOY X., « Le régime de l'hospitalisation sur demande d'un tiers », *Constitutions*, 2011, n° 1, p. 111.

B. La liberté personnelle comme socle commun des droits corporels ?

192. Une convergence à travers le concept de liberté personnelle ? – Cette émergence de la liberté personnelle en France, qui fait écho à la notion de liberté personnelle suisse, invite tout particulièrement à mobiliser le droit comparé, non pas dans une optique de « transposabilité » des systèmes, ce qui ne constitue pas notre objectif, mais afin de favoriser la connaissance des différents systèmes juridiques¹³⁴² soulignant d'éventuels différences ou points communs¹³⁴³. La notion de liberté personnelle est en effet solidement ancrée dans le droit suisse et peut apporter un éclairage juridique intéressant concernant les fondements constitutionnels des droits corporels et plus largement de la protection de la personnalité. Le rappel de l'évolution jurisprudentielle concernant la liberté personnelle, tant en France qu'en Suisse, permet de tirer un certain nombre de constatations. La notion de liberté personnelle constitue un vecteur d'extension de la protection constitutionnelle dans chacun des pays (1) et participe de l'émergence d'un standard (2).

1. L'extension de la protection constitutionnelle dans chacun des deux pays

193. Protection de droits non prévus par le texte constitutionnel – Dans les deux pays, la liberté personnelle a permis d'assurer la protection constitutionnelle de droits non prévus par le texte même de la Constitution. Contrairement à ce qu'affirme A. PENA SOLER, il ne nous semble donc pas possible d'affirmer que *« la dimension comparative a (...) d'emblée le mérite de souligner la spécificité de l'approche hexagonale de la liberté personnelle tout en révélant un paradoxe : si dans les autres pays, c'est de la richesse du texte constitutionnel que la liberté personnelle a tiré le plus souvent son statut de liberté fondamentale, en France, en revanche, c'est la pauvreté du corpus constitutionnel qui a permis à cette liberté d'accéder au niveau de protection suprême »*¹³⁴⁴. Certes, depuis la révision de 1999, le texte constitutionnel suisse comprend un catalogue des droits fondamentaux qui prévoit expressément la liberté personnelle en son article 10. Cependant, la liberté personnelle est avant tout d'origine jurisprudentielle. En France comme en Suisse, la notion de liberté personnelle est donc issue d'une construction jurisprudentielle audacieuse.

194. Caractère plus tardif et plus complexe de la protection française – Il est toutefois possible de relever le caractère tardif et plus complexe de la consécration française, qui semble pouvoir s'expliquer par deux principales raisons.

D'une part, il existe en France une double distinction entre liberté individuelle et liberté personnelle d'un côté et compétence du juge administratif et du juge judiciaire de l'autre, que l'on ne

¹³⁴² SACCO R., *La comparaison juridique au service de la connaissance du droit*, Paris, Études juridiques comparatives, Economica, 1991, 175 p.

¹³⁴³ Ainsi que le suggère W. MASTOR : « J'ai l'intuition que la liberté personnelle est une parfaite illustration de l'intérêt de mener une étude en droit comparé, si tant est qu'il soit encore besoins de le prouver » : MASTOR W., « Quatrième table ronde : les aspects de droit comparé », in BIOY X., ROUSSILLON H. (Dir.), *La liberté personnelle. Une autre vision de la liberté ?*, Actes de la journée d'études, 7 mai 2005, Toulouse, IFR-mutation des normes juridiques n° 1, Presses de l'Université des sciences sociales, 2006, p. 109.

¹³⁴⁴ PENA-SOLER A., « À la recherche de la liberté personnelle désespérément... », in *Renouveau du droit constitutionnel, Mélanges en l'honneur de Louis Favoreu*, Paris, Dalloz, 2007, p. 1677.

retrouve pas en Suisse¹³⁴⁵. L'article 66 de la Constitution française rattache expressément la liberté individuelle à la compétence du juge judiciaire. L'émergence de la notion de liberté personnelle se justifie donc, en partie, par la volonté d'établir une sorte de « *bouclier de la compétence du juge administratif* »¹³⁴⁶. En effet, l'attraction de nombreuses libertés dans le champ de la liberté individuelle risquait d'avoir pour conséquence de limiter la compétence du juge administratif. Cette difficulté spécifique à la France explique en partie la lente construction du concept de liberté personnelle. Ainsi que le souligne X. BIOY, « *les notions de liberté personnelle, de liberté individuelle et de santé donnent (...) du fil théorique à retordre lorsqu'il s'agit de faire coïncider les compétences juridictionnelles et l'efficacité de la protection des droits* »¹³⁴⁷.

D'autre part, au-delà de cette première explication, on peut souligner l'influence du type de contrôle exercé par la juridiction constitutionnelle. En droit suisse, les lois cantonales peuvent faire l'objet d'un contrôle de constitutionnalité à double titre : elles peuvent être examinées soit lors d'un contrôle abstrait dans un délai de trente jours suivant la promulgation de la loi, soit dans le cadre d'un contrôle concret *a posteriori*. Ce type de contrôle a permis au Tribunal fédéral d'être saisi, à de nombreuses reprises, de la question de la liberté corporelle. En droit français, antérieurement à la révision constitutionnelle de 2008¹³⁴⁸, le Conseil constitutionnel ne pouvait exercer qu'un contrôle abstrait, ce qui constituait un point de résistance à la formation d'un standard¹³⁴⁹. L'apparition de la question prioritaire de constitutionnalité, en convoquant à plusieurs reprises la notion de liberté personnelle, a participé à la précision de cette notion.

2. Vers la formation d'un « standard » ?

195. « Standard » et libre développement de la personnalité – La notion de liberté personnelle permet à la France de s'inscrire dans un mouvement plus large des droits constitutionnels européens, construisant une sorte de « *standard* » commun autour de la notion de libre développement de la personnalité¹³⁵⁰. La liberté personnelle permet alors d'appréhender la « *personne humaine concrète* », c'est-à-dire « *contextualisée, particularisée* »¹³⁵¹. Comme le souligne X. BIOY, « *en dépit de solutions parfois différentes (...) la notion de liberté personnelle française s'inscrit, dans son principe, dans cet ensemble* »¹³⁵². La concurrence de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme n'est sans doute pas étrangère à ce mouvement. Il a été relevé, dans ce sens, que « *la promotion de la liberté personnelle n'est (...) pas sans lien avec le souci du Conseil constitutionnel de dégager un catalogue de principes protecteurs des droits et libertés qui ne souffre pas de la*

¹³⁴⁵ Comme le souligne P. MAHON, « *une des problématique qui est inconnue du droit suisse (...) est la problématique de la distinction entre le juge judiciaire et le juge administratif* » : MAHON P., « Quatrième table ronde : les aspects de droit comparé » in BIOY X., ROUSSILLON H. (Dir.), *La liberté personnelle. Une autre vision de la liberté ?*, Actes de la journée d'études, 7 mai 2005, Toulouse, IFR-mutation des normes juridiques n° 1, Presses de l'Université des sciences sociales, 2006, p. 111.

¹³⁴⁶ PENA-SOLER A., « À la recherche de la liberté personnelle désespérément... », in *Renouveau du droit constitutionnel, Mélanges en l'honneur de Louis Favoreu*, Paris, Dalloz, 2007, p. 1677 ; PARIENTE A., « La liberté personnelle dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », in *Mélanges en l'honneur de Dmitri Georges Lavroff. La Constitution et les valeurs*, Paris, Dalloz, 2005, p. 269.

¹³⁴⁷ BIOY X., « La judiciarisation accrue de l'hospitalisation sous contrainte », *AJDA*, 2011, n° 3, p. 174.

¹³⁴⁸ Loi constitutionnelle n° 2008-724 du 23 juillet 2008 de modernisation des institutions de la V^e République, *JORF*, 24 juillet 2008, p. 11890.

¹³⁴⁹ Sur cette question, voir : BIOY X. « Le libre développement de la personnalité en droit constitutionnel : essai de comparaison (Allemagne, Espagne, France, Italie, Suisse) », *RIDC*, 2003, Vol. 55, n° 1, pp. 123-147.

¹³⁵⁰ *Ibid.*

¹³⁵¹ *Ibid.*, p. 127.

¹³⁵² *Ibid.*, p. 123.

comparaison avec la Convention européenne des droits de l'homme »¹³⁵³. La reconnaissance par la CEDH de la notion d'autonomie personnelle¹³⁵⁴, fondée sur une acception large de l'article 8 CESDH, permet en effet d'assurer la protection d'un grand nombre de libertés, tout particulièrement dans le champ de la biomédecine¹³⁵⁵. Le consentement apparaît d'ailleurs comme l'un des points centraux de la Convention d'Oviedo¹³⁵⁶. Plus particulièrement, dans le domaine qui nous intéresse, la notion de liberté personnelle est susceptible de se déployer dans deux principales directions. Elle peut englober d'une part la question de la connaissance des origines¹³⁵⁷ et d'autre part les aspects relatifs à la liberté corporelle¹³⁵⁸.

Le droit suisse est particulièrement éclairant sur ce point dans la mesure où le Tribunal fédéral s'est prononcé, à de nombreuses reprises, sur des questions relatives au droit de la santé dans la période antérieure à la révision constitutionnelle du 18 avril 1999¹³⁵⁹.

Depuis cette date, la Constitution fédérale suisse comprend un catalogue des droits fondamentaux, ce qui a conduit à l'éclatement des anciennes libertés découlant antérieurement de la liberté personnelle. Différents droits et libertés font désormais l'objet de garanties spécifiques, notamment la dignité (article 7), le droit à la vie (article 10 al. 1), le droit à la sphère privée (article 13) ou encore le droit au mariage et à la famille (article 14). L'article 10 al. 2 mentionne, quant à lui, le droit de tout être humain « à la liberté personnelle, notamment à l'intégrité physique et psychique ». Ce redécoupage questionne le contenu exact de la liberté personnelle et notamment la frontière entre cette notion et celle de vie privée. La doctrine s'interroge également sur le point de savoir si la liberté personnelle demeure une garantie subsidiaire, à défaut d'une autre garantie, ou si elle s'est vue supplantée dans cette fonction par le droit à la dignité¹³⁶⁰. Quoi qu'il en soit, le droit à la liberté personnelle recouvre le consentement éclairé du patient¹³⁶¹ et son droit à l'autodétermination, le désir d'avoir des enfants¹³⁶², la liberté de choix de son médecin par une femme qui souhaite interrompre sa grossesse¹³⁶³, le droit de disposer de son corps après la mort¹³⁶⁴, le sentiment de pitié des parents et leur droit de s'opposer à une intervention injustifiée sur la

¹³⁵³ GENEVOIS B., « Le Conseil constitutionnel et les principes », in CAUDAL S. (Dir.), *Les principes en droit*, Paris, Etudes juridiques, Economica, 2008, p. 366.

¹³⁵⁴ LEVINET M., « La notion d'autonomie personnelle dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », *Droits*, 2009, n° 49, pp. 3-18 ; ALTON A. (d'), « La notion d'autonomie personnelle en droit européen des droits de l'homme approche de philosophie du droit », Disponible sur : http://www.philosophiedudroit.org/alton,%20autonomie%20personnelle%20et%20droits%20de%20l%27homme.htm#_ftn1, Consulté le 3 septembre 2013.

¹³⁵⁵ HURPY H., *Fonction de l'autonomie personnelle et protection des droits de la personne humaine dans les jurisprudences constitutionnelles et européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2014, À paraître.

¹³⁵⁶ CONSEIL DE L'EUROPE, Convention pour la protection des droits de l'homme et de la dignité de l'être humain à l'égard des applications de la biologie et de la médecine (Convention sur les droits de l'homme et la biomédecine), Oviedo, 4 avril 1997, STCE 164, Chapitre II.

¹³⁵⁷ Voir *infra* § 489 et s. Voir également : BIOY X. « Le libre développement de la personnalité en droit constitutionnel : essai de comparaison (Allemagne, Espagne, France, Italie, Suisse) », *RIDC*, 2003, Vol. 55, n° 1, p. 132 et p. 140 ; PENA-SOLER A., « À la recherche de la liberté personnelle désespérément... », in *Renouveau du droit constitutionnel, Mélanges en l'honneur de Louis Favoren*, Paris, Dalloz, 2007, p. 1702.

¹³⁵⁸ *Ibid.*, p. 1701.

¹³⁵⁹ Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999, Entrée en vigueur au 1^{er} janvier 2000, RS 101, RO 1999 2556.

¹³⁶⁰ Dignité qui englobe désormais la notion de liberté personnelle : ATF 127 I 115, 119 ; ATF 126 I 112, 114.

¹³⁶¹ Voir par exemple ATF 114 Ia 350 et ATF 134 II 235.

¹³⁶² ATF 115 Ia 234 ; ATF 119 Ia 460. Encore qu'il y ait des doutes quant au rattachement de ce droit à la liberté personnelle, à la vie privée ou au droit au mariage et à la vie familiale.

¹³⁶³ ATF 101 Ia 575 ; ATF 114 Ia 452.

¹³⁶⁴ ATF 98 Ia 508. ; ATF 123 I 112. Encore qu'il semble qu'il faille désormais se référer à la dignité.

dépouille du défunt¹³⁶⁵, et enfin le droit de déterminer les modalités et le moment de la fin de sa propre vie¹³⁶⁶.

Le Tribunal fédéral suisse souligne volontiers le parallèle entre la liberté personnelle et l'article 8 CESDH puisqu'il considère que « *l'article 8 CE[S]DH confère une protection analogue, au sein de laquelle les garanties de la liberté personnelle et de la sphère privée se recoupent* »¹³⁶⁷. Cette constatation constitue une illustration de l'émergence d'un standard.

Certes, la France s'inscrit dans ce mouvement, mais la prise en compte de la notion d'autodétermination à travers la disposition corporelle semble avoir une portée plus faible. Si le consentement au soin est clairement rattaché à la liberté personnelle, le Conseil constitutionnel, saisi d'une question prioritaire de constitutionnalité relative aux dispositions applicables au prélèvement des cellules du sang de cordon ou placentaire ou des cellules du cordon ou du placenta¹³⁶⁸, a adopté une position en demi-teinte. La loi relative à la bioéthique du 7 juillet 2011¹³⁶⁹, dont sont issues les dispositions critiquées, a mis en place un régime juridique encadrant ces prélèvements. Elle exige notamment le consentement de la mère donné après information quant aux finalités de l'utilisation¹³⁷⁰ et interdit, sauf exception, la conservation pour un usage personnel et familial. La société requérante arguait qu'« *en privant les femmes qui accouchent d'une possibilité de prélèvement de cellules du sang de cordon ou placentaire ou de cellules du cordon ou du placenta pour un usage familial ultérieur, le législateur a porté atteinte à la liberté individuelle* »¹³⁷¹.

Le Conseil constitutionnel, conformément à sa jurisprudence précitée, ne se prononce pas au visa de la liberté individuelle, mais vise la notion de liberté personnelle rattachée aux articles 2 et 4 DDHC. Il écarte toutefois le grief tiré de la méconnaissance de la liberté personnelle au motif que ce principe n'est pas en jeu. Il rappelle d'abord qu'antérieurement à la loi de 2011, le prélèvement des cellules en cause était soumis au régime applicable aux déchets hospitaliers. Ces cellules « *échappaient [donc] à la sphère des libertés de la personne* »¹³⁷².

Ensuite, il considère que « *le choix du législateur de conditionner le prélèvement de ces cellules au recueil préalable du consentement écrit de la femme n'a pas eu pour objet ni pour effet de conférer des droits sur ces cellules* »¹³⁷³. Le commentaire de la décision éclaire cette affirmation lorsqu'il indique que « *la loi du 7 juillet 2011 a modifié ce régime pour soumettre le traitement de tels prélèvements à de nouvelles règles, instaurant un régime strict de prélèvement. Si cet encadrement a notamment rendu nécessaire le consentement écrit de la femme, on ne saurait en déduire ni que le législateur a*

¹³⁶⁵ ATF 111 Ia 231. Ce droit découle de leur propre liberté personnelle et présente un caractère subsidiaire.

¹³⁶⁶ Voir sur ce point un arrêt rendu sur un recours administratif : ATF 133 I 58 = JT, 2008, I, 349.

¹³⁶⁷ ATF 133 I 58, Consid. 6. 1 = JT, 2008, I, 357.

¹³⁶⁸ Conseil constitutionnel, Décision n° 2012-249 QPC, 16 mai 2012, Société Cryo Save France : *Lettre Actualités Droits-Libertés du CREDOF*, 3 juin 2012, CATTO M.-X. ; RGDM, 2012, n° 44, 375, BINET J.-R. ; RLDC, 2012, n° 95, 62, ROCHE T. ; *Constitutions*, 2012, 474, BIOY X. ; RDSS, 2012, 851, LOHEAC-DERBOULLE P. ; RFDC, 2012, 874, NICOLAS G.

¹³⁶⁹ Loi n° 2011-814 relative à la bioéthique, du 7 juillet 2011, JORF, 8 juillet 2011, p. 11826.

¹³⁷⁰ Art. L 1241-1 al. 4 CSP : « *Le prélèvement de cellules hématopoïétiques du sang de cordon et du sang placentaire ainsi que de cellules du cordon et du placenta ne peut être effectué qu'à des fins scientifiques ou thérapeutiques, en vue d'un don anonyme et gratuit, et à la condition que la femme, durant sa grossesse, ait donné son consentement par écrit au prélèvement et à l'utilisation de ces cellules, après avoir reçu une information sur les finalités de cette utilisation. Ce consentement est révoquable sans forme et à tout moment tant que le prélèvement n'est pas intervenu. Par dérogation, le don peut être dédié à l'enfant né ou aux frères ou sœurs de cet enfant en cas de nécessité thérapeutique avérée et dûment justifiée lors du prélèvement* ».

¹³⁷¹ Conseil constitutionnel, Décision n° 2012-249 QPC, 16 mai 2012, Société Cryo Save France, Consid. 2.

¹³⁷² « *Commentaire de la décision n° 2012-249* », p. 7, Disponible sur : <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root>

/bank/download/2012249QPCccc_249qpc.pdf, Consulté le 2 septembre 2014.

¹³⁷³ Conseil constitutionnel, Décision n° 2012-249 QPC, 16 mai 2012, Société Cryo Save France, Consid. 7.

reconnu aux femmes qui accouchent des droits personnels sur ces cellules ni, a fortiori, qu'il existe une liberté constitutionnellement protégée garantissant le libre choix de l'usage de ces cellules »¹³⁷⁴.

Enfin, confirmant la jurisprudence traditionnelle lorsque sont en cause des choix de société dans le domaine bioéthique, la décision rappelle « *qu'il n'appartient pas au Conseil constitutionnel, qui ne dispose pas d'un pouvoir général d'appréciation et de décision de même nature que celui du Parlement, de substituer son appréciation à celle du législateur sur les conditions dans lesquelles de telles cellules peuvent être prélevées et les utilisations auxquelles elles sont destinées* »¹³⁷⁵.

On peut regretter que le Conseil constitutionnel ait refusé de considérer que la liberté personnelle était en jeu. En effet, « *comment ignorer que si la loi demande à une femme si on peut disposer du sang du cordon de son enfant, c'est au nom de sa liberté personnelle ? Pour le dire autrement, le texte soumis au Conseil constitutionnel a entendu donner à la liberté une garantie législative. Inversement, il a entendu refuser la branche « positive » de cette liberté : la conservation du greffon, son appropriation. Pour la personne, pouvoir choisir l'usage qui sera fait des produits issus de son propre corps, fait partie de la liberté personnelle* »¹³⁷⁶. Cette prise de position est d'autant plus regrettable que l'atteinte à la liberté personnelle aurait pu être justifiée du fait des incertitudes scientifiques, de l'intérêt de la santé publique ou encore du principe de solidarité¹³⁷⁷. Au vu de sa jurisprudence, le Tribunal fédéral suisse aurait probablement considéré qu'une telle loi portait atteinte à la liberté personnelle et examiné la question sous l'angle de l'article 36 Cst. féd.

196. Spécificité suisse – Au-delà de la Constitution, le consentement à l'acte médical fait l'objet d'un encadrement légal dans les deux pays. Il apparaît toutefois nécessaire de mentionner une spécificité liée à l'organisation fédérale suisse. La Confédération ne peut légiférer qu'en présence d'une habilitation constitutionnelle. Plusieurs articles de la Constitution lui attribuent donc compétence dans ce sens. Ces textes d'habilitation font partie intégrante de la Constitution et auraient pu, à ce titre, être mentionnés. Ils seront toutefois traités dans la partie consacrée aux fondements légaux du consentement à l'acte médical, dans la mesure où ils en constituent un préalable indispensable.

II. LA PROTECTION LÉGALE DU CONSENTEMENT À L'ACTE MÉDICAL

197. L'exigence du recueil du consentement à l'acte médical a été posée très tôt par la jurisprudence¹³⁷⁸. Elle a trouvé un relais légal plus ou moins précoce selon le pays concerné. Le consentement fait actuellement l'objet d'un droit du patient, protégé par de très nombreuses dispositions, situées tant dans le Code civil (A) que dans des textes spéciaux (B).

¹³⁷⁴ « Commentaire de la décision n° 2012-249 », p. 7, Disponible sur : http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank/download/2012249QPCccc_249qpc.pdf, Consulté le 2 septembre 2014.

¹³⁷⁵ Conseil constitutionnel, Décision n° 2012-249 QPC, 16 mai 2012, Société Cryo Save France, Consid. 7.

¹³⁷⁶ BIOY X., RIAL-SEBBAG E., « Les ressources biologiques devant le Conseil constitutionnel », *Constitutions*, 2012, n° 3, p. 476.

¹³⁷⁷ *Ibid.*

¹³⁷⁸ Tribunal Civil de Liège, 27 novembre 1889, *D. P.*, 1891, 2, 281 ; CA Liège, 30 juillet 1890, *D. P.*, 1891, 2, 281 qui fait référence à l'autorisation dont « l'homme de l'art » (...) « ne peut jamais se passer, sauf cas d'urgence » ; Cass. req., 28 janvier 1942 : *D. A.*, 1942, Jurisp. 63 qui retient qu'« en violant cette obligation, imposée par le respect de la personne humaine [le médecin] commet une atteinte grave aux droits du malade, un manquement à ses devoirs proprement médicaux, constitutif d'une faute personnelle ».

A. Les fondements de la protection du consentement dans les codes civils

198. Dans chacun des pays, le Code civil assure la protection du consentement à l'acte médical. Cette protection résulte de la « *clause générale* »¹³⁷⁹ de protection de la personnalité en droit suisse (1) et de la protection de l'intégrité physique en droit français (2).

1. La « clause générale » de protection de la personnalité en droit suisse

199. **Protection cantonale préexistante** – En droit suisse, la question du consentement à l'acte médical relève à la fois du droit cantonal et du droit fédéral. En effet, « *dans le domaine de la santé, les compétences restent partagées entre la confédération et les cantons* »¹³⁸⁰. Les cantons bénéficient d'une compétence de principe et ont édicté des lois relatives à la santé publique qui dans leur intégralité font référence au principe du consentement à l'acte médical¹³⁸¹.

200. **Article 28 CCS** – En vertu des articles 3 et 42 de la Constitution fédérale suisse, la Confédération bénéficie d'une compétence d'attribution. Elle peut se prévaloir d'une compétence dans le domaine de la santé soit par le truchement du droit civil (article 122), soit en se fondant sur des articles spécifiques. Il convient de signaler, au préalable, que le Code des obligations (qui constitue le livre cinquième du Code civil) est susceptible de s'appliquer à la relation médecin-patient¹³⁸². Le Code civil régissant par ailleurs la capacité des personnes physiques, il est amené à s'appliquer à la relation médicale. Sont essentiellement mobilisés les articles 27 et 28 du Code civil relatifs à la protection de la personnalité. Le droit suisse, contrairement au droit français, prévoit une « *clause générale* » de protection de la personnalité dont il ne définit pas le contenu. Il revient donc au juge d'interpréter cette notion. L'intérêt de cette démarche réside dans sa flexibilité, en ce sens qu'elle permet « *d'adapter le contenu de la protection de la personnalité à l'évolution des idées sur le plan social et, surtout, aux progrès de la science et de la technique* »¹³⁸³. C'est ainsi que la jurisprudence et la doctrine ont considéré que toute atteinte au corps humain constituait une atteinte illicite à la personnalité. Les droits de la personnalité apparaissent comme la concrétisation de la liberté personnelle dans les rapports de droit privé. Ils ont donc permis d'assurer la protection de la personnalité physique, psychique et sociale de l'individu, ce qui s'est avéré particulièrement utile pour permettre au droit de s'adapter aux progrès scientifiques.

La protection de la personnalité se déploie dans deux directions. D'une part, l'article 27 protège la personne contre elle-même¹³⁸⁴ en lui interdisant, par des engagements excessifs, d'aliéner sa liberté ou de

¹³⁷⁹ Le terme est emprunté à WERRO F., « La définition des biens de la personnalité », in GAUCH P., WERRO F., ZUFFEREY J.-B. (Dir.), *La protection de la personnalité : bilan et perspectives d'un nouveau droit : contributions en l'honneur de Pierre Tercier*, Fribourg, Éditions universitaires de Fribourg, 1993, p. 16. Le terme étant répété à plusieurs reprises, il sera mis entre guillemets sans systématiquement reprendre la référence de cet article.

¹³⁸⁰ MAHON P., *Droit constitutionnel : institutions, juridiction constitutionnelle et procédure*, Neuchâtel, Les abrégés, 2010, p. 87.

¹³⁸¹ Pour un exposé des législations cantonales, voir par exemple : SPRUMONT D., « Les droits des patients dans la législation cantonale romande », *Revue médicale suisse*, 11 octobre 2000, n° 683, Disponible sur : revue.medhyg.ch/article.php3?sid=20810, Consulté le 25 février 2011 ; CLÉMENT T., HÄNNI C., « La protection des droits des patients dans les législations cantonales », in SPRUMONT D. (Dir.), *La relation médecin patient : état des lieux*, Neuchâtel, Rapport IDS, n° 1, Chêne-Bourg, 2003, pp. 51-134.

¹³⁸² Pour des développements sur ce point, voir : GUILLOD O., *Le consentement éclairé du patient, autodétermination ou paternalisme*, Neuchâtel, Ides et Calendes, 1986, p. 38.

¹³⁸³ BUCHER A., *Personnes physiques et protection de la personnalité*, Bâle, Helbing & Lichtenhahn, 2009, p. 96.

¹³⁸⁴ THÉVENAZ A., *La protection contre soi-même : étude de l'article 27 alinéa 2 CC*, Berne, Stämpfli, 1997, 318 p.

s'en interdire l'usage dans une mesure contraire aux lois ou aux mœurs. Il en résulte notamment la non-validité d'un consentement donné sous forme de blanc-seing, ou de l'engagement de se soumettre définitivement aux décisions d'une tierce personne¹³⁸⁵. D'autre part, l'article 28 contribue, au contraire, à protéger la personne contre les atteintes émanant de tiers. Il dispose qu'« *une atteinte est illicite, à moins qu'elle ne soit justifiée par le consentement de la victime, par un intérêt prépondérant privé ou public, ou par la loi* ». Le principe *volenti non fit injuria* trouve à s'appliquer : le consentement du patient permet de lever l'illicéité de l'acte médical. Comme l'indique O. GUILLOD, il existe plusieurs conceptions des droits de la personnalité. La construction traditionnelle repose sur une vision passive, le consentement ayant pour simple effet de lever l'illégalité de l'acte. Il constitue une permission de porter atteinte à l'intégrité corporelle et exonère le médecin de sa responsabilité. Il oppose à cette vision la conception volitive des droits de la personnalité, aux termes de laquelle le principe d'intangibilité du corps humain constitue le principal garant de la liberté de décision sur son propre corps¹³⁸⁶.

2. La protection de l'intégrité corporelle en droit français

201. Article 16-3 CC – En droit français, depuis la loi relative au respect du corps humain¹³⁸⁷ modifiée en 2004¹³⁸⁸, l'article 16-3 dispose qu'« *il ne peut être porté atteinte à l'intégrité du corps humain qu'en cas de nécessité médicale pour la personne ou à titre exceptionnel dans l'intérêt thérapeutique d'autrui. 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* ». Il est régulièrement souligné que le consentement à l'acte médical n'est pas le consentement « *du droit civil des obligations, [mais] une garantie procédurale qui oblige le médecin à respecter un droit fondamental de la personne, celui que traduit l'adage noli me tangere* »¹³⁸⁹. Cette différence s'exprime par une distinction terminologique entre consentement et assentiment¹³⁹⁰. Il en résulte que le consentement est nécessaire mais insuffisant pour justifier un acte médical. Il faut en outre que l'acte en question poursuive un but médical et non plus un but thérapeutique comme c'était le cas jusqu'en 2004. Cette consécration textuelle du consentement à l'acte médical dans le Code civil ne constitue cependant en rien une nouveauté, dans la mesure où le consentement éclairé était depuis longtemps exigé par la jurisprudence¹³⁹¹. Toutefois, l'approche jurisprudentielle se rapprochait davantage de la vision passive évoquée par O. GUILLOD. L'exigence du consentement à l'acte médical résulte donc, dans les deux pays, de dispositions du Code civil. Mais au-delà du Code civil, le consentement est encadré par des lois spéciales.

¹³⁸⁵ MANAÏ D., *Droits du patient et biomédecine*, Berne, Stämpfli, 2013, p. 67.

¹³⁸⁶ GUILLOD O., *Le consentement éclairé du patient, autodétermination ou paternalisme*, Neuchâtel, Ides et Calendes, 1986, p. 41.

¹³⁸⁷ Loi n° 94-653 du 29 juillet 1994 relative au respect du corps humain, *JORF*, 30 juillet 1994, p. 11056.

¹³⁸⁸ Loi n° 2004-800 du 6 août 2004 relative à la bioéthique, *JORF*, 7 Août 2004, p. 14040.

¹³⁸⁹ LAUDE A., MATHIEU B., TABUTEAU D., *Droit de la santé*, Paris, Thémis, PUF, 2012, p. 582.

¹³⁹⁰ NERSON R., « Le respect par le médecin de la volonté du malade », in *Mélanges dédiés à Gabriel Marty*, Toulouse, Université des sciences sociales de Toulouse, 1978, p. 871.

¹³⁹¹ MÉMETEAU G., « À l'abordage ! (de l'article 16-3 du Code civil) », *LPA*, 14 décembre 1994, n° 149, pp. 42-43.

B. Les fondements de la protection du consentement dans les lois spéciales

202. Les enjeux spécifiques du droit de la santé ont justifié la multiplication des lois spéciales tant en droit suisse (1) qu'en droit français (2). Ces lois spéciales fondent également le caractère central du consentement libre et éclairé.

1. Dans les lois cantonales et fédérales en Suisse

203. L'habilitation constitutionnelle de la Confédération¹³⁹² – En sus de sa compétence en matière civile, la Confédération helvétique peut agir sur le fondement de l'un des articles de la section 8, du chapitre 2, du titre 3 de la Constitution qui détermine ses compétences relativement au logement, au travail, à la sécurité sociale et à la santé. C'est ainsi que plusieurs articles, visant à donner compétence à la Confédération pour édicter du droit de la santé, ont été adoptés. C'est le cas, par exemple, de ce qui relève de la prévoyance et de l'assurance contre divers risques¹³⁹³, mais aussi de l'aide aux personnes¹³⁹⁴, de la protection de la santé dans certains domaines spécifiques¹³⁹⁵ ainsi que de certains aspects de la médecine et de la biomédecine¹³⁹⁶. Les pouvoirs attribués à la Confédération sont essentiellement justifiés par la nécessité d'assurer une réglementation homogène et exhaustive sur l'intégralité du territoire suisse¹³⁹⁷, ainsi que par la complexité des questions à traiter. Si l'existence d'articles constitutionnels consacrés au domaine de la santé se justifie essentiellement par des raisons institutionnelles liées à l'exigence d'une habilitation, il est cependant possible de relever le caractère particulièrement prolixe de la Constitution fédérale suisse en termes d'encadrement de la biomédecine. En effet, divers articles constitutionnels apportent des directives très précises au législateur en ce qui concerne la protection des intérêts en présence. C'est ainsi que le consentement de la personne se voit accorder une protection constitutionnelle explicite dans le cadre de la

¹³⁹² SPRUMONT D., « Les droits des patients dans la législation cantonale romande », *Revue médicale suisse*, 11 octobre 2000, n° 683, Disponible sur : revue.medhyg.ch/article.php?sid=20810, Consulté le 25 février 2011 ; CLÉMENT T., HÄNNI C., « La protection des droits des patients dans les législations cantonales », in SPRUMONT D. (Dir.), *La relation médecin patient : état des lieux*, Neuchâtel, Rapport IDS, n° 1, Chêne-Bourg, 2003, pp. 51-134.

¹³⁹³ Art. 111 : prévoyance vieillesse, survivants et invalidité ; Art. 112 : assurance vieillesse, survivants et invalidité ; Art. 112 a : prestations complémentaires ; Art. 116 : allocations familiales et assurance maternité ; Art. 117 : assurance maladie et assurance accidents.

¹³⁹⁴ Art. 112 b : encouragement de l'intégration des invalides ; Art. 112 c : aide aux personnes âgées et aux personnes handicapées ; Art. 115 : assistance aux personnes dans le besoin.

¹³⁹⁵ Art. 118 : protection de la santé. La Confédération « légifère sur l'utilisation des denrées alimentaires ainsi que des agents thérapeutiques, des stupéfiants, des organismes, des produits chimiques ou des objets qui peuvent présenter un danger pour la santé ; la lutte contre les maladies transmissibles, les maladies très répandues et les maladies particulièrement dangereuses de l'être humain et des animaux ; la protection contre les rayons ionisants ».

¹³⁹⁶ Art. 118 a : médecines complémentaires ; Art. 118 b : recherche sur l'être humain ; Art. 119 : procréation médicalement assistée et génie génétique dans le domaine humain ; Art. 119 a : médecine de la transplantation ; Art. 120 : génie génétique dans le domaine non humain.

¹³⁹⁷ Il a par exemple été mentionné, en ce qui concerne la recherche sur l'être humain : « La législation relative à la recherche sur l'être humain en Suisse est actuellement lacunaire et hétérogène et manque de systématique. Les dispositions qui existent au niveau fédéral ou cantonal portent uniquement sur certains volets de la recherche sur l'être humain, principalement les essais cliniques ; de plus, elles apportent, en partie, des solutions différentes à des questions analogues. La Confédération souhaite remplacer cette situation juridique insatisfaisante par une solution fédérale uniforme, étendue et exhaustive » : message relatif à l'article constitutionnel concernant la recherche sur l'être humain, 12 septembre 2007, FF 2007 6346. S'agissant de la transplantation il a été souligné que : « par les motions Onken et Huber, le Conseil fédéral a été chargé de soumettre au Parlement un projet de réglementation univoque de l'utilisation de transplants en Suisse. De même, la Conférence des directeurs cantonaux de la santé publique a adressé au Conseil fédéral, le 9 décembre 1994, une lettre dans laquelle elle plaide pour une réglementation de la médecine de transplantation au niveau fédéral. Jusqu'alors, cependant, la Confédération ne disposait que de compétences constitutionnelles partielles de légiférer en matière de médecine de transplantation. Pour lui permettre d'élaborer une réglementation exhaustive, il a donc fallu créer une base constitutionnelle expresse » : message concernant la loi fédérale sur la transplantation d'organes, de tissus et de cellules, 12 septembre 2001, FF 2002 60.

recherche et de l'analyse génétique¹³⁹⁸. Ce choix a parfois été critiqué¹³⁹⁹. En France, il a souvent été souligné comme étant une particularité suisse. Il a parfois été encensé, notamment par les fervents défenseurs du rôle constitutionnel en droit de la biomédecine. Ces derniers soulignent que les choix suisses montrent que des normes en matière de biomédecine peuvent trouver leur place au sein de la Constitution, et même servir de moteur à la protection des droits fondamentaux en permettant d'assurer l'intangibilité de certains principes. Ils permettent, en outre, d'intégrer la participation citoyenne¹⁴⁰⁰ au processus normatif¹⁴⁰¹. Ces avantages ne sont pas à négliger car ces directives protectrices de la personnalité permettent, d'une part, d'encadrer le législateur et d'autre part, d'éclairer l'interprétation des valeurs et des droits fondamentaux auxquels la Suisse est attachée. Cependant, il convient d'y apporter diverses nuances. D'abord, les articles se réfèrent à des principes et valeurs antagonistes, ce qui limite l'utilité des directives posées¹⁴⁰². Ensuite, le législateur se voit accorder une certaine marge de manœuvre, notamment pour déroger à l'exigence du consentement. Enfin, la garantie procédurale des droits fondamentaux présente un certain nombre de faiblesses¹⁴⁰³. Leur protection matérielle semble tout de même relativement large et permet de couvrir les droits des personnes face à la biomédecine.

204. Le consentement dans les lois fédérales particulières – Si les divers articles constitutionnels susmentionnés assurent, dans une certaine mesure, la protection du consentement à l'acte médical, ce sont essentiellement les lois fédérales prises en application de ces articles qui règlent cette question. Le législateur fédéral est intervenu à plusieurs reprises¹⁴⁰⁴, essentiellement afin d'encadrer l'activité biomédicale. L'étude des dispositions légales¹⁴⁰⁵ montre que le consentement à l'acte médical tient une place centrale au sein du droit fédéral de la santé et permet d'établir une classification des modalités d'expression du consentement.

En premier lieu, certains actes médicaux requièrent le consentement exprès du patient. Tantôt, le consentement doit être donné en la forme écrite. Tel est le cas des analyses génétiques, exception faite des

¹³⁹⁸ Art. 118 b al. 2 let. a : « Un projet de recherche ne peut être réalisé que si la personne y participant ou la personne désignée par la loi a donné son consentement. La loi peut prévoir des exceptions ; un refus est contraignant dans tous les cas » ; Art. 119 al. 2 let. f. « Le patrimoine génétique d'une personne ne peut être analysé, enregistré et communiqué qu'avec le consentement de celle-ci ou en vertu d'une loi ». Il est à noter que ces articles laissent cependant une large marge d'action au législateur.

¹³⁹⁹ Voir, par exemple en ce qui concerne l'article 119, la critique émise par M. MANDOFIA-BERNEY qui regrette à la fois le manque de clarté sur certains points (l'accès aux données relatives à son ascendance) et la trop grande précision de l'article constitutionnel (par exemple pour la maternité d'emprunt) sur d'autres : MANDOFIA-BERNEY M., *Vérités de la filiation et procréation assistée. Étude des droits suisse et français*, Bâle et Francfort-sur-le-Main, Collection Genevoise, Helbing & Lichtenhahn, 1993, pp. 145-147 : « Le législateur et le juriste ne doivent intervenir qu'à minima pour éviter les dérapages et doivent résister à la tentation d'introduire dans l'ordre juridique des règles éthiques ou morales qui ne seraient pas strictement exigées par les nécessités d'une organisation harmonieuse de la société. Il en est particulièrement ainsi dans le domaine biomédical ».

¹⁴⁰⁰ VIGER V., *L'embryon citoyen : formation et participation*, Bordeaux, Les cahiers du droit de la santé du sud-est, LEH, 2010, 203 p.

¹⁴⁰¹ Voir annexe 3 : le processus législatif en droit fédéral suisse.

¹⁴⁰² La formulation retenue par l'article 118 b permet de souligner cette difficulté : « La Confédération légifère sur la recherche sur l'être humain, dans la mesure où la protection de la dignité humaine et de la personnalité l'exige. Ce faisant, elle veille à la liberté de la recherche et tient compte de l'importance de la recherche pour la santé et la société ».

¹⁴⁰³ BÉGUIN J.-C., « La situation paradoxale des droits fondamentaux dans la nouvelle Constitution suisse (issue de la révision totale ouverte en 1996) », in *Les droits individuels et le juge en Europe*, Strasbourg, Presses universitaires de Strasbourg, 2001, p. 45.

¹⁴⁰⁴ Loi fédérale sur la protection des données du 19 juin 1992, Entrée en vigueur au 1^{er} juillet 1993, RS 235.1, RO 1993 1945 ; Loi fédérale sur la procréation médicalement assistée du 18 décembre 1998, Entrée en vigueur au 1^{er} janvier 2001, RS 810.11, RO 2000 3055 ; Loi fédérale sur les médicaments et les dispositifs médicaux du 15 décembre 2001, Entrée en vigueur au 1^{er} janvier 2002, RS 812.21, RO 2001 2790 ; Loi fédérale relative à la recherche sur les cellules souches embryonnaires du 19 décembre 2003, Entrée en vigueur au 1^{er} mars 2005, RS 810.31, RO 2005 947 ; Loi fédérale sur la transplantation d'organes, de tissus et de cellules du 8 octobre 2004, Entrée en vigueur au 1^{er} juillet 2007, RS 810.21, RO 2007 1935 ; Loi fédérale sur l'analyse génétique humaine du 8 octobre 2004, Entrée en vigueur au 1^{er} avril 2007, RS 810.12, RO 2007 635 ; Loi fédérale relative à la recherche sur l'être humain du 30 septembre 2011, Entrée en vigueur au 1^{er} janvier 2014, RS 810.30, RO 2013 3215.

¹⁴⁰⁵ Voir annexe 6 : l'expression du consentement à l'acte médical en France et en Suisse.

dépistages¹⁴⁰⁶, des dons d'organes par une personne vivante¹⁴⁰⁷, des dons de tissus ou de cellules issus de l'embryon ou du fœtus à des fins de transplantation¹⁴⁰⁸, ainsi que de la recherche sur l'être humain¹⁴⁰⁹ ou l'embryon issu d'une IVG¹⁴¹⁰, sous réserve des exceptions prévues par le Conseil fédéral¹⁴¹¹. La situation est identique pour la réutilisation de matériel biologique ou de données génétiques à des fins de recherche, lorsque les données sont utilisées sous la forme codée¹⁴¹² ou non codée¹⁴¹³, ainsi que lors de la réutilisation de données personnelles non génétiques liées à la santé non codées¹⁴¹⁴. Tantôt, aucune forme particulière d'expression du consentement n'est exigée. C'est le cas pour les actes médicaux à caractère thérapeutique¹⁴¹⁵, la réutilisation à des fins de transplantation de tissus prélevés lors d'une opération¹⁴¹⁶ ou encore le don d'organe *post mortem*¹⁴¹⁷. Dans cette dernière hypothèse, il convient de noter qu'on applique le modèle du consentement au sens large, lequel permet aux proches de décider de manière subsidiaire en l'absence d'une connaissance de la volonté du défunt. Ce consentement au sens large trouve également à s'appliquer en cas de recherche sur le corps d'une personne décédée¹⁴¹⁸.

En second lieu, certains actes requièrent uniquement l'absence d'opposition du patient. Tel est notamment le cas de la réutilisation du matériel biologique ou des données génétiques anonymisées¹⁴¹⁹, ou encore de la réutilisation des données personnelles non génétiques liées à la santé en la forme codée¹⁴²⁰.

En dernier lieu, il arrive que le consentement ne soit pas exigé. Les analyses génétiques à des fins d'identification, d'établissement de la filiation ou en matière pénale peuvent être ordonnées, nonobstant l'opposition de la personne¹⁴²¹. La réutilisation de matériel biologique ou de données personnelles liées à la santé est aussi possible en dehors de tout recours au consentement, sous certaines conditions¹⁴²². La recherche sur une quantité minimale de substance anonymisée, prélevée dans le cadre d'une autopsie ou d'une transplantation, peut enfin être réalisée sans que le consentement de la personne ne soit requis. Toutefois, aucun document ne doit attester du refus de la personne¹⁴²³.

¹⁴⁰⁶ Art. 5 LAGH.

¹⁴⁰⁷ Art. 12 LTrans.

¹⁴⁰⁸ Art. 39 LTrans.

¹⁴⁰⁹ Art. 7 et 16 LRH.

¹⁴¹⁰ Art. 39 LRH.

¹⁴¹¹ Ces exceptions sont prévues aux articles 18, 30 et 31 LRH. L'article 18 dispose que le consentement peut être donné après information partielle si trois conditions sont réunies : des raisons méthodologiques l'imposent, les risques et contraintes sont minimaux, la personne est informée *a posteriori* de manière suffisante et peut consentir ou refuser de donner son consentement. L'article 30 indique qu'en cas de recherche en situation d'urgence, la volonté présumée de la personne doit être respectée. L'article 31 envisage quant à lui le consentement par substitution, notamment en cas d'urgence ou lorsque la personne est incapable de discernement. Dans ce cas la personne doit pouvoir donner ou de refuser son consentement dès lors qu'elle est à nouveau en mesure de le faire.

¹⁴¹² Art. 32 LRH. Dans ce cas un consentement général à l'utilisation est possible.

¹⁴¹³ Art. 32 LRH. Dans ce cas, il n'est pas possible de donner un consentement général valable pour toute utilisation.

¹⁴¹⁴ Art. 33 LRH.

¹⁴¹⁵ Art. 27 et 28 CCS.

¹⁴¹⁶ Art. 5 LTrans.

¹⁴¹⁷ Art. 8 LTrans.

¹⁴¹⁸ Art. 36 LRH.

¹⁴¹⁹ Art. 32 LRH.

¹⁴²⁰ Art. 33 LRH.

¹⁴²¹ Art. 5 LAGH.

¹⁴²² L'article 34 LRH pose trois conditions cumulatives : 1/l'obtention du consentement ou de l'information sur le droit d'opposition n'est pas possible, pose des difficultés disproportionnées ou ne peut être raisonnablement exigé de la personne concernée. 2/aucun document n'atteste le refus de la personne concernée. 3/l'intérêt de la science prime celui de la personne concernée à décider de la réutilisation de son matériel biologique ou de ses données.

¹⁴²³ Art. 38 LRH.

2. Dans le Code de la santé publique en France

205. Droit commun de la santé – Le droit français a également adopté des lois spéciales qui, pour l'essentiel, figurent au sein du Code de la santé publique. La loi du 4 mars 2002¹⁴²⁴ a intégré au sein de ce code¹⁴²⁵, un titre premier dédié aux droits des personnes malades et des usagers du système de santé. Le principe du consentement figure au titre des principes généraux¹⁴²⁶. Il s'affiche donc comme l'un des grands principes du droit de la santé français.

206. Droit applicable à chaque acte médical particulier – Ce principe est ensuite décliné pour chaque type d'acte médical. Comme en Suisse, il est possible de distinguer diverses modalités d'expression du consentement. En premier lieu, certains actes requièrent le consentement exprès du patient. Ce consentement exprès peut revêtir des formes variées. D'abord, il peut être donné sans forme particulière lors d'un acte thérapeutique, pour un don de gamètes¹⁴²⁷ ou encore pour le don de corps à la science¹⁴²⁸. Ensuite, le consentement doit parfois être donné par écrit. On peut se référer en ce sens à la réglementation relative aux analyses génétiques à finalité médicale ou de recherche¹⁴²⁹, à la conservation et au don d'embryon surnuméraire¹⁴³⁰ ou encore à l'accès à la PMA homologuée¹⁴³¹. Enfin, le droit français prévoit parfois une réelle procédure d'encadrement du consentement de l'individu. Pour les dons d'organes par une personne vivante¹⁴³², le consentement de la personne doit être donné devant le président du TGI ou devant le magistrat désigné par ce dernier. En second lieu, certains actes requièrent uniquement l'absence d'opposition du patient. Ce régime s'applique à la réutilisation de tissus prélevés lors d'une opération¹⁴³³, que ce soit à des fins de transplantation ou de recherche. Le don d'organes *post mortem*¹⁴³⁴ obéit également à ce régime, étant précisé que l'opposition au prélèvement peut être exprimée par tout moyen. À défaut d'inscription sur le registre des refus, les proches du défunt peuvent relayer sa volonté.

Par ailleurs, il convient de mentionner qu'il arrive que la relation thérapeutique ne soit pas purement bilatérale. Dans certains cas, la loi requiert en effet le consentement du couple, notamment dans le domaine de la procréation. En droit suisse, la recherche sur un embryon ou un fœtus issu d'un avortement spontané ou sur un enfant mort-né n'est possible qu'avec le consentement écrit du couple. Cette solution qui s'inscrit en opposition avec celle retenue pour la recherche sur un embryon issu d'une IVG¹⁴³⁵ s'explique par le fait qu'« *il serait choquant (...) que l'homme concerné soit exclu de la décision* »¹⁴³⁶. Le même régime s'applique pour le don de tissus ou de cellules embryonnaires à des fins de

¹⁴²⁴ Loi n° 2002-303 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé du 4 mars 2002, *JORF*, 5 mars 2002, p. 4118.

¹⁴²⁵ Partie 1, livre 1^{er}.

¹⁴²⁶ Relatifs à l'information des usagers du système de santé et à l'expression de leur volonté.

¹⁴²⁷ Article L 1244-2 CSP.

¹⁴²⁸ Le consentement peut être donné par la personne de son vivant ou relayé par le témoignage de la famille.

¹⁴²⁹ Art. 16-10 et 16-11 CC et L 1131-1 CSP.

¹⁴³⁰ Art. L 2141-3 et L 2141-4 CSP.

¹⁴³¹ Art. L 2141-2 CSP.

¹⁴³² Art. L 1231-1 CSP.

¹⁴³³ Art. L 1211-2 CSP.

¹⁴³⁴ Art. L 1232-1 CSP.

¹⁴³⁵ Art. 39 LRH qui se contente d'exiger le consentement de la femme, par analogie avec la solution prévalant en matière d'IVG.

¹⁴³⁶ Message sur la loi fédérale relative à la recherche sur l'être humain, 21 octobre 2009, FF 2009 7345.

transplantation¹⁴³⁷. Le consentement écrit du couple est également exigé pour l'accès à la procréation médicalement assistée¹⁴³⁸. En droit français, le consentement du couple est nécessaire pour l'accès à la PMA¹⁴³⁹, pour le don de gamètes lorsque le donneur vit en couple¹⁴⁴⁰ et pour la conservation et le don des embryons¹⁴⁴¹.

207. Conclusion de la section 1 : le consentement du patient, un principe commun aux deux pays – Il résulte de cette rapide description que le consentement à l'acte médical apparaît comme un principe essentiel du droit de la santé. En droit français, il est érigé en principe général. Au contraire, le droit fédéral suisse ne fournit aucune liste des principes généraux¹⁴⁴². La nécessité de créer une base constitutionnelle permettant à la Confédération de légiférer explique sans doute que la législation ait été adoptée au coup par coup en fonction des problématiques qui se posaient. L'ensemble apparaît donc *a priori* moins systémique. Cependant, malgré cette approche morcelée, il est possible de faire émerger certaines constantes dont fait partie le consentement éclairé. Ce dernier est, par principe, exigé par l'intégralité des lois fédérales et cantonales suisses. Il est donc possible d'affirmer que le consentement est, dans sa proclamation, l'un des piliers du droit de la santé. En revanche, la rapide mise en perspective des positions française et suisse semble indiquer des divergences quant à la portée du consentement de l'individu et à sa capacité à disposer de son corps. D'une manière générale, la législation fédérale suisse est plus favorable à l'autonomie personnelle du donneur : le donneur de gamètes décide sans que l'accord de son conjoint soit nécessaire, le don d'organe *post mortem* est régi par le système dit de l'« *opt-in* » et les dons peuvent être dirigés. En outre, il n'est pas fait appel au juge ou à une commission spéciale pour contrôler le consentement de l'individu. Cependant, cette solution s'explique davantage par le risque de « *gonflement inutile de l'appareil de l'État qui ne ferait que compliquer la procédure applicable aux dons d'organes par des personnes vivantes* »¹⁴⁴³ que par la promotion de la liberté personnelle. Cette partie visant avant tout à souligner le caractère fondamental du consentement éclairé en droit de la santé, cette intuition nécessitera une étude plus approfondie afin d'être infirmée ou non. Il apparaît désormais nécessaire de déterminer comment le consentement s'articule avec les prérogatives familiales de protection.

¹⁴³⁷ Art. 39 et 40 LTrans.

¹⁴³⁸ Art. 7 LPMA.

¹⁴³⁹ Art. L 2141-2 CSP.

¹⁴⁴⁰ Art. L 1244-2 CSP.

¹⁴⁴¹ Art. L 2141-3 et L 2141-4 CSP.

¹⁴⁴² Dans sa thèse O. GUILLOD mentionne la motion du Conseiller national BRAUNSCHWEIG concernant les droits des patients auquel il n'a pas été donné suite : GUILLOD O., *Le consentement éclairé du patient, autodétermination ou paternalisme*, Neuchâtel, Ides et Calendes, 1986, p. 37.

¹⁴⁴³ Message concernant la loi fédérale sur la transplantation d'organes, de tissus et de cellules, 12 septembre 2001, FF 2002 144.

SECTION 2 : LE DROIT SUISSE, RÉVÉLATEUR DU CARACTÈRE DÉROGATOIRE DU DROIT DE LA SANTÉ FRANÇAIS

208. Existence de deux problématiques communes – Du fait de l'importance accordée au consentement libre et éclairé du patient, la question de l'articulation entre le consentement et les prérogatives familiales de protection se pose avec une particulière acuité pour les personnes protégées. Les deux pays ont été confrontés à cette difficulté, tant en ce qui concerne les mineurs que les majeurs protégés¹⁴⁴⁴.

209. Conciliation entre autonomie du mineur et autorité parentale – L'encadrement juridique des relations entre le mineur et sa famille (et notamment ses parents) constitue l'un des objets d'étude du droit de la famille. En France, ce droit constitue une branche du droit civil à part entière, même s'il ne fait pas l'objet d'un livre séparé du Code civil. Cette autonomie conceptuelle existe également en Suisse où le livre 2 du Code civil lui est consacré. Le droit de la famille détermine l'équilibre existant entre les droits et obligations des parents et ceux de l'enfant. En France¹⁴⁴⁵ et en Suisse¹⁴⁴⁶, le mineur est soumis à l'autorité parentale¹⁴⁴⁷. Bien que les deux pays se réfèrent à cette notion, il n'est pas possible de conclure à une similitude des concepts avant d'avoir précisé ce que recouvre ce terme dans chacun des deux pays. La recherche d'une définition de l'autorité parentale s'avère indispensable, afin de déterminer si cette notion comprend la possibilité de consentir à un acte médical relatif à un enfant mineur.

En droit français, l'autorité parentale est envisagée par l'article 371-1 comme « *un ensemble de droits et de devoirs ayant pour finalité l'intérêt de l'enfant. Elle appartient aux parents jusqu'à la majorité de l'enfant pour le protéger dans sa sécurité, sa santé et sa moralité, pour assurer son éducation et permettre son développement, dans le respect dû à sa personne* ». Il ressort de cet article que la protection de la santé du mineur relève par principe de l'autorité parentale.

En droit suisse, l'autorité parentale ne fait pas l'objet d'une définition légale. Cependant le Code civil, en déterminant son contenu, permet d'en cerner les contours. Cette dernière apparaît comme un faisceau de « *droits et de devoirs* »¹⁴⁴⁸, de « *responsabilités et de pouvoirs* » envers l'enfant¹⁴⁴⁹ qui portent notamment sur son éducation¹⁴⁵⁰, sa représentation¹⁴⁵¹, l'administration de ses biens¹⁴⁵², ainsi que sur la

¹⁴⁴⁴ Voir les annexes 11 (les actes médicaux sur le mineur en droit français et en droit suisse) et 14 (le consentement du majeur protégé dans les textes spéciaux de droit de la santé).

¹⁴⁴⁵ Art. 388 CC : « *Le mineur est l'individu de l'un ou l'autre sexe qui n'a point encore l'âge de dix-huit ans accompli* » ; Article 371-1 CC : « *Elle appartient aux père et mère jusqu'à la majorité (...) de l'enfant* ».

¹⁴⁴⁶ Art. 14 CCS : « *La majorité est fixée à 18 ans révolus* » ; Art. 296 CCS : « *L'enfant est soumis, pendant sa minorité à l'autorité parentale* ».

¹⁴⁴⁷ Il faut noter que le texte allemand a « *abandonné l'expression elterliche Gewalt, qui a une connotation de potestat, au profit de celle centrée sur l'enfant elterliche Sorge, qui fait ressortir le faisceau de compétence des parents dans l'exercice de leurs devoirs envers l'enfant* » : MANAI D., « Prendre les droits de l'enfant au sérieux : le nouveau droit du divorce », in PFISTER-LIECHTI R., *De l'ancien au nouveau droit du divorce*, Berne, Stämpfli, 1999, p. 102.

¹⁴⁴⁸ GUILLOD O., *Droit des familles*, Bâle, Les abrégés, Unine, Helbing & Lichtenhahn, 2014, p. 259.

¹⁴⁴⁹ MEIER P., STETTLER M., *Droit de la filiation*, Zurich, Schulthess, 2014, p. 297.

¹⁴⁵⁰ Art. 301 à 303 CCS.

¹⁴⁵¹ Art. 304 à 306 CCS.

¹⁴⁵² Art. 318 CCS.

détermination de son lieu de résidence¹⁴⁵³. Trois articles intéressent plus particulièrement la santé du mineur. D'abord, l'article 301 investit les parents d'un pouvoir de direction en vertu duquel ils « *déterminent les soins à donner à l'enfant, dirigent son éducation en vue de son bien et prennent les décisions nécessaires* ». Ensuite, l'article 302 relatif au devoir d'éducation prévoit que « *les père et mère sont tenus d'élever l'enfant selon leurs facultés et leurs moyens et [qu'ils] ont le devoir de favoriser et de protéger son développement corporel, intellectuel et moral* ». L'éducation est entendue dans son sens large¹⁴⁵⁴, la notion de développement corporel englobant notamment les soins médicaux. Enfin, l'article 304 dispose que « *les père et mère sont (...) les représentants légaux de leurs enfants à l'égard des tiers* ». Ce pouvoir de représentation est susceptible de s'appliquer à tous les actes de la vie civile.

Malgré l'absence de définition, l'autorité parentale constitue dans les deux pays un « droit-fonction »¹⁴⁵⁵ en ce qu'elle confère aux parents « *le pouvoir et le devoir de faire, d'exiger quelque chose dans l'intérêt* » du mineur¹⁴⁵⁶. Elle implique notamment que les parents aient le pouvoir de prendre des décisions relativement à la santé du mineur et le devoir d'assurer la protection de sa santé. Un tel principe apparaît *a priori* en contradiction avec l'exigence du consentement telle que nous l'avons étudiée précédemment. Cependant, si le principe existe en France comme en Suisse, la portée de principe de l'autorité parentale diffère d'un pays à l'autre.

L'autorité parentale a pour objectif premier de pallier l'incapacité d'exercice du mineur. Cette dernière, « *loin de constituer une quelconque sanction à l'égard des enfants, ne peut être perçue que comme une mesure de protection de leurs droits et intérêts. Elle ne fait que traduire la conception selon laquelle l'homme, par essence libre, ne le sera véritablement qu'après avoir accompli un processus d'éducation le préparant à être citoyen et à accéder à l'autonomie et à la responsabilité* »¹⁴⁵⁷. Partant de ce constat, il est nécessaire de ménager un juste équilibre entre l'autonomie du mineur et le rôle protecteur de l'autorité parentale. Il convient alors de s'interroger, de manière générale, sur la portée de l'autorité parentale en droit français et en droit suisse. Par son importance, le consentement à l'acte médical peut s'inscrire en contrariété avec l'autorité parentale qui constitue également un principe essentiel dans les deux pays. La potentielle opposition entre l'autorité parentale et l'autonomie du mineur a conduit les deux pays à procéder à une conciliation. L'étude des fondements théoriques de la conciliation, qui sera réalisée par le biais de l'examen de la *ratio legis* des principales dispositions applicables, nous permettra de conclure à l'existence de prémisses différentes.

210. Conciliation entre autonomie du majeur et prérogatives familiales de protection – Au-delà de la question des mineurs, les deux droits ont dû résoudre celle de l'articulation entre autonomie et protection en ce qui concerne les majeurs. Ici aussi, les approches du droit français et du droit suisse

¹⁴⁵³ Art. 301 a CCS, issu de la révision du droit de l'autorité parentale : Code civil Suisse (autorité parentale), Modification du 21 juin 2013, RO 2014 357.

¹⁴⁵⁴ PICHONNAZ P., FOËX B., *Code civil I, Commentaire Romand*, Bâle, Helbing & Lichtenhahn, 2010, p. 1845.

¹⁴⁵⁵ ROCHFELD J., « Loi n° 2002-305 du 4 mars 2002 relative à l'autorité parentale », *RTD civ.*, 2002, n° 2, p. 381 ; CARBONNIER J., *Droit et passion du droit sous la V^e République*, Paris, Champs. Essais, 1996, p. 236. En Suisse on trouve tantôt l'expression de « droit-fonction » (GUILLIOD O., *Droit des familles*, Bâle, Les abrégés, Unine, Helbing & Lichtenhahn, 2014, n° 636, p. 259), tantôt l'expression de « droit-devoir » (ATF 136 III 353, 356, Consid. 3.1 : « Pflichtrecht »).

¹⁴⁵⁶ CORNU G., *Vocabulaire juridique*, Paris, Dicos poche, Quadrige, PUF, 2007, p. 335.

¹⁴⁵⁷ COLETTE-BASECQZ N., DEMARS S., VERHAEGEN M.-N., « L'enfant mineur d'âge dans le contexte de l'activité médicale », *Revue de droit de la santé*, 1997-1998, p. 166.

différent. Dans les deux pays, le majeur peut se voir privé de la possibilité d'exercer lui-même ses droits, de manière plus ou moins importante en fonction du degré de la mesure de protection prononcée. L'acte médical concerne toutefois directement la personne et, comme d'autres actes personnels, il s'accorde mal avec l'idée d'une représentation. Du fait de la faiblesse du texte même du Code civil en ce qui concerne la protection de la personne, un droit spécial, pour partie dérogatoire au droit civil, s'est instauré en droit français alors qu'en droit suisse, l'existence de la « *clause générale* » de protection de la personnalité a servi de guide aux diverses lois sanitaires qui ont repris les principes posés par le droit fédéral. Il en résulte un droit spécial inspiré du droit civil en Suisse.

211. Des rapports différents entre droit de la santé et droit civil dans chacun des pays – *A priori*, les deux droits n'ont donc pas suivi des mouvements similaires sous l'influence du droit de la santé. S'il est possible d'identifier l'émergence d'un droit spécial inspiré du droit civil en Suisse (I), la comparaison, en tant qu'outil de connaissance du droit, permet de révéler la construction historique d'un droit spécial parallèle au droit civil en France (II). Alors que le droit de la santé suisse s'inscrit en cohérence avec le droit civil, le droit français est marqué par les contradictions entre droit de la santé et droit civil. Cette construction divergente peut s'expliquer par une conception différente de la capacité en droit français et en droit suisse.

I. LA CONSTRUCTION D'UN DROIT DE LA SANTÉ SPÉCIAL INSPIRÉ DU DROIT CIVIL EN SUISSE : LA CONSOLIDATION DES PRÉROGATIVES FAMILIALES DE PROTECTION

212. Il existe depuis de nombreuses années une théorie générale de la protection de la personnalité dans le Code civil suisse qui assure une place importante à l'autonomie dans le domaine personnel. De ce fait, le droit civil s'est montré particulièrement apte à réguler les difficultés liées à l'importance croissante accordée à l'autonomie du patient, y compris protégé juridiquement. En effet, le Code civil prévoit la capacité de principe tant du mineur que du majeur discernant dans l'exercice de ses droits strictement personnels (A). Il convient de montrer que pour chacune de ces questions, le droit civil a constitué une source d'inspiration pour le droit de la santé (B).

A. La théorie générale : la capacité de principe de la personne capable de discernement dans l'exercice de ses droits strictement personnels

213. Il est possible d'identifier en droit suisse une théorie générale au sein même du Code civil qui distingue entre capacité naturelle et capacité légale (1). La capacité naturelle trouve à s'appliquer lorsqu'une personne capable de discernement exerce un droit strictement personnel (2).

1. L'existence d'une théorie générale distinguant capacité naturelle et capacité légale dans le Code civil

214. Théorie générale applicable aux mineurs – En droit suisse, deux des articles précités confèrent aux parents des prérogatives relatives à l'enfant tout en en prévoyant les limites. L'article 301 dispose que le pouvoir de direction s'exerce « *sous réserve de [la] propre capacité [du mineur]* » et l'article 304 prévoit que le pouvoir de représentation existe « *dans les limites de leur autorité parentale* ». Il faut y ajouter l'article 305, relatif à la capacité de l'enfant, qui prévoit que « *l'enfant capable de discernement soumis à l'autorité parentale peut s'engager par ses propres actes dans les limites prévues par le droit des personnes et exercer ses droits strictement personnels* ».

Pour déterminer la sphère de capacité du mineur, il convient de se référer au chapitre du Code civil consacré à la personnalité¹⁴⁵⁸. L'article 13 du Code civil suisse réserve l'exercice des droits civils aux personnes « *majeures et capables de discernement* », frappant par là même le mineur d'une incapacité d'exercer ses droits civils.

Cependant, les droits strictement personnels bénéficient d'un traitement particulier. Les articles 17 à 19 CCS précisent la théorie générale. L'article 17 pose le principe de l'incapacité d'exercice du mineur en disposant que « *les personnes incapables de discernement, les mineurs et les personnes sous curatelle de portée générale n'ont pas l'exercice des droits civils* ». Il en résulte que « *les personnes capables de discernement mais privées de l'exercice des droits civils ne peuvent contracter une obligation ou renoncer à un droit qu'avec le consentement de leur représentant légal* »¹⁴⁵⁹. En revanche, les mineurs capables de discernement « *mais privé(s) de l'exercice des droits civils exercent leurs droits strictement personnels de manière autonome* »¹⁴⁶⁰. Ainsi, le mineur capable de discernement bénéficie d'une sphère de capacité qui exclut le mécanisme de représentation et de direction lié à l'autorité parentale. Il en résulte que le mineur capable de discernement exerce seul ses droits strictement personnels¹⁴⁶¹, alors que les actes accomplis par le mineur incapable de discernement ne produisent aucun effet juridique¹⁴⁶². Cette sphère d'autonomie du mineur est ancienne puisque l'article 20 du Code civil de 1907¹⁴⁶³ disposait déjà que « *les mineurs et les interdits capables de discernement pourront, par leurs propres actes exercer les droits strictement personnels* ». Comme l'avait souligné le Conseil fédéral en se référant au discernement ou à la faculté de discernement (*Urteilsfähigkeit*), la loi « *est adéquate aux enseignements de la psychiatrie* »¹⁴⁶⁴ et distingue « *la capacité naturelle de ceux qui possèdent la faculté de discernement et la capacité légale des majeurs qui ne sont pas interdits* »¹⁴⁶⁵. Une césure réelle apparaissait néanmoins, à l'époque, entre les principes posés et la réalité vécue dans la mesure où, en pratique, le pouvoir de décision relevait exclusivement des parents.

215. Théorie générale applicable aux majeurs – La théorie civiliste applicable aux actes relatifs à la personne étant similaire pour le majeur et pour le mineur, il n'apparaît pas utile d'y revenir en détail. On peut simplement rappeler que l'article 19 c CCS précise désormais que la personne capable de

¹⁴⁵⁸ Chapitre premier du titre premier du livre premier.

¹⁴⁵⁹ Art. 19 al. 1 CCS.

¹⁴⁶⁰ Art. 19 c CCS.

¹⁴⁶¹ Art. 19 CCS.

¹⁴⁶² Art. 18 CCS.

¹⁴⁶³ Code civil suisse du 10 décembre 1907, RS 210, RO 24 245.

¹⁴⁶⁴ Message du Conseil fédéral à l'Assemblée fédérale concernant le projet de Code civil suisse, 28 mai 1904, FF 1904 IV 18.

¹⁴⁶⁵ *Ibid.*

discernement accomplit seule les actes strictement personnels à moins que la loi n'exige le consentement de son représentant légal. Il précise en outre que le représentant légal peut, en principe, exercer les droits strictement personnels, sauf pour les droits qui ne souffrent d'aucune représentation en raison de leur lien étroit avec la personnalité. Ainsi, le fait que la personne fasse l'objet d'une mesure juridique de protection, qui ne peut être désormais qu'une curatelle¹⁴⁶⁶, est indifférent dès lors qu'elle est capable de discernement.

2. La capacité soumise à l'exercice d'un droit strictement personnel et à la capacité de discernement

216. La théorie générale applicable aux droits strictement personnels exercés par le mineur capable de discernement soulève deux principales questions.

217. Délimitation des droits strictement personnels – La première réside dans la délimitation de la catégorie des droits strictement personnels dans la mesure où le législateur n'en a pas donné de définition. Les versions en langue allemande et italienne du Code civil sont plus précises que la version française et permettent d'apporter un éclaircissement¹⁴⁶⁷. Elles se réfèrent respectivement aux « *Rechte, die ihnen um ihrer Persönlichkeit willen zustehen* » et aux « *diritti inerenti alla loro personalità* ». Il est donc possible d'en déduire qu'un droit strictement personnel est « *un droit qui appartient à une personne de par (en relation avec) sa qualité d'être humain (sa personnalité)* »¹⁴⁶⁸. Cependant, s'agissant d'une notion floue, la doctrine et la jurisprudence ont été amenées à déterminer la liste des droits strictement personnels. La doctrine a procédé à des classifications en utilisant une terminologie diverse ou fluctuante¹⁴⁶⁹, mais d'une manière générale il est possible de classer les droits strictement personnels en fonction de la réponse donnée à deux questions¹⁴⁷⁰.

D'une part, le titulaire du droit peut-il agir seul ou doit-il obtenir le consentement de son représentant légal pour que l'acte soit parfait ? Si le titulaire peut agir seul, il s'agit d'un droit strictement personnel proprement dit, sinon on parle de droit strictement personnel improprement dit.

D'autre part, lorsque le titulaire du droit est incapable de discernement, ce droit est-il sujet à représentation ? Le cas échéant, il s'agit d'un droit strictement personnel relatif. Si au contraire toute représentation est exclue, il s'agit d'un droit strictement personnel absolu qui équivaut, de fait, à une incapacité de jouissance¹⁴⁷¹. Cette distinction, d'abord admise par la doctrine et la pratique¹⁴⁷², a été reprise dans la révision récente du Code civil suisse¹⁴⁷³.

¹⁴⁶⁶ Sous l'empire de l'ancien droit, les mesures de protection étaient : la curatelle volontaire, la curatelle de représentation, la curatelle de gestion, le conseil légal gérant, le conseil légal coopérant, la curatelle combinée, le conseil légal combiné, l'interdiction, la privation de liberté à des fins d'assistance. Désormais, la curatelle apparaît comme « *l'instrument juridique unique (mais protéiforme) de la protection étatique* » : MEIER P., « Les nouvelles curatelles : systématique, conditions et effets », in GUILLOD O., BOHNET F., *Le nouveau droit de la protection de l'adulte*, Bâle, Unine, Helbing & Lichtenhahn, 2012, p. 98. Il existe donc une gradation au sein de la curatelle. On distingue désormais : la curatelle d'accompagnement, la curatelle de représentation, la curatelle de représentation avec gestion, la curatelle de coopération, la curatelle combinée et la curatelle de portée générale.

¹⁴⁶⁷ STEINAUER P.-H., FOUNTOLAKIS C., *Droit des personnes physiques et de la protection de l'adulte*, Berne, Stämpfli, 2014, p. 73.

¹⁴⁶⁸ *Ibid.* ; DESCHENAUX H., STEINAUER P.-H., *Personnes physiques et tutelle*, Berne, Stämpfli, 2001, pp. 67-68.

¹⁴⁶⁹ *Ibid.*, p. 68 ; GUILLOD O., *Droit des personnes*, Bâle, Les abrégés, Unine, Helbing & Lichtenhahn, 2012, p. 53 ; ATF 117 II 6, Consid. 1 b. ; MEIER P., STETTLER M., *Droit de la filiation*, Zurich, Droit civil suisse, Schulthess, 2014, p. 486, Note 2130 ; MEIER P., LUZE E. (de), *Droit des personnes*, Genève, Zurich, Bâle, Schulthess, 2014, p. 97.

¹⁴⁷⁰ Voir DESCHENAUX H., STEINAUER P.-H., *Personnes physiques et tutelle*, Berne, Stämpfli, 2001, p. 69 : prend soin de distinguer la question de la capacité civile active et la question de la représentation. Voir également : GUILLOD O., *Droit des personnes*, Bâle, Les abrégés, Unine, Helbing & Lichtenhahn, 2012, p. 53.

¹⁴⁷¹ ATF 117 II 6, 8.

Désormais, l'article 19 c CCS dispose que « *les personnes capables de discernement mais privées de l'exercice des droits civils exercent leurs droits strictement personnels de manière autonome ; les cas dans lesquels la loi exige le consentement du représentant légal sont réservés. Les personnes incapables de discernement sont représentées par leur représentant légal sauf pour les droits qui ne souffrent aucune représentation en raison de leur lien étroit avec la personnalité* ». La doctrine unanime reconnaît que les droits de la personnalité protégés par l'article 28 du Code civil constituent des droits strictement personnels. Tel est notamment le cas du droit à la vie et du droit à l'intégrité et donc du droit de consentir à une opération ou à un traitement médical. Il en résulte que, par principe, la personne capable de discernement consent seule. Cette solution découlant de la lettre de l'article 19 c du Code civil a été confirmée à plusieurs reprises par la jurisprudence.

218. Signification de la capacité de discernement – La seconde question consiste à déterminer la signification de la capacité de discernement. Le discernement est défini de manière négative par l'article 16 du Code civil qui dispose que « *toute personne qui n'est pas privée de la faculté d'agir raisonnablement en raison de son jeune âge, de déficience mentale, de troubles psychiques, d'ivresse ou d'autres causes semblables est capable de discernement au sens de la présente loi* ». Il n'existe pas de degrés dans la notion juridique de discernement : le discernement existe ou n'existe pas¹⁴⁷⁴. Ainsi, pour retenir l'incapacité de discernement d'un sujet de droit, deux conditions doivent être cumulativement réunies¹⁴⁷⁵.

La personne incapable de discernement doit en premier lieu être dépourvue de la faculté d'agir raisonnablement. Ce critère, parfois qualifié de psychologique¹⁴⁷⁶, se décompose en deux aspects : un aspect intellectuel et un aspect volitif.

L'élément intellectuel réside dans la « *faculté d'apprécier le sens, l'opportunité et les effets d'un acte déterminé* »¹⁴⁷⁷. Il est parfois défini comme « *la faculté de comprendre et d'apprécier correctement une situation déterminée et celle de se former une motivation et une volonté qui ne soient pas tout à fait à l'écart des valeurs acceptées par la société* »¹⁴⁷⁸. Plus simplement, le sujet doit être capable de prendre connaissance d'une situation et de l'évaluer¹⁴⁷⁹. Cette faculté de comprendre et d'apprécier n'exige pas que l'individu ait des connaissances spéciales. Comme le souligne le Tribunal fédéral, « *die Urteilsfähigkeit setzt nicht das Vorhandensein der positiven Kenntnisse voraus, die nötig sind, um in einer bestimmten Angelegenheit vernünftig handeln zu können, sondern es kommt in dieser Hinsicht nur darauf an, ob die betreffende Person imstande ist, sich die nötigen Kenntnisse anzueignen, und ob sie gegebenenfalls zu erkennen vermag, dass sie vor einer Frage steht, die sie nicht von sich aus, sondern nur mit Hilfe des Rates von*

¹⁴⁷² Message concernant la révision du Code civil suisse (protection de l'adulte, droit des personnes et droit de la filiation), 28 juin 2006, FF 2006 6727.

¹⁴⁷³ Code civil suisse (Protection de l'adulte, droit des personnes et droit de la filiation), Modification du 19 décembre 2008, RO 2011 725.

¹⁴⁷⁴ STETTLER M., « La notion de discernement confrontée à l'exercice des droits fondamentaux de la personne très âgée », in DE SAUSSURE C. (Dir.), *L'homme très âgé. Quelles libertés ?*, Genève, Médecine et hygiène, 1992, p. 147.

¹⁴⁷⁵ Pour l'exposé de ces conditions, voir parmi de nombreuses références : BUCHER A., *Personnes physiques et protection de la personnalité*, Bâle, Helbing & Lichtenhahn, 2009, pp. 12-14 ; DESCHENAUX H., STEINAUER P.-H., *Personnes physiques et tutelle*, Berne, Stämpfli, 2001, pp. 22-29 ; STEINAUER P.-H., FOUNTOLAKIS C., *Droit des personnes physiques et de la protection de l'adulte*, Berne, Stämpfli, 2014, p. 28 et s. ; MEIER P., LUZE E. (de), *Droit des personnes*, Genève, Zurich, Bâle, Schulthess, 2014, p. 57.

¹⁴⁷⁶ PELET O., « La capacité de discernement est-elle expertisable ? », *Donleur et analgésie*, 2011, Vol. 24, Supplément n° 1, p. 17.

¹⁴⁷⁷ Voir, par exemple ATF 124 III 5, Consid. 1 a ; ATF 117 II 231, Consid. 2 a ; ATF 111 V 61, Consid. 3 a.

¹⁴⁷⁸ BUCHER A., *Personnes physiques et protection de la personnalité*, Bâle, Helbing & Lichtenhahn, 2009, p. 13.

¹⁴⁷⁹ Pour de plus amples détails sur ces deux éléments, voir PELET O., « La capacité de discernement est-elle expertisable ? », *Donleur et analgésie*, 2011, Vol. 24, Supplément n° 1, p. 17.

Sachverständigen beurteilen kann »¹⁴⁸⁰. Ainsi l'absence de connaissances initiales du patient concernant sa maladie ne l'empêche pas de bénéficier de la capacité de discernement. Cette précision apparaît comme un écho au déclin du paternalisme médical et montre toute l'importance du droit à une information appropriée au degré de compréhension du patient.

L'élément volontaire, aussi qualifié de volitif ou caractériel, consiste quant à lui en « *la faculté d'agir en fonction de cette compréhension raisonnable, selon sa libre volonté* »¹⁴⁸¹. Cette définition appelle une double précision. D'une part, la compréhension raisonnable de la situation doit être détaillée. Il s'agit d'apprécier l'aptitude de la personne à comprendre et à accomplir raisonnablement un acte et non pas d'apprécier le caractère raisonnable ou non de l'acte en fonction d'un standard¹⁴⁸². Cette conclusion peut notamment être tirée de la version allemande de l'article 16 du Code civil « *qui mentionne vernunftgemäss (conforme à la raison) et non vernünftig (raisonnable)* »¹⁴⁸³. De manière plus particulière, il faut en déduire que pour les actes médicaux « *l'approche correcte consiste à évaluer le caractère raisonnable d'un choix en fonction des valeurs propres du patient (...). Si ce dernier est capable d'exprimer de manière logique sa position, quand bien même se fonderait-elle sur un postulat de départ différent de celui du médecin, le caractère raisonnable de son opinion doit être admis. Tel patient privilégiera la rapidité du traitement au mépris de la douleur, tel autre fera un choix inverse. Tel patient préférera un traitement moins invasif, mais à première vue moins efficace, tel autre donnera la priorité au résultat, etc. Dans la mesure où il comprend les causes et les effets de son choix et qu'il assume ce dernier, son attitude est parée de raison* »¹⁴⁸⁴. Ce critère d'appréciation du discernement apparaît donc favorable à l'autonomie de la personne puisqu'il se fonde sur l'appréciation subjective du patient. D'autre part, il convient de développer l'importance du caractère libre de la volonté exprimée et de l'acte en découlant. La volonté n'est notamment pas libre¹⁴⁸⁵ lorsque la personne subit une pression venant d'un tiers ou inhérente à une situation donnée¹⁴⁸⁶. Cet élément peut être vu comme un écho au consentement libre et éclairé en matière médicale.

La personne, pour être reconnue incapable de discernement, doit en second lieu être empêchée d'agir raisonnablement du fait d'une des causes énoncées par la loi, c'est le critère biologique¹⁴⁸⁷. Le mineur est essentiellement concerné par le jeune âge, mais la déficience mentale, les troubles psychiques, l'ivresse ou toute autre cause semblable peuvent également entrer en considération¹⁴⁸⁸, notamment pour les majeurs protégés.

¹⁴⁸⁰ ATF 77 II 97, 99.

¹⁴⁸¹ Voir par exemple : ATF 117 II 231, consid. 2a ; ATF 111 V 61, consid. 3 a.

¹⁴⁸² BUCHER A., *Personnes physiques et protection de la personnalité*, Bâle, Helbing & Lichtenhahn, 2009, p. 13.

¹⁴⁸³ MANAI D., « Les droits du patient adolescent en Suisse », in FEUILLET-LIGER B. (Dir.), *Adolescents et acte médical, approche internationale et pluridisciplinaire*, Bruxelles, Droit bioéthique et société, Bruylant, 2011, p. 260.

¹⁴⁸⁴ MUZNY P., « L'autonomie du patient mineur : entre certitudes et incertitudes », *Bulletin des médecins suisses*, 2009, Vol. 90, n° 3, p. 80.

¹⁴⁸⁵ STEINAUER P.-H., FOUNTOLAKIS C., *Droit des personnes physiques et de la protection de l'adulte*, Berne, Stämpfli, 2014, p. 29.

¹⁴⁸⁶ ATF 102 II 363, 367 ; ATF 90 II 9 = JT, 1964, I, 355 ; ATF 77 II 97 = JT, 1952, I, 293 ; ATF 102 II 363 = JT, 1977, I, 310.

¹⁴⁸⁷ PELET O., « La capacité de discernement est-elle expertisable ? », *Douleur et analgésie*, 2011, Vol. 24, Supplément n° 1, p. 15.

¹⁴⁸⁸ MEIER P., STETTLER M., *Droit de la filiation*, Zurich, Droit civil suisse, Schulthess, 2014, p. 605.

B. La construction des lois sanitaires par référence à la théorie générale

219. La préexistence d'une théorie générale en droit civil suisse laissant une large place à l'autonomie et à l'analyse *in concreto* des situations s'est avérée tout à fait adaptée à la spécificité de la relation médicale. Ainsi, les différentes lois sanitaires se sont construites par référence à cette théorie générale, en affirmant la capacité de principe tant du mineur (1) que du majeur (2) discernant dans l'exercice de ses droits strictement personnels.

1. La capacité de principe du mineur discernant dans l'exercice de ses droits strictement personnels

220. **La capacité du mineur capable de discernement dans les lois sanitaires cantonales** – Le caractère central du discernement se retrouve également dans les dispositions spéciales réglementant le consentement à l'acte médical. Ces dernières relèvent tantôt de la législation cantonale, tantôt de la législation fédérale. Les règles de droit public cantonal susceptibles de s'appliquer prévoient, d'une manière générale, que le consentement du mineur capable de discernement aux actes médicaux thérapeutiques est suffisant¹⁴⁸⁹. Nous ne les exposerons pas en détail dans la mesure où elles doivent reprendre les exigences du droit civil. Toutefois, le Canton du Tessin qui prévoit une réelle majorité sanitaire anticipée se distingue en appliquant par analogie les règles relatives aux majeurs aux mineurs de 16 ans¹⁴⁹⁰. Mais on peut douter de la conformité de cette législation avec le droit fédéral.

221. **La capacité du mineur capable de discernement dans les lois sanitaires fédérales** – Au-delà des législations cantonales, le consentement à l'acte médical du patient fait l'objet d'un certain nombre de lois spéciales. Ces dernières prévoient des dispositions spécifiques aux mineurs. Elles reprennent, pour l'essentiel, la systématique du Code civil suisse fondée sur la capacité de discernement¹⁴⁹¹. Cependant, certaines lois prévoient des dispositions plus protectrices, notamment lorsque l'intervention envisagée ne répond pas à l'intérêt thérapeutique de la personne¹⁴⁹². Il en résulte que le fondement autonomiste,

¹⁴⁸⁹ Voir par exemple l'article 25 de la loi de santé publique du canton de Neuchâtel qui dispose que « *le consentement est valablement donné par le patient capable de discernement* » (GRAND CONSEIL DE LA RÉPUBLIQUE ET CANTON DE NEUCHÂTEL, Loi sur la santé (LS), Du 6 février 1995, RSNE, 800. 1) ou encore l'article 23 al. 1 de la loi sur la santé publique du canton de Vaud qui dispose qu'« *aucun soin ne peut être fourni sans le consentement libre et éclairé du patient concerné capable de discernement, qu'il soit majeur ou mineur* » (GRAND CONSEIL DU CANTON DE VAUD, Loi sur la santé publique, Du 29 mai 1985, RSV, 800. 01).

¹⁴⁹⁰ GRAN CONSIGLIO DELLA REPUBBLICA E CANTONE TICINO, Legge sulla promozione della salute e il coordinamento sanitario (Legge sanitaria), Del 18 aprile 1989, RSTI, 6. 1. 1 : art. 7 : « 1 *Il consenso cosciente del paziente è necessario per qualsiasi prestazione sanitaria, preventiva, diagnostica, terapeutica, riabilitativa propositagli. Salvo opposizione manifesta, il consenso è presunto per ogni prestazione sanitaria non invasiva o che non comporta un rischio rilevante per il paziente o che non è suscettibile di invadere la sua sfera intima. 2 Il consenso del paziente incapace di discernimento è dato dal rappresentante legale o, in difetto, dai parenti.* » ; Art. 8 : « 1 *Le disposizioni previste dall'art. 7 sono applicabili anche ai minorenni che hanno compiuto il sedicesimo anno di età. 2 Se il paziente è di età inferiore ai sedici anni il consenso è dato dal rappresentante legale. È riservato il capoverso 3 di questo articolo. 3 Una prestazione sanitaria può essere attuata a un minore di sedici anni senza il consenso del rappresentante legale in caso di imminente o non altrimenti evitabile pericolo di morte o di grave menomazione del paziente.* ».

¹⁴⁹¹ Pour l'interruption de grossesse : art. 119 CPS : le consentement du représentant légal n'est requis que si la mineure est incapable de discernement ; le mineur capable de discernement peut recourir seul au planning familial et se voir remettre des moyens anticonceptionnels. Pour le don de gamètes, en l'absence de disposition spécifique dans la LPMA il semble que la logique du Code civil doive prévaloir. En revanche, la doctrine considère que la PMA constitue un droit strictement personnel insusceptible de représentation. Pour les directives anticipées : art. 370 CCS. Pour la personne de confiance : art. 370 CCS.

¹⁴⁹² Art. 3 et 7 LStér. pour la stérilisation ; Art. 13 LTrans. pour le don de tissus et de cellules ; Art. 22 et 23 LRH pour la recherche sur l'être humain ; Art. 55 LPTh pour les essais cliniques de médicaments.

prévalant dans le Code civil, se retrouve dans les lois spéciales dès lors que l'acte envisagé s'inscrit en conformité avec l'intérêt du mineur.

2. La capacité de principe du majeur discernant dans l'exercice de ses droits strictement personnels

222. Cette même systématique prévaut également en ce qui concerne les majeurs protégés.

223. Le recours à la théorie civiliste en l'absence de texte spécial – En l'absence de règle spécifique, il convient de se référer à l'article 19 c CCS et de distinguer selon que l'individu est capable ou incapable de discernement, auquel cas ce dernier ne peut agir seul. La doctrine majoritaire¹⁴⁹³, suivie par le Tribunal fédéral, a qualifié le consentement à l'acte médical de droit strictement personnel relatif. Il en résulte que la personne majeure capable de discernement consent seule à l'acte médical à moins qu'une loi spécifique n'exige le consentement de son représentant légal. Le majeur capable de discernement est placé au cœur de la relation médicale puisqu'aucune autre personne, notamment son représentant légal ou un membre de sa famille, n'est amenée à agir. La personne décide seule des limites de l'intervention des tiers et des informations qu'elle souhaite leur communiquer¹⁴⁹⁴.

En l'absence de précision relative au consentement des majeurs protégés, cette théorie est mobilisée. Elle est notamment appliquée en matière d'interruption de grossesse, de contraception ainsi que pour le consentement aux soins. Toutefois, lors de ces vingt dernières années, la Suisse s'est dotée d'un certain nombre de lois fédérales régissant spécifiquement certains actes, essentiellement dans le domaine de la biomédecine¹⁴⁹⁵. Contrairement à la France, ces lois puisent leur inspiration dans la théorie civiliste préexistante, si bien que les difficultés d'articulation sont largement limitées.

224. Inspiration civiliste des dispositions sanitaires spéciales – Si les régimes applicables aux actes biomédicaux diffèrent, l'ensemble des lois fédérales reprend la distinction civiliste fondée sur la distinction capacité / incapacité de discernement. Le majeur capable de discernement consent en principe seul à l'acte. Pour certains actes graves, un double consentement est exigé. L'examen détaillé des différentes lois et des travaux parlementaires ayant conduit à leur adoption permet de démontrer l'existence de cette systématique.

¹⁴⁹³ MANAI D., « Le droit des proches dans la décision médicale », in LA HARPE R., UMMEL M., DUMOULIN J.-F., *Droit de la santé et médecine légale*, Chêne-Bourg, Médecine et hygiène, 2014, p. 309.

¹⁴⁹⁴ *Ibid.*, p. 308.

¹⁴⁹⁵ Loi fédérale sur la protection des données du 19 juin 1992, Entrée en vigueur au 1^{er} juillet 1993, RS 235.1, RO 1993 1945 ; Loi fédérale sur la procréation médicalement assistée du 18 décembre 1998, Entrée en vigueur au 1^{er} janvier 2001, RS 810.11, RO 2000 3055 ; Loi fédérale sur les médicaments et les dispositifs médicaux du 15 décembre 2001, Entrée en vigueur au 1^{er} janvier 2002, RS 812.21, RO 2001 2790 ; Loi fédérale relative à la recherche sur les cellules souches embryonnaires du 19 décembre 2003, Entrée en vigueur au 1^{er} mars 2005, RS 810.31, RO 2005 947 ; Loi fédérale sur la transplantation d'organes, de tissus et de cellules du 8 octobre 2004, Entrée en vigueur au 1^{er} juillet 2007, RS 810.21, RO 2007 1935 ; Loi fédérale sur l'analyse génétique humaine du 8 octobre 2004, Entrée en vigueur au 1^{er} avril 2007, RS 810.12, RO 2007 635 ; Loi fédérale sur les brevets d'invention du 25 juin 1954, Entrée en vigueur au 1^{er} janvier 1956, RS 232.14, RO 1955 893 ; Loi fédérale relative à la recherche sur l'être humain du 30 septembre 2011, Entrée en vigueur au 1^{er} janvier 2014, RS 810.30, RO 2013 3215.

D'une part, l'ensemble des lois fédérales reprend la distinction civiliste capacité / incapacité de discernement. Cette reprise est d'abord opérée dans la loi relative à la transplantation d'organes¹⁴⁹⁶. Pour les prélèvements d'organes, les personnes majeures capables de discernement se voient appliquer le régime général prévu par l'article 12 L. Trans. Les majeurs incapables de discernement sont, quant à eux, concernés par l'article 13 qui leur est consacré spécifiquement dans la mesure où ils doivent bénéficier d'« *une protection particulière* »¹⁴⁹⁷. Il en va de même pour les prélèvements de tissus et de cellules. La loi sur la stérilisation¹⁴⁹⁸ reprend également cette distinction qui existait déjà dans les quelques réglementations cantonales¹⁴⁹⁹ et dans les directives de l'ASSM¹⁵⁰⁰. L'article 4 interdit la stérilisation des personnes passagèrement incapables de discernement. L'article 5 régit la stérilisation des personnes capables de discernement et l'article 7, celle des personnes durablement incapables de discernement. Enfin, tant la loi relative à la recherche sur l'être humain¹⁵⁰¹ que la loi sur l'analyse génétique humaine¹⁵⁰² réglementent de manière distincte la situation des majeurs incapables de discernement et capables de discernement.

D'autre part, les lois reprennent la capacité de principe du majeur capable de discernement de consentir seul à l'acte en cause. Le prélèvement d'organes, de tissus et de cellules est ainsi possible sur une personne vivante et capable de discernement à condition qu'elle ait donné son consentement libre et éclairé¹⁵⁰³. La loi sur la stérilisation retient également ce principe. Au vu de la gravité de l'acte¹⁵⁰⁴, elle renforce les exigences traditionnelles en prévoyant que le consentement sera donné par écrit et que le médecin doit consigner dans le dossier les éléments lui ayant permis de conclure à la capacité de discernement. Elle prévoit cependant une procédure différente lorsque la personne est placée sous curatelle de portée générale. Dans cette hypothèse, le représentant légal doit également consentir et l'approbation de l'autorité de protection de l'adulte doit être obtenue. La décision de l'autorité de protection de l'adulte peut faire l'objet d'un recours devant l'instance judiciaire de recours compétente selon le droit cantonal. L'article 16 de la loi relative à la recherche exige aussi le consentement éclairé des personnes capables de discernement. Ce consentement doit être écrit, mais le message souligne que « *dans le cas d'un projet de recherche associant des adultes capables de discernement et présentant des risques et des contraintes minimaux, un consentement oral mais consigné peut également être suffisant (...) c'est la raison pour laquelle le Conseil fédéral obtient la compétence de prévoir des exceptions à l'exigence du consentement écrit* »¹⁵⁰⁵. Enfin, le principe du

¹⁴⁹⁶ Loi fédérale sur la transplantation d'organes, de tissus et de cellules du 8 octobre 2004, Entrée en vigueur au 1^{er} juillet 2007, RS 810.21, RO 2007, 1935.

¹⁴⁹⁷ Message concernant la loi fédérale sur la transplantation d'organes, de tissus et de cellules, 12 septembre 2001, FF 2002 143.

¹⁴⁹⁸ Loi fédérale sur les conditions et la procédure régissant la stérilisation de personnes du 17 décembre 2004, Entrée en vigueur au 1^{er} juillet 2005, RS 211.111.1, RO 2005 2499.

¹⁴⁹⁹ Canton d'Argovie, Canton de Fribourg, Canton de Neuchâtel, cités par : initiative parlementaire Stérilisations forcées. Dédommagement des victimes. Rapport de la commission des affaires juridiques du Conseil national, 23 juin 2003, FF 2003 5757.

¹⁵⁰⁰ La distinction apparaît dans les directives du 17 novembre 1981 et dans le complément aux directives de 1981, Disponible sur : <http://www.samw.ch/fr/Ethique/Directives/Archive.html>, Consulté le 13 août 2013.

¹⁵⁰¹ Art. 24 de la loi fédérale relative à la recherche sur l'être humain du 30 septembre 2011, Entrée en vigueur au 1^{er} janvier 2014, RS 810.30, RO 2013 3215.

¹⁵⁰² Art. 5 et 10 de la loi fédérale sur l'analyse génétique humaine du 8 octobre 2004, Entrée en vigueur au 1^{er} avril 2007, RS 810.12, RO 2007 635.

¹⁵⁰³ Art. 12 LTrans.

¹⁵⁰⁴ Initiative parlementaire Stérilisations forcées. Dédommagement des victimes. Rapport de la commission des affaires juridiques du Conseil national, 23 juin 2003, FF 2003 5771.

¹⁵⁰⁵ Message sur la loi fédérale relative à la recherche sur l'être humain, 21 octobre 2009, FF 2009 7321-7322.

consentement libre et éclairé du majeur capable de discernement se retrouve dans les articles 5 et 10 de la loi relative à l'analyse génétique humaine.

II. LA CONSTRUCTION HISTORIQUE D'UN DROIT SPÉCIAL PARALLÈLE AU DROIT CIVIL EN FRANCE : L'AFFAIBLISSEMENT DES PRÉROGATIVES FAMILIALES DE PROTECTION

225. Une construction différente de celle du droit suisse – La comparaison du droit français et du droit suisse permet de mettre en lumière la thèse selon laquelle le droit de la santé français s'est construit comme un droit spécial parallèle au droit civil. Cette idée transparait lorsqu'on étudie la place accordée aux protecteurs traditionnellement désignés par le droit civil par rapport à l'autonomie du patient. Le droit de la santé a ainsi conduit à la multiplication des exceptions à l'incapacité du mineur en droit de la santé (A) et à l'appréhension de la personne du majeur par un droit spécial partiellement dérogatoire au droit civil (B). Il en résulte une éviction des prérogatives familiales de protection.

A. La multiplication des exceptions à l'incapacité du mineur en droit de la santé

226. S'il est vrai que le droit de la santé pourrait apparaître comme un droit inspiré du droit civil en France dans la mesure où le Code de la santé publique affirme, tout comme le Code civil, l'incapacité de principe du mineur (1), cette idée doit être nuancée du fait du foisonnement des dérogations à ce principe (2). Bien que ces dernières aient été constamment présentées comme ayant un aspect objectif, il n'en demeure pas moins qu'elles contribuent à affaiblir l'autorité parentale.

1. L'incapacité de principe du mineur français dans le Code civil et dans le Code de la santé publique

227. Le principe de l'incapacité dans le Code civil – En droit civil français, le mineur est frappé par une incapacité générale d'exercice¹⁵⁰⁶. Ce statut n'est actuellement pas expressément prévu par le Code, mais se déduit notamment des règles relatives à l'autorité parentale, à l'administration légale et aux contrats. Il est hérité du Code Napoléon qui « donnait au père les plus larges pouvoirs sur ses enfants »¹⁵⁰⁷ et n'abordait jamais la « question des droits du mineur »¹⁵⁰⁸. Pendant des années, le Code civil français est resté silencieux sur la question du consentement des mineurs à l'acte médical et plus largement sur la personne des incapables. Le mineur était donc soumis à l'autorité parentale qui englobait les prérogatives relatives à la santé de l'enfant. D'un point de vue textuel, la situation était donc claire : le système de représentation s'imposait. Le principe demeure aujourd'hui celui de l'incapacité du mineur bien qu'il apparaisse que « la conception même de cette incapacité [a] évolué »¹⁵⁰⁹, tout comme la physionomie de l'autorité parentale. À partir des années 1980, le droit français a en effet commencé à réellement prendre en compte l'autonomie du

¹⁵⁰⁶ GRIDEL, J.-P., « L'âge et la capacité civile », *D.*, 1998, n° 10, p. 90 et s., § 8 ; ROQUE J., « La prémajorité », *Dr. fam.*, 2009, n° 4, Étude 20, § 4 ; NEIRINCK C., « Le statut juridique des mineurs de 7 à 13 ans », *LPA*, 13 avril 1994, n° 44, p. 11 ; GOUTTENOIRE A., « Le statut juridique de l'enfant », *RLDC*, 2011, Supplément au n° 87, p. 37.

¹⁵⁰⁷ POUMARÈDE J., « De l'enfant-objet à l'enfant sujet de droits : une tardive révolution », *LPA*, 9 mars 2012, n° 50, p. 15.

¹⁵⁰⁸ *Ibid.*

¹⁵⁰⁹ LEMOULAND J.-J., « L'assistance au mineur, une voie possible entre l'autonomie et la représentation », *RTD civ.*, 1997, n° 1, p. 1.

mineur¹⁵¹⁰, en lui reconnaissant notamment le droit d'être entendu en justice ou en prévoyant un certain nombre d'exceptions sectorielles permettant d'accorder au mineur une sphère d'autonomie¹⁵¹¹. Deux lois principales ont ensuite permis de renforcer la place du mineur dans le Code civil.

Il s'agit, en premier lieu, de la loi du 4 mars 2002¹⁵¹². L'article 371-1, que cette loi a inséré dans le Code civil, illustre parfaitement le changement de paradigme. En son alinéa 1, il souligne que les droits et devoirs des parents ont « *pour finalité l'intérêt de l'enfant* »¹⁵¹³. Puis ajoute en son alinéa 2 que ces droits appartiennent aux père et mère pour « *permettre son développement, dans le respect dû à sa personne* ». Alors qu'initialement le Code civil s'intéressait essentiellement aux biens des personnes protégées, cet alinéa marque une prise en compte accrue de la personne de l'enfant¹⁵¹⁴. L'alinéa 3 s'affiche comme le point d'orgue de cette conception lorsqu'il dispose que « *les parents associent l'enfant aux décisions qui le concernent en fonction de son âge et de son degré de maturité* ». Cette proposition, favorable aux droits de l'enfant, s'inscrit en totale opposition avec les orientations initiales du Code Napoléon¹⁵¹⁵, même si elle ne remet pas en cause le principe même de l'incapacité d'exercice du mineur. Son importance symbolique doit, cependant, être nuancée au vu de sa portée pratique limitée. Certains auteurs n'ont pas manqué de souligner que le désaccord du mineur « *ne pose[rait] pas] vraiment problème* »¹⁵¹⁶, notamment du fait de l'absence de sanction¹⁵¹⁷. Lors de la discussion en première lecture à l'Assemblée nationale, une parlementaire avait également relevé que « *l'idée d'associer les enfants (...) risque d'être difficile à traduire dans la pratique. Comment distinguer les décisions qui concernent les enfants de celles qui ne les concernent pas ? Il sera encore plus malaisé de vérifier le caractère effectif de cette association, d'autant que le degré de maturité peut varier considérablement au même âge ou selon la nature des décisions et le contexte* »¹⁵¹⁸.

En second lieu, la loi du 5 mars 2007¹⁵¹⁹ a recentré les régimes de protection sur la personne même des incapables, désormais qualifiés de personnes protégées. La loi du 5 mars 2007 a modifié le droit des majeurs protégés en entérinant une distinction entre les actes dont la nature implique un consentement strictement personnel et les actes relatifs à la personne. Cette distinction ne semble cependant pas applicable aux mineurs. En effet, comme le souligne S. MORACCHINI-ZEIDENBERG, « *l'esprit autonomiste de l'article 459 ne lui est pas applicable (au mineur). Même renouvelée, l'autorité parentale ne laisse aucune sphère d'autonomie véritable au mineur : il ne peut choisir ni son lieu de résidence, ni ses fréquentations, ni son orientation scolaire ou religieuse... tout au plus ses parents doivent-ils l'associer à leurs décisions en tenant compte de son âge et de sa maturité* »¹⁵²⁰. Cette incapacité de principe du mineur se retrouve également au sein du Code de la santé publique.

¹⁵¹⁰ POUMARÈDE J., « De l'enfant-objet à l'enfant sujet de droits : une tardive révolution », *LPA*, 9 mars 2012, n° 50, p. 16.

¹⁵¹¹ ROQUE J., « La prémajorité », *Dr. fam.*, 2009, n° 4, Étude 20.

¹⁵¹² Loi n° 2002-305 relative à l'autorité parentale, du 4 mars 2002, *JORF*, 5 mars 2002, p. 4161.

¹⁵¹³ Comme le souligne M. DOLEZ : « *Bien que la doctrine considère depuis toujours que cette notion d'intérêt de l'enfant soit la pierre angulaire de l'autorité parentale, elle a été jusqu'à présent absente de sa définition* » : AN, 1^{re} séance du 14 juin 2001, *JORF, Débats parlementaires*, 15 juin 2001, Compte rendu intégral, p. 4247.

¹⁵¹⁴ FULCHIRON H., « L'autorité parentale renouvelée », *Deffrénois*, 15 Août 2002, n° 15, n° 37580.

¹⁵¹⁵ BATTEUR A., « La carence de l'autorité parentale », *RLDC*, 2008, Supplément au n° 51, p. 67.

¹⁵¹⁶ MULON-MONTERAN E., « La nouvelle autorité parentale », *RJPF*, 2002, n° 4, p. 6.

¹⁵¹⁷ JUSTON M., « De la puissance paternelle aux droits de l'enfant : l'évolution, les enjeux et les risques en cas de séparation », *Gaz. Pal.*, 12 août 2006, Rec., p. 2401.

¹⁵¹⁸ Propos tenus par : BOISSEAU M.-T. : AN, 1^{re} séance du 14 juin 2001, Compte rendu analytique.

¹⁵¹⁹ Loi n° 2007-308 du 5 mars 2007 portant réforme de la protection juridique des majeurs, *JORF*, 7 mars 2007, p. 4325.

¹⁵²⁰ MORACCHINI-ZEIDENBERG S., « L'acte personnel de la personne vulnérable », *RTD civ.*, 2012, n° 1, p. 26.

228. Le principe de l'incapacité dans le Code de la santé publique – Contrairement au droit suisse, le droit français prévoit une sorte de droit commun de l'acte médical, essentiellement issu de la loi du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé¹⁵²¹. Par principe, le mineur est titulaire de droits sur son corps. Cependant, il ne les exerce pas dans la mesure où il est frappé d'une incapacité d'exercice. Ainsi, l'article L 1111-2 relatif au droit à l'information dispose que « *les droits des mineurs ou des majeurs sous tutelle mentionnés au présent article sont exercés, selon les cas, par les titulaires de l'autorité parentale ou par le tuteur. Ceux-ci reçoivent l'information prévue par le présent article, sous réserve des dispositions de l'article L. 1111-5* ». La même conclusion peut être déduite de l'article L 1111-4 alinéa 6 *in fine*¹⁵²² en ce qui concerne le consentement. Contrairement au droit suisse, le principe est donc celui de l'exercice des droits du mineur par les titulaires de l'autorité parentale. Toutefois, il existe un certain nombre de dispositions permettant de favoriser l'autonomie du mineur. Il est notamment possible de relever l'article L1111-4 qui dispose que « *le consentement du mineur (...) doit être systématiquement recherché s'il est apte à exprimer sa volonté ou à participer à la décision* ». Ce texte renforce le poids accordé au consentement du mineur, sans pour autant remettre en cause les prérogatives que les parents tirent de l'autorité parentale. L'exposé des motifs de la loi du 4 mars 2002 indique en effet que « *sans préjudice des règles habituelles relatives à l'autorité parentale et à la représentation légale, des dispositions spécifiques sont également prévues pour les mineurs et les majeurs sous tutelle afin de sauvegarder, de façon adaptée à leur situation, leur droit de participer aux décisions les concernant* »¹⁵²³.

2. La multiplication des dérogations a priori objectives dans le Code de la santé publique

229. Nombreuses dérogations – En revanche, d'autres textes s'inscrivent en dérogation avec les règles relatives à l'autorité parentale. Ils concernent quatre cas principaux.

230. Contraception – Le législateur est intervenu très tôt dans le domaine de la contraception, en réglementant dès 1967¹⁵²⁴, l'accès des mineurs. L'article 3 al. 5 de la loi NEUWIRTH disposait alors que « *la vente ou la fourniture de contraceptifs aux mineurs de 18 ans non émancipés et des contraceptifs inscrits au tableau spécial aux mineurs de 21 ans non émancipés ne peut être effectuée que sur ordonnance médicale constatant le consentement écrit d'un des parents ou du représentant légal* ». La contraception relevait donc du pouvoir de décision des parents.

La loi du 4 décembre 1974¹⁵²⁵ est revenue sur cette situation en prévoyant que « *les centres de planification ou d'éducation familiale agréés sont autorisés à délivrer, à titre gratuit, des médicaments, produits, objets contraceptifs, sur prescription médicale, aux mineurs souhaitant garder le secret* »¹⁵²⁶. Le déclin de l'autorité parentale

¹⁵²¹ Loi n° 2002-303 du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé, *JORF*, 5 mars 2002, p. 4118.

¹⁵²² « *Dans le cas où le refus d'un traitement par la personne titulaire de l'autorité parentale ou par le tuteur risque d'entraîner des conséquences graves pour la santé du mineur ou du majeur sous tutelle, le médecin délivre les soins indispensables* ».

¹⁵²³ AN, Projet de loi relatif aux droits des malades et à la qualité du système de santé, Présenté au nom de M. Lionel JOSPIN par Mme Elisabeth GUIGOU, n° 3258, Enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 5 septembre 2001, p. 18.

¹⁵²⁴ Loi n° 67-1176 du 28 décembre 1967 relative à la régulation des naissances et abrogeant les articles L 648 et L 649 du Code de la santé publique, *JORF*, 29 décembre 1967, p. 12861.

¹⁵²⁵ Loi n° 74-1026 du 4 décembre 1974 portant diverses dispositions relatives à la régulation des naissances, *JORF*, 5 décembre 1974, p. 12123.

¹⁵²⁶ Art. 4.

n'a pas manqué d'être souligné. En effet, si les titulaires de l'autorité parentale pouvaient toujours « *interdire au mineur d'avoir des rapports sexuels [ou de] se procurer ou d'utiliser des produits ou objets contraceptifs* »¹⁵²⁷, le souhait du mineur lui permet de contourner l'exigence de l'autorisation parentale. Cependant, on constate qu'en dehors de la délivrance par les centres de planning familial, les règles du Code civil trouvaient matière à s'appliquer. Le mineur qui consultait un médecin afin de se faire prescrire un contraceptif devait bénéficier de l'autorisation parentale. Il en était de même pour la délivrance du contraceptif en pharmacie. Ainsi, la délivrance par les centres de planning familial pouvait apparaître comme une exception, strictement limitée à la règle de l'autorité parentale.

L'apparition de la contraception d'urgence a conduit à de nouvelles modifications. Dans un premier temps, et sur proposition du directeur général de l'AFSSAPS, l'obligation de prescription médicale a été supprimée pour le Norlevo®, en vertu d'un arrêté du 27 mai 1999¹⁵²⁸. La mise en vente libre de ce médicament s'expliquait par l'absence de risques liés à sa prise dans des conditions normales d'utilisation, ainsi que par la décroissance temporelle de l'efficacité du médicament. Interrogé par un sénateur sur la contradiction entre l'arrêté et la loi NEUWIRTH modifiée par la loi de 1974¹⁵²⁹, le gouvernement a indiqué¹⁵³⁰ que l'arrêté se fondait directement sur la directive du 31 mars 1992¹⁵³¹.

Dans un second temps, la ministre déléguée à l'éducation nationale a pris une circulaire mettant en place un protocole national sur l'organisation des soins et des urgences dont le chapitre 5 était dédié à la contraception d'urgence. Une première partie procédait à des rappels sur la contraception d'urgence, puis la fiche infirmière précisait le protocole à suivre en distinguant les cas de l'élève mineure de celui de l'élève majeure. Pour la mineure, l'infirmière devait procéder à un entretien puis rechercher « *les modalités les plus appropriées en fonction de l'âge et de la personnalité de l'élève pour entrer en contact avec l'un de ses parents (téléphone, rendez-vous) aux fins d'informer celui-ci des différentes possibilités de contraception d'urgence, de lui indiquer les structures existantes pour se procurer de tels médicaments (pharmacie, médecin, centre de planification familiale), et de l'aider ainsi à trouver la solution adéquate* »¹⁵³². Si l'élève refusait toute prise de contact avec sa famille, l'infirmière devait prendre rendez-vous au centre de planning familial. Si le centre n'était pas accessible et en cas d'urgence caractérisée, l'infirmière pouvait, à titre exceptionnel, délivrer la pilule afin d'éviter une grossesse non désirée. Comme le soulignait S. ROYAL qui était à l'origine de la circulaire, « *le rôle de l'école n'est donc pas de se substituer à la responsabilité éducative parentale, mais de l'accompagner et de la prolonger, tout en étant respectueuse des convictions des familles. Néanmoins, dans les cas d'urgence et de détresse caractérisée, le souci de prévenir une IVG doit prévaloir sur l'exigence du consentement parental* »¹⁵³³.

¹⁵²⁷ RASSAT M.-L., « L'autorité parentale à l'épreuve de l'adolescence : les perspectives législatives », in FOYER J., LABRUSSE-RIOU C., *L'autorité parentale à l'épreuve*, Paris, Economica, 1983, p. 61.

¹⁵²⁸ Arrêté du 27 mai 1999 portant modification aux exonérations à la réglementation des substances vénéneuses destinées à la médecine humaine, *JORF*, 30 mai 1999, p. 7982.

¹⁵²⁹ Question écrite n° 21400 de M. Lucien NEUWIRTH, *JO Sénat*, 23 décembre 1999, p. 4202.

¹⁵³⁰ Réponse du ministère de la justice, *JO Sénat*, 2 mars 2000, p. 792.

¹⁵³¹ Directive n° 92/26/CEE du Conseil du 31 mars 1992 concernant la classification en matière de délivrance des médicaments à usage humain, *JO L 113*, 30 avril 1992, p. 5.

¹⁵³² Protocole national sur l'organisation des soins et des urgences dans les écoles et les établissements publics locaux d'enseignement, *BO de l'éducation nationale*, HS, n° 1, 6 janvier 2000, Disponible sur : <http://www.education.gouv.fr/bo/2000/hs1/texte.htm>, Consulté le 17 janvier 2013.

¹⁵³³ SÉNAT, Rapport fait au nom de la commission des affaires sociales sur la proposition de loi, adoptée par l'Assemblée nationale après déclaration d'urgence, relative à la contraception d'urgence, Par M. Lucien NEUWIRTH, n° 49, Annexe au procès-verbal de la séance du 25 octobre 2000, p. 33.

Cette circulaire a cependant fait l'objet d'un recours pour excès de pouvoir¹⁵³⁴. Le Conseil d'État a procédé à l'annulation des dispositions litigieuses en se fondant sur leur contrariété avec la loi NEUWIRTH. En effet, cette dernière soumet les contraceptifs hormonaux à une double exigence : la prescription médicale et la délivrance en pharmacie. La seule exception concerne la délivrance de la contraception aux adolescentes par les centres de planning familial. En autorisant l'infirmière à délivrer la pilule et en prévoyant une exception supplémentaire, la circulaire a violé la loi. Le Conseil d'État ne se prononce cependant pas sur l'articulation de la circulaire avec les règles relatives à l'autorité parentale, alors même que les conclusions du commissaire du gouvernement l'y invitaient. L'annulation de cette circulaire portait un coup d'arrêt à la délivrance de la pilule du lendemain dans les établissements scolaires et laissait planer de sérieux doutes quant à la légalité de l'arrêté du 27 mai 1999.

Une proposition de loi a donc été déposée afin de donner une base légale aux dispositions posées par ces deux textes. Dans l'attente, une circulaire¹⁵³⁵ prévoyant un dispositif articulé autour de trois niveaux fut adoptée afin de favoriser, de manière transitoire, l'accès à la contraception d'urgence. La loi fut adoptée par la procédure d'urgence¹⁵³⁶. Elle apporta une triple modification à l'article L 5134-1 du Code de la santé publique.

Elle supprima, tout d'abord, l'obligation de prescription, si bien que la pilule du lendemain pouvait être délivrée librement en pharmacie pour toute femme. En ce qui concerne les mineures, elle supprimait l'exigence de l'autorisation parentale tant pour la prescription de cette pilule par tout médecin que pour sa délivrance en pharmacie. Ainsi, la mineure qui souhaitait accéder à la pilule du lendemain pouvait soit se rendre chez le médecin, soit se la faire délivrer directement en pharmacie. Divers amendements dénonçant l'éviction parentale et la contrariété de cette loi avec l'esprit des réformes menées en droit de la famille furent déposés afin de rétablir ou de renforcer le rôle des parents¹⁵³⁷. Pourtant, aucun d'entre eux ne fut adopté. La seule volonté du mineur de garder le secret lui permet donc d'évincer les titulaires de l'autorité parentale.

La loi rétablit ensuite la possibilité pour les infirmières scolaires de délivrer la pilule. Elle détailla les points essentiels de la procédure, notamment la subsidiarité de la délivrance par l'infirmière dans les cas de détresse, et renvoya pour le reste au protocole national défini par décret.

Elle consacra enfin la gratuité, sur proposition de la commission des affaires sociales, afin que « *le coût de la contraception ne constitue pas un obstacle pour certaines jeunes filles* »¹⁵³⁸. La loi relative à la contraception

¹⁵³⁴ Conseil d'État, Assemblée, 30 juin 2000, n° 216130.

¹⁵³⁵ Circulaire n° 2000-147 du 21 septembre 2000 sur la mise en place de la contraception d'urgence par les EPLE, NOR : MENE002352C, BO du ministère de l'éducation nationale et du ministère de la recherche, n° 34, 28 septembre 2000.

¹⁵³⁶ Loi n° 2000-1209 du 13 décembre 2000 relative à la contraception d'urgence, JORF, 14 décembre 2000, p. 19830.

¹⁵³⁷ Voir la question préalable posée par C. BOUTIN. Elle relevait notamment au soutien de son argumentation qu'« *il est tout à fait incohérent de dénoncer la démission trop fréquente des parents et d'encourager cette démission en permettant aux enfants de passer outre à leur avis et à leur autorisation. Mes chers collègues, je vais vous le dire tout net : je suis profondément choquée par cette possibilité qui nous est proposée de supprimer, même de façon dérogatoire, l'autorisation parentale avant l'absorption de ce médicament. Cet acte gravissime quant à la relation normale entre parents et enfants, acte qui va naturellement affaiblir l'autorité éducative et d'accompagnement des parents* » : AN, Séance du 5 octobre 2000, JORF, Débats parlementaires, 6 octobre 2000, Compte rendu intégral, p. 6507. Cette question préalable n'a pas été adoptée : *Ibid.*, p. 6513. Un sous-amendement n° 5 visant à préciser que la délivrance ne peut avoir lieu que « *si les parents de l'élève mineure ne s'y sont pas opposés par une déclaration renouvelée chaque année* » a également été rejeté : SÉNAT, Séance du 31 octobre 2000, Compte rendu intégral, Disponible sur : <http://www.senat.fr/seances/s200010/s20001031/sc20001031014.html>, Consulté le 2 septembre 2014.

¹⁵³⁸ SÉNAT, Rapport fait au nom de la commission des affaires sociales sur la proposition de loi, adoptée par l'Assemblée nationale après déclaration d'urgence, relative à la contraception d'urgence, Par M. Lucien NEUWIRTH, n° 49, Annexe au procès-verbal de la séance du 25 octobre 2000, p. 34.

d'urgence a donc étendu le champ des dérogations à l'autorité parentale. Toutefois, sur proposition de la commission des affaires sociales, un amendement fut adopté afin de préciser que la « *dérogation au principe du consentement parental ne [peut] se justifier que par un impératif essentiel : préserver les mineures d'une grossesse non désirée et donc d'une interruption volontaire de grossesse* »¹⁵³⁹. La formulation retenue semble indiquer que c'est davantage par des raisons de prévention et de santé publique que par une volonté de favoriser l'autonomie du mineur que cette extension a été justifiée. Le législateur a agi ainsi dans le but de limiter la détresse des mineures pour lesquelles le dialogue avec la famille est impossible. Mais, plus largement et au-delà de la protection des mineures, il s'agit aussi de promouvoir les droits des femmes, y compris celles en situation de vulnérabilité à disposer de leur corps.

La loi de 2001 a constitué un pas supplémentaire dans ce sens. En effet, depuis cette date, l'article L5134-1 dispose que « *le consentement des titulaires de l'autorité parentale ou, le cas échéant, du représentant légal n'est pas requis pour la prescription, la délivrance ou l'administration de contraceptifs aux personnes mineures* ». Il évince donc dans son principe la nécessité d'obtenir le consentement parental. Les médecins et les pharmaciens peuvent respectivement prescrire et délivrer les contraceptifs aux mineurs sans qu'il soit nécessaire de requérir le consentement parental. La commission des affaires sociales a souligné que l'obligation de recueillir le consentement parental pouvait être de nature à freiner la diffusion de la contraception chez les jeunes. En outre, elle retient que s'il est toujours préférable qu'il y ait un dialogue avec les parents, il est nécessaire de permettre aux médecins de répondre à la demande des adolescents qui ne souhaitent pas informer les parents de leur sexualité. Si la prévention et la politique de santé publique, favorables à un accès simplifié à la contraception, constituent toujours l'un des éléments centraux, il existe à notre sens un certain glissement. En effet, les mineures, quel que soit leur degré de maturité, sont titulaires et exercent seuls leur droit d'accès à la contraception.

Ce droit a encore été renforcé par l'adoption de la loi de financement de la sécurité sociale de 2013. Un amendement, présenté par le gouvernement en première lecture, a été adopté afin de « *permettre la gratuité de la contraception pour les mineures d'au moins quinze ans* » s'agissant des « *modes de contraception qui font aujourd'hui l'objet d'un remboursement* »¹⁵⁴⁰. À cette occasion, B. POLETTI interrogea le gouvernement quant aux modalités selon lesquelles allait s'exercer la gratuité. Les interrogations portaient essentiellement sur la possible apparition de la consultation et de la prescription sur les relevés de la sécurité sociale des parents de la mineure¹⁵⁴¹. Afin de répondre à cette difficulté, l'Assemblée nationale a adopté, en nouvelle lecture, un amendement proposé par le gouvernement visant à préciser que la prise en charge des contraceptifs est protégée par le secret pour les personnes mineures¹⁵⁴². Cette évolution appelle diverses remarques.

On peut tout d'abord regretter que l'amendement proposé par C. PROCACCIA visant à étendre la gratuité aux mineures de moins de quinze ans se soit vu opposer l'irrecevabilité financière. En effet, les

¹⁵³⁹ *Ibid.*, p. 45.

¹⁵⁴⁰ Amendement n° 765, modifiant l'article L 322-3 du Code de la sécurité sociale.

¹⁵⁴¹ Propos tenus par TOURAINE M. : AN, 1^{re} séance du 26 octobre 2012, JORF, *Débats parlementaires*, 27 octobre 2012, Compte rendu intégral, p. 4395.

¹⁵⁴² Amendement 277 rectifié modifiant l'article 5134-1 du Code de la santé publique : AN, 2^e séance du 26 novembre 2012, JORF, *Débats parlementaires*, 27 novembre 2012, p. 5745 et s.

raisons de santé publique invoquées à l'appui de la gratuité pour les mineures de quinze à dix-huit ans sont également présentes dans ce cas.

En outre, et ainsi que l'a souligné B. POLETTI, on peut regretter que « *les consultations et les examens complémentaires liés à la délivrance de la contraception* [ne soient pas] *également protégés par le secret pour les personnes mineures* ». La cohérence de la politique de santé publique nécessiterait une telle extension de la gratuité et du secret. En effet, à défaut, il est possible que les mineures, craignant l'information des parents consécutive à la réalisation de ces examens complémentaires, ne bénéficient pas d'un suivi adéquat. Le gouvernement a indiqué que cette question méritait davantage d'approfondissement dans la mesure où « *certaines de ces examens ne sont pas, en l'état actuel, pris en charge à 100%* ». L'article 55 de la loi de financement de la sécurité sociale pour 2014 a finalement prévu que la mineure d'au moins quinze ans bénéficie d'une dispense de l'avance des frais¹⁵⁴³. Un nouveau renforcement des droits des mineures pourrait voir le jour puisque le projet de loi de santé, présenté par M. TOURAINE en octobre 2014, envisage de garantir l'accès à la contraception d'urgence auprès des infirmières scolaires sans condition¹⁵⁴⁴.

231. Interruption de grossesse – L'interruption volontaire de grossesse constitue la deuxième dérogation à l'autorité parentale contenue dans le Code de la santé publique. L'histoire de l'encadrement de cette pratique a également été marquée par l'importance croissante accordée à l'autonomie de la mineure.

La première loi relative à l'IVG¹⁵⁴⁵ ne contenait qu'un article concernant le cas des personnes mineures : l'article L 162-7 ancien du Code de la santé publique. Ce dernier disposait que « *si la femme est mineure célibataire, le consentement de l'une des personnes qui exerce l'autorité parentale ou, le cas échéant du représentant légal est requis* ». À cet égard, deux remarques s'imposent.

D'une part, le consentement parental était nécessaire à la réalisation de l'IVG, contrairement à la solution prévalant en matière d'interruption thérapeutique de grossesse¹⁵⁴⁶. Cependant, il existait un certain assouplissement des règles de droit civil car le consentement d'une seule des personnes exerçant l'autorité parentale était requis. L'IVG constituant un acte non usuel, classiquement, le consentement des deux personnes exerçant l'autorité parentale aurait dû être exigé. La loi VEIL dérogeait à cette règle classique afin de permettre à la mineure d'informer un seul de ses parents qui pouvait, éventuellement, garder le secret vis-à-vis de l'autre.

D'autre part, la question de la place accordée au consentement du mineur se posait. La loi du 31 décembre 1979 est venue apporter un complément important sur cette question, en précisant que le

¹⁵⁴³ Art. 55 de la loi n° 2013-1203 du 23 décembre 2013 relative au financement de la sécurité sociale pour 2014, *JORF*, 24 décembre 2013, p. 21034. L'article 48 de la loi de financement de la sécurité sociale pour 2015 dispose que « *le Gouvernement remet au Parlement, avant le 1^{er} octobre 2015, un rapport sur l'évaluation du dispositif mis en place dans le cadre des articles L 162-4-5 et L 162-8-1 du Code de la sécurité sociale permettant l'accès à la délivrance de contraception aux mineures d'au moins quinze ans de manière anonyme et gratuite* ». Voir également l'article 47 al. 8 : AN, Projet de loi de financement de la sécurité sociale pour 2015, Texte adopté n° 438, 1^{er} décembre 2014.

¹⁵⁴⁴ « Les principales dispositions du projet de loi santé, Disponible sur : http://www.lemonde.fr/sante/article/2014/10/15/les-principales-dispositions-du-projet-de-loi-sante_4506408_1651302.html, Consulté le 16 octobre 2014 ; Art. 3 du projet de loi : AN, Projet de loi relatif à la santé, Présenté au nom de M. Manuel VALLS par Mme Marisol TOURAINE, n° 2302, Enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 15 octobre 2014.

¹⁵⁴⁵ Loi n° 75-17 relative à l'interruption volontaire de grossesse, du 17 janvier 1975, *JORF*, 18 janvier 1975, p. 739.

¹⁵⁴⁶ Solution déduite de l'article L 2213-2 CSP.

consentement de la personne exerçant l'autorité parentale « *devra être accompagné de celui de la mineure célibataire enceinte, ce dernier étant donné en dehors de la présence des parents ou du représentant légal* »¹⁵⁴⁷. Le législateur visait à favoriser l'expression par la mineure d'un consentement libre et exempt de pression. Sous l'empire de ces deux lois, le recours à l'IVG nécessitait un double consentement.

La loi n'apportait cependant aucune précision visant à régler la situation en cas de conflit entre la mineure et ses parents. C'est donc la pratique, à la fois médicale et judiciaire, qui a dû se saisir de cette délicate question.

En premier lieu, la pratique médicale s'est développée en dehors de tout cadre légal¹⁵⁴⁸. En effet, certains médecins acceptaient de pratiquer l'IVG en se contentant d'un consentement parental douteux, ou du consentement d'un autre membre de la famille de la mineure¹⁵⁴⁹. D'autres encourageaient les mineures à se rendre à l'étranger afin de bénéficier de dispositions législatives plus souples ou considéraient qu'au vu de l'état de la mineure, l'IVG revêtait un caractère thérapeutique¹⁵⁵⁰. Toutefois, en l'absence de respect des règles applicables, ces médecins étaient susceptibles d'engager leur responsabilité¹⁵⁵¹.

En second lieu, divers juges des enfants ont été saisis de cette question¹⁵⁵². Leurs réponses n'ont cependant pas été homogènes et la Cour de cassation n'a jamais été amenée à se prononcer, ce qui n'a pas permis d'unifier la jurisprudence. Certains juges ont refusé de se déclarer compétents¹⁵⁵³. Ils se sont essentiellement fondés sur le fait que le juge des enfants peut prononcer des mesures éducatives lorsque la santé, la moralité ou la sécurité de l'enfant sont en danger¹⁵⁵⁴. Or, la grossesse ne constituerait pas un danger pour l'enfant. Certains auteurs se prononçaient au contraire en faveur de la compétence du juge des enfants en considérant que le danger pouvait résulter soit de l'existence même d'un conflit, soit de l'impact de la poursuite de la grossesse non désirée sur l'équilibre psychique de la mineure¹⁵⁵⁵. C'est ainsi que certains juges des enfants ont autorisé directement l'IVG ou retiré le droit de consentir aux parents pour le confier à un organisme ou à un établissement. La variété des réponses apportées à ce conflit, couplée à la volonté de favoriser l'accès à l'interruption volontaire de grossesse au vu des chiffres alarmants concernant l'IVG des mineures, a conduit le législateur à intervenir de nouveau¹⁵⁵⁶.

¹⁵⁴⁷ Loi n° 79-1204 relative à l'interruption volontaire de grossesse, du 31 décembre 1979, *JORF*, 1^{er} janvier 1980, p. 3.

¹⁵⁴⁸ SÉNAT, Rapport fait au nom de la commission des affaires sociales sur le projet de loi, adopté par l'Assemblée nationale, après déclaration d'urgence, relatif à l'interruption volontaire de grossesse et à la contraception, Par M. Francis GIRAUD, n° 210, Annexe au procès-verbal de la séance du 31 janvier 2001, p. 45 et s.

¹⁵⁴⁹ *Ibid.*, p. 49.

¹⁵⁵⁰ *Ibid.*, p. 50.

¹⁵⁵¹ *Ibid.*

¹⁵⁵² *Ibid.*, p. 47 et s.

¹⁵⁵³ *Ibid.*, p. 48.

¹⁵⁵⁴ Art. 375 CC.

¹⁵⁵⁵ *Ibid.*, pp. 48-49 : citant : CA Colmar relevant que « l'existence d'un état de détresse profond chez une mineure dont la santé et la sécurité étaient compromises » ; CA Bordeaux, 4 décembre 1991 : « lorsque le refus de consentir à une IVG dans le cadre des droits de l'autorité parentale n'était pas dicté par le seul intérêt de l'enfant, les parents commettaient un détournement constitutif d'un abus de droit ».

¹⁵⁵⁶ AN, Projet de loi relatif à l'interruption volontaire de grossesse et à la contraception, Présenté au nom de M. Lionel JOSPIN par Mme Martine AUBRY, n° 2605, Enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 4 octobre 2000, Exposé des motifs, p. 3.

La loi du 4 juillet 2001¹⁵⁵⁷, qui a modifié par son article 7 l'article L 2212-7 du Code de la santé publique, a apporté des modifications substantielles au régime antérieur. Cet article rappelle le principe selon lequel le médecin doit recueillir le consentement de l'un des titulaires de l'autorité parentale ainsi que le consentement de la mineure en dehors de la présence de toute autre personne. L'étude des débats préalables à l'adoption de la loi montre l'attachement des parlementaires à l'autorité parentale qui est clairement affichée comme le principe en matière d'IVG. En effet, à diverses reprises, des amendements tendant à poser le principe de l'autonomie de la mineure concernant les actes relatifs à la grossesse ont été rejetés¹⁵⁵⁸. Il a notamment été indiqué qu'il était préférable de ne pas créer de césure au sein de la minorité¹⁵⁵⁹ et que le système des dérogations encadrées à l'autorité parentale permettait de souligner l'objectif consistant à maintenir le lien entre la mineure et ses parents¹⁵⁶⁰.

Ce système de dérogation à l'autorité parentale est prévu par les deuxième et troisième alinéas de l'article L 2212-7 du Code de la santé publique. Ces derniers prévoient que le médecin doit s'efforcer d'obtenir le consentement de la mineure pour que le ou les titulaires de l'autorité soient consultés. Il peut également se contenter de vérifier que cette démarche a été effectuée lors de l'entretien préalable. Si la mineure persiste dans son refus ou que le consentement d'un des titulaires de l'autorité parentale n'est pas obtenu, le médecin peut pratiquer l'IVG à la demande de l'intéressée, qui se fait alors accompagner de la personne majeure de son choix. L'exposé des motifs est très clair quant au caractère exceptionnel de cette dérogation. Il a été souligné qu'elle devait intervenir « *pour les cas où cela s'avère vraiment indispensable* »¹⁵⁶¹. Ont par exemple été cités les cas d'incompréhension familiale pouvant conduire à des comportements dangereux, de viol ou d'inceste, d'opposition persistante des parents ou encore l'impossibilité de les joindre¹⁵⁶². La dérogation ne devrait concerner que 5 à 10 % des cas d'IVG des mineures¹⁵⁶³. Ainsi, l'objectif du législateur semble essentiellement consister dans la résolution d'un éventuel conflit entre la mineure et ses parents¹⁵⁶⁴.

232. Sauvegarde de la santé du mineur – Un troisième texte s'inscrit en dérogation avec les règles relatives à l'autorité parentale. L'article L 1111-5 du Code de la santé publique dispose que « *le médecin peut se dispenser d'obtenir le consentement du ou des titulaires de l'autorité parentale sur les décisions médicales à prendre lorsque le traitement ou l'intervention s'impose pour sauvegarder la santé d'une personne mineure, dans le cas où cette dernière s'oppose expressément à la consultation du ou des titulaires de l'autorité parentale afin de garder le secret sur son état de santé* ». Il a été souligné lors des débats parlementaires qu'il s'agissait d'une dérogation à la fois « *limitée et*

¹⁵⁵⁷ Loi n° 2001-588 du 4 juillet 2001 relative à l'interruption volontaire de grossesse et à la contraception, JORF, 7 juillet 2001, p. 10823.

¹⁵⁵⁸ Amendement n° 18 présenté par CHARLES B. *et al.* : AN, 3^e séance du 29 novembre 2000, JORF, *Débats parlementaires*, 30 novembre 2000, p. 9590 : « *Nous devons admettre l'émancipation de la mineure pour tous les actes relatifs à la grossesse* ». Voir également l'amendement n° 19 présenté par CHARLES B. : AN, 1^e séance du 30 novembre 2000, JORF, *Débats parlementaires*, 1^{er} décembre 2000, p. 9605 : « *Toute femme est considérée comme émancipée pour tous les actes relatifs à la grossesse* ».

¹⁵⁵⁹ Avis de Mme le rapporteur LIGNIÈRES-CASSOU M. sur cet amendement : *Ibid.*, p. 9606.

¹⁵⁶⁰ Avis de Mme la ministre de l'emploi et de la solidarité sur cet amendement : *Ibid.*

¹⁵⁶¹ AN, Projet de loi relatif à l'interruption volontaire de grossesse et à la contraception, Présenté au nom de M. Lionel JOSPIN par Mme Martine AUBRY, n° 2605, Enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 4 octobre 2000, Exposé des motifs, p. 4.

¹⁵⁶² *Ibid.*, p. 6.

¹⁵⁶³ AN, Rapport fait au nom de la commission des affaires culturelles, familiales et sociales sur le projet de loi (n° 2605) relatif à l'interruption volontaire de grossesse et à la contraception, Par Mme Martine LIGNIÈRES-CASSOU, n° 2726, Enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 15 novembre 2000, pp. 39-40.

¹⁵⁶⁴ AN, 1^{re} séance du 30 novembre 2000, JORF, *Débats parlementaires*, 1^{er} décembre 2000, p. 9605.

encadrée »¹⁵⁶⁵. L'exposé des motifs indique qu'il s'agit de répondre à des « situations rares », dans lesquelles « l'absence de soins risquerait d'entraîner des conséquences graves pour la santé du malade »¹⁵⁶⁶. Serait essentiellement visé le cas des mineurs séropositifs, voire « d'autres situations de détresse et de crainte d'exclusion ou de violences »¹⁵⁶⁷. Dans ces situations particulières, la volonté du mineur de garder le secret vis-à-vis de ses parents ne devrait pas constituer un obstacle à l'accès aux soins. De plus, le médecin doit s'efforcer d'obtenir le consentement du mineur à la consultation de ses parents. Ce n'est que dans le cas où le mineur maintient son opposition qu'il pourra mettre en œuvre le traitement ou l'intervention. Le mineur doit alors, comme c'est le cas en matière d'IVG, se faire accompagner par la personne majeure de son choix.

233. Rupture familiale – Enfin, il convient de mentionner le cas du mineur de plus de seize ans en situation de rupture familiale et bénéficiant de la CMU. Le dernier alinéa de l'article L 1111-5 dispose à son égard qu'il consent seul à l'acte médical. Certes, il s'agit d'une disposition de cohérence avec la loi relative à la CMU¹⁵⁶⁸. Cependant, elle conduit à une véritable « émancipation de fait »¹⁵⁶⁹ du mineur.

234. Fragilisation de l'autorité parentale – L'étude des débats parlementaires semble clairement indiquer que l'objectif de ces dérogations ne consistait pas à remettre en cause les règles relatives à l'autorité parentale, mais à assurer ponctuellement la prévalence de la protection de la santé du mineur. Les dérogations à l'autorité parentale et l'éviction des prérogatives familiales de protection sont donc fondées sur des considérations objectives et non autonomistes, justifiées par les finalités spécifiques du droit de la santé. Toutefois, force est de constater que les dérogations se sont multipliées. Elles laissent place à la volonté du mineur d'évincer ses parents et accroissent les pouvoirs du corps médical au détriment de l'autorité parentale, qui apparaît en « déclin » dans son rôle « d'institution de protection de la santé du mineur »¹⁵⁷⁰. Certains auteurs sont même allés jusqu'à souligner l'existence d'une « tendance éliminatrice des parents »¹⁵⁷¹. Dans cette lignée, une proposition de loi visant à permettre le don du sang pour les mineurs de 16 ans¹⁵⁷² avait d'ailleurs été déposée au Sénat en 2011¹⁵⁷³. L'exposé des motifs proposait clairement d'évincer les règles de l'autorité parentale puisqu'il soulignait que « la proposition de loi ne soumet pas le don à autorisation parentale »¹⁵⁷⁴. Les motifs avancés reposaient sur l'idée selon laquelle « les éventuelles pressions que pourrait faire peser l'autorisation parentale sur le donneur pourraient ne pas garantir la sincérité des déclarations du donneur (...) (et donc)

¹⁵⁶⁵ SÉNAT, Rapport fait au nom de la commission des affaires sociales sur le projet de loi, adopté par l'Assemblée nationale après déclaration d'urgence, relatif aux droits des malades et à la qualité du système de santé, Par MM. Francis GIRAUD, Gérard DÉRIOT et Jean-Louis LORRAIN, n° 174, Annexe au procès-verbal de la séance du 16 janvier 2002, Étude d'impact, p. 691.

¹⁵⁶⁶ AN, Projet de loi relatif aux droits des malades et à la qualité du système de santé, Présenté au nom de M. Lionel JOSPIN par Mme Élisabeth GUIGOU, n° 3258, Enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 5 septembre 2001, p. 19.

¹⁵⁶⁷ SÉNAT, Rapport fait au nom de la commission des affaires sociales sur le projet de loi, adopté par l'Assemblée nationale après déclaration d'urgence, relatif aux droits des malades et à la qualité du système de santé, Par MM. Francis GIRAUD, Gérard DÉRIOT et Jean-Louis LORRAIN, n° 174, Annexe au procès-verbal de la séance du 16 janvier 2002, Étude d'impact, p. 688.

¹⁵⁶⁸ Loi n° 99-641 du 27 juillet 1999 portant création d'une couverture maladie universelle, JORF, 28 juillet 1999, p. 11229.

¹⁵⁶⁹ KIMMEL-ALCOVER A., « L'autorité parentale à l'épreuve de la santé des mineurs », RDSS, 2005, n° 2, p. 276.

¹⁵⁷⁰ Ibid., p. 277.

¹⁵⁷¹ GRIDEL J.-P., « L'acte éminemment personnel du mineur », Gaz. Pal., 22 mars 2003, Rec., p. 771.

¹⁵⁷² Pour une analyse détaillée de la proposition, voir : DUBUIS A., « Réflexion sur une éventuelle extension du don de sang aux mineurs de plus de seize ans », in BERLAND-BENHAÏM C. (Dir.), *Le don du sang*, Les cahiers de droit de la santé, LEH, 2013, pp. 79-89.

¹⁵⁷³ Proposition de loi visant à permettre le don du sang pour les mineurs de plus de seize ans, Présentée par M. Jean-Louis LORRAIN et al., n° 201, Enregistré à la Présidence du Sénat le 15 décembre 2011.

¹⁵⁷⁴ Ibid., Exposé des motifs, p. 5.

ne pas s'accorder avec les exigences inhérentes à la sécurité du receveur»¹⁵⁷⁵. Cette proposition de loi participait d'un mouvement d'extension de l'autonomie du mineur au détriment de l'autorité parentale bien qu'elle soit restée sans suite.

B. L'appréhension de la personne du majeur par un droit spécial partiellement dérogatoire

235. La construction d'un droit de la santé parallèle au droit civil en France se retrouve également en ce qui concerne les majeurs protégés. D'un point de vue historique, la personne du majeur protégé a ainsi été appréhendée par un droit de la santé spécial partiellement dérogatoire au droit civil. Le recours au droit comparé, en tant qu'outil de connaissance du droit, permet d'avancer l'hypothèse selon laquelle c'est en partie parce que le droit civil français, contrairement au droit suisse, apparaissait relativement lacunaire dans le domaine de la protection de la personne (1) qu'il a laissé place au développement d'un droit sanitaire « *impressionniste* » (2).

1. Un droit civil historiquement lacunaire

236. L'indifférence traditionnelle du Code civil à l'autonomie de la personne du majeur – Antérieurement à la loi du 3 janvier 1968, deux corps de règles venaient régir la situation des majeurs : le Code civil et la loi du 30 juin 1838¹⁵⁷⁶. D'après le Code civil, les majeurs pouvaient être placés sous deux régimes de protection distincts. Le premier régime était celui de l'interdiction, réservé au « *majeur qui est dans un état habituel d'imbécillité, de démence ou de fureur (...) même lorsque cet état présente des intervalles lucides* »¹⁵⁷⁷. Ce régime emportait de larges effets puisque « *tous actes passés (...) par l'interdit, ou sans l'assistance du conseil seront nuls de droit* »¹⁵⁷⁸. Le Code n'était toutefois pas totalement muet quant à la personne du majeur, car l'article 509 disposait que « *l'interdit est assimilé au mineur, pour sa personne et pour ses biens : les lois de la tutelle des mineurs s'appliqueront à la tutelle des interdits* ». Il convenait alors de se référer à l'article 450 du Code qui prévoyait que « *le tuteur prendra soin de la personne du mineur, et le représentera dans tous les actes de la vie civile* ». Le Code civil français de 1804 ne semblait donc laisser aucune autonomie au majeur interdit s'agissant des actes relatifs à sa personne. L'article 510 confirme cette hypothèse puisqu'il précise que « *selon les caractères de sa maladie et l'état de sa fortune, le conseil de famille pourra arrêter qu'il sera traité dans son domicile ou qu'il sera placé dans une maison de santé ou dans un hospice* ». La doctrine s'interrogeait toutefois sur la place à conférer à l'autonomie du majeur, notamment pour les actes à caractère personnel. Un second régime, celui du conseil judiciaire, s'appliquait aux prodiges conformément à l'article 513 mais il ne mentionnait que les biens du majeur.

La loi du 30 juin 1838 régissait quant à elle la situation des aliénés. Elle associait dans une certaine mesure le traitement juridique et le traitement médical de l'intéressé. Cette association résultait

¹⁵⁷⁵ *Ibid.*

¹⁵⁷⁶ Loi du 30 juin 1838 sur les aliénés, *Recueil Duvergier*, p. 490.

¹⁵⁷⁷ Art. 489 du *Code civil des français*, *Edition originale et seule officielle*, Paris, 1804, Disponible sur : <http://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k1061517/f122.tableDesMatières>, Consulté le 9 août 2013.

¹⁵⁷⁸ *Ibid.*, Art. 502.

principalement de l'article 31 de cette loi qui prévoyait que « *les commissions administratives ou de surveillance des hospices ou établissements publics d'aliénés exerceront, à l'égard des personnes non interdites qui y seront placées, les fonctions d'administrateur provisoire* ». Seuls les malades internés dans un établissement public bénéficiaient donc d'une mesure permettant d'assurer la protection de leurs biens, à l'exception des personnes hospitalisées dans des établissements privés ou à domicile¹⁵⁷⁹. Il était toutefois possible, sur demande, qu'un tribunal civil nomme un administrateur provisoire¹⁵⁸⁰ ou un curateur à la personne¹⁵⁸¹. Cette association était toutefois limitée ; la personne n'était pas automatiquement placée sous le régime de l'interdiction, la loi envisageant à diverses reprises le cas de la personne internée sans pour autant être interdite¹⁵⁸². Mais, alors que « *dans l'esprit des auteurs de la loi de 1838 [le régime de l'administration provisoire était conçu pour] être le préalable de l'interdiction (...) l'expérience a montré qu'il se perpétuait sans que l'on fasse procéder à une interdiction ou à la dation d'un conseil judiciaire. À titre d'exemple, l'hôpital psychiatrique de Clermont (Oise) ne comptait en 1967 que cinq interdits sur les quatre mille internés* »¹⁵⁸³. Ces difficultés juridiques couplées à des considérations d'ordre médical¹⁵⁸⁴ expliquent en partie la proclamation de l'indépendance des intérêts civils et du traitement médical.

Tel a notamment été l'objet de la loi du 3 janvier 1968¹⁵⁸⁵. Son article premier, anciennement codifié à l'article 490-1 du Code civil, disposait que « *les modalités du traitement médical, notamment quant au choix entre l'hospitalisation et les soins à domicile, sont indépendantes du régime de protection appliqué aux intérêts civils* » et que « *reciproquement, le régime applicable aux intérêts civils est indépendant du traitement médical* ». Même si cette disposition n'a pas été conservée textuellement lors de la révision de 2007¹⁵⁸⁶, cette idée est toujours prégnante, sa suppression ayant été justifiée par le fait qu'elle ressortait, avec suffisamment de clarté, de l'ensemble des dispositions du Code civil¹⁵⁸⁷. Il existe donc une distinction, mise en exergue par J. CARBONNIER, entre les régimes de protection au sein du Code civil et les régimes de protection au sein du Code de la santé publique. Il relève en ce sens que « *ce qui était d'ordre patrimonial a été concentré dans le Code civil ; ce qui avait trait à la personne a été abandonné au Code de la santé publique* »¹⁵⁸⁸. Bien que cette affirmation doive être en partie nuancée¹⁵⁸⁹, il est souvent ressorti que le Code civil, tel qu'issu de la loi de 1968, était sinon silencieux, du moins lacunaire quant à la protection de la personne¹⁵⁹⁰. Le projet de loi se cantonnait

¹⁵⁷⁹ EYRAUD B., « Prise en charge thérapeutique et protection des intérêts civils : des institutions aux enjeux imbriqués », in ARVEILLER J. (Dir.), *Psychiatries dans l'histoire*, Caen, Presses universitaires de Caen, 2008, p. 412.

¹⁵⁸⁰ Art. 32.

¹⁵⁸¹ Art. 38.

¹⁵⁸² Art. 39, 38, 32, 31.

¹⁵⁸³ QUEZEDE E., *La protection des incapables majeurs. Son histoire et ses perspectives d'évolution*, Angers, Thèse en médecine, 2003, pp. 8-9.

¹⁵⁸⁴ *Ibid.*, pp. 9-11.

¹⁵⁸⁵ Loi n° 68-5 du 3 janvier 1968 portant réforme du droit des incapables majeurs, *JORF*, 4 janvier 1968, p. 114.

¹⁵⁸⁶ Loi n° 2007-308 du 5 mars 2007 réformant la protection juridique des majeurs, *JORF*, 7 mars 2007, p. 4325.

¹⁵⁸⁷ MASSIP J., *Tutelle des mineurs et protection juridique des majeurs*, Paris, Lextenso, Defrénois, 2009, p. 198.

¹⁵⁸⁸ CARBONNIER J., *Droit civil. Les personnes*, Paris, PUF, Thémis droit privé, 1994, p. 297.

¹⁵⁸⁹ L'article 490 al. 1 ancien disposait en effet que « *lorsque les facultés mentales sont altérées par une maladie, une infirmité ou un affaiblissement dû à l'âge, il est pourvu aux intérêts de la personne par l'un des régimes de protection prévus aux chapitres suivants* ». En outre, l'article 495 ancien procédait à un renvoi aux règles de la tutelle des mineurs en indiquant que « *sont aussi applicables dans la tutelle des majeurs les règles prescrites par les sections 2, 3 et 4 du chapitre II, au titre dixième du présent livre, pour la tutelle des mineurs, à l'exception toutefois de celles qui concernent l'éducation de l'enfant et, en outre, sous les modifications qui suivent* ». Était ainsi applicable aux majeurs sous tutelle l'article 450 ancien qui disposait que « *le tuteur prendra soin de la personne du mineur et le représentera dans tous les actes civils, sauf les cas dans lesquels la loi ou l'usage autorise les mineurs à agir eux-mêmes* ». Il en résulte, d'une part que la protection de la personne n'était pas ignorée et, d'autre part, que le majeur était susceptible de se voir accorder une part d'autonomie pour les actes pour lesquels la loi ou l'usage l'autorise à agir lui-même.

¹⁵⁹⁰ Voir, parmi d'autres : DELFOSSE A., BAILLON-WIRTZ N., *La réforme du droit des majeurs protégés*, Paris, Pratique notariale, Collection de l'institut national de formation notariale, Lexis-Nexis, Litec, 2009, p. 5 ; MASSIP J., *Tutelle des mineurs et protection*

à la gestion des biens¹⁵⁹¹, témoignant de l'influence de la pensée¹⁵⁹² du Doyen CARBONNIER qui considérait que la matière « *relevait davantage des mœurs et de la déontologie médicale que de la loi civile* »¹⁵⁹³. La personne du majeur protégé n'a pas pour autant été négligée puisque la doctrine et la jurisprudence¹⁵⁹⁴ ont été amenées à se prononcer sur les actes de nature personnels réalisés par le majeur protégé.

Il résulte de cette brève description de l'évolution des dispositions du Code civil qu'une faible place était accordée à la personne même du majeur, contrairement à la situation prévalant en droit suisse. Ce silence relatif, couplé aux incertitudes inhérentes à l'approche jurisprudentielle, a conduit à l'adoption de dispositions particulières, notamment dans le domaine de la santé. Ces dispositions particulières ont été adoptées progressivement, en fonction des problèmes juridiques posés par les progrès de la science. L'examen de la teneur de ces dispositions permet de démontrer l'émergence d'un droit de la santé, dérogatoire pour partie seulement au droit civil, dont les dispositions ont pour l'essentiel été codifiées au sein du Code de la santé publique. Cet examen laisse le sentiment d'un « *impressionnisme* » juridique.

2. L'appréhension de la personne par un droit sanitaire « impressionniste »

237. Multiplication des lois spécifiques – L'« *impressionnisme* »¹⁵⁹⁵ se manifeste au sein même des dispositions de droit de la santé. En effet, les dispositions ont été adoptées au « coup par coup », sans réflexion globale sur le statut des majeurs protégés et sans souci de cohérence d'ensemble. L'étude chronologique des dispositions adoptées en témoigne. Une présentation de ces dispositions par thématique aurait été plus analytique. Cependant, la présentation chronologique permet d'illustrer avec davantage de clarté l'« *impressionnisme* » juridique, c'est-à-dire la construction du droit par petites touches.

238. Avant l'adoption des lois « bioéthiques » de 1994 – Antérieurement à l'adoption des lois de bioéthique de 1994, deux principales tendances pouvaient être dégagées au sein des textes de droit de la santé. D'une part, certains ne mentionnaient pas la situation des majeurs protégés alors même qu'ils envisageaient celle des mineurs. Tel était le cas de la loi relative à la contraception du 4 décembre 1974. Un raisonnement par analogie avec le droit des mineurs semblait être appliqué en pratique¹⁵⁹⁶. La même difficulté se posait au sujet de l'interruption de grossesse. Cette situation a fait l'objet d'une question écrite de G. BARBIER qui « *attirait l'attention de M. le ministre de la Justice [sur le fait] qu'aucune mesure législative spécifique n'envisage le problème des incapables majeurs, personnes en tutelle, en curatelle ou placées sous sauvegarde de justice,*

juridique des majeurs, Paris, Lextenso, Defrénois, 2009, p. 200 ; TALARICO L., *La personne du majeur protégé*, Lyon 3, Thèse en droit privé, 2008, p. 14 ; FOSSIER T., VERHEYDE T., « Réforme des tutelles : la protection de la personne », *AJ famille*, 2007, n° 4, p. 160 ; Loi n° 2007-308 du 5 mars 2007 portant réforme de la protection juridique des majeurs, Exposé des motifs, Disponible sur : http://www.legifrance.gouv.fr/affichLoiPubliee.do?sessionId=B294CB0355880F647158531E1F582E30.tpdjo13v_1?idDocument=JORFDOLE000017758198&type=expose, Consulté le 9 août 2013.

¹⁵⁹¹ MASSIP J., *Tutelle des mineurs et protection juridique des majeurs*, Paris, Lextenso, Defrénois, 2009, p. 2 ; TALARICO L., *La personne du majeur protégé*, Lyon 3, Thèse en droit privé, 2008, p. 14.

¹⁵⁹² Hypothèse du non droit : CARBONNIER J., *Flexible droit : pour une sociologie du droit sans rigueur*, Paris, LGDJ, 2001, p. 25 et s.

¹⁵⁹³ MASSIP J., *Tutelle des mineurs et protection juridique des majeurs*, Paris, Lextenso, Defrénois, 2009, p. 7, p. 201 et p. 353.

¹⁵⁹⁴ Voir *infra* § 554 et s.

¹⁵⁹⁵ Le terme est utilisé dans un autre contexte en droit international privé : LOUSSOUARN Y., BOUREL P., DE VAREILLES-SOMMIÈRES P., *Droit international privé*, Paris, Précis, Dalloz, 2013, p. 175.

¹⁵⁹⁶ VERDIER P., BAUER M., *Comment assurer la protection d'un majeur*, Paris, ESF, Collection Actions Sociales / Référence, 1988, p. 122.

aliénés et personnes dont la volonté ne peut pas s'exprimer». Il s'interrogeait sur le point de savoir « *qui peut prendre la décision de la pratique d'une IVG sur lesdites personnes ; s'agit-il de l'intéressé lui-même, du conseil de famille, du tuteur, du curateur, d'un médecin, d'un magistrat ou d'autres personnes encore, selon les cas* »¹⁵⁹⁷. Dans sa réponse, le ministre de la Justice retenait que le tuteur devait agir, semble-t-il, avec l'autorisation du conseil de famille, que le majeur sous curatelle avait besoin de l'assistance du curateur et la personne sous sauvegarde de justice pouvait agir seule¹⁵⁹⁸. En l'absence de mention de la situation du majeur protégé dans le droit spécial, il convenait donc de se référer au droit commun. D'autre part, certaines lois mentionnaient la situation des majeurs protégés. Cependant, ces textes ne se référaient pas aux mêmes termes et n'accordaient pas la même place à l'autonomie du majeur. Ainsi, la loi CAILLAVET relative aux prélèvements d'organes¹⁵⁹⁹ prévoyait que le prélèvement *post mortem* réalisé sur un « *incapable* » ne pouvait « *être effectué qu'après autorisation de son représentant légal* »¹⁶⁰⁰. Aucune référence n'était faite à la volonté de l'incapable. La loi HURIET¹⁶⁰¹ se référait, quant à elle, uniquement aux majeurs sous tutelle en précisant que « *le consentement est donné par le tuteur pour les recherches à finalité thérapeutique directe ne présentant pas un risque prévisible sérieux et, dans les autres cas, par le tuteur autorisé par le conseil de famille ou le juge des tutelles* ». Elle ajoutait que « *le consentement (...) du majeur sous tutelle doit être systématiquement recherché lorsqu'il est apte à exprimer sa volonté. Il ne peut être passé outre à son refus ou à la révocation de son consentement* ». La situation du majeur sous curatelle et du majeur sous sauvegarde de justice n'était pas envisagée alors même que ces personnes se trouvaient en situation de vulnérabilité.

239. Lois « bioéthiques » de 1994 – L'adoption des lois de bioéthique de 1994 aurait pu être l'occasion d'une réflexion globale sur le statut biomédical des majeurs protégés. L'article 16-3, inséré au sein du Code civil par la loi relative au respect du corps humain, aurait en effet pu « *définir les éléments suffisants d'une théorie générale* »¹⁶⁰². Or, « *le texte est décevant [puisqu'il] ne précise nullement la situation des incapables* »¹⁶⁰³. Comme le souligne J. HAUSER, « *on se prend à rêver d'un troisième alinéa qui répondrait à nos questions (...) mais tel n'est pas le cas* »¹⁶⁰⁴. Ce silence fut critiqué par la doctrine du fait du caractère lacunaire

¹⁵⁹⁷ Question écrite n° 41249 de M. Gilbert BARBIER, JOAN, 22 mai 1981, p. 2234.

¹⁵⁹⁸ Réponse à la question de M. Gilbert BARBIER Le raisonnement était le suivant : « *Il résulte de la combinaison des articles 450 et 495 du Code civil que le tuteur doit représenter le majeur en tutelle dans tous les actes de la vie civile, sauf les cas dans lesquels la loi ou l'usage autorise ce dernier à agir lui-même. La demande d'interruption de grossesse n'étant manifestement pas un acte usuel et les lois des 17 janvier 1975 et 31 décembre 1979 relatives à l'interruption volontaire de la grossesse n'ayant pas prévu la possibilité, pour la femme majeure qui fait l'objet d'une mesure de tutelle, d'agir seule, il faut admettre que les démarches tendant à l'intervention médicale considérée doivent être accomplies par le tuteur. S'agissant d'un acte grave concernant la personne de l'incapable, il est même permis de penser, en se fondant également sur le renvoi général opéré par l'article 495, que le tuteur devrait être autorisé par le conseil de famille, à défaut par le juge des tutelles. Ces considérations ne sont pas exclusives de l'article 501 du Code civil aux termes duquel le juge des tutelles pourrait autoriser la femme majeure placée sous tutelle à agir seule dans l'hypothèse envisagée. En ce qui concerne la curatellaire, l'article 510 paraît impliquer l'assistance du curateur et, en cas de refus du curateur, l'autorisation du juge des tutelles. Une interprétation en ce sens pourrait être confortée par l'article 464 alinéa 3 qui, dans le domaine des actions extrapatrimoniales, prévoit l'assistance du curateur : ce qui est valable pour une action en justice devrait l'être également pour un acte juridique présentant le même caractère. Là encore, l'article 511 du Code civil prévoit la faculté, pour le juge, d'autoriser la personne en curatelle à agir sans l'assistance de son curateur, possibilité qui pourrait, par exemple, trouver une application dans le cas où l'ouverture de la curatelle a été fondée sur l'article 488, alinéa 3, du Code civil, qui vise moins l'altération des facultés mentales que la prodigalité, l'intempérance ou l'oisiveté. Quant aux femmes majeures placées sous sauvegarde de justice, leur situation ne requiert ni représentation, ni assistance, ni autorisation, puisqu'elles conservent la jouissance et l'exercice de tous leurs droits. Il en est de même des autres personnes auxquelles se réfère l'honorable parlementaire et qui ne sont placées sous aucun régime de protection* ».

¹⁵⁹⁹ Loi n° 76-1181 du 22 décembre 1976 relative aux prélèvements d'organes, JORF, 23 décembre 1976, p. 7365.

¹⁶⁰⁰ Art. 2.

¹⁶⁰¹ Loi n° 88-1138 du 20 décembre 1988 dite HURIET relative à la protection des personnes qui se prêtent à des recherches biomédicales, JORF, 22 décembre 1988, p. 1603.

¹⁶⁰² BATTEUR A., « Les anormaux et les lois du 29 juillet 1994 », LPA, 14 décembre 1994, n° 149, n° spécial, p. 32.

¹⁶⁰³ Ibid.

¹⁶⁰⁴ HAUSER J., « Le consentement aux soins des majeurs protégés », LPA, 19 mars 2002, n° 56, p. 5.

du Code civil en ce qui concerne la personne du majeur. Il était proposé d'exiger à la fois le consentement du majeur et celui de son représentant légal¹⁶⁰⁵. En présence d'un acte grave, il semblait donc que le majeur sous tutelle dût obtenir le consentement du représentant, le majeur sous curatelle l'assistance du curateur et que le majeur sous sauvegarde de justice pût agir seul. Le même silence pouvait être déploré en ce qui concerne les règles relatives à l'assistance médicale à la procréation ou encore aux tests génétiques. Malgré l'existence d'un texte spécifique, la protection des incapables relevait donc toujours des règles plus générales du Code civil.

D'autres articles issus des lois de 1994 envisageaient, en revanche, expressément la question des incapables. Ainsi, en ce qui concerne les prélèvements d'organes « *aucun prélèvement (...), en vue du don, (...) sur une personne vivante majeure faisant l'objet d'une mesure de protection* »¹⁶⁰⁶ ne pouvait être réalisé. Il en était de même pour les dons de tissus et de cellules¹⁶⁰⁷. En ce qui concerne le don d'organes *post mortem*, il était prévu que « *si la personne décédée était (...) un majeur faisant l'objet d'une mesure de protection légale (...) le représentant légal y consente expressément par écrit* »¹⁶⁰⁸. La formulation est problématique car le terme majeur protégé fait référence à la fois aux majeurs sous tutelle, curatelle et sauvegarde de justice alors que seul le majeur sous tutelle est pourvu d'un représentant légal. Il semble donc qu'il fallait en déduire que seul le majeur sous tutelle n'était pas concerné par la règle du consentement présumé. La question des prélèvements à des fins de recherche scientifique était également problématique car seul le cas des mineurs avait été envisagé¹⁶⁰⁹.

Les lois de bioéthique de 1994 apparaissent relativement lacunaires s'agissant du statut médical des majeurs protégés. Tantôt leur situation est mentionnée ; tantôt elle ne l'est pas, alors même qu'aucune distinction n'explique cette différence de traitement. Lorsque leur situation est envisagée, le vocabulaire apparaît parfois peu précis.

240. Loi relative à l'interruption volontaire de grossesse et à la contraception – La loi relative à l'interruption de grossesse et à la contraception¹⁶¹⁰ témoigne également, dans une certaine mesure, d'un manque de réflexion sur le statut des majeurs vulnérables. En ce qui concerne l'interruption volontaire de grossesse et la contraception, aucune mention n'est accordée aux majeurs protégés, alors même que la loi développe largement la situation des mineurs. La situation décrite plus haut semblait donc devoir perdurer. On peut néanmoins se demander, depuis l'adoption de la loi du 5 mars 2007, si elle ne relèverait pas exclusivement du choix du majeur protégé conformément à l'article 459 CC¹⁶¹¹.

¹⁶⁰⁵ BATTEUR A., « Les anormaux et les lois du 29 juillet 1994 », *LPA*, 14 décembre 1994, n° 149, n° spécial, p. 29.

¹⁶⁰⁶ Art. L. 671-4 CSP.

¹⁶⁰⁷ Art. L. 672-5 CSP.

¹⁶⁰⁸ Art. L. 671-8 CSP.

¹⁶⁰⁹ J. HAUSER souligne à cet égard qu'il était, soit possible de considérer qu'il s'agissait d'un oubli et d'appliquer aux majeurs les dispositions expressément prévues pour le mineur par analogie, soit possible de considérer que le prélèvement était prohibé sur le majeur protégé. Mais dans cette hypothèse, il est difficile de trouver une justification à la différence de traitement entre les mineurs et les majeurs : HAUSER J., « Le consentement aux soins des majeurs protégés », *LPA*, 19 mars 2002, n° 56, p. 6. Voir également : GIOVANNANGELLI C., « Le droit français actuel des prélèvements d'organes », in SERIAUX A. (Dir.), *Le droit de la biologie humaine. Vieux débats, nouveaux enjeux*, Paris, Ellipses, Le droit en questions, 2000, p. 131.

¹⁶¹⁰ Loi n° 2001-588 du 4 juillet 2001 relative à l'interruption volontaire de grossesse et à la contraception, *JORF*, 7 juillet 2001, p. 10823.

¹⁶¹¹ MASSIP J., *Tutelle des mineurs et protection juridique des majeurs*, Paris, Lextenso, Defrénois, 2009, p. 358.

Au contraire, la loi est plus précise en ce qui concerne la stérilisation¹⁶¹². Cette problématique a été insérée dans la loi, sur amendement de Mme le rapporteur de la commission des affaires culturelles familiales et sociales de l'Assemblée nationale¹⁶¹³. Le texte, adopté en première lecture par l'Assemblée nationale, disposait que la stérilisation « *ne peut être pratiquée sur une personne handicapée mentale, majeure sous tutelle, que lorsqu'il existe une contre-indication médicale absolue aux méthodes de contraception ou une impossibilité avérée de les mettre en œuvre efficacement. Si la personne concernée est apte à exprimer sa volonté et à participer à la décision, son consentement doit être systématiquement recherché et pris en compte après que lui a été donnée une information adaptée à son degré de compréhension. L'intervention est subordonnée à une décision du juge des tutelles qui se prononce après avoir entendu les parents ou le représentant légal de la personne concernée ainsi que toute personne dont l'audition lui paraît utile et après avoir recueilli l'avis d'un comité d'experts* ».

La commission des affaires sociales du Sénat a ensuite proposé trois principales modifications. D'abord, la suppression de la notion de handicap mental qui n'était pas suffisamment juridique. Ensuite, et conformément à la recommandation du Conseil de l'Europe du 23 février 1999, elle a renforcé la protection de la volonté du majeur protégé en ajoutant « *qu'il ne peut être passé outre à son refus ou à la révocation de son consentement* ». Enfin, elle proposait que la stérilisation ne puisse être pratiquée qu'à la demande du représentant légal¹⁶¹⁴.

En nouvelle lecture devant l'Assemblée nationale, le terme de handicapé mental supprimé par le Sénat a été remplacé par celui d'« *altération irréversible des facultés mentales justifiant le placement sous tutelle* »¹⁶¹⁵. Mais jusqu'à ce stade des débats, seule la situation des majeurs sous tutelle avait été envisagée, alors même que la stérilisation posait également des difficultés pour le majeur sous curatelle. L'adoption d'un amendement n° 24 rectifié qui prévoyait, d'une part l'extension de la protection aux majeurs sous curatelle, et d'autre part, que la demande pourrait émaner de la personne placée sous curatelle¹⁶¹⁶ mit un terme à cette difficulté. La situation des majeurs sous sauvegarde de justice n'étant pas mentionnée, il faut en déduire qu'ayant le plein exercice de leurs droits, ils ne bénéficient pas des mesures protectrices précitées.

¹⁶¹² Art. 27 : « Art. L. 2123-2. - La ligature des trompes ou des canaux déférents à visée contraceptive ne peut être pratiquée sur une personne mineure. Elle ne peut être pratiquée sur une personne majeure dont l'altération des facultés mentales constitue un handicap et a justifié son placement sous tutelle ou sous curatelle que lorsqu'il existe une contre-indication médicale absolue aux méthodes de contraception ou une impossibilité avérée de les mettre en œuvre efficacement.

« L'intervention est subordonnée à une décision du juge des tutelles saisi par la personne concernée, les père et mère ou le représentant légal de la personne concernée.

« Le juge se prononce après avoir entendu la personne concernée. Si elle est apte à exprimer sa volonté, son consentement doit être systématiquement recherché et pris en compte après que lui a été donnée une information adaptée à son degré de compréhension. Il ne peut être passé outre à son refus ou à la révocation de son consentement.

« Le juge entend les père et mère de la personne concernée ou son représentant légal ainsi que toute personne dont l'audition lui paraît utile.

« Il recueille l'avis d'un comité d'experts composé de personnes qualifiées sur le plan médical et de représentants d'associations de personnes handicapées. Ce comité apprécie la justification médicale de l'intervention, ses risques ainsi que ses conséquences normalement prévisibles sur les plans physique et psychologique.

« Un décret en Conseil d'État fixe les conditions d'application du présent article ».

¹⁶¹³ AN, Rapport fait au nom de la commission des affaires culturelles, familiales et sociales sur le projet de loi (n° 2605) relatif à l'interruption volontaire de grossesse et à la contraception, Par Mme Martine LIGNIÈRES-CASSOU, n° 2726, Enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 15 novembre 2000, p. 71.

¹⁶¹⁴ SÉNAT, Rapport fait au nom de la commission des affaires sociales sur le projet de loi, adopté par l'Assemblée nationale, après déclaration d'urgence, relatif à l'interruption volontaire de grossesse et à la contraception, Par M. Francis GIRAUD, n° 210, Annexe au procès-verbal de la séance du 31 janvier 2001, pp. 88-89.

¹⁶¹⁵ AN., Rapport fait au nom de la commission des affaires culturelles, familiales et sociales sur le projet de loi, modifié par le Sénat, relatif à l'interruption volontaire de grossesse et à la contraception, Par Mme Martine LIGNIÈRES-CASSOU, n° 2977, Enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 5 avril 2001, p. 33.

¹⁶¹⁶ Amendement n° 24 rectifié adopté : AN, 3^e séance du 17 avril 2001, JORF, Débats parlementaires, 18 avril 2001, pp. 1976-1977.

241. Loi relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé – La loi du 4 mars 2002¹⁶¹⁷ constitue un progrès dans la théorisation des droits des malades. Il s'agissait d'ailleurs d'un des objectifs affichés par la réforme. L'exposé des motifs indiquait, en effet, que « *les droits des malades et des usagers du système de santé sont déjà reconnus dans un grand nombre de textes, notamment internationaux, dans des codes professionnels, des chartes, des rapports ainsi que dans les évolutions jurisprudentielles. Il s'agit cependant de textes dispersés et fragmentaires qu'il est apparu nécessaire de réécrire et de regrouper dans un texte unique afin de les rendre plus lisibles et compréhensibles par les usagers et les professionnels* »¹⁶¹⁸. L'objectif affiché n'est cependant atteint qu'en partie en ce qui concerne les droits des majeurs protégés. En effet, seul le cas du majeur sous tutelle est envisagé par les textes, ce qui donne lieu à de nombreuses interrogations concernant le majeur sous curatelle.

Les majeurs sous tutelle sont concernés par diverses dispositions de la loi du 4 mars 2002. Ils sont d'abord visés par l'article L 1111-2 CSP qui prévoit que le droit à l'information est exercé par le tuteur. Les majeurs se voient cependant accorder le droit de « *recevoir eux-mêmes une information et de participer à la prise de décision les concernant, d'une manière adaptée (...) à leurs facultés de discernement* ». L'idée d'association est également patente dans les dispositions relatives au consentement. Il est en effet précisé que « *le consentement (...) du majeur sous tutelle doit être systématiquement recherché s'il est apte à exprimer sa volonté et à participer à la décision* »¹⁶¹⁹. Cet article témoigne de l'insertion de notions factuelles qui supplantent le statut juridique. Les termes utilisés sont cependant variables puisqu'il est tantôt fait allusion aux « *facultés de discernement* », tantôt à « *l'aptitude à exprimer sa volonté et à participer à la décision* ». En outre, l'article pose plusieurs difficultés.

Une première difficulté est liée à la référence au terme « *recherché* ». Elle laisse entendre qu'en cas de désaccord entre le tuteur et le majeur, le consentement du tuteur peut s'imposer. Cette idée semble confirmée par les dispositions relatives au refus de soin. En effet, alors que le texte initial de l'article L 1111-4 CSP disposait que « *dans le cas où le refus d'un traitement par l'intéressé (...) ou par le tuteur risque d'entraîner des conséquences graves pour la santé du (...) majeur sous tutelle, le médecin délivre les soins indispensables* », la commission des affaires culturelles familiales et sociales de l'Assemblée nationale a supprimé le terme « *par l'intéressé* ». Elle a en effet considéré qu'« *en mettant sur le même plan le refus des parents, du tuteur et de l'intéressé [le texte] aboutissait, en cas de refus de soin par ce dernier, à faire arbitrer le conflit par le médecin en contradiction avec les principes que pose l'article par ailleurs* »¹⁶²⁰. On peut donc en déduire que le refus exprimé par le majeur sous tutelle n'est pas contraignant pour le tuteur, qui peut passer outre. L'intérêt de la disposition s'en trouve toutefois grandement limité.

Une seconde difficulté a trait à l'absence de reprise de l'exigence, prévalant antérieurement¹⁶²¹, d'autorisation du conseil de famille ou du juge des tutelles pour les actes graves. T. FOSSIER émet

¹⁶¹⁷ Loi n° 2002-303 du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé, *JORF*, 5 mars 2002, p. 4118.

¹⁶¹⁸ AN, Projet de loi relatif aux droits des malades et à la qualité du système de santé, Présenté au nom de M. Lionel JOSPIN par Mme Élisabeth GUIGOU, n° 3258, Enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 5 septembre 2001, Exposé des motifs, p. 5.

¹⁶¹⁹ Art. L 1111-4 CSP.

¹⁶²⁰ AN, Rapport fait au nom de la commission des affaires culturelles, familiales et sociales sur le projet de loi relatif aux droits des malades et à la qualité du système de santé (n° 3258), Par MM. Claude EVIN, Bernard CHARLES, Jean-Jacques DENIS, n° 3263, Enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 18 septembre 2001, Vol. 1, pp. 59-60.

¹⁶²¹ TI Brest, 25 avril 1978 : *D.*, 1978, 697, Note GEFFROY C.

l'hypothèse du maintien de la distinction entre les actes graves et non graves, mais souligne qu'« *il aurait été bon que le Code de la santé publique le dise* »¹⁶²².

Les majeurs sous tutelle sont ensuite mentionnés par l'article L 1111-6 CSP relatif à la personne de confiance. Le majeur sous tutelle ne peut, par principe, désigner une personne de confiance qui sera amenée à intervenir lorsque la personne est « *bors d'état d'exprimer sa volonté* ». En cas de désignation antérieure, le juge peut cependant « *soit confirmer la mission de la personne de confiance (...), soit révoquer la désignation de celle-ci* ». Le statut juridique et la capacité naturelle de la personne sont donc imbriqués.

Enfin, alors qu'un article spécifique¹⁶²³ a été consacré à l'accès au dossier médical, le cas du majeur sous tutelle n'est pas mentionné. À aucun moment, les travaux parlementaires ne donnent d'explication sur les raisons de ce silence¹⁶²⁴. À défaut de précision, doit-on en déduire, par analogie avec les dispositions de l'article concernant l'information, que cet accès est réservé au tuteur et que le majeur reçoit également lui-même cette information, ou au contraire, convient-il de considérer que le majeur accède seul à son dossier en se fondant sur la référence de cet article au terme « *toute personne* » ? Un auteur relève que « *le majeur en tutelle peut (...) accéder à son dossier exactement comme une personne capable* »¹⁶²⁵. Il souligne qu'« *il ne semble pas possible d'admettre que le tuteur puisse remplacer le majeur pour exercer le droit d'accès et [qu'] il est à craindre que cette prérogative, faute de précision suffisante de l'article L 1111-7 du Code de la santé publique, tombe en désuétude pour les majeurs vulnérables* »¹⁶²⁶. Cette idée semble toutefois démentie¹⁶²⁷ par la partie réglementaire du Code de la santé publique puisque l'article R 1111-1 dispose que « *l'accès aux informations relatives à la santé d'une personne, mentionnées à l'article L 1111-7 et détenues par un professionnel de santé, un établissement de santé ou un hébergeur agréé en application de l'article L 1111-8, est demandé par la personne concernée, son ayant-droit en cas de décès de cette personne, la personne ayant l'autorité parentale, le tuteur ou, le cas échéant, par le médecin qu'une de ces personnes a désigné comme intermédiaire* ». La CADA s'est d'ailleurs prononcée dans ce sens. Elle retient, par analogie avec l'article L 1111-2, que le droit d'accès au dossier médical est exercé par le tuteur et étend même cet accès à l'administrateur légal¹⁶²⁸.

¹⁶²² FOSSIER T., « Démocratie sanitaire et personnes vulnérables », *JCP G*, 2003, n° 21, I, 135, § 16.

¹⁶²³ Art. L 1111-7 CSP.

¹⁶²⁴ AN, Projet de loi relatif aux droits des malades et à la qualité du système de santé, Présenté au nom de M. Lionel JOSPIN par Mme Élisabeth GUIGOU, n° 3258, Enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 5 septembre 2001 ; AN, Rapport fait au nom de la commission des affaires culturelles, familiales et sociales sur le projet de loi relatif aux droits des malades et à la qualité du système de santé (n° 3258), Par MM. Claude EVIN, Bernard CHARLES, Jean-Jacques DENIS, n° 3263, Enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 18 septembre 2001, Vol. 1 ; AN, Projet de loi adopté par l'Assemblée nationale en première lecture, après déclaration d'urgence, relatif aux droits des malades et à la qualité du système de santé, Texte adopté n° 705, 4 octobre 2001 ; SÉNAT, Rapport fait au nom de la commission des affaires sociales sur le projet de loi, adopté par l'Assemblée nationale après déclaration d'urgence, relatif aux droits des malades et à la qualité du système de santé, Par MM. Francis GIRAUD, Gérard DÉRIOT et Jean-Louis LORRAIN, n° 174, Annexe au procès-verbal de la séance du 16 janvier 2002 ; AN, Projet de loi modifié par le Sénat après déclaration d'urgence relatif aux droits des malades et à la qualité du système de santé, n° 3582, Enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 7 février 2002 ; AN/SÉNAT, Rapport fait au nom de la commission mixte paritaire chargée de proposer un texte sur les dispositions restant en discussion sur le projet de loi relatif aux droits des malades et à la qualité du système de santé, Par M. Claude EVIN/Par M. Francis GIRAUD, n° 3587/n° 220, Enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 8 février 2002/Annexe au procès-verbal de la séance du 8 février 2002.

¹⁶²⁵ FOSSIER T., « Démocratie sanitaire et personnes vulnérables », *JCP G*, 2003, n° 21, I, 135, § 15.

¹⁶²⁶ FOSSIER T., BAUER M., VALLAS-LENERZ E., *Les tutelles accompagnement et protection juridique des majeurs*, Issy-les-Moulineaux, ESF, Référence actions sociales, 2011, pp. 212-213.

¹⁶²⁷ Dans ce sens : CNEH, « L'accès au dossier médical du majeur sous tutelle », *Guide relatif aux modalités d'accès au dossier médical du patient*, p. 23.

¹⁶²⁸ CADA, Avis du 10 janvier 2008, n° 20080172, Directrice du foyer médicalisé « Les Thuyas » de Monferran-Savès.

En ce qui concerne le majeur sous curatelle, l'articulation des textes pose également des difficultés. En effet, la loi ne les mentionne jamais. Malgré son ambition, la loi du 4 mars 2002 laisse donc subsister de nombreuses imprécisions quant à la situation juridique des majeurs protégés. Si elle pose les jalons d'une « *théorie générale* », celle-ci demeure largement lacunaire.

242. Loi relative à la bioéthique de 2004 – La loi relative à la bioéthique de 2004¹⁶²⁹ a pris en compte de manière systématique la question du consentement des majeurs protégés, un de ses objectifs étant d'inclure « *à chaque fois que nécessaire des garanties en matière d'information des personnes, de respect de leur volonté, de rigueur quant aux procédures de recueil de leur consentement* »¹⁶³⁰. La situation des majeurs protégés est explicitement envisagée à diverses reprises, mais l'ensemble manque parfois de cohérence. Les procédures sont en effet variables, tout comme la place accordée à la volonté du majeur protégé. Tantôt, les majeurs sous curatelle et sous sauvegarde de justice ne sont pas mentionnés et donc assimilés aux autres majeurs capables. Tantôt, ils relèvent d'un régime spécifique et peuvent même être assimilés aux majeurs sous tutelle.

Cette conclusion peut être tirée de la brève description des dispositions concernant les majeurs vulnérables. En cas de changement de finalité concernant un prélèvement auquel il a été consenti, le principe de l'absence d'opposition s'applique. Il est précisé que l'opposition est exercée par le tuteur au nom du majeur sous tutelle¹⁶³¹. Rien n'est indiqué concernant l'éventuelle opposition du majeur.

En cas de prélèvement *post mortem*, le tuteur doit y consentir par écrit¹⁶³², les majeurs sous tutelle n'étant pas, contrairement aux majeurs sous curatelle et sous sauvegarde de justice¹⁶³³, inclus dans la règle du consentement présumé. Lorsque des organes sont prélevés à la suite d'une intervention chirurgicale, le régime de l'absence d'opposition s'applique, le tuteur devant alors s'opposer au nom du majeur. Il est toutefois précisé que le refus du majeur sous tutelle fait obstacle à l'utilisation¹⁶³⁴.

La même règle prévaut pour les tissus, cellules et le placenta¹⁶³⁵. Le prélèvement de cellules sur le majeur protégé est désormais autorisé à titre exceptionnel. Il était auparavant interdit et cette « *stricte interdiction posée par la loi a[vait] été difficile à vivre pour les familles* »¹⁶³⁶. On avait pu être étonné que la dérogation, déjà prévue pour les mineurs, ne l'ait pas été pour les majeurs¹⁶³⁷, la Convention d'Oviedo prévoyant d'ailleurs cette possibilité¹⁶³⁸. Le prélèvement au profit d'un frère ou d'une sœur est le plus largement autorisé. Sur un majeur sous tutelle, il est « *subordonné à une décision du juge des tutelles qui se prononce*

¹⁶²⁹ Loi n° 2004-800 du 6 août 2004 relative à la bioéthique, *JORF*, 7 août 2004, p. 14040.

¹⁶³⁰ AN, Projet de loi relatif à la bioéthique, Présenté au nom de M. Lionel JOSPIN par Mme Élisabeth GUIGOU, n° 3166, Enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 20 juin 2001, p. 5.

¹⁶³¹ Art. L 1211-2 CSP.

¹⁶³² Art. L 1232-2 CSP.

¹⁶³³ AN, Projet de loi relatif à la bioéthique, Présenté au nom de M. Lionel JOSPIN par Mme Élisabeth GUIGOU, n° 3166, Enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 20 juin 2001, p. 22.

¹⁶³⁴ Art. L 1235-2. On peut se demander pourquoi cette précision ne se retrouve pas dans l'article L 1211-2 CSP.

¹⁶³⁵ Art. L 1245-2 CSP.

¹⁶³⁶ AN, Projet de loi relatif à la bioéthique, Présenté au nom de M. Lionel JOSPIN par Mme Élisabeth GUIGOU, n° 3166, Enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 20 juin 2001, p. 28.

¹⁶³⁷ HAUSER J., « Le consentement aux soins des majeurs protégés », *LPA*, 19 mars 2002, n° 56, p. 6.

¹⁶³⁸ Article 20 de la Convention pour la protection des droits de l'homme et de la dignité de l'être humain à l'égard des applications de la biologie et de la médecine (Convention sur les droits de l'homme et la biomédecine), Oviedo, 4 avril 1997, STCE 164.

après avoir recueilli l'avis de la personne concernée lorsque cela est possible, du tuteur et du comité d'experts»¹⁶³⁹. En revanche, et contrairement aux dispositions précitées, qui semblaient placer le majeur sous curatelle ou sous sauvegarde dans la même situation que les autres majeurs, l'article prévoit ici des dispositions spécifiques à leur encontre. Il pose ainsi une distinction. Si le juge des tutelles estime, après avoir entendu la personne, qu'elle a la faculté de consentir, son consentement est donné dans les mêmes conditions que pour le mineur. Si le juge estime que la personne n'a pas la faculté de consentir, le régime relatif au majeur sous tutelle est applicable. Le prélèvement au profit d'un cousin, d'une cousine, d'un oncle, d'une tante, d'un neveu ou d'une nièce est moins largement autorisé puisque seules les personnes sous curatelle ou sous sauvegarde de justice ayant la faculté de consentir peuvent y être autorisées par le comité d'experts. Il est ainsi possible de relever qu'un second critère plus factuel, lié à la faculté de consentir, se superpose au critère du statut juridique (curatelle, sauvegarde de justice).

Finalement, l'article L 2141-11 CSP prévoit la possibilité de recueil et de conservation des gamètes *« lorsqu'une prise en charge médicale est susceptible d'altérer la fertilité, ou lorsque la fertilité est susceptible d'être altérée prématurément »*. Le consentement est donné par la personne intéressée et le cas échéant celui du tuteur. Les majeurs sous curatelle et sous sauvegarde de justice ne sont pas mentionnés.

243. Loi relative à la politique de santé publique – La loi du 9 août 2004¹⁶⁴⁰ a comblé certaines lacunes relatives à la recherche sur les personnes vulnérables. Elle a modifié la loi HURIET afin de transposer, en droit français, la directive européenne 2001/20/CE¹⁶⁴¹. Cette dernière posait, en effet, un certain nombre d'exigences concernant notamment les personnes majeures *« qui ne sont pas en mesure de donner leur consentement légal »*¹⁶⁴². La loi procède ainsi à plusieurs modifications.

D'abord, et afin de satisfaire aux exigences de la directive, elle ouvre la possibilité de réaliser des recherches sur des personnes hors d'état d'exprimer leur consentement. Cette idée renvoie davantage à l'idée de capacité naturelle puisqu'elle peut concerner tant des majeurs protégés que des majeurs dépourvus de toute protection juridique.

Ensuite, dans la lignée de la loi du 4 mars 2002, elle renforce les droits propres des majeurs protégés ou hors d'état d'exprimer leur volonté en indiquant qu'ils doivent bénéficier de *« l'information (...) adaptée à leur capacité de compréhension, tant de la part de l'investigateur que des personnes, organes ou autorités chargés de les assister, de les représenter ou d'autoriser la recherche »*¹⁶⁴³. Elle prévoit également leur association à la décision puisqu'ils *« sont consultés dans la mesure où leur état le permet [et que] leur adhésion personnelle en vue de leur participation à la recherche biomédicale est recherchée. En toute hypothèse, il ne peut être passé outre leur refus ou la révocation de leur acceptation »*¹⁶⁴⁴.

Enfin, la loi prévoit une procédure spécifique variant en fonction de la situation juridique du majeur. La personne sous sauvegarde de justice, qui conserve pourtant l'exercice de ses droits, se voit

¹⁶³⁹ Art. L 1241-4.

¹⁶⁴⁰ Loi n° 2004-806 du 9 août 2004 relative à la politique de santé publique, *JORF*, 11 août 2004, p. 14277.

¹⁶⁴¹ Directive 2001/20/CE du Parlement européen et du Conseil du 4 avril 2001 concernant le rapprochement des dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres relatives à l'application de bonnes pratiques cliniques dans la conduite d'essais cliniques de médicaments à usage humain, *JO L 121/34-44*, 1^{er} mai 2001.

¹⁶⁴² Voir notamment (3), (4), (5) et art. 5.

¹⁶⁴³ Art. L 1122-2 CSP.

¹⁶⁴⁴ *Ibid.*

exclue de la possibilité de participer à une recherche¹⁶⁴⁵. Le majeur sous curatelle consent avec l'assistance de son curateur, le représentant légal consent au nom du majeur sous tutelle¹⁶⁴⁶. Quant à la personne hors d'état d'exprimer sa volonté, l'autorisation est donnée par la personne de confiance, à défaut la famille ou à défaut par une personne entretenant avec elle des liens étroits et stables¹⁶⁴⁷. Des exigences renforcées peuvent être posées « *si le comité mentionné à l'article L 1123-1 considère que la recherche comporte, par l'importance des contraintes ou par la spécificité des interventions auxquelles elle conduit, un risque sérieux d'atteinte à la vie privée ou à l'intégrité du corps humain* »¹⁶⁴⁸.

244. Loi relative aux droits des malades et à la fin de vie – La loi LÉONETTI de 2005¹⁶⁴⁹ ne fait aucune référence au statut juridique du majeur et pose comme critère central celui de « l'état d'exprimer sa volonté ». Ainsi, des procédures spécifiques sont prévues pour la limitation ou l'arrêt du traitement¹⁶⁵⁰ et la limitation ou l'arrêt d'un traitement inutile, disproportionné ou n'ayant d'autre objet que la seule prolongation artificielle de la vie lorsque la personne est hors d'état d'exprimer sa volonté. Par ailleurs, les directives anticipées prennent effet lorsque la personne est hors d'état d'exprimer sa volonté. Ces directives peuvent être rédigées par toute personne majeure, sans aucune référence à son statut. Dans la mesure où l'article concernant la désignation de la personne de confiance exclut expressément cette possibilité pour le majeur sous tutelle, il semble qu'il soit possible d'en déduire que la loi autorise le majeur sous tutelle à rédiger des directives anticipées.

245. Loi relative à la bioéthique de 2011 – La loi bioéthique de 2011 n'apporte pas de modification particulière. Malgré la nouvelle réglementation des neurosciences, le cas des personnes vulnérables n'est pas mentionné.

246. Loi relative aux recherches impliquant la personne humaine – Enfin, la loi relative aux recherches impliquant la personne humaine de 2012¹⁶⁵¹ distingue désormais trois catégories de recherches en prévoyant un régime de consentement gradué. Les majeurs vulnérables ne sont cependant pas impactés par cette gradation. En effet, l'article L 1122-2 CSP, qui prévoit les règles applicables à leur rencontre, mentionne les « *recherches impliquant la personne humaine* ». Les trois catégories de recherches se voient donc appliquer un même régime qui varie en fonction du statut (tutelle, curatelle, sauvegarde de justice, hors d'état d'exprimer sa volonté) de la personne. La loi se contente de renforcer les droits de la personne hors d'état d'exprimer sa volonté en prévoyant que « *l'intéressé est informé dès que possible et son consentement lui est demandé pour la poursuite éventuelle de cette recherche s'il retrouve sa capacité à consentir* ».

¹⁶⁴⁵ Art. L 1122-2 II CSP.

¹⁶⁴⁶ *Ibid.*

¹⁶⁴⁷ *Ibid.*

¹⁶⁴⁸ Pour la tutelle, autorisation par le conseil de famille s'il a été constitué et à défaut par le juge des tutelles. Pour la curatelle, le juge peut être saisi afin de s'assurer de l'aptitude à consentir du majeur. En cas d'incapacité il décide d'autoriser ou non la recherche. Pour le majeur hors d'état d'exprimer sa volonté et ne bénéficiant pas d'une mesure de protection, l'autorisation est donnée par le juge des tutelles.

¹⁶⁴⁹ Loi n° 2005-370 du 22 avril 2005 relative aux droits des malades et à la fin de vie, *JORF*, 23 avril 2005, p. 7089.

¹⁶⁵⁰ Art. L 1111-4 CSP.

¹⁶⁵¹ Loi n° 2012-300 du 5 mars 2012 relative aux recherches impliquant la personne humaine, *JORF*, 6 mars 2012, p. 4138.

247. Conclusion de la section 2 : le droit suisse révélateur du caractère exorbitant du droit de la santé français – Les prémisses du droit civil français et du droit civil suisse sont différentes. Alors que le droit civil suisse distingue très clairement capacité civile et capacité naturelle dans l'exercice des droits strictement personnels, ce dont il résulte une cohérence entre droit civil et droit de la santé, le droit français part d'un critère différent. Le critère de base de la protection juridique en France a reposé, d'un point de vue historique, sur la distinction entre capacité civile d'exercice et absence de capacité civile d'exercice. Le mineur est par principe privé de l'exercice de ses droits civils, ce qui peut sembler difficilement conciliable avec les exigences de la relation médicale. Cette dernière accorde en effet une place centrale au consentement éclairé du patient. En ce qui concerne le majeur protégé, le droit civil français s'est montré peu prolixe sur la question si bien que le droit de la santé est venu occuper le terrain en jouant un rôle moteur concernant la protection de la personne. Il est toutefois intervenu au fur et à mesure que se posaient les problématiques particulières. Les critères déterminant la place de l'autonomie du patient face aux prérogatives familiales de protection demeurent donc variables.

248. Conclusion du chapitre 1 : l'influence de l'autonomie du patient sur les prérogatives familiales de protection – Les divergences du droit civil français et du droit civil suisse quant à la place de l'autonomie personnelle constituent un facteur d'explication de la construction différente du droit de la santé dans chacun des pays. Le droit civil suisse accorde une plus large part à l'autonomie personnelle que le droit civil français. Les lacunes ou inadaptations de ce dernier au caractère bilatéral de la relation médicale expliquent que le droit de la santé a pu apparaître comme un droit spécial construit à côté du droit civil. Les textes de droit civil et de droit de la santé constituent ainsi des « *ensembles distincts, voire parallèles* »¹⁶⁵². Cette construction parallèle des droits en France, qui s'oppose à la construction articulée du droit de la santé et du droit civil en Suisse, est une source potentielle de difficultés. En effet, elle contribue à renforcer les incohérences et à affaiblir les mécanismes civilistes de protection. La variété des critères utilisés ne facilite pas non plus la prévisibilité du droit dans l'hypothèse où apparaîtraient de nouvelles activités biomédicales. Le droit de la santé exerce donc en France une influence subversive sur la fonction de protection exercée par la famille.

¹⁶⁵² Faisant cette remarque dans le domaine de l'autorité parentale : DEKEUWER-DÉFOSSEZ F., « L'autorité parentale à l'épreuve de la loi Kouchner », *RGDM*, 2004, n° 12, p. 99.

CHAPITRE 2 : L'INFLUENCE DE L'IMPÉRATIF DE PROTECTION DE LA SANTÉ SUR LES DROITS ET DEVOIRS FAMILIAUX DANS CHACUN DES DEUX PAYS

249. Fonction de protection du droit de la santé – Au-delà de l'importance accordée à l'autonomie du patient dans la décision médicale, le droit de la santé s'inscrit dans un objectif de protection de la santé individuelle et plus largement de la santé publique¹⁶⁵³. Comme le relevait déjà J.-M. AUBY dans les années 1980, le développement du droit de la santé « *correspond à la fois aux aspirations des individus qui se prévalent d'un droit à la santé et au sentiment qu'à l'État de sa responsabilité en ce domaine, soit pour répondre à ces aspirations, soit pour poursuivre ses finalités propres ; le droit de la santé s'inscrit dans la politique de santé de chaque État* »¹⁶⁵⁴. Cette politique de santé revêt une dimension juridique de protection des droits, mais aussi une dimension économique dans la mesure où la santé présente un coût indiscutable pour la collectivité¹⁶⁵⁵. Or, ces finalités du droit de la santé sont susceptibles d'influer sur les fonctions familiales¹⁶⁵⁶ telles qu'elles résultent du droit de la famille, voire du droit des personnes en ce qu'il met en œuvre les solidarités familiales.

250. Influence sur les devoirs protecteurs de la famille – Ces finalités sont d'abord susceptibles d'entrer en contradiction avec certains devoirs visant à assurer la cohérence de l'institution familiale. En effet, contrairement au droit de la famille qui appréhende les relations entre les membres d'une même famille, le droit de la santé s'intéresse prioritairement à la régulation de la relation médecin-patient. Si la nature contractuelle de la relation est actuellement remise en cause en droit français, contrairement à la solution continuant à prévaloir en droit suisse, il n'en demeure pas moins qu'en toute hypothèse, la relation se caractérise essentiellement par son caractère bilatéral. Or, ce fameux colloque singulier semble difficile à concilier avec certains devoirs familiaux impliquant le partage de l'information, voire de la décision.

251. Influence sur la fonction protectrice de la famille – Les finalités du droit de la santé sont ensuite susceptibles d'influer sur la fonction familiale de protection. En effet, alors que traditionnellement,

¹⁶⁵³ La santé publique peut être envisagée, en tant que notion, comme « *l'ensemble des actions mises en œuvre, sous le contrôle des autorités publiques, au bénéfice d'une population donnée, visant à atteindre trois séries d'objectifs hiérarchisés : la réduction des décès évitables dans le but d'augmenter l'espérance de vie, la réduction des incapacités évitables afin d'améliorer la qualité de vie notamment sans maladie ou incapacité, la réduction des inégalités face à la santé* ». L'auteur relève néanmoins que « *le médecin, dans le secret de son cabinet est aussi, bien évidemment, et au quotidien, un acteur de santé publique de premier plan* ». Il conclut qu'« *in fine, c'est la notion de « santé publique » qui chapeaute l'édifice. Elle est le dénominateur commun à l'ensemble des activités humaines portant sur la santé* » : PÉDROT P. (Dir.), *Dictionnaire de droit de la santé et de la biomédecine*, Paris, Ellipses, 2006, pp. 408-409.

¹⁶⁵⁴ AUBY J.-M., *Le droit de la santé*, Paris, Thémis, PUF, 1981, p. 13.

¹⁶⁵⁵ BONNICI B., *La politique de santé en France*, Paris, Que sais-je ?, PUF, 2013, p. 9.

¹⁶⁵⁶ Fonctions religieuse, économique, politique, de reproduction, de socialisation, de développement personnel : MALAURIE P., FULCHIRON H., *La famille*, Paris, Droit civil, Defrénois, Lextenso, 2011, pp. 7-8 ; Fonctions politique, économique, de soutien matériel et moral : MURAT P. (Dir.), *Droit de la famille*, Paris, Dalloz action, Dalloz, 2014-2015, pp. 4-5 ; Fonctions anthropologique, économique et sociale : FENOUILLET D., *Droit de la famille*, Paris, Cours, Dalloz, 2013, p. 4 et s.

la famille était décrite comme « *le refuge matériel et moral (...) l'institution protectrice par excellence* »¹⁶⁵⁷, cette fonction semblait en déclin. Analysant la famille moderne au milieu du XX^e siècle, R. PRIGENT relevait ainsi un « *déplacement de la fonction protectrice* »¹⁶⁵⁸ se traduisant particulièrement dans le domaine de la santé¹⁶⁵⁹. Le développement de la technicité de la médecine a conduit à limiter le rôle familial au profit des professionnels¹⁶⁶⁰. Si « *le rôle de la famille est loin de disparaître [puisqu'il] lui reste au moins la responsabilité de faire appel à cette aide [extérieure], et d'exécuter les prescriptions ordonnées (...), elle perd au moins son rôle technique, pour garder surtout son rôle moral* »¹⁶⁶¹. La famille apparaissait également en déclin, sous l'influence des mesures favorables à la protection de la santé publique¹⁶⁶². Plus largement, l'auteur soulignait qu'« *elle atteint rapidement les limites de ses ressources dans une société industrielle* »¹⁶⁶³, ce qui « *permet de comprendre l'opportunité des mesures de protection sociale* »¹⁶⁶⁴.

252. Influence du droit de la santé sur les droits et devoirs familiaux – Il convient dès lors de s'interroger sur la persistance de ce constat d'éviction de la famille. Le droit de la santé influence-t-il les droits et devoirs familiaux ? L'étude de droit comparé montre que le droit de la santé contribue à l'évolution des droits-fonctions visant à assurer la protection des personnes vulnérables¹⁶⁶⁵. Cette évolution est tantôt justifiée par la protection de la personne (Section 1), tantôt justifiée par la protection de la santé d'autrui (Section 2).

¹⁶⁵⁷ PRIGENT R. (Dir.), *Renouveau des idées sur la famille*, Paris, INED, Travaux et document, Cahier n° 18, PUF, 1954, p. 358.

¹⁶⁵⁸ *Ibid.*, p. 359.

¹⁶⁵⁹ *Ibid.*, p. 360.

¹⁶⁶⁰ *Ibid.*

¹⁶⁶¹ *Ibid.*

¹⁶⁶² *Ibid.* L'auteur se réfère notamment aux « *mesures obligatoires ou semi-obligatoires, telles que les vaccinations de toute nature, les examens médicaux d'entreprise, les examens médicaux scolaires, l'examen médical prénuptial, les consultations de nourrissons* ». Il se réfère également aux mesures alimentaires et nutritionnelles.

¹⁶⁶³ *Ibid.*, pp 360-361.

¹⁶⁶⁴ *Ibid.*, p. 361.

¹⁶⁶⁵ Selon le rapport de la Cour de cassation, les personnes vulnérables peuvent être définies comme « *celles qui, dans une situation pathologique ou hors norme, ne sont pas de fait en mesure d'exercer correctement leurs droits et libertés* ». Sera ici étudiée « *la conception personnelle de la vulnérabilité* », c'est-à-dire celle « *dont la cause est liée à la personne ou à son patrimoine et dont les conséquences affectent de manière générale les droits et libertés de l'intéressé* ». En effet, « *l'incapacité, telle qu'elle est appréhendée par le Code civil, répond à l'évidence de cette définition* » : COUR DE CASSATION, *Rapport annuel de la Cour de cassation : les personnes vulnérables dans la jurisprudence de la Cour de cassation*, Paris, La documentation française, 2009, p. 59.

SECTION 1 : L'ÉVOLUTION DES DROITS ET DEVOIRS JUSTIFIÉE PAR LA PROTECTION DE LA PERSONNE DANS CHACUN DES DEUX PAYS

253. Étendue du rôle protecteur de la famille en droit civil – Dans chacun des pays, la famille est amenée à exercer un rôle protecteur de l'un de ses membres jugé inapte à défendre lui-même son intérêt. D'un point de vue civiliste, ce rôle protecteur se traduit essentiellement par l'exercice de l'autorité parentale et des mesures de protection de l'adulte. Si le rôle de la famille en matière d'autorité parentale est incontesté, il convient de préciser davantage le rôle susceptible de lui être dévolu dans le cadre des mesures de protection de l'adulte.

Dans ce domaine, la famille peut intervenir à plusieurs titres. D'abord, dans chacun des pays, le principe de subsidiarité apparaît central. Il convient toutefois d'en rappeler la signification dans la mesure où un même terme peut recouvrir des réalités différentes en droit comparé. En droit français, ce principe figure, à côté des principes de nécessité et de proportionnalité, parmi les principes directeurs¹⁶⁶⁶ de la réforme du 5 mars 2007¹⁶⁶⁷. Ce n'est que dans le cas où les règles relatives au droit commun de la représentation¹⁶⁶⁸, au mandat de protection future¹⁶⁶⁹ ou encore aux droits et devoirs des époux et aux régimes matrimoniaux¹⁶⁷⁰ s'avèrent insuffisantes ou impossibles à mettre en œuvre qu'une mesure

¹⁶⁶⁶ Les principes de nécessité, de subsidiarité et de proportionnalité ont été expressément consacrés en droit français par la loi du 5 mars 2007 notamment à l'article 428 CC. Sur ces principes directeurs voir, par exemple : REBOURG M., « Les principes directeurs de la loi du 5 mars 2007 réformant la protection juridique des majeurs », *Dr. fam.*, 2007, n° 5, Étude 16 ; FOSSIER T. *et al.*, *Les tutelles. Accompagnement et protection juridique des majeurs*, Issy-les-Moulineaux, Référence Actions sociales, ESF, 2011, pp. 81-87.

¹⁶⁶⁷ Loi n° 2007-308 du 5 mars 2007 portant réforme de la protection juridique des majeurs, *JORF*, 7 mars 2007, p. 4325.

¹⁶⁶⁸ Comme le relève N. PETERKA, les règles du droit commun peuvent être utilisées en cas de PACS et de concubinage : PETERKA N., « La famille dans la réforme de la protection juridique des majeurs », *JCP G*, 2010, n° 1, Doctr. 33, § 6.

¹⁶⁶⁹ LEPROVAUX J., « La place de la famille dans la mise en œuvre du mandat de protection future et du mandat à effet posthume », *RJPF*, 2006, n° 9, pp. 6-9. Plus largement sur la place de la famille face au mandat de protection future : KESSLER G., ZALEWSKI V., « Le principe de primauté de la famille après la réforme des incapacités par la loi du 5 mars 2007 », *RLDC*, 2007, n° 41, p. 37 et s.

¹⁶⁷⁰ Voir par exemple : Cass. civ. 1^{re}, 22 mars 1972, n° 70-11.209 : *Bull. civ.*, 1972, I, n° 94 : « Mais attendu qu'en confirmant le jugement qui justifiait sa décision par l'état mental de Y... en y ajoutant que la protection de l'incapable ne pouvait être assurée autrement que par sa mise sous tutelle, le tribunal, sans se contredire, a, au contraire, satisfait aux exigences des articles 492 et 498 du Code civil, qui subordonnent la mise sous tutelle d'un incapable majeur marié à cette double constatation » ; Cass. civ. 1^{re}, 9 novembre 1981, n° 80-16.011, n° 80-16.097 : *Bull. civ.*, 1981, I, n° 333 ; Defrénois, 1982, 423, Note CHAMPENOIS G. : la Cour de cassation retient au visa de l'article 219 que « ce texte est applicable, même si le conjoint dont la représentation est demandée aurait pu, en raison de son état, être placé sous le régime de la tutelle » ; Cass. civ. 1^{re}, 30 mai 2000, n° 98-13.609 : *Jurisdata* n° 2000-002405 ; *JCP G*, 2001, II, 10529, Comm. FOSSIER T. : « Mais attendu que le tribunal a relevé que l'application du régime matrimonial des époux était insuffisante pour pourvoir aux intérêts de Mme C... ; qu'il a ainsi satisfait aux exigences de l'article 498 du Code civil qui subordonne la mise sous tutelle d'un incapable majeur à cette constatation » ; Cass. civ. 1^{re}, 4 octobre 2005, n° 03-11545 : *RTD civ.*, 2006, 88, Obs. HAUSER J. : « Mais attendu, d'une part, qu'il n'y a pas lieu d'ouvrir une tutelle ou une curatelle qui devrait être dévolue au conjoint si, par application du régime matrimonial, il peut être suffisamment pourvu aux intérêts de la personne à protéger et ensuite que c'est par une appréciation souveraine et une décision motivée que les juges du fond ont décidé qu'il n'y avait pas lieu à application des dispositions de l'article 508 du Code civil (ancien article relatif à la curatelle) ». La solution perdure après la réforme du 5 mars 2007, voir par exemple : Cass. civ. 1^{re}, 1^{er} février 2012, n° 11-11.346 : *Bull. civ.*, 2012, I, n° 19 ; *Dr. fam.*, 2012, Comm. 53, MARIA I. ; *D.*, 2012, 921, Note RAOUL-CORMEIL G. ; *AJ famille*, 2012, 229, Note VERHEYDE T. : « Mais attendu qu'après avoir exactement rappelé qu'en vertu de l'article 428 du Code civil, la mesure de protection ne peut être ordonnée que lorsqu'il ne peut être suffisamment pourvu aux intérêts de la personne par application des règles relatives aux droits et devoirs des époux et des règles des régimes matrimoniaux, la cour d'appel, constatant que les époux avaient opté, au moment de leur mariage, pour le régime de la communauté universelle, que Mme X... était depuis 2004

judiciaire de protection pourra être ouverte. Si un membre de la famille peut être amené à intervenir en tant que mandataire, l'intervention découle en revanche directement du lien matrimonial dans la dernière hypothèse¹⁶⁷¹. En droit suisse, les principes de subsidiarité et de proportionnalité sont actuellement codifiés à l'article 389 CCS¹⁶⁷². Tout comme en France, ces principes ne sont pas nouveaux et étaient déjà largement connus de la jurisprudence et de la doctrine, même si leur frontière manquait de clarté¹⁶⁷³. De nos jours, la doctrine distingue parfois entre la « *subsidiarité de mesure* »¹⁶⁷⁴ et la « *subsidiarité de principe* »¹⁶⁷⁵, seule cette dernière acception correspondant au principe de subsidiarité tel qu'il est entendu en France. La « *subsidiarité de principe* » signifie que l'intervention étatique ne doit avoir lieu que si la protection apportée par les proches, la famille ou les services privés ou encore par les mesures de représentation légale est insuffisante et que la personne n'a pas pris de mesures visant à anticiper un besoin futur de protection¹⁶⁷⁶. Tout comme en droit français, il apparaît donc que la famille intervient tantôt automatiquement, tantôt si l'un de ses membres a été désigné en tant que mandataire.

Ensuite, la famille peut être amenée à intervenir au stade de la demande d'ouverture de la mesure. En droit suisse, « *le droit d'aviser l'autorité de protection de l'adulte qu'une personne semble avoir besoin d'aide* » appartient à toute personne et donc aux membres de la famille. Ce droit est plus restreint en France, même si la loi du 5 mars 2007 a réalisé un pas supplémentaire en faveur des relations de fait¹⁶⁷⁷.

Enfin, un membre de la famille peut se voir attribuer l'exercice d'une mesure de protection dans chacun des pays.

substituée à son époux dans l'exercice des pouvoirs résultant de ce régime et que les actes qui lui étaient reprochés n'établissaient pas un risque de dilapidation des biens communs, a pu en déduire qu'il n'y avait pas lieu de placer M. X... sous un régime de protection ».

¹⁶⁷¹ Sur la prééminence des règles relatives aux régimes matrimoniaux avant la réforme, voir : PHILIPPE C., « Régimes matrimoniaux et altération des facultés mentales », *Dr. fam.*, 2006, n° 5, Étude 24 : la règle résultait de l'article 498 CC en cas de tutelle (« *Il n'y a pas lieu d'ouvrir une tutelle qui devrait être dévolue au conjoint, si, par application du régime matrimonial et notamment par les règles des articles 217 et 219, 1426 et 1429, il peut être suffisamment pourvu aux intérêts de la personne protégée* ») et 509 al. 1 en cas de curatelle (« *La curatelle est ouverte et prend fin de la même manière que la tutelle des majeurs* »). Postérieurement à la réforme, voir : PETERKA N., « La famille dans la réforme de la protection juridique des majeurs », *JCP G*, 2010, n° 1, Doctr. 33, § 5 ; PETERKA N., « Les dispositifs alternatifs de protection de la personne mariée », *AJ famille*, 2012, n° 5, p. 253 ; FRESNEL F., « La triade : le majeur protégé, la mesure de protection et le mariage. Paradis, purgatoire ou enfer ? », *AJ famille*, 2012, n° 5, p. 251.

¹⁶⁷² GUILLOD O., « Présentation globale de la réforme », in GUILLOD O., BOHNET F., *Le nouveau droit de la protection de l'adulte*, Bâle, CEMAJ, Unine, Helbing & Lichtenhahn, 2012, pp. 4-5 ; MEIER P., « Les nouvelles curatelles : systématique, conditions et effets », in GUILLOD O., BOHNET F., *Le nouveau droit de la protection de l'adulte*, Bâle, CEMAJ, Unine, Helbing & Lichtenhahn, 2012, p. 98.

¹⁶⁷³ STETTLER M., « L'impact du principe de proportionnalité sur la gradation et le champ d'application des mesures tutélaires », *RDT*, 1984, n° 2, pp. 41-53. L'auteur relève qu'« *un certain nombre de sous-principes, élevés parfois par la doctrine ou la jurisprudence au rang de principes quasi autonomes, nous paraissent découler de celui de la proportionnalité. Sans entrer dans le détail, nous définirons succinctement ceux de l'adéquation, de la nécessité, de la subsidiarité et de la complémentarité de la mesure, ceci en réalisant parfaitement combien ces distinctions peuvent paraître artificielles en raison de leur inévitable interpénétration. Ceux qui les jugeraient en partie superflus seraient en très bonne compagnie puisque le TF lui-même a mis en doute l'utilité de certaines distinctions* ». L'auteur se réfère ici à l'ATF 104 Ib 412 (p. 44). Il définit la subsidiarité comme le fait de choisir la mesure qui porte le moins atteinte à la liberté personnelle de l'intéressé et se réfère à l'ATF 96 II 369 = JT, 1972, I, 70 (p. 45).

¹⁶⁷⁴ Selon ce principe, « *une mesure de protection n'est ordonnée par l'autorité que si elle est nécessaire et appropriée* » (art 389 al. 2 CSS) : MEIER P., « Les nouvelles curatelles : systématique, conditions et effets », in GUILLOD O., BOHNET F., *Le nouveau droit de la protection de l'adulte*, Bâle, CEMAJ, Unine, Helbing & Lichtenhahn, 2012, p. 100. Ce principe correspond davantage aux principes de nécessité et de proportionnalité tels qu'ils sont entendus en droit français.

¹⁶⁷⁵ *Ibid.*, p. 98.

¹⁶⁷⁶ *Ibid.*, pp. 98-100.

¹⁶⁷⁷ Art. 426 CC : « *La demande d'ouverture de la mesure peut être présentée au juge par la personne qu'il y a lieu de protéger ou, selon le cas, par son conjoint, le partenaire avec qui elle a conclu un pacte civil de solidarité ou son concubin, à moins que la vie commune ait cessé entre eux, ou par un parent ou un allié, une personne entretenant avec le majeur des liens étroits et stables, ou la personne qui exerce à son égard une mesure de protection juridique* ».

En droit suisse, le choix du curateur est réglé par le Code civil¹⁶⁷⁸ qui pose deux principales directives. D'une part, une personne ne peut être désignée comme curateur que si elle bénéficie des compétences et du temps requis¹⁶⁷⁹ ; il en résulte une certaine professionnalisation de l'exercice de la mesure¹⁶⁸⁰ de nature à évincer la famille. D'autre part, sous réserve de cette exigence, la personne concernée voit son droit à l'autodétermination respecté puisque ses souhaits doivent en principe être pris en compte ainsi que, dans la mesure du possible, les souhaits des membres de la famille ou des proches¹⁶⁸¹. Cette exigence devrait mettre fin au système des tuteurs généraux tels qu'il était pratiqué dans certains cantons romands¹⁶⁸². Cette évolution nous semble bienvenue, puisque la connaissance du majeur à protéger constitue un moteur important d'implication et de respect des préférences de celui-ci. Elle semble, au contraire, renforcer la place susceptible d'être accordée à la famille. Il faut toutefois noter que, si la famille peut être amenée à exercer une mesure de protection, ce n'est qu'en tant qu'elle a été choisie par le majeur. Le droit suisse ne consacre donc pas la priorité familiale, mais plutôt le droit à l'autodétermination du majeur.

La fonction familiale de protection existe aussi en droit français. Lorsque l'individu est placé sous une mesure de protection, la famille du majeur n'exerce pas de rôle en tant que telle en ce qui concerne le consentement aux soins. Elle peut en revanche exercer un rôle si l'un de ses membres est en charge de la mesure de protection. Sous l'empire de la loi du 3 janvier 1968¹⁶⁸³, la jurisprudence était déjà venue affirmer, « *en contrepois (...) à l'intervention de l'autorité judiciaire ou médicale* »¹⁶⁸⁴, la priorité familiale. Cette règle s'appliquait d'abord à la tutelle. La Cour de cassation avait considéré que la tutelle d'État ne pouvait être mise en place qu'en cas de vacance, c'est-à-dire que si aucun membre de la famille ne pouvait en assurer la charge¹⁶⁸⁵. Elle avait également affirmé que « *la tutelle familiale doit être préférée, chaque fois qu'il est*

¹⁶⁷⁸ Art. 400 à 403 CCS.

¹⁶⁷⁹ Selon l'art. 400 CCS, « *l'autorité de protection de l'adulte nomme curateur une personne physique qui possède les aptitudes et les connaissances nécessaires à l'accomplissement des tâches qui lui seront confiées, qui dispose du temps nécessaire et qui les exécute en personne* ». Sur cette question, voir : HELLE N., « Renouvellement de la garde-robe du curateur : l'habit fait-il toujours le moine ? État des lieux à l'occasion de l'entrée en vigueur du droit de la protection de l'adulte », in GUILLOD O., BOHNET F., *Le nouveau droit de la protection de l'adulte*, Bâle, CEMAJ, Unine, Helbing & Lichtenhahn, 2012, pp. 176-177.

¹⁶⁸⁰ COPMA, *Droit de la protection de l'adulte. Guide pratique (avec modèles)*, Zurich, Saint-gall, Dike, 2012, p. 179 ; MEIER P., « Les curatelles du nouveau droit de la protection de l'adulte : quelques notions/dispositions-pièges pour la pratique », *Fampra.ch*, 2012, n° 4, p. 960.

¹⁶⁸¹ Art. 400 CCS.

¹⁶⁸² Comme le relève N. HELLE, « *Dans ces systèmes, l'autorité tutélaire désignait une personne physique chargée d'assumer l'ensemble des mandats confiés aux services étatiques. Celle-ci pouvait assumer un nombre conséquent de mandats, dont elle déléguait l'exécution aux collaborateurs de son service. Le Conseil fédéral entend ainsi imposer et privilégier des contacts personnels entre la personne concernée et le curateur* » : HELLE N., « Renouvellement de la garde-robe du curateur : l'habit fait-il toujours le moine ? État des lieux à l'occasion de l'entrée en vigueur du droit de la protection de l'adulte », in GUILLOD O., BOHNET F., *Le nouveau droit de la protection de l'adulte*, Bâle, CEMAJ, Unine, Helbing & Lichtenhahn, 2012, p. 175.

¹⁶⁸³ Loi n° 68-5 du 3 janvier 1968 portant réforme du droit des incapables majeurs, *JORF*, 4 janvier 1968, p. 114.

¹⁶⁸⁴ RAOUL-CORMEIL G., « L'exclusion de la famille dans la protection d'une personne majeure », *LP4*, 10 mars 2010, n° 49, p. 10.

¹⁶⁸⁵ Dans un arrêt concernant la tutelle des mineurs, la Cour de cassation a retenu, en se fondant sur l'article 433, que la vacance de la tutelle n'existe que si « *nul n'est en mesure d'en assurer la charge* » : Cass. civ. 1^{re}, 20 novembre 1985, n° 84-13.094 : *Bull. civ.*, 1985, I, n° 316 ; *Gaz. Pal.*, 1986, 2, 695, Note MASSIP J. ; *JCP N*, 1987, II, 137, Note FOSSIER T. La solution a été reprise concernant la tutelle des majeurs dans un arrêt rendu sur le fondement de l'article 433 : Cass. civ. 1^{re}, 17 janvier 1990, n° 88-12.031 : *Bull. civ.*, 1990, I, n° 17 ; *Defrénois*, 1990, 694, Obs. MASSIP J. : « *Attendu cependant que, comme le relève le jugement, le conseil de famille qui avait été constitué était en mesure de délibérer valablement le 9 septembre 1987 malgré le départ de certains de ses membres, que le fils aîné se déclarait prêt à accepter la charge de la tutelle, un de ses frères étant candidat aux fonctions de subrogé tuteur, que les frères et sœurs de l'incapable avaient proposé de confier la tutelle à une personne choisie en dehors de la parenté dont ils avaient indiqué le nom et que les enfants, à titre subsidiaire, suggéraient que la tutelle soit confiée à l'Union départementale des associations familiales de l'Allier ; que dans ces conditions, la tutelle ne pouvait être considérée comme vacante et que le tribunal de grande instance qui avait la faculté soit de choisir lui-même le tuteur, soit de renvoyer ce choix à une nouvelle délibération du conseil de famille a, en statuant comme il a fait, violé le texte susvisé* ». Par la suite la Cour de cassation s'est prononcée sur le fondement des articles 433 et 495 : « *Attendu que la tutelle n'est vacante, au sens du premier de ces textes, que le second rend applicable à la tutelle des majeurs, que*

possible, à la tutelle de gérance »¹⁶⁸⁶. Elle avait toutefois précisé que « si l'esprit général de la loi implique que préférence soit donnée, chaque fois qu'il est possible, à la tutelle familiale, il appartient au juge des tutelles et, sur recours, au tribunal de grande instance de déterminer souverainement quel est, eu égard notamment à l'intérêt de l'incapable, le mode d'exercice de la tutelle le plus approprié »¹⁶⁸⁷. Cette règle de la préférence familiale trouvait également à s'appliquer à la curatelle¹⁶⁸⁸. Ainsi, la famille occupait un rôle prépondérant¹⁶⁸⁹, bien qu'un de ses membres puisse être écarté dans l'intérêt du majeur à protéger¹⁶⁹⁰. La loi du 5 mars 2007¹⁶⁹¹ a repris le principe de priorité

si nul n'est en mesure d'en assurer la charge ». La Cour de cassation casse et annule le jugement du TGI qui avait écarté la mère en se fondant sur le fait qu'elle « avait écarté sa fille du centre dans lequel elle travaillait », qu'elle « n'avait pas sollicité sa désignation lors de son audition » et que « la tutelle doit être considérée comme vacante en l'absence de personne dans l'entourage familial présentant des garanties suffisantes ». La Cour relève qu'« en se déterminant par de tels motifs, au demeurant hypothétiques, erronés ou d'ordre général, alors qu'il résultait des conclusions que tant la mère de l'incapable que l'un de ses nombreux frères se proposaient pour représenter Mlle Y... et sans constater non plus que la réunion d'un conseil de famille était impossible, le tribunal de grande instance a violé les textes susvisés » : Cass. civ. 1^{re}, 2 mai 1990, n° 88-16.664 : *Bull. civ.*, I, n° 94 ; D., 1990, 493, Note MASSIP J. ; JCP G, 1991, II, 21669, Note FOSSIER T., GEFFROY C. ; RDSS, 1991, 679, Note MONÉGER F. Comme le relève L. PÉCAUT-RIVOLIER, la position de la Cour de cassation s'est par la suite progressivement assouplie, puisqu'elle a admis d'écarter la famille sous certaines conditions : Cass. civ. 1^{re}, 25 novembre 2009, n° 08-19.138 : PÉCAUT-RIVOLIER, « Le recours à un tiers pour exercer les mesures de protection : net assouplissement de la jurisprudence », *AJ famille*, 2010, n° 1, p. 44.

¹⁶⁸⁶ Cass. civ. 1^{re}, 31 mars 1992, n° 90-14.626 : *Bull. civ.*, 1992, I, n° 99 ; *Jurisdata* n° 1992-001066 ; JCP G, 1992, IV, 1644 ; D. 1993, Jurisp., 17, MASSIP J. ; JCP G, 1993, II, 22077, Note FOSSIER T. ; RTD civ. 1992, 541 ; *Deffrénois*, 1992, 1067.

¹⁶⁸⁷ Cass. civ. 1^{re}, 17 mars 1992, n° 90-10.892 : *Bull. civ.*, 1992, I, n° 88 ; *Jurisdata* n° 1992-000640 ; D., 1993, Jurisp., 17, Note MASSIP J. ; D., 1992, IR, 110 ; RTD civ., 1992, 541, Obs. HAUSER J. Dans une autre affaire, la Cour de cassation, après avoir rappelé le principe de préférence familiale casse, pour manque de base légale, la décision du TGI de Châlons-sur-Marne qui avait ouvert une curatelle de gérance et désigné un gérant de tutelle extérieur à la famille. Elle relève qu'il « incombait (...) [au juge] de rechercher s'il n'y avait pas lieu de réunir un conseil de famille ou de désigner la petite fille de l'intéressé en qualité d'administratrice légale » : Cass. civ. 1^{re}, 9 janvier 1996, n° 93-18.704 : *Deffrénois*, 1996, 1004, Obs. MASSIP J.

¹⁶⁸⁸ Cass. civ. 1^{re}, 5 mai 1998, n° 96-17.234. L'arrêt est rendu au visa des articles 433 et 509-2 CC : « Attendu que la curatelle n'est vacante que si nul n'est en mesure d'en assumer la charge ; Attendu que le jugement a déferé la curatelle à l'État afin d'« éviter les conflits familiaux et de permettre à Mme Reine Y... de continuer à entretenir avec ses enfants des rapports de confiance exempts d'une éventuelle suspicion qui serait due à des problèmes financiers » ; Attendu qu'en se déterminant par ces motifs, insusceptibles de caractériser la vacance de la curatelle, le tribunal de grande instance a privé sa décision de base légale au regard des textes susvisés ».

¹⁶⁸⁹ Pour un exemple dans le cadre de l'administration légale sous contrôle judiciaire, voir : Cass. civ. 1^{re}, 1^{er} décembre 2010, n° 09-16.794 : *Dr. fam.*, 2011, Comm. 23, MARIA I. ; RTD civ., 2011, 104, HAUSER J. : l'arrêt rendu au visa de l'article 497 CC retient « qu'il résulte de ce texte que l'administration légale des biens d'un majeur sous tutelle ne peut être confiée qu'à un parent ou un allié de ce dernier » et non à une association tutélaire.

¹⁶⁹⁰ Une mère, Mme M..., a été écartée au motif que « l'attitude de celle-ci déstabilise les équipes soignantes, perturbe son fils et compromet son projet de soin ». Le jugement est toutefois cassé pour manque de base légale dans la mesure où il n'a constaté « ni l'absence d'un membre de la famille autre que Mme M..., susceptible d'exercer la tutelle, ni l'inutilité de la constitution d'une tutelle complète eu égard à la consistance des biens à gérer » : Cass. civ. 1^{re}, 9 décembre 2009, n° 07-13.981 : *Jurisdata* n° 2009-050722 ; LPA, 10 mars 2010, 6, Note RAOUL-CORMEIL G. De même, la Cour de cassation considère qu'un tribunal a légalement justifié sa décision déclarant la tutelle vacante, en écartant un mari souhaitant exercer la charge de tuteur, après avoir relevé que le mari « avait manifesté sa farouche opposition à l'ouverture de la tutelle ». Pour la Cour, le tribunal a, « par ce seul motif, caractérisé la cause lui interdisant de confier la tutelle à l'époux » : Cass. civ. 1^{re}, 30 mai 2000, n° 98-13.609 : *Jurisdata* n° 2000-002405 ; JCP G, 2001, II, 10529, Note FOSSIER T. L'exclusion du père a également été prononcée en matière de curatelle : « Attendu qu'après avoir relevé, d'abord, que le juge des tutelles avait pris en compte les informations communiquées par l'établissement de soins, dont l'équipe avait estimé qu'il était conforme aux intérêts de la personne protégée de voir son père déchargé des contingences de la gestion, ensuite, que M. Guy X... lui-même avait exprimé ce souhait, réitéré lors de l'audience, le tribunal, qui n'a pas méconnu l'étendue de ses pouvoirs, a retenu, à bon droit, par une décision motivée, que la curatelle se trouvait vacante et qu'il convenait de la déferer à un service habilité par l'État » : Cass. civ. 1^{re}, 22 octobre 2008, n° 07-15.277 : D., 2009, Pan. 2183, Obs. LEMOULAND J.-J. La nomination d'un tiers peut être choisie lorsque les parents, qui font face à des difficultés d'ordre linguistique, n'ont mentionné aucun autre membre de la famille susceptible d'être nommé tuteur : Cass. civ. 1^{re}, 8 avril 2009, n° 08-11.417 : D., 2009, Pan. 2183, Obs. LEMOULAND J.-J. ; *AJ famille*, 2009, 262, Obs. PÉCAUT-RIVOLIER L. L'existence d'un potentiel conflit d'intérêt a également pu entrer en ligne de compte. Ainsi, a pu être considéré de nature à exclure la sœur de la majeure, au profit d'une curatelle confiée à un service habilité par l'État, le fait qu'« il ressortait des propres lettres de la requérante (la sœur) et des rapports de la curatrice précédemment désignée que Mme X... (la sœur) n'était pas en mesure de la remplacer, notamment en raison de l'imbrication de ses intérêts personnels et financiers avec ceux de la personne à protéger » : Cass. civ. 1^{re}, 2 février 1999, n° 96-21.994 : D., 2000, Somm., 102, LEMOULAND J.-J. De même, la tutelle peut être déclarée vacante lorsque le jugement retient « par des motifs propres et adoptés, d'une part, qu'un seul membre de la famille, le frère de la majeure protégée, était susceptible d'accepter d'être désigné comme curateur, d'autre part, que la situation patrimoniale de Mme X..., sans aller jusqu'à l'opposition d'intérêts avec sa sœur, revêtait une certaine complexité, nécessitant un suivi impartial, la majeure protégée elle-même risquant d'être perturbée si la personne qui devait gérer ses intérêts lui était trop liée » : Cass. civ. 1^{re}, 8 avril 2009, n° 08-12.040 : D., 2009, Pan. 2183, Obs. LEMOULAND J.-J. ; *AJ famille*, 2009, 262, Obs. PÉCAUT-RIVOLIER L. L'existence de conflits familiaux semble, par ailleurs, jouer un rôle important. Ainsi, une tutelle de gérance peut être ouverte et écarté le père et la mère du majeur, tous deux candidats à la charge d'administrateur légal. La Cour de cassation rejette le pourvoi et approuve le juge des tutelles, dont la décision a été confirmée par le TGI, d'avoir retenu que les parents « entretenaient des rapports très conflictuels ; que le choix de l'un ou de l'autre ne pouvait qu'aggraver le conflit existant et nuire aux relations des parents avec leur fils incapable » :

familiale en établissant une hiérarchie des personnes susceptibles d'assurer la tutelle ou la curatelle aux articles 448 à 451 CC et en affirmant clairement que « *la tutelle est un devoir des familles et de la collectivité publique* »¹⁶⁹². En dehors du cas où le majeur a désigné par avance une personne de son choix pour exercer la mesure de protection¹⁶⁹³, la famille joue un rôle central. La tutelle est attribuée au conjoint, au partenaire pacsé ou au concubin à moins que la vie commune ait cessé ou qu'une autre cause empêche de lui confier la mesure¹⁶⁹⁴. Il en résulte une évolution favorable à un traitement identique des différents modes de vie en couple¹⁶⁹⁵. À défaut, le juge désigne un parent, un allié ou une personne résidant avec le majeur protégé ou¹⁶⁹⁶ entretenant avec lui des liens étroits et stables¹⁶⁹⁷. Ce n'est que si aucune de ces personnes ne peut exercer la charge, que cette dernière pourra être confiée à un mandataire judiciaire à la protection des

Cass. civ. 1^{re}, 17 mars 1992, n° 90-10.892 : *Jurisdata* n° 1992-0000640 ; *Bull. civ.*, 1992, I, n° 88. Dans une autre affaire, le jugement attaqué avait retenu qu'« *en l'état du dossier, qui révèle l'existence d'un conflit familial important exacerbé par le testament laissé par M. X... (le père) et l'opposition des autres frères et sœurs (à l'exception de l'une d'elle) à ce que la tutelle soit confiée à Mme Y... (l'une des sœurs, demanderesse au pourvoi)* », il convenait de nommer une association tutélaire comme gérante de la tutelle. La Cour de cassation rejette le pourvoi au motif que « *c'est dans l'exercice de son pouvoir souverain que le Tribunal, qui n'était pas tenu de suivre les parties dans le détail de leur argumentation, a décidé, par une décision motivée, de ne pas investir Mme Y... des fonctions d'administratrice légale* » : Cass. civ. 1^{re}, 14 janvier 1997, n° 95-10.538 : *D.*, 1998, 333, Note MASSIP J. La Cour de cassation a, par ailleurs, considéré que « *le tribunal a constaté l'existence d'une situation conflictuelle entre M. X... (le mari) et sa belle-famille et décidé que, pour préserver la paix des familles, il convenait de maintenir un tiers neutre en qualité de gérant de la tutelle ; qu'il a ainsi caractérisé la cause interdisant de confier la tutelle à l'époux et légalement justifié sa décision* » : Cass. civ. 1^{re}, 11 mai 1999, n° 97-16.058 ; *D.*, 2000, Somm., 107, DELMAS-SAINT-HILAIRE P. ; *JCP G*, 1999, II 10143, Note FOSSIER T. Dans une autre affaire, le TGI avait déclaré la tutelle vacante en retenant que « *l'état de conflit et de suspicion entre les différents membres de la famille, rend inenvisageable la mise en place d'un conseil de famille, dont le fonctionnement serait bloqué par les oppositions des uns et des autres, rendant impossible la mise en œuvre du régime de protection* ». La Cour de cassation casse et annule le jugement pour manque de base légale, en lui reprochant de s'être déterminé « *par des motifs hypothétiques, sans constater que la réunion d'un conseil de famille était impossible* » : Cass. civ. 1^{re}, 28 mars 2006, n° 04-13.905 : *Dr. fam.*, 2006, Comm. 171, FOSSIER T. ; *Deffrénois*, 2006, 1329, Obs. MASSIP J. En revanche, « *après avoir convoqué tous les enfants de Mme Jeanne X... et constaté la position de chacun d'eux, le tribunal de grande instance, qui a relevé la situation de conflit opposant Mme Maryse X... aux autres enfants, nécessitant la désignation d'un tiers étranger à la famille, en a exactement déduit que la tutelle de Mme Jeanne X... était vacante* » : Cass. civ. 1^{re}, 12 novembre 2009, n° 08-17.301 : *AJ famille*, 2010, 44, Obs. PÉCAUT-RIVOLIER L. ; *D.* 2010, 2115, Obs. LEMOULAND J.-J., NOGUÉRO D. ; *RJPF*, 2010-2/21, Obs. CARON-DEGLISE A.

¹⁶⁹¹ Loi n° 2007-308 du 5 mars 2007 portant réforme de la protection juridique des majeurs, *JORF*, 7 mars 2007, p. 4325.

¹⁶⁹² Art. 415 al. 4 CC. Comme le relève N. PETERKA, « *c'est dire qu'étant évoquée avant la prise en charge publique de la protection, la prééminence de la famille pour l'exercice de la mesure émerge au rang des principes directeurs de la protection juridique des majeurs* » : PETERKA N., « La Cour de cassation contrôle la dévolution des mesures de protection judiciaire à l'aune des sentiments exprimés par la personne protégée », *JCP G*, 2013, n° 5, p. 181.

¹⁶⁹³ Art. 448 CC.

¹⁶⁹⁴ Art. 449 CC. Pour un exemple, voir : Cass. civ. 1^{re}, 12 septembre 2012, n° 11-17.246 : *Jurisdata* n° 2012-022831 ; *Dr. fam.*, 2012, Comm. 172, MARIA I. ; *RTD civ.*, 2012, 712, Obs. HAUSER J. : dans cette affaire, un majeur avait été placé sous tutelle et un gérant de la tutelle avait été désigné et maintenu dans ses fonctions après le mariage du majeur. Son épouse forme un pourvoi contre cette décision. Elle reproche, d'une part à la cour d'appel d'avoir refusé de la désigner en se fondant sur l'existence d'une instance en annulation du mariage. Elle considère qu'elle a privé sa décision de base légale au regard de l'article 449 CC en ne recherchant pas sa qualité de concubine. D'autre part, elle lui reproche de ne pas avoir expliqué en quoi l'instance en annulation constituait une cause d'empêchement au sens de l'article 449. La Cour de cassation rejette le pourvoi en retenant « *qu'ayant constaté que les relations de M. Y... et de son épouse étaient affectées par l'action en annulation de leur mariage que l'actuel tuteur de celui-ci avait été autorisé à engager, la cour d'appel en a souverainement déduit que Mme X... ne pouvait être nommée tuteur de son mari* ». Déjà antérieurement, dans une affaire dans laquelle les juges du fond avaient transformé une tutelle d'État en administration légale sous contrôle judiciaire et désigné l'épouse comme administratrice légale, la Cour de cassation avait pu retenir que « *même s'il n'existe aucune des causes de destitution prévues par l'article 444 du Code civil, le juge des tutelles peut, à tout moment, à condition de motiver sa décision, remplacer un administrateur légal sous contrôle judiciaire par un autre ; que c'est dans l'exercice de leur pouvoir souverain d'appréciation que les juges du fond, après avoir constaté que M. X... n'envisageant d'ailleurs pas de vivre loin de son épouse, ont estimé qu'aucun élément objectif ne justifiait plus qu'il soit dérogé au principe édicté par l'article 496 du Code civil* » : Cass. civ. 1^{re}, 28 mars 2006, n° 03-20.470 : *D.*, 2008, 313, Obs. PLAZY J.-M.

¹⁶⁹⁵ PETERKA N., « La Cour de cassation contrôle la dévolution des mesures de protection judiciaire à l'aune des sentiments exprimés par la personne protégée », *JCP G*, 2013, n° 5, p. 181 ; PETERKA N. : « La famille dans la réforme de la protection juridique des majeurs », *JCP G*, 2010, n° 1, Doctr. 33, § 3 : « *La loi de 2007 apparaît, sous cet angle, comme une loi d'égalité. Participant à l'élaboration d'un droit commun du couple, elle se différencie nettement d'autres domaines du droit de la famille – et notamment du droit successoral – où le conjoint occupe encore une place privilégiée* ».

¹⁶⁹⁶ Cette modification résulte de l'art. 116 de la loi n° 2009-526 du 12 mai 2009 de simplification et de clarification du droit et d'allègement des procédures, *JORF*, 13 mai 2009, p. 7920. Antérieurement, l'article mentionnait « *une personne résidant avec le majeur protégé et entretenant avec lui des liens étroits et stables* ».

¹⁶⁹⁷ Art. 449 CC.

majeurs¹⁶⁹⁸. Ainsi, le juge qui écarte une des personnes¹⁶⁹⁹ citées dans cette hiérarchie pour désigner un mandataire judiciaire doit motiver sa décision en expliquant les raisons de cette éviction, sous peine de voir sa décision cassée pour manque de base légale¹⁷⁰⁰. L'intérêt du majeur demeure donc une justification susceptible d'évincer un membre de la famille ou la personne désignée par le majeur¹⁷⁰¹. Il convient d'ailleurs de relever que le législateur a tenu compte de la situation des personnes hébergées dans des établissements de santé, sociaux ou médico-sociaux en prévoyant, à l'article 451 CC, que « *si l'intérêt de la personne hébergée ou soignée dans un établissement de santé ou dans un établissement social ou médico-social le justifie, le juge peut désigner, en qualité de curateur ou de tuteur, une personne ou un service préposé de l'établissement inscrit sur la liste des mandataires judiciaires à la protection des majeurs au titre du 1° ou du 3° de l'article L. 471-2 du Code de l'action sociale et des familles, qui exerce ses fonctions dans les conditions fixées par décret en Conseil d'État* ».

254. Influence du droit de la santé sur les droits-fonction exercés par la famille – Il apparaît donc que la famille bénéficie de prérogatives visant à assurer la protection de l'un de ses membres. Dans chacun des pays, la doctrine qualifie en général ces prérogatives de droits-fonction en ce qu'elles englobent « *le pouvoir et le devoir, de faire, d'exiger quelque chose, dans l'intérêt d'une autre personne* »¹⁷⁰². Plus particulièrement, dans le domaine qui nous concerne, cette autre personne est le patient pour lequel une décision de santé doit être prise. Les dispositions issues du droit civil intègrent la protection personnelle qui constitue une finalité assignée tant à l'autorité parentale qu'au droit des majeurs protégés. Il s'agit ici d'étudier comment, à travers son objectif de protection de la santé, le droit de la santé influence ces droits-fonction. Pour ce

¹⁶⁹⁸ Art. 450 CC.

¹⁶⁹⁹ Il faut noter que même si la famille est évincée et qu'un tiers exerce la mesure de protection, elle peut toujours aviser le juge des tutelles des actes ou omissions du tuteur, se faire communiquer un certain nombre de documents, et contester les décisions prises : FRESNEL F., « Le rôle de la famille dans le cadre de la nouvelle loi sur la protection des majeurs », *AJ famille*, 2009, n° 1 p. 18 ; PÉCAUT-RIVOLIER L., « Gestion contraire aux intérêts de l'enfant : que peut faire la famille ? », *AJ famille*, 2012, n° 5, p. 269 ; BERTHO P., « Exercice d'une mesure de protection par un professionnel : la famille toujours présente », *AJ famille*, 2012, n° 5, p. 266. Cet auteur ajoute que le mandataire judiciaire à la protection des majeurs va tenir compte de l'environnement du majeur lors de l'ouverture de la mesure.

¹⁷⁰⁰ Cass. civ. 1^{re}, 5 décembre 2012, n° 11-26.611 : *Jurisdata* n° 2012-028145 : dans cette affaire, la cour d'appel avait refusé de nommer la nièce de la majeur au motif que la majeure protégée « *s'est dessaisie en quelques années de l'ensemble de ses économies, qu'il ne lui reste plus que sa maison, que lorsque celle-ci sera vendue, il conviendra que les fonds soient placés dans son intérêt pour pourvoir dans l'avenir à son entretien, ses ressources mensuelles ne lui permettant pas d'équilibrer son budget et encore moins de faire face à un hébergement en maison de retraite si son maintien au domicile de sa nièce était remis en question* ». L'arrêt est cassé car, « *en se déterminant ainsi, sans préciser ce qui interdisait, malgré les sentiments exprimés par la majeure protégée de confier la curatelle à sa nièce, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision* ». L'intérêt de l'arrêt réside notamment dans le fait que le contrôle exercé par la Cour de cassation tient compte des « *sentiments exprimés par l'intéressé* » : PETERKA N., « La Cour de cassation contrôle la dévolution des mesures de protection judiciaire à l'aune des sentiments exprimés par la personne protégée », *JCP G*, 2013, n° 5, p. 182.

¹⁷⁰¹ Cass. civ. 1^{re}, 12 janvier 2011, n° 09-16.519 : *Jurisdata* n° 2011-000143 ; *Bull. civ.*, 2011, I, n° 11 ; *JCP G*, 2011, I, 416, Note PETERKA N. : dans cette affaire, la personne désignée par le majeur, qui avait été écarté, avait formé un pourvoi en cassation. Elle reprochait au juge d'avoir privé sa décision de base légale en ne vérifiant pas « *en quoi la mise à l'écart de sa sœur Martine Y... et le manque de transparence qui lui étaient imputés auraient été contraires à l'intérêt de sa mère et en quoi l'intérêt de Mme X..., épouse Y..., commandait une telle décision* ». Le pourvoi est rejeté au motif que le tribunal a souverainement déduit que l'intérêt de la majeure commandait de l'écarter après avoir relevé que « *M. Y... n'avait fait parvenir, après diverses relances, que quelques renseignements épars, insuffisants pour permettre de déterminer si son intervention dans la gestion était conforme aux intérêts de la personne protégée, qu'il avait favorisé la vente du logement de sa mère puis la conclusion d'un contrat de bail alors qu'un mandataire était désigné dans l'intérêt de cette dernière, qu'elle était sous l'influence grandissante de M. Y... qui l'isolait du reste de sa famille et qu'elle était éprouvée par ce conflit entre ses enfants* ». Les conflits familiaux demeurent un élément pris en considération au titre de l'atteinte aux intérêts du majeur. Voir, dans ce sens : Cass. civ. 1^{re}, 23 février 2011, n° 10-12.923, n° 10-12.924 : « *Mais attendu qu'ayant relevé l'existence d'un important conflit entre Mme D... Y... et son père, M. B. Y..., époux de la majeure protégée, qui avait notamment conduit l'établissement de soins où est placée Mme C... X..., à fixer des jours de visites pour éviter les rencontres entre le père et la fille, le tribunal a souverainement estimé qu'il était nécessaire, dans l'intérêt de Mme X... de désigner un tuteur extérieur à la famille afin d'apaiser la situation et a ainsi légalement justifié sa décision* ». Voir également : Cass. civ. 1^{re}, 14 avril 2010, n° 08-21.560, n° 09-10.092 : *Jurisdata*, n° 2010-011452 : « *Attendu qu'ayant relevé, par motifs propres et adoptés, l'opposition de M. X... et de son épouse à la mesure de protection et l'existence de relations conflictuelles entre celle-ci et ses beaux enfants, le tribunal a souverainement estimé que la curatelle devait être exercée par une personne extérieure à la famille et a légalement justifié sa décision* ».

¹⁷⁰² CORNU G., *Vocabulaire juridique*, Paris, Dicos Poche, Quadrige, PUF, 2007, p. 335.

faire, un recensement systématique des dispositions du Code de la santé publique et des dispositions correspondantes en droit suisse a été réalisé. Il s'est agi de se demander si le droit de la santé se contente de faire référence aux notions de droit civil ou au contraire contribue au renouvellement de l'analyse civiliste des droits-fonction. La recherche de droit comparé permet de montrer que, dans chacun des pays, le droit de la santé contribue à perturber les droits fonctions. Cette perturbation se traduit tant dans la détermination des titulaires des droits-fonction (I) que dans l'exercice de ces droits (II).

I. L'ÉVOLUTION DES TITULAIRES DES DROITS-FONCTION DANS CHACUN DES DEUX PAYS

255. La concurrence liée à la multiplication des protecteurs – En France comme en Suisse, on observe que le réalisme du droit de la santé a justifié l'apparition de nouvelles notions spécifiques à ce champ du droit. Ces nouvelles notions sont susceptibles de poser des difficultés. En effet, les nouveaux protecteurs entrent en concurrence avec les protecteurs traditionnellement désignés par le droit civil auxquels se réfère également le droit de la santé. Le droit comparé permet de mettre en lumière deux principales difficultés. D'une part, il montre les risques de concurrence liés à la multiplication des protecteurs auxquels sont confrontés les deux pays (A). D'autre part, le droit suisse permet de souligner les difficultés liées à l'articulation des concepts en droit français (B).

A. La multiplication des titulaires des droits-fonction : une problématique commune aux deux pays

256. Dans chacun des pays, on observe une multiplication des titulaires de droits sur la personne du patient. Les droits sur la personne peuvent être définis comme « *les prérogatives appartenant à un sujet de droit sur la vie, l'originalité foncière, ou les éléments utiles ou indispensables à la conservation d'un être humain différent de lui* »¹⁷⁰³. Pour d'autres auteurs, comme E. GAILLARD, les prérogatives du tuteur ou d'autorité parentale apparaissent comme des pouvoirs. Ces derniers se définissent par opposition aux droits subjectifs et sont « *conférés à leur titulaire, l'agent juridique, dans un intérêt au moins partiellement distinct du sien, et susceptible, à ce titre d'un contrôle judiciaire et d'un détournement de pouvoir* »¹⁷⁰⁴. Quoi qu'il en soit, il est possible d'identifier les causes de la multiplication des titulaires des pouvoirs de protection du patient (1), entendus comme des agents juridiques. Il en résulte un risque accru de conflit entre les différents protecteurs (2).

1. Les causes de la multiplication des titulaires des prérogatives de protection

257. Trois causes de multiplication des titulaires des pouvoirs de protection similaires dans les deux pays – Dans chacun des pays, le cercle des titulaires de prérogatives de protection susceptibles d'intervenir dans la décision de santé s'est étendu sous l'influence de trois principaux mouvements. D'abord on a pu observer, dans chacun des pays, une référence à des liens de plus en plus factuels, témoignant du réalisme du droit de la santé. Ensuite, il a été question de la situation dans laquelle la personne anticipe le moment où elle ne sera plus capable de consentir et souhaite régler, pour l'avenir, la

¹⁷⁰³ DECOCQ A., *Essai d'une théorie générale des droits sur la personne*, Paris, Bibliothèque de droit privé, LGDJ, 1960, p. 9.

¹⁷⁰⁴ GAILLARD E., *Le pouvoir en droit privé*, Paris, Droit civil, Études et recherches, Economica, 1985, p. 232.

manière dont la décision relative à sa santé sera prise. Il en est résulté une contractualisation de la protection de la personne. Mais, au-delà de ces deux situations, le droit de la santé se contente parfois de se référer aux protecteurs désignés par le droit civil. Ce sont alors les évolutions du droit civil lui-même qui sont susceptibles de donner lieu à une multiplication des titulaires de prérogatives de protection. Le rôle exercé par la famille dans ces trois hypothèses doit donc être évalué.

258. Les protecteurs de fait – L'importance accordée au lien de proximité par le droit de la santé est visible, dans chacun des pays, tant à travers le cercle des personnes susceptibles de solliciter une mesure de soins qu'à travers le cercle des personnes susceptibles d'intervenir dans la décision médicale.

Concernant le premier cercle, le Conseil d'État français a considéré qu'il résultait de l'article L 3212-1 CSP¹⁷⁰⁵, relatif à l'hospitalisation à la demande d'un tiers, que « *la décision d'hospitalisation sans son consentement d'une personne atteinte de troubles mentaux ne peut être prise sur demande d'un tiers que si celui-ci, à défaut de pouvoir faire état d'un lien de parenté avec le malade, est en mesure de justifier de l'existence de relations antérieures à la demande lui donnant qualité pour agir dans l'intérêt de celui-ci* »¹⁷⁰⁶. La famille exerçait donc un rôle important dans la demande d'hospitalisation sans consentement, mais ce rôle ne lui était pas exclusivement assigné. Ainsi, c'était tantôt le critère du « *lien parental* » tantôt celui du lien « *personnel* » qui constituait « *l'élément fondamental de la procédure et garanti[ssait] un minimum de légitimité à une procédure attentatoire à la liberté de l'individu qui en fait l'objet* »¹⁷⁰⁷. Cette idée a été reprise par la loi du 5 juillet 2011¹⁷⁰⁸ modifiée par celle du 27 septembre 2013¹⁷⁰⁹. L'article L 3212-1 II 1° prévoit désormais expressément que la demande peut émaner d'un « *membre de la famille du malade* » ou d'« *une personne justifiant de l'existence de relations avec le malade antérieures à la demande de soins et lui donnant qualité pour agir dans l'intérêt de celui-ci* ». Elle peut également émaner du « *tuteur ou du curateur d'un majeur protégé* » à condition qu'il satisfasse à ces conditions. En revanche, elle ne peut émaner « *des personnels soignants exerçant dans l'établissement prenant en charge la personne malade* ».

En droit suisse, en cas de placement à des fins d'assistance, le Code civil se contente d'insister sur le rôle de l'autorité de protection de l'adulte¹⁷¹⁰ et du médecin dans le prononcé du PAFA. Il n'est pas fait mention d'une éventuelle demande de PAFA de la part des proches. Néanmoins, au vu du rôle accordé à ces derniers en matière d'information, ils pourront signaler au médecin ou à l'autorité de protection de

¹⁷⁰⁵ Cet article correspondait à l'ancien article L 333 CSP. Il disposait qu' : « *une personne atteinte de troubles mentaux ne peut être hospitalisée sans son consentement sur demande d'un tiers que si : 1° Ses troubles rendent impossible son consentement ; 2° Son état impose des soins immédiats assortis d'une surveillance constante en milieu hospitalier. La demande d'admission est présentée soit par un membre de la famille du malade, soit par une personne susceptible d'agir dans l'intérêt de celui-ci, à l'exclusion des personnels soignants dès lors qu'ils exercent dans l'établissement d'accueil. (...) Elle (la demande) comporte (...) l'indication de la nature des relations qui existent entre elles ainsi que, s'il y a lieu, de leur degré de parenté* ». Il faut noter que la demande ne mentionnant pas la nature des relations entre le patient et l'auteur de la demande, entraîne l'illégalité de la décision d'admission : Conseil d'État, 31 juillet 1996, n° 120736.

¹⁷⁰⁶ Conseil d'État, 1^{re} et 2^e sous-sections réunies, 3 décembre 2003, n° 244867 : *AJDA*, 2004, 614 ; *RFD*, 2004, 195 (la demande émanant de l'infirmier général représentant le directeur) ; Conseil d'État, 1^{re} et 6^e sous-sections réunies, 11 décembre 2009, n° 323483 (la demande émanant d'un cadre infirmier ne satisfait pas aux conditions posées par l'article L 3212-1 CSP) ; CAA Nantes, 30 décembre 1999, n° 97NT01930 : *AJDA*, 2000, 230, Obs. COËNT-BOCHARD E. (la demande de la secrétaire dans l'établissement sans lien avec le patient conduit à l'annulation de la décision d'admission) ; *AJDA*, 2000, 274.

¹⁷⁰⁷ COËNT-BOCHARD E., « Qualité pour signer la demande d'hospitalisation d'une personne aliénée », *AJDA*, 2000, n° 3, pp. 230-231.

¹⁷⁰⁸ Loi n° 2011-803 du 5 juillet 2011 relative aux droits et à la protection des personnes faisant l'objet de soins psychiatriques et aux modalités de leur prise en charge, *JORF*, 6 juillet 2011, p. 11705.

¹⁷⁰⁹ Loi n° 2013-869 du 27 septembre 2013 modifiant certaines dispositions issues de la loi n° 2011-803 du 5 juillet 2011 relative aux droits et à la protection des personnes faisant l'objet de soins psychiatriques et aux modalités de leur prise en charge, *JORF*, 29 septembre 2013, p. 16230.

¹⁷¹⁰ Art. 428 al. 1 CCS.

l'adulte l'existence d'un besoin de protection¹⁷¹¹. Une telle solution prévalait déjà en matière de privation de liberté à des fins d'assistance¹⁷¹², les textes de l'époque prévoyant, en sus, le droit pour le tuteur de placer son pupille¹⁷¹³.

En ce qui concerne le second cercle, les relations de fait sont également prises en compte.

Elles résultent, en droit français de la place accordée aux proches du patient ; notion qui, selon les hypothèses, englobe ou vient s'ajouter à la famille. Au-delà de la notion de « proches », les liens de fait sont également pris en considération par une autre notion, celle de « personne entretenant avec l'intéressé des liens étroits et stables ». Elle apparaît, à côté de celle de famille dans le domaine de la recherche¹⁷¹⁴. S'il est possible d'imaginer une distinction entre les proches et ladite personne, il nous semble que l'utilisation limitée de cette notion complexifie inutilement le vocabulaire sans donner lieu pour autant à une justification pertinente.

En droit suisse, un pouvoir de représentation dans le domaine médical est attribué tant à des membres de la famille qu'à des personnes extérieures. Antérieurement à l'entrée en vigueur de cette réforme, les proches intervenaient de manière informelle sans être investis d'un pouvoir de représentation. L'article 378 CCS, issu du nouveau droit de la protection de l'adulte, dresse une liste en cascade des personnes amenées à représenter le patient lorsque celui-ci est incapable de discernement. Il s'agit tout d'abord de la personne désignée dans les directives anticipées ou dans un mandat pour cause d'incapacité, puis du curateur ; viennent ensuite le conjoint ou le partenaire et divers membres de la parenté. Une hiérarchie est instituée entre ces derniers. Cette solution s'oppose à celle qui avait été retenue dans l'avant-projet qui, « *s'agissant des descendants, des père et mère, ainsi que des frères et sœurs de la personne incapable de discernement* », avait fondé le pouvoir de représentation sur les critères « *du lien le plus étroit découlant de la vie commune ou de la fourniture d'une assistance personnelle régulière* »¹⁷¹⁵.

Certes, le rôle de la famille est subsidiaire à celui des personnes désignées par le patient, cependant il témoigne de la volonté du législateur de renforcer la solidarité familiale¹⁷¹⁶. Il faut toutefois relever que l'intervention de la plupart des personnes est conditionnée par l'existence d'un ménage commun ou d'une assistance personnelle régulière¹⁷¹⁷. C'est donc davantage le rôle effectivement assuré au quotidien par la

¹⁷¹¹ Voir également l'article 443 al. 1 CCS : « Toute personne a le droit d'aviser l'autorité de protection de l'adulte qu'une personne semble avoir besoin d'aide ».

¹⁷¹² NIVEAU G., BERTRAND D., « Privation de liberté à des fins d'assistance », in BERTRAND D., *Médecin et droit médical*, Chêne-Bourg, Médecine et hygiène, 1999, p. 200.

¹⁷¹³ Art. 405 a et 406 CCS : *Ibid.*, p. 196.

¹⁷¹⁴ Art. L 1122-2 CSP : « Lorsqu'une recherche biomédicale satisfaisant aux conditions édictées par l'article L 1121-8 est envisagée sur une personne majeure hors d'état d'exprimer son consentement et ne faisant pas l'objet d'une mesure de protection juridique, l'autorisation est donnée par la personne de confiance prévue à l'article L 1111-6, à défaut de celle-ci, par la famille, ou, à défaut, par une personne entretenant avec l'intéressé des liens étroits et stables ». La loi JARDÉ (Loi n° 2012-300 du 5 mars 2012 relative aux recherches impliquant la personne humaine, JORF, 6 mars 2012, p. 4138) insère au sein du Code de la santé publique un article L 1131-1-1. Il concerne l'examen des caractéristiques génétiques d'une personne à des fins de recherche scientifique à partir de prélèvements réalisés à d'autres fins. Il prévoit que « lorsque la personne est un majeur hors d'état d'exprimer son consentement et ne faisant pas l'objet d'une tutelle, l'opposition est exprimée par la personne de confiance prévue à l'article L 1111-6, à défaut de celle-ci, par la famille ou, à défaut, par une personne entretenant avec l'intéressé des liens étroits et stables ».

¹⁷¹⁵ Message concernant la révision du Code civil suisse (Protection de l'adulte, droit des personnes et droit de la filiation), 28 juin 2006, FF 2006 6670.

¹⁷¹⁶ *Ibid.*, FF 2006 6647.

¹⁷¹⁷ Art. 378 al. 1 CCS : « Sont habilités à représenter la personne incapable de discernement et à consentir ou non aux soins médicaux (...) 1. La personne désignée dans les directives anticipées ou dans un mandat pour cause d'incapacité ; 2. Le curateur qui a pour tâche de la représenter dans le domaine médical ; 3. Son conjoint ou son partenaire enregistré, s'il fait ménage commun avec elle ou s'il lui fournit une assistance personnelle régulière ; 4. La personne qui fait ménage commun avec elle et qui lui fournit une assistance personnelle régulière ; 5. Ses descendants, s'ils lui fournissent une

personne qui est pris en considération que le lien familial considéré de manière abstraite. Des liens de nature amicale peuvent d'ailleurs entrer en considération¹⁷¹⁸.

259. Les protecteurs désignés par le patient – À côté de cette première cause d'apparition de nouveaux protecteurs de la personne, il est possible d'en identifier une seconde, liée à la « contractualisation »¹⁷¹⁹ de la protection. En effet, dans chacun des pays, le droit de la santé a favorisé l'apparition de mécanismes juridiques par lesquels la personne peut anticiper son éventuelle inaptitude à consentir aux soins et désigner par avance un tiers.

En droit français, le droit de la santé, à travers l'importance qu'il accorde à la prévention, a favorisé l'émergence d'un certain nombre d'instruments juridiques parfois qualifiés de « *mandats de prévention* »¹⁷²⁰. C'est dans le domaine sanitaire que ces types d'instruments ont fait leur apparition avec l'institution de la personne de confiance par la loi du 4 mars 2002¹⁷²¹ et des directives anticipées par la loi du 22 avril 2005¹⁷²². La personne de confiance s'inscrit dans la lignée de la théorie des protecteurs naturels. Cette institution que le CCNE avait envisagée dans son avis n° 58 du 12 juin 1998¹⁷²³ est désormais codifiée à l'article L 1111-6 CSP. Ce dernier dispose que « *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* ». La personne de confiance est librement choisie par le patient qui peut décider d'évincer les membres de sa famille ; le critère privilégié étant celui de la confiance et de la proximité relationnelle. En pratique il semble toutefois qu'un membre de la famille soit choisi dans une très large majorité des cas¹⁷²⁴.

La notion de personne de confiance existe également en droit suisse. Elle est mentionnée dans les dispositions relatives au PAFA¹⁷²⁵, au don d'organes¹⁷²⁶ et à la recherche¹⁷²⁷. La notion de personne de

assistance personnelle régulière ; 6. Ses père et mère, s'ils lui fournissent une assistance personnelle régulière ; 7. Ses frères et sœurs, s'ils lui fournissent une assistance personnelle régulière ».

¹⁷¹⁸ Message concernant la révision du Code civil suisse (Protection de l'adulte, droit des personnes et droit de la filiation), 28 juin 2006, FF 2006 6670.

¹⁷¹⁹ La contractualisation peut être définie comme un « *choix de politique juridique en faveur d'un traitement contractuel des questions* », comme l'« *entrée dans le champ contractuel de données juridiques indisponibles* » : CORNU G., *Vocabulaire juridique*, Paris, Dicos Poche, Quadrige, PUF, 2007, p. 228.

¹⁷²⁰ HÉBERT S., « Le mandat de prévention : une nouvelle forme juridique ? », *D.*, 2008, n° 5, p. 307.

¹⁷²¹ Loi n° 2002-303 du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé, *JORF*, 5 mars 2002, p. 4118.

¹⁷²² Loi n° 2005-370 du 22 avril 2005 relative aux droits des malades et à la fin de vie, *JORF*, 23 avril 2005, p. 7089.

¹⁷²³ CCNE, Avis n° 58, « Consentement éclairé et information des personnes qui se prêtent à des actes de soin ou de recherche », 12 juin 1998, p. 19 : « *Le CCNE propose que soit mise à l'étude la possibilité pour toute personne de désigner pour elle-même un « représentant » (ou « mandataire » ou « répondant »), chargé d'être l'interlocuteur des médecins aux moments où elle est hors d'état d'exprimer elle-même ses choix* ». Il proposait de débattre de l'étendue des pouvoirs de cette personne afin de déterminer si elle avait « *seulement un rôle consultatif* » ou si elle était « *habilitée(e) à participer aux décisions, voire à consentir à un acte de recherche pour la personne incapacitée* ».

¹⁷²⁴ Dans une enquête relative aux décisions médicales en fin de vie en France, sur 38 personnes qui avaient désigné une personne de confiance, 96 % avaient choisi celle-ci parmi les membres de leur famille : PENNEC S., MONNIER A., PONTONE S., AUBRY R., « Les décisions médicales en fin de vie en France », *Population & sociétés*, 2012, n° 494, p. 4.

¹⁷²⁵ Art. 432 CCS : « *Toute personne placée dans une institution a le droit de faire appel à une personne de son choix qui l'assistera pendant la durée de son séjour et jusqu'au terme des procédures en rapport avec celui-ci* » ; Art. 433 al. 1 CCS : « *Lorsqu'une personne est placée dans une institution pour y subir un traitement en raison de troubles psychiques, le médecin traitant établit un plan de traitement écrit avec elle et, le cas échéant, sa personne de confiance* » ; Art. 433 al. 2 CCS : « *Le médecin traitant renseigne la personne concernée et sa personne de confiance sur tous les éléments essentiels du traitement médical envisagé* » ; Art. 434 al. 2 : « *La décision (de traitement sans consentement) est communiquée par écrit à la personne concernée et à sa personne de confiance ; elle indique les voies de recours* ».

confiance se distingue alors des proches en ce qu'elle est désignée directement par le patient¹⁷²⁸. Certaines lois cantonales y font également référence¹⁷²⁹. Les raisons du recours, par le législateur, à la notion de personne de confiance sont variables. Dans le PAFA, il s'explique par le refus de recourir à la représentation thérapeutique. Dans la loi sur la recherche et sur le don d'organes, il s'explique fréquemment par le fait que la personne est décédée. Dans certaines dispositions cantonales, la personne de confiance apparaît, de même qu'en droit français, comme un accompagnement au patient. Toutefois, dans diverses hypothèses, le concept est mobilisé alors que la personne est vivante et souhaite conférer à autrui un pouvoir de représentation. Une telle utilisation de la notion de personne de confiance nous paraît plus problématique dans la mesure où la distinction entre personne de confiance et représentant thérapeutique est ainsi rendue plus ardue.

Les directives anticipées englobant la représentation thérapeutique ont été consacrées en droit fédéral par le nouveau droit de la protection de l'adulte¹⁷³⁰. Ces questions n'étaient pas nouvelles et la doctrine s'était déjà interrogée sur la licéité d'une telle représentation¹⁷³¹. Antérieurement à la réforme du droit des tutelles, certains cantons avaient inséré dans leur législation sanitaire la possibilité de désigner un représentant thérapeutique¹⁷³². Les règles étaient cependant relativement disparates d'un canton à l'autre, ce qui constituait un facteur d'incertitude. L'avant-projet de réforme du droit de la tutelle avait prévu de mettre en place un mandat pour cause d'incapacité spécifique au domaine médical¹⁷³³. Suite à la procédure de consultation, cette systématique a été abandonnée et la représentation thérapeutique du patient a été

¹⁷²⁶ Art. 8 al. 6 LTrans : « S'il est prouvé que la personne décédée a délégué à une personne de confiance la compétence de prendre une décision concernant un prélèvement d'organes, de tissus ou de cellules cette dernière agit en lieu et place des proches ».

¹⁷²⁷ Art. 24 al. 1 let. b LRH : « Un projet de recherche avec bénéfice direct escompté ne peut être réalisé sur des adultes incapables de discernement qu'aux conditions suivantes : (...) en l'absence de document attestant le consentement de la personne concernée, son représentant légal, une personne de confiance ou ses proches ont donné leur consentement éclairé par écrit » ; Art. 36 al. 2 LRH : « En l'absence de document attestant le consentement ou le refus de la personne décédée, le corps ou des parties de celui-ci peuvent être utilisées à des fins de recherche avec le consentement des proches ou d'une personne de confiance désignée, de son vivant, par la personne décédée » ; Art. 36 al. 3 LRH : « Le consentement donné par les proches ou la personne de confiance est régi par l'art. 8 de la loi du 8 octobre 2004 sur la transplantation ».

¹⁷²⁸ En matière de don d'organes, elle doit prouver que « la personne décédée lui a confié cette compétence décisionnelle » : message concernant la loi fédérale sur la transplantation d'organes, de tissus et de cellules, 12 septembre 2001, FF 2002 136.

¹⁷²⁹ Voir par exemple : GRAND CONSEIL DU CANTON DE VAUD, Loi sur la santé publique, Du 29 mai 1985, RSV, 800.01 : Art. 15 c : « Les personnes impliquées dans une médiation se présentent personnellement et ne sont pas assistées par un mandataire professionnel. Le patient ou le résident peut se faire accompagner par une personne de confiance de son choix » ; Art. 23 b al. 2 : « Un plan de traitement écrit doit être établi par le médecin responsable et transmis pour validation au médecin cantonal. Dans la mesure du possible, le service médical doit informer le détenteur et le cas échéant sa personne de confiance (...) sur les éléments essentiels du traitement envisagé » ; Art. 23 b al. 5 : « Le plan de traitement est communiqué par écrit au détenteur et le cas échéant à sa personne de confiance qui peuvent en appeler auprès de la commission d'examen des plaintes » ; Art. 56 c : « Les dispositions du Code civil relatives à la personne de confiance s'appliquant par analogie aux personnes détenues ».

¹⁷³⁰ Art. 370 al. 2 CCS : « Elle peut également désigner une personne physique qui sera appelée à s'entretenir avec le médecin sur les soins médicaux à lui administrer et à décider en son nom au cas où elle deviendrait incapable de discernement. Elle peut donner des instructions à cette personne ».

¹⁷³¹ GUILLOD O., MEIER P., « Représentation privée, mesures tutélaires et soins médicaux », in *Familie und Recht, Festgabe der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Freiburg für Bernhard Schnyder zum 65. Geburtstag*, Freiburg, Universitätsverlag, 1995, p. 329 et s. Les auteurs distinguent : le « représentant surveillant » qui s'assure « que les dispositions matérielles prises par le représenté (...) soient effectivement respectées » ; le « représentant consentant », « chargé de donner ou de refuser, au nom et pour le compte du représenté, le consentement à l'acte médical que le patient est dans l'incapacité de donner » ; le « représentant omnipotent », « désigné pour agir de manière générale pour le représenté pour tout ce qui concerne le domaine médical » ; le « représentant proposé », lorsque « la disposition prise par l'intéressé pourra (...) être interprétée non comme la désignation d'un représentant privé, mais comme un souhait quant à la personne du représentant légal ». Ils concluent à leur validité de la désignation du représentant au regard de l'article 27 CCS.

¹⁷³² Pour l'exemple du canton de Vaud, voir : MONOD S., OLMARI-EBBING M., « Comment appliquer les nouvelles « règles du jeu » médecin-patient ? L'exemple des directives anticipées et du représentant thérapeutique », *Revue médicale suisse*, 13 octobre 2004, n° 2500, Disponible sur : revue.medhyg.ch/article.php3?sid=24066, Consulté le 26 juillet 2014. Pour d'autres exemples tirés du droit cantonal, voir : BABAŁANTZ O., *Les directives anticipées et la représentation thérapeutique*, Neuchâtel, IDS, Cahier n° 6, 1998, p. 51.

¹⁷³³ Code civil suisse (Protection de l'adulte, droit des personnes et droit de la filiation), Avant projet, Juin 2003, Art. 370 et s. : « Toute personne majeure capable de discernement peut désigner par écrit une ou plusieurs personnes physiques (mandataire) qu'elle charge de consentir en son nom à un traitement médical pour le cas où elle deviendrait incapable de discernement ».

intégrée au sein de la réglementation relative aux directives anticipées¹⁷³⁴. L'article 370 CC, consacrant au niveau fédéral les directives anticipées du patient, prévoit que ces dernières permettent à une personne capable de discernement de fixer, à l'avance, les traitements médicaux auxquels elle consent ou non pour le cas où elle deviendrait incapable de discernement, ou de désigner une personne qui pourrait décider, en son nom, des soins médicaux à lui administrer au cas où elle ne pourrait plus le faire elle-même. Les directives anticipées peuvent donc constituer un outil pour la nomination d'un représentant thérapeutique. S'agissant d'un droit strictement personnel, la personne capable de discernement peut agir seule. Elle peut désigner la personne de son choix à condition que celle-ci soit capable de discernement, conformément aux articles 32 et suivants du Code des obligations relatifs à la représentation. La famille n'intervient donc pas en tant que telle, mais l'un de ses membres peut être désigné si cela correspond au choix du patient.

Le droit de la santé est apparu comme une sorte de précurseur en matière d'anticipation de l'incapacité future. Cette idée a ensuite été étendue à d'autres domaines, comme le prouve la consécration en droit français du mandat à effet posthume¹⁷³⁵ puis du mandat de protection future. Ce dernier constitue l'une des principales innovations de la loi du 5 mars 2007¹⁷³⁶. Prévu à l'article 477 CC, il permet à « *toute personne majeure ou mineure émancipée ne faisant pas l'objet d'une mesure de tutelle [de charger] une ou plusieurs personnes, par un même mandat, de la représenter pour le cas où, pour l'une des causes prévues à l'article 425¹⁷³⁷, elle ne pourrait plus pourvoir seule à ses intérêts* ». Le mandataire est librement choisi par le mandant qui peut désigner un membre de sa famille comme un tiers. Le mandat de protection future peut donc conduire à l'éviction de la famille par la volonté individuelle. Le mandat prend effet lorsque les conditions d'ouverture d'une mesure de protection sont remplies, ce qui le distingue du mandat de droit civil et du mandat pour cause d'incapacité suisse.

Tout comme le mandat de protection future français, ce dernier est essentiellement inspiré des pays étrangers. Il permet à une personne ayant l'exercice de ses droits civils de « *désigner une personne physique ou morale chargée de lui fournir une assistance personnelle, de gérer son patrimoine ou de la représenter dans les rapports juridiques avec les tiers si elle devient incapable de discernement* »¹⁷³⁸. Le mandataire pour cause d'incapacité peut être n'importe quelle personne, ce qui peut éventuellement permettre au mandant d'évincer les membres de sa propre famille. La cause du mandat réside dans l'incapacité de discernement et son champ d'application s'étend au domaine personnel, y compris médical¹⁷³⁹. Mais dans ce cas, le mandat constitue matériellement des directives anticipées au sens de l'article 370 al. 2 CCS. Deux conséquences devraient être tirées de cette qualification. Tout d'abord, le mandataire ne pourra être qu'une personne physique. Ensuite, seule la capacité de discernement devrait être exigée et non la capacité civile¹⁷⁴⁰. En effet, dans la

¹⁷³⁴ Message concernant la révision du Code civil suisse (Protection de l'adulte, droit des personnes et droit de la filiation), 28 juin 2006, FF 2006 6664.

¹⁷³⁵ Loi n° 2006-728 du 23 juin 2006 portant réforme des successions et des libéralités, *JORF*, 24 juin 2006, p. 9513.

¹⁷³⁶ Loi n° 2007-308 du 5 mars 2007 portant réforme de la protection juridique des majeurs, *JORF*, 7 mars 2007, p. 4325.

¹⁷³⁷ Altération de ses facultés mentales ou corporelles.

¹⁷³⁸ Article 360 al. 1 CCS.

¹⁷³⁹ FOUNTOULAKIS C., « Le mandat pour cause d'incapacité : du mandat « trans-incapacité » au mandat « post-incapacité » », in BORGHI M., FILIPPINI R. (Dir.), *Dal diritto tutorio al diritto della protezione degli adulti*, Bâle, Collection latine, Helbing & Lichtenhahn, 2014, p. 68.

¹⁷⁴⁰ Cette articulation entre mandat pour cause d'incapacité et directives anticipées est précisée par : Message concernant la révision du Code civil suisse (Protection de l'adulte, droit des personnes et droit de la filiation), 28 juin 2006, FF 2006 6660.

mesure où la capacité de discernement suffit pour consentir à l'acte médical, on ne voit pas pourquoi elle ne suffirait pas pour désigner un mandataire chargé de consentir à l'acte¹⁷⁴¹.

Dans l'ensemble de ces hypothèses, le critère de désignation est subjectif et réside essentiellement dans la confiance accordée au tiers. Il a largement été mis en avant que l'intervention d'un tiers se justifiait par la « *perte d'aura* » de la famille et par la diminution de la « *confiance en la cellule familiale* »¹⁷⁴². Les travaux parlementaires ont à cet égard souligné l'utilité de l'intervention d'un tiers notamment en cas de conflit au sein des familles recomposées, ce qui permet de faciliter le travail du médecin qui bénéficie d'un interlocuteur privilégié¹⁷⁴³. Bien que cet argument soit pertinent, il convient de ne pas conclure de manière trop tranchée au recul des solidarités familiales dont la vigueur est soulignée par de nombreuses études en sociologie¹⁷⁴⁴. Un sondage de l'institut CSA en constitue une bonne illustration. Sur 1005 personnes sondées, 78 % redoutaient une perte d'autonomie, 76 % comptaient en priorité sur un parent proche et 80 % souhaitaient désigner par avance une personne de confiance. 72 % des personnes interrogées considéraient d'ailleurs que la solidarité implique autant les familles que l'État¹⁷⁴⁵. Contentons-nous donc de constater que ces techniques juridiques répondent à un « *renforcement des prérogatives accordées à toute personne d'organiser son inaptitude (...) C'est une logique individualiste qui s'impose aux prérogatives familiales* »¹⁷⁴⁶. Elles constituent en outre une illustration particulièrement probante du phénomène de contractualisation du droit qui peut s'expliquer en partie par des raisons économiques¹⁷⁴⁷.

Mais à côté de ces personnes désignées par le patient anticipant son incapacité à venir, il existe en droit français une autre notion, celle de « *personne de son choix* ». Contrairement à ce qui prévaut dans le Code civil suisse, celle-ci ne se confond pas avec la personne de confiance. La personne choisie par le patient est fréquemment mentionnée dans le cadre des procédures d'indemnisation dans lesquelles elle se voit accorder un rôle d'assistance¹⁷⁴⁸. On pourrait dès lors penser que la personne de son choix se distingue de la personne de confiance en ce qu'elle ne concerne pas directement les soins. Toutefois, ce critère de distinction est remis en cause dans la mesure où la « *personne de son choix* »¹⁷⁴⁹ est également

¹⁷⁴¹ GUILLOD O., HELLE N., « Mandat d'inaptitude, directives anticipées et représentation de la personne incapable : porte ouverte à la confusion ? (art. 360-373 AP) », *RDS*, 2003, I, p. 306.

¹⁷⁴² BENSAMOUN A., « La personne de confiance (réflexions sur une institution émergente en matière familiale et médicale) », *RRJ*, 2007, n° 4, p. 1671.

¹⁷⁴³ BATTEUR A., CERF A., RAOUL-CORMEIL G., « Commentaire de la loi n° 2005-370 du 22 avril 2005 relative aux droits des malades et à la fin de vie », *RLDC*, 2005, n° 19, p. 59.

¹⁷⁴⁴ LEPROVAUX J., « La place de la famille dans la mise en œuvre du mandat de protection future et du mandat à effet posthume », *RJPF*, 2006, n° 9, p. 7.

¹⁷⁴⁵ CAISSE DES DÉPÔTS, NOTAIRES DE FRANCE, « Les personnes vulnérables », Sondage CSA, Avril 2006, n° 0600460D, p. 14, p. 67, p. 70 et p. 76.

¹⁷⁴⁶ LEPROVAUX J., « La place de la famille dans la mise en œuvre du mandat de protection future et du mandat à effet posthume », *RJPF*, 2006, n° 9, p. 7.

¹⁷⁴⁷ POTENTIER P., « Le domaine du mandat de protection future », *JCP N*, 2007, n° 42, p. 1262 et s., § 64.

¹⁷⁴⁸ Art. L 1142-44 CSP : « Cette information (relative aux circonstances et causes du dommage imputable à une activité de prévention de diagnostic ou de soins) lui est délivrée au plus tard dans les quinze jours suivant la découverte du dommage ou sa demande expresse, lors d'un entretien au cours duquel la personne peut se faire assister par un médecin ou une autre personne de son choix » ; Art. R 1221-71 CSP : « L'office fait également savoir au demandeur qu'il peut se faire assister d'une personne de son choix (indemnisation des victimes de l'hépatite C) » ; Art. R 3111-29 CSP : « L'office fait également savoir au demandeur qu'il peut se faire assister d'une personne de son choix (réparation des préjudices imputables à une vaccination) » ; Art. R 3122-3 CSP : « L'office fait également savoir au demandeur qu'il peut se faire assister d'une personne de son choix (indemnisation des victimes du SIDA) » ; Art. R 3131-3-1 CSP : « L'office fait également savoir au demandeur qu'il peut se faire assister d'une personne de son choix (indemnisation des dommages résultant de la mise en œuvre de mesures sanitaires) ».

¹⁷⁴⁹ La notion d'adulte référent en matière d'accès aux soins des adolescents avait été proposée par le Conseil national du SIDA : CONSEIL NATIONAL DU SIDA, *L'accès confidentiel des mineurs adolescents aux soins. Rapport suivi d'un avis et de recommandations*, 6

mentionnée en matière d'IVG¹⁷⁵⁰. Si cette notion marque un recul des titulaires de l'autorité parentale, elle n'empêche pas pour autant qu'un autre membre de la famille soit choisi. Les diverses propositions visant à restreindre le choix de la mineure ont en effet été rejetées lors des travaux parlementaires¹⁷⁵¹.

260. L'évolution du droit civil auquel se réfère le droit de la santé – Enfin, la multiplication des protecteurs désignés par le droit de la santé peut découler des évolutions du droit civil. Le droit de la santé se référant aux protecteurs du droit civil, on peut penser qu'il ne s'agit pas de traiter de la question de l'influence du droit de la santé sur le droit de la famille, mais plutôt de l'influence du droit civil sur le droit de la santé ; autrement dit la problématique inverse de la nôtre. On peut donc simplement signaler que si le droit de la santé s'est montré particulièrement novateur en multipliant les protecteurs de l'adulte, il n'a en revanche pas innové dans le domaine de la parentalité. L'influence du droit de la santé est donc quasi inexistante.

2. L'existence de prérogatives concurrentes

261. Similitude des prérogatives dans trois hypothèses – En multipliant les titulaires de prérogatives de protection, le droit de la santé contribue à la coexistence de prérogatives concurrentes entre les mains des membres de la famille. Il en résulte, en France comme en Suisse, trois principales hypothèses dans lesquelles des personnes différentes peuvent intervenir au sujet d'une même décision médicale. Il ne s'agit pas de déterminer comment chacun des droits apporte une réponse aux conflits potentiels qui en résultent, mais de donner quelques exemples dans lesquels des prérogatives concurrentes peuvent apparaître.

262. L'existence de plusieurs personnes au sein d'une même catégorie de protecteurs – En premier lieu, plusieurs individus sont susceptibles d'intervenir dans une même décision lorsqu'une même catégorie de protecteurs contient plus d'une personne.

Tel peut d'abord être le cas en matière d'autorité parentale. En France, la loi du 4 juin 1970¹⁷⁵² a remplacé la puissance paternelle par l'autorité parentale et en a confié l'exercice aux deux parents mariés¹⁷⁵³. À défaut de mariage, l'autorité était exercée par un seul des parents¹⁷⁵⁴ à moins qu'un tribunal

mars 2000, p. 19 : « Cet adulte référent ne saurait être le médecin prescripteur lui-même, ni appartenir au monde judiciaire, mais pourrait être choisi par le mineur dans sa sphère familiale, comme dans les milieux professionnels (monde associatif, enseignants, travailleurs sanitaires et sociaux, etc...) ».

¹⁷⁵⁰ Art. R 2212-13 : « Il invite (le médecin en cas d'IVG médicamenteuse) la femme à se faire accompagner par la personne de son choix, notamment à l'occasion des consultations au cours desquelles sont administrés les médicaments » ; Art. L 2212-7 : « 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 ».

¹⁷⁵¹ Un amendement n° 79 déposé par B. PERRUT proposait que « le juge (des enfants) habilite une personne adulte avec l'accord de la mineure pour l'accompagner dans sa démarche ». Il n'a pas été adopté par l'Assemblée nationale : AN, 1^{re} séance du 30 novembre 2000, JORF, Débats parlementaires, 1^{er} décembre 2000, Compte rendu intégral, pp. 9606-9607. Un amendement n° 66 proposait de remplacer « la personne majeure de son choix » par « un membre qu'elle choisit au sein de l'équipe pluridisciplinaire prévue à l'article L 2212-4 ». Un amendement n° 67 proposait de « compléter la dernière phrase du dernier alinéa proposé pour l'article L 2212-7 du Code de la santé publique par les mots : « qui figure sur une liste fixée par décret » ». Ces amendements ont été rejetés : *Ibid.*, p. 9609.

¹⁷⁵² Loi n° 70-459 du 4 juin 1970 relative à l'autorité parentale, JORF, 5 juin 1970, p. 5227.

¹⁷⁵³ Art. 372 ancien CC : « Pendant le mariage, les père et mère exercent en commun leur autorité ».

n'en décide autrement¹⁷⁵⁵. En cas de divorce, la loi MALHURET¹⁷⁵⁶ avait prévu une alternative entre exercice en commun et exercice par un seul parent sur décision d'un tribunal, en fonction de ce que commandait l'intérêt de l'enfant¹⁷⁵⁷. Cette même loi renforçait, par ailleurs, la possibilité d'exercice en commun de l'autorité parentale dans la famille naturelle ; cette solution pouvant également être retenue en cas de déclaration conjointe au juge des tutelles¹⁷⁵⁸. La loi du 8 janvier 1993 est encore venue renforcer les hypothèses d'exercice en commun de l'autorité parentale¹⁷⁵⁹. Pour les couples divorcés, l'exercice en commun est devenu le principe ; ce n'est que si l'intérêt de l'enfant le commandait que le juge pouvait confier l'exercice de l'autorité parentale à un seul des parents¹⁷⁶⁰. Pour les parents naturels, l'exercice en commun est également devenu la règle à condition que les parents aient tous deux reconnu l'enfant avant son premier anniversaire et mènent une vie commune lors de la reconnaissance concomitante ou de la seconde reconnaissance¹⁷⁶¹. À défaut, l'autorité parentale était exercée soit par le seul parent ayant un lien de filiation avec l'enfant¹⁷⁶², soit par la mère si la filiation était établie à l'égard des deux parents¹⁷⁶³. Les parents pouvaient toutefois réaliser une déclaration conjointe afin d'exercer l'autorité parentale en commun¹⁷⁶⁴. Depuis la loi du 4 mars 2002¹⁷⁶⁵, l'article 372 pose, à titre de principe général, que « *les père et mère exercent en commun l'autorité parentale* ». L'exercice unilatéral ne joue que si la filiation est établie à l'égard d'un des parents plus d'un an après la naissance ou si la filiation est judiciairement établie à l'égard du second parent¹⁷⁶⁶. Les conditions d'accès à l'exercice en commun se sont donc encore réduites¹⁷⁶⁷. Désormais, la séparation est « *sans incidence sur les règles de dévolution de l'autorité parentale* » à moins que le juge ne considère que l'intérêt de l'enfant commande de confier l'exercice de l'autorité parentale à un seul des

¹⁷⁵⁴ Si l'enfant n'avait été reconnu que par un seul de ses parents, l'autorité était exercée par « *celui des père et mère qui l'a volontairement reconnu* » (art. 374 al. 1 ancien CC). Si les deux parents avaient reconnu l'enfant, l'autorité était exercée « *en entier par la mère* » (art. 374 al. 2 ancien CC).

¹⁷⁵⁵ Art. 374 al. 2 ancien CC : « *Le tribunal pourra, néanmoins, à la demande de l'un ou de l'autre, ou du ministère public, décider qu'elle sera exercée soit par le père seul, soit par le père et la mère conjointement, auxquels les articles 372 à 372-2 seront applicables, comme si l'enfant était un enfant légitime* ».

¹⁷⁵⁶ Loi n° 87-570 du 22 juillet 1987 sur l'exercice de l'autorité parentale, JORF, 24 juillet 1987, p. 8253 : Deffrénois, 1988, 1, 625, Comm. LEGEAIS R. ; JCP G, 1987, I, 3299 ; D., 1988, 137, Comm. DEKEUWER-DÉFOSSEZ F., VAUVILLÉ F.

¹⁷⁵⁷ Art. 373-2 ancien CC : « *Si les père et mère sont divorcés ou séparés de corps, l'autorité parentale est exercée soit en commun par les deux parents, soit par celui d'entre eux à qui le tribunal l'a confiée, sauf, dans ce dernier cas, le droit de visite et de surveillance de l'autre* ».

¹⁷⁵⁸ Art. 374 al. 2 CC. Elle supprimait également le terme « *en entier* » de l'article 374 al. 2.

¹⁷⁵⁹ Loi n° 93-22 du 8 janvier 1993 modifiant le Code civil relative à l'état civil, à la famille et aux droits de l'enfant et instituant le juge aux affaires familiales, JORF, 9 janvier 1993, p. 495 : *Garç. Pal.*, 17 juin 1993, Comm. BOULLEZ C. ; D., 1993, 117, Comm. FULCHIRON H. Sur l'impact pratique de cette réforme : D., 1997, Chron. 364, FULCHIRON H., GOUTTENOIRE-CORNUT A.

¹⁷⁶⁰ Art. 287 CC : « *L'autorité parentale est exercée en commun par les deux parents. (...) Si l'intérêt de l'enfant le commande, le juge peut confier l'exercice de l'autorité parentale à l'un des deux parents* ».

¹⁷⁶¹ Art. 372 al. 2 ancien CC.

¹⁷⁶² Art. 374 al. 1 ancien CC.

¹⁷⁶³ Art. 374 al. 2 ancien CC.

¹⁷⁶⁴ *Ibid.*

¹⁷⁶⁵ Loi n° 2002-305 du 4 mars 2002 relative à l'autorité parentale, JORF, 5 mars 2002, p. 4161.

¹⁷⁶⁶ Art. 372 al. 2 CC.

¹⁷⁶⁷ LEVENEUR L., « Renforcer l'autorité parentale et promouvoir des droits de l'enfant ? », in DEKEUWER-DÉFOSSEZ F., CHOAIN C. (Dir.), *L'autorité parentale en question*, Villeneuve d'Ascq, Droit des personnes et de la famille, Presses universitaires du Septentrion, 2003, pp. 53-54. L'auteur se montre critique en considérant qu'« *on peut se demander si la progression de l'exercice en commun ne va pas ici jusqu'à l'absurde... car, dans cette hypothèse, les parents ne vivaient même pas ensemble dans la première année de l'enfant... Voilà qui est plus fort encore que le mythe de la survie du couple parental malgré la dissolution du couple conjugal, puisque, ici, il n'y a jamais eu de véritable couple conjugal même de fait et que l'on entend forcer la constitution d'un couple parental après la naissance de l'enfant !* ».

deux parents¹⁷⁶⁸. Cette loi s'inscrit donc dans un *continuum* favorable à l'exercice en commun de l'autorité parentale, au recul du matriarcat¹⁷⁶⁹ et à la suppression des distinctions fondées sur la filiation¹⁷⁷⁰.

Ce mouvement se retrouve dans une certaine mesure dans d'autres droits européens¹⁷⁷¹, ainsi que l'illustre l'étude du droit suisse. L'évolution de la législation de ce pays témoigne en effet d'un renforcement constant de l'exercice en commun de l'autorité parentale. La réforme du droit de la filiation de 1976 a commencé par substituer à la puissance paternelle l'autorité parentale¹⁷⁷². Cette dernière était attribuée et partagée entre les père et mère mariés¹⁷⁷³. En revanche, la mère célibataire ou vivant en concubinage l'exerçait seule¹⁷⁷⁴. En cas de divorce, l'article 297 al. 3 CCS ne permettait pas de maintenir l'exercice conjoint de l'autorité parentale¹⁷⁷⁵. Si plusieurs juridictions cantonales avaient retenu l'autorité parentale conjointe¹⁷⁷⁶, d'autres¹⁷⁷⁷, accompagnées par le Tribunal fédéral¹⁷⁷⁸ s'y étaient opposées. La doctrine apparaissait quant à elle divisée sur l'opportunité de l'autorité parentale conjointe¹⁷⁷⁹.

La réforme du droit du divorce¹⁷⁸⁰ a renforcé la place attribuée à l'exercice en commun de l'autorité parentale. D'une part, l'article 133 al. 3 prévoyait que l'exercice en commun pouvait être maintenu par le juge sur requête conjointe des parents divorçant à condition que cela corresponde au bien de l'enfant. Les parents devaient toutefois prévoir, dans une convention soumise à ratification, leur participation à la prise en charge et aux frais d'entretien de l'enfant. L'autorité parentale à l'un des parents

¹⁷⁶⁸ Art. 373-2 CC.

¹⁷⁶⁹ BOULANGER F., « Modernisation ou utopie ? La réforme de l'autorité parentale par la loi du 4 mars 2002, *D.*, 2002, n° 20, p. 1571 et s., § 7.

¹⁷⁷⁰ THOURET S., « La loi n° 2002-305 du 4 mars 2002 relative à l'autorité parentale ou la recherche d'une véritable coparentalité », *Procédures*, 2002, n° 5, Chron. 7, § 2 ; GOUTTENOIRE-CORNUT A., « Commentaire des dispositions relatives à l'autorité parentale », *AJ famille*, 2002, n° 4, p. 124.

¹⁷⁷¹ GRANET-LAMBRECHTS-F., « Les préoccupations dominantes dans les législations européennes actuelles en matière d'autorité parentale », in DEKEUWER-DÉFOSSEZ F., CHOAIN C. (Dir.), *L'autorité parentale en question*, Villeneuve d'Ascq, Droit des personnes et de la famille, Presses universitaires du Septentrion, 2003, pp. 189-218 ; Message concernant une modification du Code civil suisse (autorité parentale), 16 novembre 2011, FF 2011 8334-8337.

¹⁷⁷² FLATTET G., « Le nouveau droit suisse de la filiation », *RIDC*, 1977, Vol. 29, n° 4, p. 680 ; DEGOUMOIS V., « Le concept d'éducation dans le nouveau droit de la filiation », *RDT*, 1979, n° 1, p. 1.

¹⁷⁷³ Alors qu'antérieurement, elle ne relevait que du père : *Ibid.*, p. 4.

¹⁷⁷⁴ *Ibid.*, p. 5.

¹⁷⁷⁵ Le législateur avait d'ailleurs rejeté une proposition du Conseiller national CONDREAU qui visait à laisser au juge la faculté de maintenir l'autorité parentale conjointe après divorce : Message concernant une modification du Code civil suisse (autorité parentale), 16 novembre 2011, FF 2011 8320.

¹⁷⁷⁶ Tribunal du district de Saint-Gall, 8 novembre 1988 : *RSJ*, 1989, p. 139 ; SANDOZ S., « Attribution conjointe de l'autorité parentale aux parents divorcés ? », in *Mélanges Paul PIOTET*, Berne, Stämpfli, 1990, p. 107 : cité par ATF 117 II 523, 525. Obergericht de Bâle-Campagne, 22 mars 1994 : *RDT* 1994, p. 173 ; Bezirksgericht de Gelterkinden, 28 octobre 1986 : *RSJ*, 1988, p. 25 : cités par MANAI D., « Prendre les droits de l'enfant au sérieux : le nouveau droit du divorce », in PFISTER-LIECHTI R., *De l'ancien au nouveau droit du divorce*, Berne, Stämpfli, 1999, p. 104, Note 9.

¹⁷⁷⁷ Tribunal cantonal de Saint-Gall, 1^{er} décembre 1989 : *RSJ*, 1991, p. 119 ; Tribunal supérieur de Zurich, 10 avril 1991, *RSJ*, 1991, p. 414 : cités par ATF 117 II 523, 525.

¹⁷⁷⁸ Déjà sous l'empire du droit antérieur : ATF 53 II 189, 191, Consid. 2 : « Ne pouvant remettre le mineur en commun aux deux ex-époux, le juge est contraint de décider à qui sera confié l'exercice de l'autorité parentale, l'attribution de celle-ci à l'un des conjoints entraînant ipso facto la déchéance des droits que possédait jusqu'alors l'autre partie » ; ATF 54 II 71, 76 ; ATF 77 II 108. Postérieurement à la révision du Code civil de 1976 : ATF 108 II 375, 378, Consid. 2a (le droit suisse ne connaît pas l'exercice en commun de l'autorité parentale en faveur des parents divorcés) ; ATF 114 II 412, 415, Consid. 2 (si les parents ne sont pas mariés, l'autorité parentale appartient à la mère aux termes de l'article 298 al. 1 ancien CCS. Refus de l'exercice en commun par des parents non mariés) ; ATF 117 II 523 (arrêt de principe : l'article 297 al. 3 n'autorisant pas l'exercice conjoint de l'autorité parentale après divorce, le juge doit refuser de ratifier une convention dans ce sens). L'ensemble des arrêts est tiré de ATF 117 II 523, 523-524. Confirmé par : ATF 123 III 445.

¹⁷⁷⁹ Voir les références citées par : Message concernant la révision du Code civil suisse (état civil, conclusion du mariage, divorce, droit de la filiation, dette alimentaire, asiles de famille, tutelle et courtagage matrimonial), 15 novembre 1995, FF 1996 I 129, Note 394 et 130, Note 401.

¹⁷⁸⁰ Code civil suisse (état civil, conclusion du mariage et divorce, filiation, dette alimentaire, asiles de famille, tutelle et courtagage matrimonial), Modification du 26 juin 1998, RO 1999 1118.

demeurait donc la règle¹⁷⁸¹. D'autre part, sous ces mêmes conditions, l'autorité parentale pouvait être attribuée conjointement aux parents non mariés¹⁷⁸². Si l'autorité parentale commune était rendue plus facilement accessible, elle n'était pas pour autant devenue la règle, bien que cette idée ait reçu l'approbation d'une majorité de participants à la procédure de consultation¹⁷⁸³.

La révision du droit de l'autorité parentale¹⁷⁸⁴ constitue un pas supplémentaire. Elle rapproche le droit suisse du droit français puisque désormais l'article 296 al. 2 prévoit, comme principe général, l'autorité parentale conjointe des père et mère. Ce n'est que si le bien de l'enfant le commande que le juge, saisi d'une procédure de divorce ou de protection de l'union conjugale, doit confier l'autorité parentale exclusive à l'un des parents¹⁷⁸⁵. Pour les parents non mariés, une déclaration commune est toutefois nécessaire¹⁷⁸⁶. Elle a lieu devant l'officier d'état civil si elle est faite au moment de la reconnaissance de l'enfant¹⁷⁸⁷. À défaut, elle doit être réalisée devant l'autorité de protection de l'enfant¹⁷⁸⁸. Dans l'attente de cette déclaration, l'enfant est placé sous l'autorité parentale exclusive de la mère¹⁷⁸⁹. On voit donc que bien que l'égalité des parents constitue l'un des objectifs de la réforme¹⁷⁹⁰, le matriarcat¹⁷⁹¹ n'a pas totalement disparu. Cependant, contrairement à l'ancien droit, celle-ci ne pourra pas émettre un veto définitif puisque le père pourra solliciter, auprès de l'autorité de protection de l'enfant, l'exercice conjoint¹⁷⁹². Celle-ci institue l'autorité parentale commune « *à moins que le bien de l'enfant ne commande que la mère reste seule détentrice de l'autorité parentale ou que cette dernière soit attribuée exclusivement au père* »¹⁷⁹³. Dans cette dernière hypothèse, l'exercice unilatéral peut être confié soit à la mère, soit au père. La réforme rend ainsi le droit suisse conforme à la jurisprudence de la CEDH¹⁷⁹⁴.

¹⁷⁸¹ STETTLER M., « Les décisions relatives à l'autorité parentale et aux mesures de protection de l'enfant liées au divorce », in PICHONNAZ P., RUMO-JUNGO A. (Dir.), *Enfant et divorce*, Genève, Universitas Friburgensis, Schulthess, 2006, p. 53.

¹⁷⁸² Art. 298 a ancien CCS.

¹⁷⁸³ Message concernant une modification du Code civil suisse (autorité parentale), 16 novembre 2011, FF 2011 8320.

¹⁷⁸⁴ Code civil suisse (Autorité parentale), Modification du 21 juin 2013, RO 2014 357.

¹⁷⁸⁵ Art. 298 al. 1 CCS.

¹⁷⁸⁶ Art. 298 a CCS. Selon le deuxième alinéa de cet article, les parents doivent y confirmer « *qu'ils sont disposés à assumer conjointement la responsabilité de l'enfant* » et « *qu'ils se sont entendus sur la garde de l'enfant, sur les relations personnelles ou la participation de chaque parent à sa prise en charge ainsi que sur la contribution d'entretien* ».

¹⁷⁸⁷ Art. 298 a al. 3 CCS.

¹⁷⁸⁸ Art. 298 a al. 3 CCS.

¹⁷⁸⁹ Art. 298 a al. 5 CCS.

¹⁷⁹⁰ L'existence d'une discrimination à l'égard des pères non mariés et divorcés était soulignée dans la mesure où le consentement de la mère (qui détient l'autorité parentale en donnant naissance à l'enfant) était nécessaire à l'autorité parentale conjointe. En ce qui concerne les pères divorcés, bien que le droit prévoyait que chacun des parents puisse se voir attribuer l'exercice de l'autorité parentale, en pratique l'autorité parentale était fréquemment attribuée à la mère : message concernant une modification du Code civil suisse (autorité parentale), 16 novembre 2011, FF 2011 8324-8325. Le postulat WEHRLI, à l'origine de la réforme, mettait très clairement en avant l'idée d'un renforcement de l'égalité : « *Le Conseil fédéral est chargé : (...) d'examiner comment il serait possible de promouvoir l'autorité parentale conjointe dans les cas où les parents ne sont pas mariés ensemble ou ne le sont plus, mais aussi de déterminer s'il serait possible de faire de l'autorité parentale conjointe la règle* » : postulat de Reto WEHRLI, Tâches parentales. Égalité de traitement, Déposé au Conseil national, 7 mai 2014, n° 04.3250. L'idée est également reprise par le message du Conseil fédéral qui souligne que « *l'instauration de l'autorité parentale conjointe qui vise le bien de l'enfant implique que les père et mère soient traités de la même manière* » : message concernant une modification du Code civil suisse (autorité parentale), 16 novembre 2011, FF 2011 8330.

¹⁷⁹¹ Un déclin du matriarcat pouvait déjà être identifié dans l'ATF 114 II 200 = JT, 1991, I, 72 : cité par STETTLER M., « Les décisions relatives à l'autorité parentale et aux mesures de protection de l'enfant liées au divorce », in PICHONNAZ P., RUMO-JUNGO A. (Dir.), *Enfant et divorce*, Genève, Universitas Friburgensis, Schulthess, 2006, p. 50.

¹⁷⁹² Art. 298 b al. 1 CCS.

¹⁷⁹³ Art. 298 b al. 2 CCS.

¹⁷⁹⁴ Selon la Cour, le fait de subordonner à la seule volonté de la mère non mariée l'exercice conjoint de l'autorité parentale sans aucun examen possible de l'intérêt de l'enfant constitue une violation des articles 8 et 14 CESDH : CEDH, Cinquième section, Zaunegger contre Allemagne, 3 décembre 2009, n° 22028/04. De même dans l'affaire Sporer, la Cour considère que l'impossibilité pour un père non marié de demander en justice l'attribution de l'autorité parentale est constitutive d'une violation des articles 8 et 14 combinés : CEDH, Première section, Sporer contre Autriche, 3 février 2011, n° 35637/03. La doctrine en a déduit l'inconventionnalité de la règle similaire posée par le droit suisse pour les couples non mariés : GUILLIOD O., « Le dépoussiérage du droit suisse des familles continue », *Newsletter droit matrimonial.ch*, Février 2014, p. 1 ; MEIER P., « L'enfant en

Ainsi, bien que les dispositions nationales ne soient pas totalement concordantes, on observe, en France comme en Suisse une expansion de l'exercice en commun de l'autorité parentale. Cette expansion pourrait favoriser d'éventuels conflits quant aux décisions relatives à la santé de l'enfant, d'autant que l'autorité parentale conjointe connaissait déjà un certain succès avant le 1^{er} juillet 2014¹⁷⁹⁵. Il faut noter que si un seul des parents exerce l'autorité parentale, l'autre bénéficie d'un droit « *de surveiller l'entretien et l'éducation de l'enfant* », ainsi que d'un droit d'être informé sur les « *choix importants relatifs à la vie de ce dernier* »¹⁷⁹⁶. Ces droits, d'abord implicites ou dégagés par la jurisprudence¹⁷⁹⁷, ont ensuite été codifiés¹⁷⁹⁸. Il n'en résulte pas, dans le domaine médical, un droit pour le parent n'exerçant pas l'autorité parentale de s'opposer ou de consentir à un traitement sur l'enfant, du moins en l'absence d'urgence¹⁷⁹⁹. S'il est vrai que certains textes du Code de la santé publique font référence au consentement des titulaires de l'autorité parentale et non de l'exercice de l'autorité parentale, il nous semble qu'ils ne doivent pas être interprétés comme dérogeant aux règles relatives à l'autorité parentale, mais plutôt comme une maladresse rédactionnelle. En droit suisse, un tel devoir de surveillance n'appartient pas au parent n'ayant pas l'autorité parentale¹⁸⁰⁰. Celui-ci est dès lors « *écarté de toutes les décisions concernant l'enfant* »¹⁸⁰¹. Toutefois, consacrant une interprétation doctrinale et conformément à une recommandation du Conseil de l'Europe de 1984¹⁸⁰², l'article 275 a CCS lui octroie le droit d'être « *informé des événements particuliers survenant dans la vie de l'enfant et entendu avant la prise de décisions importantes pour le développement de celui-ci* ». Cela implique

droit suisse : quelques apports de la jurisprudence récente de la Cour européenne des droits de l'homme », *Fampra.ch*, 2012, n° 2, pp. 285-288 ; MEIER P, *RM4*, 2010, n° 3, pp. 246-256 ; PAPAUX VAN DELDEN M.-L., « Le droit au mariage et à la famille. Contours et implications en droit civil (Première partie) », *Fampra.ch*, 2011, n° 2, p. 336. Il faut noter que l'article 133 relatif aux couples divorcés a ensuite été jugé conforme à la CESDH d'abord par le Tribunal fédéral (TF, 5A.540/2011, 30 mars 2012, Consid. 3. 5 : jugeant que contrairement à l'affaire Zaunegger, l'affaire concerne des parents divorcés, ne donne pas lieu à la préférence pour la mère et n'empêche par l'examen au fond de l'affaire) puis par la CEDH (CEDH, Deuxième section, Buchs contre Suisse, 27 mai 2014, n° 9929/12 : BLEICKER O., « Analyse de l'arrêt de la CourEDH B. c. Suisse du 27 mai 2014 », *Newsletter droit matrimonial.ch*, Juin 2014).

¹⁷⁹⁵ En Suisse, selon les chiffres fournis par l'office fédéral de la statistique, la part des enfants placés sous autorité parentale conjointe est passée de 15 à 40 % entre 2000 et 2010. Les chiffres varient toutefois sensiblement d'un canton à l'autre. L'autorité parentale conjointe est ainsi moins développée en Suisse centrale et orientale qu'en Suisse occidentale et au Tessin. Pour les parents non mariés, les statistiques sont plus lacunaires, mais il semble que de plus en plus de parents non mariés demandent l'autorité parentale conjointe : message concernant une modification du Code civil suisse (autorité parentale), 16 novembre 2011, FF 2011 8321-8324. Voir également concernant l'analyse statistique : PICHONNAZ P., FOUNTOLAKIS C., « Droit de la famille, procédure et exécution : un panorama des nouveautés », in PICHONNAZ P., FOUNTOLAKIS C., RUMO-JUNGO A. (Dir.), *Droit de la famille et nouvelle procédure*, Genève, Université de Fribourg, Schulthess, 2012, pp. 14-15. En France pour une analyse des pratiques face aux évolutions législatives, voir : FULCHIRON H., GOUTTENOIRE-CORNUT A., « Réformes législatives et permanence des pratiques : à propos de la généralisation de l'exercice en commun par la loi du 8 janvier 1993 », *D.*, 1997, n° 42, p. 363.

¹⁷⁹⁶ Art. 373-2-1 al. 5 CC.

¹⁷⁹⁷ TGI Paris, 23 février 1971 ; TGI Toulouse, 1985, 25 avril 1985 : *Gaz. Pal.*, 1985, 2, 470 : cités par : DUVAL-ARNOULD D., *Le corps de l'enfant sous le regard du droit*, Paris, Bibliothèque de droit privé, LGDJ, 1994, p. 22.

¹⁷⁹⁸ RAYMOND G., « De la réalité de l'absence de couple conjugal à la fiction de l'unité du couple parental. Commentaire de la loi n° 87-570 du 22 juillet 1987 », *JCP G*, 1987, I, 3299, § 11-12.

¹⁷⁹⁹ *Ibid.* Le parent bénéficie uniquement d'un pouvoir de contrôle et peut saisir le juge : GRAFFENRIED A.-M., *L'enfant au regard des droits français et suisse*, Lausanne, Éditions René Thonney-Dupraz, 1984, p. 145. Néanmoins des auteurs considéraient que « l'exercice du droit de visite implique une substitution momentanée des prérogatives et des devoirs liés à l'autorité parentale » : LEGEAIS R., *L'autorité parentale*, Paris, Defrénois, 1973, p. 102 : cité par DUVAL-ARNOULD D., *Le corps de l'enfant sous le regard du droit*, Paris, Bibliothèque de droit privé, LGDJ, 1994, p. 24.

¹⁸⁰⁰ ATF 83 I 152, 159 = JT 1958 146 : « Il (le père) n'a plus aucun droit dans l'éducation de son enfant tant que celui-ci ne lui aura pas été attribué par un nouveau jugement. Ce n'est pas au recourant qui n'a plus la puissance paternelle, mais à l'organe de tutelle commis à cette fin qu'il appartient de surveiller l'éducation de l'enfant et de prendre au besoin les mesures commandées par l'intérêt de l'enfant. Ce serait aller à l'encontre du but assigné à cette surveillance des autorités de tutelle que de laisser le recourant consulter le dossier de la personne chargée d'exercer ce contrôle, car il pourrait ainsi compromettre l'heureux développement de son enfant en s'immisçant dans son éducation » : cité par GRAFFENRIED A.-M., *L'enfant au regard des droits français et suisse*, Lausanne, Éditions René Thonney-Dupraz, 1984, pp. 145-146.

¹⁸⁰¹ Message concernant la révision du Code civil suisse (état civil, conclusion du mariage, divorce, droit de la filiation, dette alimentaire, asiles de famille, tutelle et courtage matrimonial), 15 novembre 1995, p. 163.

¹⁸⁰² *Ibid.*

notamment que le parent détenteur de l'autorité parentale l'informe d'une opération planifiée de l'enfant¹⁸⁰³. Il peut également, « *tout comme le détenteur de l'autorité parentale, recueillir auprès des tiers qui participent à la prise en charge de l'enfant, notamment auprès (...) de son médecin, des renseignements sur son état et son développement* »¹⁸⁰⁴.

263. Des prérogatives similaires peuvent également exister si plusieurs tuteurs¹⁸⁰⁵ ou plusieurs curateurs¹⁸⁰⁶ ont été désignés pour assurer la protection d'un majeur.

264. La coexistence de prérogatives peut se retrouver lorsque les deux droits se réfèrent au terme de « proches », dans le cas où celui-ci se substitue au terme de « famille ». Pour illustrer cette hypothèse, il est possible de mentionner l'information d'un proche d'une décision de PAFA et la possibilité d'exercer un recours à son encontre en droit suisse¹⁸⁰⁷. En droit français, on peut prendre l'exemple des débats parlementaires relatifs au don d'organes. Il a en effet été souligné que « *la substitution de la notion de proches au terme strict de « famille » (...) peut être source de difficulté pour l'équipe médicale, lorsque celle-ci devra recueillir un témoignage auprès des proches entretenant avec la personne décédée des liens différents : lequel écouter ?* »¹⁸⁰⁸. Ces difficultés ont été confirmées par la pratique. En effet, dans son « *Bilan d'application de la loi de bioéthique du 6 août 2004* », l'agence de la biomédecine relève que « *les coordinations hospitalières de prélèvement sont parfois confrontées (...) à la difficulté de respecter la volonté du défunt, en l'absence de hiérarchisation de la valeur de la parole des proches. En effet, il arrive que la personne qui menait une vie commune avec lui fasse état de la volonté du défunt de donner ses organes s'il venait à décéder et qu'un parent s'y oppose ensuite, interrompant le processus de prélèvement* »¹⁸⁰⁹.

265. La référence au terme de « famille » telle qu'elle résulte du droit français n'est toutefois pas davantage un gage d'absence de conflit. L'affaire Vincent LAMBERT en témoigne avec une particulière acuité. Elle fut en effet, l'objet d'un vif affrontement entre divers membres de la famille de ce patient plongé dans un état pauci relationnel¹⁸¹⁰. Après avoir considéré que l'alimentation et l'hydratation artificielles étaient constitutives d'une obstination déraisonnable, l'équipe médicale du CHU avait décidé de l'arrêt du traitement, ce qui devait conduire à la mort du patient. Conformément à l'article L 1111-4 du Code de la santé publique, cet arrêt ne pouvait « *être réalisé sans avoir respecté la procédure collégiale définie par le Code de déontologie médicale et sans que la personne de confiance (...) ou la famille ou, à défaut, un de ses proches et, le cas échéant, les directives anticipées de la personne, aient été consultés* ». Or, seule la femme du patient avait été informée et associée à cette procédure. Les parents, un demi-frère et une sœur du patient ont alors saisi le juge des référés. Ce dernier a ordonné au CHU de rétablir l'alimentation après avoir considéré que la procédure

¹⁸⁰³ *Ibid.*

¹⁸⁰⁴ Art. 675 a CCS.

¹⁸⁰⁵ Pour ce qui concerne le droit français : art. 447 CC.

¹⁸⁰⁶ Pour ce qui concerne le droit suisse : art. 400 al. 1 CCS : « *Elle peut nommer plusieurs personnes si les circonstances le justifient* ».

¹⁸⁰⁷ Art. 430 al. 5 CCS : « *Dans la mesure du possible, le médecin communique par écrit la décision de placer la personne dans une institution à l'un de ses proches et l'informe de la possibilité de recourir contre cette décision* ».

¹⁸⁰⁸ AN, Rapport fait au nom de la commission spéciale sur le projet de loi relatif à la bioéthique, n° 3528, Enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 10 janvier 2002, p. 67.

¹⁸⁰⁹ AGENCE DE LA BIOMÉDECINE, *Bilan d'application de la loi de bioéthique du 6 Août 2004*, Rapport rendu à la ministre de la Santé, de la Jeunesse, des Sports et de la Vie associative par l'agence de la biomédecine, Octobre 2008, p. 7, Disponible sur : <http://www.agence-biomedecine.fr/IMG/pdf/rapport-bilan-lb-oct2008-2.pdf>, Consulté le 27 janvier 2014.

¹⁸¹⁰ Ou « *état de conscience minimal* » : ACADEMIE NATIONALE DE MEDECINE, *Réponse à la saisine du Conseil d'État*, 22 avril 2014, p. 7.

posée par le Code de la santé publique n'avait pas été respectée¹⁸¹¹. Il reste loisible de s'interroger sur l'étendue de la famille devant être consultée¹⁸¹². Un cousin éloigné pourrait-il, par exemple, se plaindre de ne pas avoir été consulté alors même que plusieurs autres membres de la famille l'ont été ? Quoi qu'il en soit, dans l'affaire Vincent LAMBERT, une seconde procédure collégiale impliquant l'ensemble des intéressés a ensuite été menée. La décision d'arrêt de traitement qui en a résulté a également fait l'objet d'un référé. Le tribunal administratif ayant prononcé la suspension de la décision médicale¹⁸¹³, appel a été relevé par son épouse et un de ses neveux. Le Conseil d'État a ordonné, après expertise¹⁸¹⁴, la réformation du jugement du tribunal administratif de Châlons-en-Champagne. Les parents, le demi-frère et la sœur du patient ont saisi la CEDH qui a demandé son maintien en vie jusqu'à ce qu'elle se prononce sur le fond¹⁸¹⁵. Des questions ont été transmises aux parties¹⁸¹⁶. On voit donc que des difficultés peuvent émerger dans la mesure où le législateur se réfère « à la « famille », sans spécification des membres de la famille visés »¹⁸¹⁷. Bien que le droit suisse soit plus précis, en énumérant les différents types de liens, on peut imaginer l'existence d'une divergence entre plusieurs parents de même rang en matière de représentation dans le domaine médical¹⁸¹⁸.

266. La difficulté de déterminer qui, parmi la famille ou les proches, doit être informé, consulté ou doit décider, explique en partie la création de la personne de confiance qui devait permettre au médecin de bénéficier d'un interlocuteur unique¹⁸¹⁹. En droit français, le Code de la santé publique ne traite de la personne de confiance qu'au singulier et la doctrine considère qu'une seconde désignation révoquerait la désignation antérieure¹⁸²⁰. En droit suisse, au contraire, plusieurs personnes de confiance peuvent être désignées dans le domaine du don d'organes. Cette possibilité résulte de l'article 6 de l'ordonnance d'application de la loi sur la transplantation d'organes. La même situation peut se retrouver lorsqu'une personne a désigné plusieurs mandataires pour cause d'incapacité¹⁸²¹ ou de protection future¹⁸²². L'articulation des prérogatives de ces différents intervenants sera précisée ultérieurement¹⁸²³.

¹⁸¹¹ TA Châlons-en-Champagne, Ordonnance du juge des référés, 11 mai 2013, n° 13000740.

¹⁸¹² CORPART I., « La mort programmée par l'arrêt de l'alimentation d'une personne dans le coma », *RJPF*, 2013, n° 7-8, p. 19.

¹⁸¹³ TA Châlons-en-Champagne, Formation plénière, 16 janvier 2014, n° 1400029.

¹⁸¹⁴ L'expertise avait été ordonnée par : Conseil d'État, Assemblée, 14 février 2014, n° 375081.

¹⁸¹⁵ « Vincent Lambert : des proches demandent à la CEDH de déclarer irrecevable le recours des parents », *LeMonde.fr*, 24 juillet 2014, Disponible sur : http://www.lemonde.fr/societe/article/2014/07/24/des-proches-de-vincent-lambert-adressent-une-tribune-a-la-cedh_4462353_3224.html, Consulté le 2 août 2014.

¹⁸¹⁶ CEDH, Cinquième section, Requête Pierre Lambert et autres contre la France, 23 juin 2014, n° 46043/14.

¹⁸¹⁷ LOKIEC P., « La personne de confiance. Contribution à l'élaboration d'une théorie de la décision en droit médical », *RDSS*, 2006, n° 5, p. 865 et s., Note 73.

¹⁸¹⁸ GUILLOD O., « Présentation globale de la réforme », in GUILLOD O., BOHNET F., *Le nouveau droit de la protection de l'adulte*, Bâle, Unine, Helbing & Lichtenhhan, 2012, p. 30 ; Pour l'articulation des prérogatives, voir *infra* § 596.

¹⁸¹⁹ MÉLIN F., « La personne de confiance de l'article L 1111-6 du Code de la santé publique », in FAURÉ G. (Dir.), *La loi du 4 mars 2002 : continuité ou nouveauté en droit médical ?*, CEPRISCA, PUF, 2003, p. 113 et p. 115.

¹⁸²⁰ REBECQ G., « Le rôle de la personne de confiance en fin de vie », in LECA A., DE CACQUERAY S., ROUX A. (Dir.), *La fin de vie et l'euthanasie*, Bordeaux, Collection du centre de droit de la santé d'Aix-Marseille, LEH, 2008, p. 301 ; GABRIEL A., *La personne de confiance dans la loi du 4 mars 2002 relative aux droits des malades*, Aix-Marseille, Collection du centre Pierre Kayser, PUAM, 2004, p. 65 ; CIMAR L., « La situation juridique du patient inconscient en fin de vie », *RDSS*, 2006, n° 3, p. 478.

¹⁸²¹ MEIER P., LUKIC S., *Introduction au nouveau droit de la protection de l'adulte*, Zurich, Droit civil suisse, Schulthess, 2011, p. 90 ; LEUBA A., STETTLER M., BÜCHLER A., HÄFELI C., *Protection de l'adulte*, Berne, Commentaire du droit de la famille, Stämpfli, 2013, p. 120 ; FAVRE L., « Nouveau droit de la protection de l'adulte. Le mandat pour cause d'incapacité », *Revue suisse du notariat et du registre foncier*, 2013, n° 3, pp. 153-154.

¹⁸²² Art. 477 al. 1 CC : « Toute personne majeure ou mineure émancipée ne faisant pas l'objet d'une mesure de tutelle peut charger une ou plusieurs personnes, par un même mandat, de la représenter pour le cas où, pour l'une des causes prévues à l'article 425, elle ne pourrait plus pourvoir seule à ses intérêts ».

¹⁸²³ Sur les modalités de cette articulation, voir *infra* § 591.

267. L'existence de plusieurs catégories de protecteurs titulaires de l'exercice d'une même prérogative – Au-delà de cette première source de coexistence des prérogatives, liée à l'existence de plusieurs membres de la famille au sein d'une même catégorie de protecteurs, une deuxième source réside dans la multiplication des titulaires d'une même prérogative. Il ne s'agit pas ici de réfléchir sur les modalités de l'articulation de ces prérogatives, mais de souligner que plusieurs catégories de protecteurs sont susceptibles d'intervenir dans une même situation. L'existence de prérogatives concurrentes apparaît dans trois cas principaux.

268. D'abord, la famille, les proches et la personne de confiance sont fréquemment mentionnés dans un même texte en droit français¹⁸²⁴. D'autres textes ne font référence qu'à la personne de confiance et à la famille¹⁸²⁵. Le droit suisse n'a pas à faire face à une telle difficulté puisque la famille est englobée dans la notion de proche. En revanche, les proches sont mentionnés après la personne de confiance dans le domaine du don d'organes¹⁸²⁶.

269. Ensuite, les protecteurs traditionnels de la personne et les protecteurs désignés par celle-ci ou par la loi peuvent intervenir dans la décision de soins. En droit suisse, le curateur peut être chargé de consentir à l'acte médical du moins lorsqu'il s'agit d'une curatelle de portée générale ou d'une curatelle de représentation¹⁸²⁷. Mais cette attribution peut également être conférée à un mandataire pour cause d'incapacité¹⁸²⁸, à un représentant thérapeutique désigné dans les directives anticipées¹⁸²⁹ et aux représentants dans le domaine médical *ex lege*¹⁸³⁰. Tous ces représentants peuvent se superposer à la personne de confiance dont la nomination n'exige que la capacité de discernement, bien que leurs pouvoirs diffèrent¹⁸³¹. On peut, par ailleurs, imaginer qu'un mineur capable de discernement ait désigné un représentant thérapeutique dans des directives anticipées¹⁸³². S'il devient ensuite incapable de discernement, ce représentant thérapeutique cohabite avec la ou les personnes détenant l'autorité parentale

¹⁸²⁴ Art. L 1110-4 CSP (information en cas de diagnostic ou de pronostic grave) ; Art. L 1110-5 CSP (information en cas de traitement « double effet » en phase avancée ou terminale d'une maladie grave ou incurable) ; L 1111-13 CSP (consultation lorsqu'une personne est en phase avancée ou terminale d'une maladie grave et incurable et hors d'état de manifester sa volonté et que le médecin décide de limiter ou d'arrêter un traitement inutile, disproportionné ou n'ayant d'autre objet que la seule prolongation artificielle de la vie) ; Art. L 1131-1 CSP (impossibilité de les consulter et réalisation d'un examen ou d'une identification des caractéristiques à des fins médicales dans l'intérêt de la personne) ; Art. L 1111-4 al. 4 (consultation lorsque la personne est hors d'état d'exprimer sa volonté pour réaliser une intervention ou investigation) ; Art. L 1111-4 al. 5 (consultation lorsque la personne est hors d'état d'exprimer sa volonté en cas de limitation ou d'arrêt de traitement susceptible de mettre sa vie en danger).

¹⁸²⁵ Art. L 1122-1-2 CSP (recherches biomédicales en situation d'urgence, version antérieure à l'entrée en vigueur de la loi JARDÉ) ; Art. L 3211-11-1 CSP (sorties accompagnées des personnes faisant l'objet de soins psychiatriques).

¹⁸²⁶ Art. 8 LTrans.

¹⁸²⁷ La curatelle d'accompagnement, la curatelle de coopération et la curatelle de gestion (qui constitue une forme spécifique de curatelle de représentation) ne confèrent pas de pouvoir de représentation dans le domaine médical. En revanche, la curatelle de représentation peut conférer ce type de pouvoir au curateur. Il en va de même de la curatelle de portée générale qui confère au curateur des pouvoirs dans le domaine de l'assistance personnelle, de la gestion du patrimoine et de la représentation à l'égard des tiers : LEUBA A., STETTLER M., BÜCHLER A., HÄFELI C., *Protection de l'adulte*, Berne, Commentaire du droit de la famille, Stämpfli, 2013, p. 285.

¹⁸²⁸ Art. 360 al. 1 CCS.

¹⁸²⁹ Art. 370 al. 2 CCS.

¹⁸³⁰ En effet, selon l'article 370 al. 1 CCS, la capacité de discernement suffit pour pouvoir rédiger des directives anticipées. L'exercice des droits civils n'est pas nécessaire.

¹⁸³¹ À défaut de précision légale en sens contraire, il semble en effet qu'il faille appliquer le droit commun.

¹⁸³² Art. 378 CCS.

qui bénéficient également d'un pouvoir de représentation pour les décisions de santé. En droit français, cette difficulté ne se pose pas dans la mesure où le mineur non émancipé ne peut ni rédiger des directives anticipées¹⁸³³ ni désigner une personne de confiance¹⁸³⁴. En revanche, le tuteur ou le curateur peuvent cohabiter avec un mandataire de protection future¹⁸³⁵, une personne de confiance¹⁸³⁶ ou des directives anticipées¹⁸³⁷.

270. Enfin, plusieurs personnes peuvent intervenir dans la décision de soin du fait de la multiplication des tiers en droit de la famille.

En principe, lorsque la personne est protégée, seuls les titulaires de l'exercice de l'autorité parentale ou le tuteur peuvent se voir attribuer un rôle de représentation de la personne. Il en est par exemple ainsi en ce qui concerne l'accès au dossier médical du patient protégé. En droit français, le ou les parents exercent ce droit au nom de leur enfant mineur¹⁸³⁸. La CADA a ainsi refusé l'accès au dossier médical d'un mineur à une grand-mère paternelle dont le fils et la belle-fille étaient encore mineurs. Elle indique que « *les grands-parents de celui-ci, qui ne sauraient détenir directement l'autorité parentale sur lui et qui, bien qu'ils représentent légalement le père ou la mère mineurs, n'ont pas vocation à l'exercer, n'ont aucun droit d'accès au dossier de l'enfant* »¹⁸³⁹. Seul le parent non privé de l'autorité parentale peut accéder au dossier médical du mineur¹⁸⁴⁰. Il en est de même si l'enfant a été placé¹⁸⁴¹. Pour les majeurs sous tutelle, le droit d'accès au dossier est exercé par le tuteur¹⁸⁴² ; en revanche, le curateur ne bénéficie pas du droit de consulter le dossier au nom du patient¹⁸⁴³. La personne peut néanmoins donner un mandat d'accès à son dossier¹⁸⁴⁴.

¹⁸³³ La référence de l'article L 1111-11 CSP à « *toute personne majeure* » exclut cette possibilité pour le mineur.

¹⁸³⁴ L'article L 1111-6 al. 1 CSP réserve cette possibilité à « *toute personne majeure* ».

¹⁸³⁵ Le majeur sous tutelle ne peut conclure un mandat de protection future (art. 477 al. 1 CC). Il peut toutefois avoir conclu ce type de mandat avant sa mise sous tutelle. Le majeur sous curatelle peut conclure un mandat de protection future avec l'assistance de son curateur (art. 477 al. 2 CC). Le majeur sous sauvegarde de justice n'étant pas privé de l'exercice de ses droits civils (art. 435 CC), il peut conclure seul un mandat de protection future. La coexistence d'une mesure de protection juridique et du mandat de protection future résulte de l'article 485 CC qui dispose que « *le juge qui met fin au mandat peut ouvrir une mesure de protection juridique (...) Lorsque la mise en œuvre du mandat ne permet pas, en raison de son champ d'application, de protéger suffisamment les intérêts personnels et patrimoniaux de la personne, le juge peut ouvrir une mesure de protection juridique complémentaire confiée, le cas échéant, au mandataire de protection future. Il peut aussi autoriser ce dernier ou un mandataire ad hoc à accomplir un ou plusieurs actes déterminés non couverts pas le mandat* ».

¹⁸³⁶ Le majeur sous curatelle et sous sauvegarde de justice semblent pouvoir être inclus dans « *toute personne majeure* » : art. L 1111-6 al. 1 CSP. En ce qui concerne le majeur sous tutelle, il ne peut désigner une personne de confiance après le prononcé de la mesure. S'il a désigné une personne antérieurement, le juge peut « *soit confirmer la mission de la personne de confiance antérieurement désignée, soit révoquer la désignation de celle-ci* » : art. L 1111-6 al. 4 CSP.

¹⁸³⁷ L'article L 1111-11 CSP octroie cette faculté à « *toute personne majeure* ».

¹⁸³⁸ CADA, Avis du 19 avril 2007, n° 20071677, Ministre de la santé et des solidarités (commission départementale de l'éducation spéciale des Bouches-du-Rhône).

¹⁸³⁹ CADA, Avis du 14 octobre 2010, n° 20103989, Directeur du centre hospitalier René Dubos.

¹⁸⁴⁰ La CADA relève ainsi qu'« *il appartient au demandeur d'établir qu'il exerce sur l'enfant mineur l'autorité parentale* » : CADA, Avis du 3 avril 2008, n° 20081303, Directeur du centre hospitalier de la région de Saint-Omer. Dans une autre affaire, la CADA considère que « *dès lors que le père de l'enfant mineur est titulaire de l'autorité parentale, le dossier médical de sa fille lui est communicable, malgré l'opposition de la mère de l'enfant* » : CADA, Avis du 22 mai 2008, n° 20082090, Directeur du centre hospitalier Georges-Daumezon de Fleury-les-Aubrais.

¹⁸⁴¹ CADA, Avis du 22 novembre 2007, n° 20074488, Directeur du centre hospitalier de Châlons-en-Champagne : « *En l'espèce, la commission estime que le jugement d'assistance éducative rendu par le juge des enfants du tribunal de grande instance de Reims ne retire pas aux parents des enfants l'exercice de l'autorité parentale. Elle considère en conséquence que les documents sollicités concernant les deux mineurs ne sont communicables qu'à leurs parents et émet un avis défavorable à leur communication à leurs grands-parents* ».

¹⁸⁴² La solution a été retenue en cas d'administration légale : CADA, Avis du 10 janvier 2008, n° 2008072, Directrice du foyer médicalisé « Les Thuyas » de Monferrand-Savès : « *Son article L 1111-2 (du CSP) prévoit (...) que « les droits des mineurs ou des majeurs sous tutelle mentionnés au présent article sont exercés, selon les cas, par les titulaires de l'autorité parentale ou par le tuteur ». La commission estime que, en égard à l'objet de ces dispositions, et dès lors que l'administration légale, dont le régime est prévu à l'article 497 du Code civil, qui figure au chapitre III du livre XI du livre 1^{er} de ce code, intitulé « Des majeurs en tutelle », constitue l'une des formes de la tutelle, laquelle s'exerce sous le contrôle étroit du juge des tutelles, le législateur n'a pas entendu exclure par principe de leur champ d'application les administrateurs légaux* ».

¹⁸⁴³ CADA, Avis du 22 mars 2007, n° 20071208, Médecin conseil de l'assurance maladie, chef de service responsable du secteur de Juvisy : « *Par ailleurs, si le cinquième alinéa de l'article L 1111-2 du Code de la santé publique prévoit que les droits des majeurs sous tutelle sont*

En droit suisse, si la personne protégée est incapable de discernement, exceptionnellement, son représentant peut accéder à son dossier. Il ne peut toutefois le faire qu'à la condition de justifier cet accès par l'intérêt du représenté et que ce dernier ne s'y soit pas opposé¹⁸⁴⁵. Cette concentration de la représentation entre les mains du tuteur ou des titulaires de l'exercice de l'autorité parentale se retrouve en matière de consentement à l'acte médical. Force est cependant de constater qu'un certain nombre de tiers sont susceptibles d'intervenir dans la prise en charge de l'enfant, y compris dans le domaine médical. La question se pose principalement à l'égard des beaux-parents et des grands-parents. Cette question ne sera néanmoins pas développée car le sujet ne concerne pas le rôle de la famille dans les décisions de soin, mais l'influence du droit de la santé sur le droit de la famille. Le droit de la santé ne faisant pas état du rôle des beaux-parents ou des grands-parents dans la décision de soin, son influence sur le droit de la famille est réduite à néant.

B. Les incertitudes dans la définition des protecteurs par le droit français, révélées par le droit suisse

271. La comparaison du droit français et du droit suisse permet de révéler un certain nombre de faiblesses dans l'articulation des concepts utilisés par le droit de la santé et par le droit civil. Ces faiblesses sont de deux ordres. D'abord, la comparaison met en lumière l'action subversive exercée par le droit de la santé français sur les concepts de droit civil (1) ; elle permet ensuite de montrer la faible normalisation des concepts spécifiques au droit de la santé français (2).

1. La subversion des concepts de droit civil

272. La comparaison, en tant qu'outil de connaissance du droit, permet de mettre en avant la subversion des concepts du droit civil qui s'est opérée en droit français d'un double point de vue.

273. Subversion du concept d'incapacité – En premier lieu, le droit de la santé français a participé à la remise en cause du concept d'incapacité comme critère de mobilisation de la protection juridique de la personne du patient. La « *capacité médicale* » entendue comme la capacité à « *exprimer un choix (...), comprendre une information (...), apprécier une situation et ses conséquences* » et la capacité civile ne se recoupaient, en effet,

exercés par le tuteur, il n'en va pas de même pour les majeurs sous curatelle » ; CADA, Avis du 5 juillet 2007, n° 20072674, Directeur général de l'assistance publique-hôpitaux de Paris (groupe hospitalier Bichat – Claude Bernard) : « *Dans ces conditions, le curateur ne peut prétendre exercer de plein droit le droit d'accès de sa pupille à son dossier médical. Ce n'est que si cette dernière lui a délivré un mandat exprès en ce sens que son dossier médical peut être transmis au curateur* » ; CADA, Avis du 9 octobre 2008, n° 20083853, Directeur du centre hospitalier spécialisé de l'Yonne.

¹⁸⁴⁴ Conseil d'État, 1^{re} et 6^e sous-sections réunies, 26 septembre 2005, n° 270234 : « *Considérant qu'il ne résulte pas des définitions précitées du Code de la santé publique que le législateur ait entendu exclure la possibilité pour la personne concernée d'accéder aux informations médicales relatives à sa santé détenues par des professionnels et établissements de santé en recourant dans les conditions de droit commun, à un mandataire dès lors que ce dernier peut justifier de son identité et dispose d'un mandat exprès, c'est-à-dire dûment justifié* ».

¹⁸⁴⁵ MANAÏ D., *Droits du patient et biomédecine*, Berne, Stämpfli, 2013, p. 117 ; ROBERT C.-N., « Le droit de savoir », *Revue médicale suisse*, Mai 2005, n° 19, Disponible sur : <http://titan.medhyg.ch/mh/infos/article.php3?sid=1717>, Consulté le 5 août 2014 ; DEVAUD C., *L'information en droit médical : étude de droit suisse*, Genève, Bâle, Zurich, Schulthess, 2009, p. 204 ; MANAÏ D., « L'accès au dossier médical », *Cahiers genevois et romands de sécurité sociale*, 2002, n° 28, p. 72 ; ATF 110 Ia 83, 86 = *Semaine judiciaire*, 1996, 293-9, p. 298 (lorsque la personne est décédée, un tiers peut accéder au dossier après qu'il a été procédé à une mise en balance entre les intérêts en présence) : cité par : MANAÏ D., « Le droit des proches dans la décision médicale », in LA HARPE R., UMMEL M., DUMOULIN J.-F., *Droit de la santé et médecine légale*, Chêne-Bourg, Médecine et hygiène, 2014, p. 314, Note 32.

pas toujours¹⁸⁴⁶. Il est alors apparu nécessaire de tenir compte des personnes inconscientes ou dans un état physique ou psychique rendant impossible toute prise de décision et ne bénéficiant pas d'une mesure de protection.

C'est la jurisprudence qui a été pour la première fois confrontée au cas des personnes non protégées juridiquement et hors d'état d'exprimer leur volonté. Cette situation particulière a donné naissance à la théorie dite des protecteurs naturels dont l'objectif était de répondre aux nécessités pratiques¹⁸⁴⁷. Issue du droit médical, elle consacre une sorte « *d'incapacité extralégale (...) permettant de substituer au consentement du premier intéressé, celui de son protecteur naturel* »¹⁸⁴⁸. Elle a pour la première fois été explicitement¹⁸⁴⁹ affirmée dans un arrêt de la cour d'appel de Lyon de 1952 dans lequel il a été retenu qu'« *avant d'entreprendre un traitement ou de procéder à une opération chirurgicale, le médecin est tenu, hors le cas de nécessité, d'obtenir le consentement libre et éclairé du malade, ou, dans le cas où il serait hors d'état de le donner, celui des personnes qui sont investies à son égard d'une autorité légale, ou que les liens de parenté avec lui désignent comme ses protecteurs naturels* »¹⁸⁵⁰. Cette solution a été avalisée par la Cour de cassation dans un arrêt du 8 novembre 1955¹⁸⁵¹. Juridiquement, ces protecteurs bénéficiaient davantage « *d'un pouvoir de fait* »¹⁸⁵² et la légalité de leurs décisions pouvait paraître incertaine¹⁸⁵³.

L'apparition de la théorie des protecteurs naturels a perturbé les catégories tirées du droit des incapacités de l'époque. En effet, comme l'a relevé le Doyen SAVATIER, « *à côté des incapacités légalement réglementées, et qui, pour le médecin aliéniste, sont devenues des cas exceptionnels, la Cour de cassation consacre implicitement l'existence d'incapacités de fait* »¹⁸⁵⁴. Il note ainsi, dans certaines circonstances, l'apparition d'une « *tutelle de fait* »¹⁸⁵⁵. La rigidité du droit des incapacités français apparaît avec une particulière acuité si on le compare à la souplesse dont fait preuve le droit suisse qui se fonde sur le critère de l'incapacité de discernement. Le recours, par le droit civil, à ce critère juridique est particulièrement adapté aux situations d'ordre médical dans la mesure où il assure des variations en fonction de l'état du patient. Cela explique l'existence, en Suisse, d'une concordance entre droit civil et droit de la santé. Au contraire, le droit civil français, fondé sur le critère rigide de la capacité juridique, s'avérait inadapté. Cela a conduit au développement d'un droit de la santé en parallèle du droit civil et pour lequel la figure du contrat, qui prévalait alors, semblait

¹⁸⁴⁶ CIMAR L., « La situation juridique du patient inconscient en fin de vie », *RDSS*, 2006, n° 3, p. 471.

¹⁸⁴⁷ DECOCQ A., *Essai d'une théorie générale des droits sur la personne*, Paris, Bibliothèque de droit privé, LGDJ, 1960, p. 339. L'auteur, faisant référence à un article de P. GARRAUD et M. LABORDE-LACOSTE (GARRAUD P., LABORDE LACOSTE M., « Le rôle de la volonté du médecin et du patient quant au traitement médical et à l'intervention chirurgicale », *Revue générale du droit*, 1926, p. 129 et s., I, § 1^{er}, 2°) signale que « *la tradition de l'assistance publique de la Seine était déjà de solliciter le consentement de l'aliéné* ».

¹⁸⁴⁸ LOKIEC P., « La personne de confiance. Contribution à l'élaboration d'une théorie de la décision en droit médical », *RDSS*, 2006, n° 5, p. 868.

¹⁸⁴⁹ Certaines juridictions du fond avaient déjà « *implicitement mais nécessairement admis l'existence de ce pouvoir exorbitant de la famille* » : DECOCQ A., *Essai d'une théorie générale des droits sur la personne*, Paris, Bibliothèque de droit privé, LGDJ, 1960, p. 340, Note 197.

¹⁸⁵⁰ CA Lyon, 17 novembre 1952 : *JCP G*, 1953, II, 7541, Note SAVATIER R. L'arrêt réforme : Tribunal civil de Lyon, 12 janvier 1951 : *D.*, 1951, 323.

¹⁸⁵¹ Cass. civ. 1^{re}, 8 novembre 1955 : *JCP G*, 1955 II, 9014, Obs. SAVATIER R. : « *Étant constant qu'aucun consentement n'a été sollicité avant l'application d'un traitement dont la Cour a relevé qu'il occasionnait des accidents fréquents, non imprévisibles, peu graves en général, mais pouvant parfois entraîner la mort, les juges du second degré ont pu décider qu'avant d'entreprendre un traitement ou de procéder à une opération chirurgicale, le médecin est tenu, hors le cas de nécessité, d'obtenir le consentement libre et éclairé du malade ou, dans le cas où il serait hors d'état de le donner, celui des personnes qui sont investies à son égard d'une autorité légale, ou que les liens de parenté avec lui désignent comme des protecteurs naturels* » et qu'en la cause, « *en admettant que demoiselle Beynel ait été hors d'état de donner un consentement libre, il appartenait au docteur X... de fournir à dame Beynel, qui accompagnait sa fille, les renseignements qui, normalement étaient dus à cette dernière* » ».

¹⁸⁵² PRIEUR S., « Les droits des patients dans la loi du 4 mars 2002 », *RGDM*, 2002, n° 8, p. 133.

¹⁸⁵³ LOKIEC P., « La personne de confiance. Contribution à l'élaboration d'une théorie de la décision en droit médical », *RDSS*, 2006, n° 5, p. 868.

¹⁸⁵⁴ SAVATIER R., « Observations sous Cass. civ. 1^{re}, 8 novembre 1955 », *JCP G*, 1955, II, 9014.

¹⁸⁵⁵ SAVATIER R., « Observations sous CA Lyon, 17 novembre 1952 », *JCP G*, 1953, II, 7541.

relativement inadaptée¹⁸⁵⁶. À l'époque, le droit de la santé est donc un « *droit non écrit qui se crée en marge du droit formulé par les lois, et d'ailleurs en contradiction avec la lettre de celles-ci* »¹⁸⁵⁷. Cette création à la marge s'est poursuivie avec le développement d'un droit de la santé écrit qui se réfère désormais à plusieurs reprises à la situation dans laquelle la personne est « *hors d'état d'exprimer sa volonté* ».

274. Subversion du concept d'autorité parentale – En second lieu, le droit comparé permet de mettre en lumière une subversion plus discrète des concepts de droit civil par le droit de la santé français. Elle se traduit par un recours erroné à ces concepts, du fait d'une faible normalisation du vocabulaire juridique ainsi que par la multiplication des termes différents.

L'étude des dispositions spécifiques de droit de la santé suisse montre l'existence d'une concordance claire entre droit de la santé et droit civil. L'ensemble des textes de droit de la santé fait référence au terme de « représentant légal » lorsque la personne est incapable de discernement et ce, qu'il s'agisse de textes de droit fédéral¹⁸⁵⁸ ou cantonal¹⁸⁵⁹. Le droit de la santé se contente donc de reprendre les

¹⁸⁵⁶ « Un contrat médical intervient donc, dont il est malaisé de dire sur quelle base il se forme » ; « Elle (la tutelle de fait au majeur) s'organise au hasard, d'après la situation de la famille et les relations du malade, conduit par un tiers au médecin, et qui passe, en vertu d'un contrat juridiquement boiteux, sous la toute puissance de ce dernier » : *Ibid.*

¹⁸⁵⁷ *Ibid.*

¹⁸⁵⁸ Art. 5 LAGH : « Lorsque la personne concernée est incapable de discernement, le consentement est donné par son représentant légal » ; Art. 14 LAGH : « La personne concernée ou, si elle est incapable de discernement, son représentant légal doit notamment être informée (...) » ; Art. 18 LAGH : « Lorsque la personne concernée est incapable de discernement, la décision appartient à son représentant légal » ; Art. 19 LAGH : « Le médecin ne peut communiquer les résultats d'une analyse génétique qu'à la personne concernée ou, si elle est incapable de discernement, à son représentant légal » ; Art. 34 LAGH : « La personne concernée ou, si elle est incapable de discernement, son représentant légal décide de la conservation ou de la destruction de son échantillon » ; Art. 13 al. 1 let. f. LTrans : « À titre exceptionnel, des tissus ou des cellules qui se régénèrent peuvent être prélevés sur des personnes mineures ou incapables de discernement si (...) le représentant légal a donné son consentement libre et éclairé par écrit » ; Art. 6 LStér. : « La stérilisation d'une personne âgée de 18 ans capable de discernement et sous curatelle de portée générale ne peut être pratiquée qu'avec son consentement libre et éclairé, donné par écrit, le représentant légal doit également avoir donné son consentement » ; Art. 22 al. 1 let. b LRH : « Un projet de recherche avec bénéfice direct escompté ne peut impliquer un enfant capable de discernement qu'aux conditions suivantes : (...) son représentant légal a donné son consentement éclairé par écrit » ; Art. 22 al. 3 let. a LRH : « Un projet de recherche sans bénéfice direct escompté ne peut être réalisé sur un enfant incapable de discernement qu'aux conditions suivantes : (...) son représentant légal a donné son consentement éclairé par écrit » ; Art. 23 al. 1 let. b LRH : « Un projet de recherche avec ou sans bénéfice direct escompté ne peut être réalisé sur des adolescents capables de discernement qu'aux conditions suivantes : (...) le représentant légal de l'adolescent concerné a donné son consentement éclairé par écrit, dès lors que les risques et les contraintes inhérents au projet ne sont pas minimaux » ; Art. 23 al. 2 let. a LRH : « Un projet de recherche avec bénéfice direct escompté ne peut être réalisé sur des adolescents incapables de discernement qu'aux conditions suivantes : (...) le représentant légal de l'adolescent concerné a donné son consentement éclairé par écrit » ; Art. 24 al. 1 let. b LRH : « Un projet de recherche avec bénéfice direct escompté ne peut être réalisé sur des adultes incapables de discernement qu'aux conditions suivantes : (...) en l'absence de document attestant le consentement de la personne concernée, son représentant légal, une personne de confiance ou ses proches ont donné leur consentement éclairé par écrit » ; Art. 32 al. 1 LRH : « Le matériel biologique et les données génétiques peuvent être réutilisés pour un projet de recherche sous une forme non codée lorsque la personne concernée ou, le cas échéant, son représentant légal ou ses proches ont donné leur consentement éclairé » ; Art. 32 al. 2 LRH : « Le matériel biologique et les données génétiques peuvent être réutilisées à des fins de recherche sous une forme codée lorsque la personne concernée ou, le cas échéant, son représentant légal ou ses proches ont donné leur consentement éclairé » ; Art. 32 al. 3 LRH : « Le matériel biologique et les données génétiques peuvent être anonymisés à des fins de recherche lorsque la personne concernée ou, le cas échéant, son représentant légal ou ses proches ne s'y sont pas opposés après avoir été informés » ; Art. 33 al. 1 LRH : « Les données personnelles non génétiques liées à la santé peuvent être réutilisées à des fins de recherche sous une forme non codée lorsque la personne concernée ou, le cas échéant, son représentant légal ou ses proches ont donné leur consentement éclairé » ; Art. 33 al. 2 LRH : « Les données personnelles non génétiques liées à la santé peuvent être réutilisées à des fins de recherche sous une forme codée lorsque la personne concernée ou, le cas échéant, son représentant légal ou ses proches ne s'y sont pas opposés après avoir été informés » ; Art. 119 al. 3 CPS : « Le consentement du représentant légal de la femme enceinte est requis si elle est incapable de discernement » ; Art. 3 c al. 2 LStup : « Si l'annonce (de troubles liés à l'addiction) concerne un enfant ou un jeune de moins de 18 ans, son représentant légal en est également informé à moins que des raisons importantes ne s'y opposent » ;

¹⁸⁵⁹ Voir, par exemple : GRAND CONSEIL DU CANTON DE VAUD, Loi sur la santé publique (LSP), 29 mai, 1985, RSV, 800. 01 : art. 23 e : « La personne concernée, son représentant, ses proches ou un accompagnant peut en appeler à la commission d'examen des plaintes compétente contre la mesure limitant la liberté de mouvement » ; Art. 25 a al. 1 let. d : « Une recherche biomédicale ne peut impliquer des personnes mineures ou interdites ou des personnes incapables de discernement que si les conditions suivantes sont remplies : (...) les représentants légaux des sujets de recherche ont donné leur consentement libre et éclairé dans les conditions énoncées à l'article 25, alinéa 2, lettre e » ; Art. 25 b al. 1 let. a : « À titre exceptionnel, une recherche peut être menée en situation d'urgence médicale si les conditions suivantes sont remplies : (...) l'investigateur responsable a prévu une procédure ayant obtenu l'avis favorable de la commission d'éthique de la recherche pour que, chaque fois que cela est possible, le consentement des représentants légaux des sujets majeurs ou interdits soit recueilli et que la volonté des sujets de recherche soit établie, notamment en recherchant leurs directives anticipées ou en consultant leurs proches » ; Art. 25 d : « Lorsque l'enseignement le nécessite, le patient prête son concours autant que son état le permette. Toutefois, si cette collaboration l'expose à des désagréments importants, il peut refuser (...), s'il y a lieu l'accord de son représentant légal sera

concepts tirés du droit civil. Le recours par le droit suisse au critère du discernement explique l'utilisation du terme de représentation. En effet, soit la personne est capable de discernement, auquel cas elle agit en principe seule, soit elle est incapable de discernement et il est nécessaire qu'une autre agisse en son nom et pour son compte. Le terme de « représentant légal » s'applique tant aux mineurs¹⁸⁶⁰ qu'aux majeurs protégés¹⁸⁶¹, ce qui contribue à en faire une notion unifiée. Le droit de la santé n'entre pas dans les distinctions et il convient de se référer aux règles du droit civil pour déterminer qui est le représentant légal de la personne à protéger. Le droit de la santé apparaît dès lors comme un droit suiveur. Il épouse alors les évolutions du droit de l'autorité parentale¹⁸⁶² et des adultes protégés¹⁸⁶³ qui ont eu lieu récemment.

Contrairement au droit suisse, le droit de la santé français s'avère peu précis lorsqu'il recourt aux concepts de droit civil. L'étude du Code de la santé publique laisse en effet apparaître un certain flottement, dans la mesure où il est tantôt fait référence à la représentation légale, au tuteur, à la personne chargée de la protection juridique de l'intéressé¹⁸⁶⁴ ou à l'autorité parentale. Sur ce dernier point, le Code de la santé publique fait référence aux titulaires de l'autorité parentale¹⁸⁶⁵, aux parents¹⁸⁶⁶ et aux titulaires

requis ». Pour un autre exemple, voir : GRAND CONSEIL DE LA RÉPUBLIQUE ET CANTON DE NEUCHÂTEL, Loi de santé (LS), Du 6 février 1995, RSN, 800. 1 : art 25 : « Le consentement libre et éclairé du patient est nécessaire pour toute mesure diagnostique et thérapeutique. (...) En cas de refus ou de retrait du consentement pouvant entraîner de graves conséquences pour le patient, le médecin l'informe de façon approfondie. Si le patient ou son représentant persiste néanmoins, le médecin est en droit de faire signer une décharge écrite » ; Art. 28 al. 4 : « Les patients incapables de consentir personnellement ne doivent être sollicités qu'en dernier ressort, et pour autant que l'expérimentation envisagée soit susceptible d'améliorer leur état de santé. Le consentement écrit de leur représentant est en outre requis » ; Art. 33 : « La castration pour des troubles du comportement qui compromettent gravement la sécurité d'autrui ne peut être pratiquée qu'à la demande de la personne intéressée, moyennant son consentement éclairé donné par écrit et, le cas échéant, celui de son représentant légal » ; Art. 39 : « Le droit de signaler ces cas appartient en outre aux proches du malade et à son représentant légal » ; Art. 83 c al. 2 : « Des entretiens d'orientation sont organisés à la demande de la personne âgée, de son représentant légal ou du médecin ».

¹⁸⁶⁰ Art. 19 c al. 2 CCS : « Les personnes incapables de discernement sont représentées par leur représentant légal, sauf pour les droits qui ne souffrent aucune représentation en raison de leur lien étroit avec la personnalité » ; Art. 304 CCS : « Les père et mère sont, dans les limites de leur autorité parentale, les représentants légaux de leurs enfants à l'égard des tiers ».

¹⁸⁶¹ Art. 19 c al. 2 : « Les personnes incapables de discernement sont représentées par leur représentant légal, sauf pour les droits qui ne souffrent aucune représentation en raison de leur lien étroit avec la personnalité ». Le représentant peut être le curateur dans la curatelle de représentation ou la curatelle de portée générale, le représentant dans le domaine médical.

¹⁸⁶² Code civil suisse (Autorité parentale), Modification du 21 juin 2013, RO, 2014, 357. Avec cette révision, l'autorité parentale conjointe devient la règle.

¹⁸⁶³ Code civil suisse (Protection de l'adulte, droit des personnes et droit de la filiation), Modification du 19 décembre 2008, RO 2011 725.

¹⁸⁶⁴ Art. L 3213-9 CSP.

¹⁸⁶⁵ Au singulier ou au pluriel sans que l'on ne comprenne les raisons de ces variations : Art. L 1111-2 CSP : « Les droits des mineurs ou des majeurs sous tutelle mentionnés au présent article sont exercés, selon les cas, par les titulaires de l'autorité parentale ou par le tuteur » ; Art. L 1111-4 CSP : « Dans le cas où le refus d'un traitement par la personne titulaire de l'autorité parentale ou par le tuteur risque d'entraîner des conséquences graves pour la santé du mineur ou du majeur sous tutelle, le médecin délivre les soins indispensables » ; L 1111-5 CSP : « Par dérogation à l'article 371-2 du Code civil, le médecin peut se dispenser d'obtenir le consentement du ou des titulaires de l'autorité parentale sur les décisions médicales à prendre lorsque le traitement ou l'intervention s'impose pour sauvegarder la santé d'une personne mineure, dans le cas où cette dernière s'oppose expressément à la consultation du ou des titulaires de l'autorité parentale afin de garder le secret sur son état de santé » ; L 1111-7 CSP : « Sous réserve de l'opposition prévue à l'article L 111-5, dans le cas d'une personne mineure, le droit d'accès est exercé par le ou les titulaires de l'autorité parentale » ; L 1121-14 : « Toutefois, lorsque la personne décédée est un mineur, ce consentement est exprimé par chacun des titulaires de l'autorité parentale. En cas d'impossibilité de consulter l'un des titulaires de l'autorité parentale, la recherche peut être effectuée à condition que l'autre titulaire y consente » ; L 1126-1 CSP : « Le fait de pratiquer ou de faire pratiquer sur une personne une recherche biomédicale sans avoir recueilli le consentement libre, éclairé et exprès de l'intéressé, des titulaires de l'autorité parentale ou du tuteur ou d'autres personnes, autorités ou organes désignés pour consentir à la recherche ou pour l'autoriser, dans les cas prévus par les dispositions du Code de la santé publique est puni de trois ans d'emprisonnement et de 45 000 euros d'amende » ; L 1211-2 CSP : « Lorsque cette personne est un mineur ou un majeur sous tutelle, l'opposition est exercée par les titulaires de l'autorité parentale ou le tuteur » ; L 1221-5 CSP : « Le prélèvement (de sang) ne peut alors être effectué qu'à la condition que chacun des titulaires de l'autorité parentale y consente expressément par écrit » ; L 1232-2 CSP : « Si la personne décédée était un mineur ou un majeur sous tutelle, le prélèvement (d'organes) à l'une ou plusieurs des fins mentionnées à l'article L 1232-1 ne peut avoir lieu qu'à la condition que chacun des titulaires de l'autorité parentale ou le tuteur y consente par écrit. Toutefois, en cas d'impossibilité de consulter l'un des titulaires de l'autorité parentale, le prélèvement peut avoir lieu à condition que l'autre titulaire y consente par écrit » ; L 1235-2 CSP : « Lorsque cette personne est un mineur ou un majeur sous tutelle, l'utilisation ultérieure des organes ainsi prélevée est en outre subordonnée à l'absence d'opposition des titulaires de l'autorité parentale ou du tuteur, dûment informé de l'objet de cette utilisation » ; L 1241-3 CSP : « Dans tous les cas, ce prélèvement (de cellules hématopoïétiques) ne peut être pratiqué que sous réserve du consentement

de l'exercice de l'autorité parentale¹⁸⁶⁷ sans que le critère de gravité de l'acte ne semble entrer en ligne de compte et sans que cette distinction ne corresponde à une volonté du législateur de distinguer entre titularité et exercice de l'autorité parentale. Deux textes concernant la même thématique font d'ailleurs parfois alternativement référence à la titularité et à l'exercice de l'autorité parentale.

La référence aux titulaires de l'autorité parentale apparaît problématique car en droit de la famille, il convient justement de ne pas confondre les personnes titulaires de l'autorité parentale et les personnes exerçant l'autorité parentale¹⁸⁶⁸. Si en tant que titulaires de l'autorité parentale, les parents doivent protéger la santé de l'enfant¹⁸⁶⁹, le rôle décisionnel des parents varie selon qu'ils détiennent ou non l'exercice de l'autorité parentale. Selon les règles posées dans le Code civil, en cas d'exercice en commun, la codécision doit prévaloir¹⁸⁷⁰. Chacun des parents est réputé agir avec l'accord de l'autre à l'égard des tiers pour les

de chacun des titulaires de l'autorité parentale, ou du représentant légal du mineur informés des risques encourus par le mineur et des conséquences éventuelles du prélèvement par le praticien qui a posé l'indication de la greffe ou par tout autre praticien de leur choix » ; L 1245-2 CSP : « Lorsque cette personne est un mineur ou un majeur sous tutelle, l'utilisation ultérieure des éléments ou des produits ainsi prélevés (à l'occasion d'une intervention chirurgicale) est subordonnée à l'absence d'opposition qui peut exprimée par tous moyens par les titulaires de l'autorité parentale ou du tuteur, dûment informés des finalités de cette utilisation. Le refus du mineur ou du majeur sous tutelle fait obstacle à cette utilisation » ; L 2141-11 CSP : « Ce recueil et cette conservation (des gamètes) sont subordonnés au consentement de l'intéressé et, le cas échéant, de celui de l'un des titulaires de l'autorité parentale, ou du tuteur, lorsque l'intéressé, mineur ou majeur, fait l'objet d'une mesure de tutelle » ; L 2212-4 CSP : « 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 » ; L 2212-7 CSP : « 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 (...) » ; L 3111-2 CSP : « Les personnes titulaires de l'autorité parentale ou qui ont la charge de la tutelle des mineurs sont tenues personnellement responsables de l'exécution de cette mesure (les vaccinations antidiphtérique et antitétanique), dont la justification doit être fournie lors de l'admission dans toute école, garderie, colonie de vacances ou autre collectivité d'enfants » ; L 3111-3 CSP : « Les personnes titulaires de l'autorité parentale ou qui ont la charge de la tutelle des mineurs sont tenues personnellement de l'exécution de cette obligation (vaccination antipoliomyélitique) » ; L 3112-1 : « Les personnes titulaires de l'autorité parentale ou qui ont la charge de la tutelle de mineurs sont tenues personnellement de l'exécution de cette obligation (vaccination BCG) » ; L 3211-12 CSP : « La saisine (du juge des libertés et de la détention aux fins d'ordonner la mainlevée immédiate d'une mesure de soins psychiatriques) peut être formée par : (...) les titulaires de l'autorité parentale ou le tuteur si la personne est mineure » ; Art. L 5134-1 CSP : « Le consentement des titulaires de l'autorité parentale ou, le cas échéant, du représentant légal n'est pas requis pour la prescription, la délivrance ou l'administration de contraceptifs aux personnes mineures ».

¹⁸⁶⁶ Art. L 2132-1 CSP : « Le carnet est établi au nom de l'enfant. Il est remis aux parents ou aux personnes titulaires de l'exercice de l'autorité parentale ou aux services à qui l'enfant a été confié » ; Art. L 2325-1 CSP.

¹⁸⁶⁷ Art. L 1122-2 : « Lorsqu'une recherche biomédicale est effectuée sur un mineur non émancipé, l'autorisation est donnée par les titulaires de l'exercice de l'autorité parentale. Toutefois, cette autorisation peut être donnée par le seul titulaire de l'exercice de l'autorité parentale présent sous réserve du respect des conditions suivantes : (...) l'autre titulaire de l'exercice de l'autorité parentale ne peut donner son autorisation dans des délais compatibles avec les exigences méthodologiques propres à la réalisation de la recherche au regard de ses finalités » ; L 1334-1 CSP : « Le médecin qui dépiste un cas de saturnisme chez une personne mineure doit, après information de la personne exerçant l'autorité parentale, le porter à la connaissance, sous pli confidentiel, du médecin de l'agence régionale de santé désigné par le directeur général de l'agence » ; L 2132-1 CSP : « Le carnet est établi au nom de l'enfant. Il est remis aux parents ou aux personnes titulaires de l'exercice de l'autorité parentale ou aux services à qui l'enfant a été confié » ; L 2132-4 CSP : « Les personnes titulaires de l'exercice de l'autorité parentale ou celles à qui un enfant a été confié sont informées, dans les respect des règles déontologiques, lorsqu'un handicap a été suspecté, décelé ou signalé chez ce dernier, notamment au cours des examens médicaux prévus à l'article L 2132-2, de la nature du handicap et de la possibilité pour l'enfant d'être accueilli dans des centres spécialisés, notamment dans des centres d'action médico-sociale précoce, en vue de prévenir ou de réduire l'aggravation de ce handicap » ; L 3116-4 CSP « Le refus de se soumettre ou de soumettre ceux sur lesquels on exerce l'autorité parentale ou dont on assure la tutelle aux obligations de vaccinations prévues aux articles L 211-2, L 2111-3 et L 2112-1 ou la volonté d'en entraver l'exécution sont punis de six mois d'emprisonnement et de 3750 euros d'amende » ; L 3211-10 CSP : « Hormis les cas prévus au chapitre III du présent titre, la décision d'admission en soins psychiatriques d'un mineur ou la levée de cette mesure sont demandées, selon les situations, par les personnes titulaires de l'exercice de l'autorité parentale ou par le tuteur. En cas de désaccord entre les titulaires de l'exercice de l'autorité parentale, le juge aux affaires familiales statue »

¹⁸⁶⁸ Ainsi que le rappelle très clairement : DOUCHY-LOUDOT M., *Droit civil 1^{re} année. Introduction, personnes, famille*, Paris, Hypercours, Dalloz, 2013, pp. 420-425 : l'autorité parentale « appartient aux parents jusqu'à la majorité ou l'émancipation de l'enfant pour le protéger (...) » (art. 371 CC). Elle peut leur être retirée dans les conditions fixées aux articles 378 et s. CC. Elle est en principe exercée en commun par les parents (art. 372 CC), et ce, que les parents soient mariés ou non et que le couple conjugal soit séparé ou non. En revanche, un exercice unilatéral peut être prévu dans les conditions posées par les articles 373 et s. CC. En cas d'adoption plénière (art 356), l'autorité parentale revient aux adoptants. En cas d'adoption simple (art. 364 et 365 CC), les parents d'origine sont les titulaires de l'autorité parentale, mais l'exercice de l'autorité parentale revient à l'adoptant. En revanche, s'il y a adoption simple de l'enfant du conjoint, l'adoptant et son conjoint sont tous deux titulaires de l'autorité parentale, mais seul le conjoint en a l'exercice.

¹⁸⁶⁹ *Ibid.*, p. 426.

¹⁸⁷⁰ *Ibid.*, p. 428 ; VIENNOIS J.-P., « La représentation de l'enfant dans le contrat médical », RGDM, 2005, n° 17, p. 41.

actes usuels¹⁸⁷¹. En revanche, en cas d'exercice unilatéral, le parent privé de l'exercice de l'autorité parentale est simplement informé des actes importants et se voit conférer un rôle de surveillance¹⁸⁷². C'est donc le parent exerçant l'autorité parentale qui consent à l'acte médical¹⁸⁷³. Cette distinction devrait continuer à prévaloir à l'issue de l'adoption de la proposition de loi relative à l'autorité parentale et à l'intérêt de l'enfant puisque, pour l'instant, le texte adopté en première lecture par l'Assemblée nationale¹⁸⁷⁴ prévoit que « *tout acte de l'autorité parentale, qu'il ait un caractère usuel ou important, requiert l'accord des parents lorsqu'ils exercent en commun l'autorité parentale* »¹⁸⁷⁵.

Cette distinction fondamentale n'est pas prise en compte de manière adéquate par le Code de la santé publique. Comme le relève F. DEKEUWER-DÉFOSSEZ, à propos du droit à l'information, la référence du Code de la santé publique aux titulaires de l'autorité parentale et non aux personnes exerçant l'autorité parentale est source de difficultés. Il est en effet « *peu judicieux d'imposer au médecin le devoir d'informer un parent qui, généralement se désintéresse totalement de son enfant et sera difficilement joignable. Au surplus, il y a là un risque certain de contentieux en cas d'accident thérapeutique* »¹⁸⁷⁶. Cette remarque peut être étendue aux autres hypothèses dans lesquelles le Code de la santé publique fait référence aux titulaires de l'autorité parentale. On voit mal pourquoi imposer l'intervention d'un parent dans le domaine médical, alors qu'il « *n'a pas été jugé digne d'exercer l'autorité parentale* »¹⁸⁷⁷. Ainsi, en fonction de la date d'adoption de la disposition concernée, les règles de droit civil sont plus ou moins reprises, renforçant ainsi les incohérences au sein du Code de la santé publique. Bien que la loi relative aux droits des malades¹⁸⁷⁸ et la loi relative à l'autorité parentale¹⁸⁷⁹ aient été adoptées le même jour, il existe entre ces textes, et selon nous, plus largement entre le droit de l'autorité parentale et le droit de la santé, une « *absence de coordination [qui] peut entraîner des incertitudes voire des contradictions* »¹⁸⁸⁰.

2. La porosité des notions spécifiques au droit de la santé

275. Mais les faiblesses du droit de la santé se manifestent également en présence de notions spécifiques à ce champ du droit. Ces dernières apparaissent relativement poreuses ; la détermination de la frontière entre les différentes notions est parfois complexe. Cette complexité transparaît particulièrement lorsqu'il s'agit de distinguer les proches¹⁸⁸¹ et la famille. Le droit comparé permet d'identifier deux usages du terme de proche en droit français, alors qu'en droit suisse un seul usage de cette notion prévaut.

¹⁸⁷¹ *Ibid.*, p. 41.

¹⁸⁷² DOUCHY-LOUDOT M., *Droit civil 1^{re} année. Introduction, personnes, famille*, Paris, Hypercours, Dalloz, 2013, p. 428.

¹⁸⁷³ VIENNOIS J.-P., « La représentation de l'enfant dans le contrat médical », *RGDM*, 2005, n° 17, p. 41.

¹⁸⁷⁴ AN, Proposition de loi relative à l'autorité parentale et à l'intérêt de l'enfant, Adoptée par l'Assemblée nationale en première lecture, Texte adopté n° 371, « Petite loi », 27 juin 2014.

¹⁸⁷⁵ Art. 4 de la proposition de loi modifiant l'article 372-1 CC. L'objectif est ici de bien clarifier la distinction entre les pouvoirs des parents à l'égard des tiers et dans leurs relations entre eux. Sur les controverses liées à l'incidence de la présomption de l'article 372-2 sur les relations entre parents, voir : GAREIL L., *L'exercice de l'autorité parentale*, Paris, 2004, Bibliothèque de droit privé, LGDJ, 2004, p. 50 et s. L'auteur conclut que « *la nécessité de s'accorder existe en principe pour tous les actes relatifs à la personne de l'enfant, même si, dans certaines circonstances, elle peut sembler relative en raison de la possibilité matérielle dont dispose chaque parent exerçant l'autorité parentale d'agir seul pour certains actes* » : *Ibid.*, p. 57.

¹⁸⁷⁶ DEKEUWER-DÉFOSSEZ F., « L'autorité parentale à l'épreuve de la loi Kouchner », *RGDM*, 2004, n° 12, p. 100.

¹⁸⁷⁷ *Ibid.*, p. 101.

¹⁸⁷⁸ Loi n° 2002-303 du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé, *JORF*, 5 mars 2002, p. 4118.

¹⁸⁷⁹ Loi n° 2002-305 du 4 mars 2002 relative à l'autorité parentale, *JORF*, 5 mars 2002, p. 4161.

¹⁸⁸⁰ DEKEUWER-DÉFOSSEZ F., « L'autorité parentale à l'épreuve de la loi Kouchner », *RGDM*, 2004, n° 12, p. 99.

¹⁸⁸¹ Seront uniquement envisagées ici les références aux proches en tant que protecteurs du patient.

276. Le double usage du terme de « proches » en droit français – En droit français, le terme de « proches » auquel fait aujourd'hui référence le Code de la santé publique semble trouver son origine dans la théorie des protecteurs naturels. Si la notion de protecteurs naturels tendait à se détacher de celle de protecteurs légaux, force est de constater que la formule utilisée par la cour de Lyon demeurerait relativement classique, voire « *trop précise* »¹⁸⁸², car elle faisait référence aux liens de parenté¹⁸⁸³. Il n'était toutefois pas exclu que la notion puisse inclure des liens de fait puisque la Cour de cassation avait simplement considéré « *que la cour d'appel avait « pu » en décider ainsi* »¹⁸⁸⁴. Leur désignation relevait du médecin qui essayait de choisir « *les personnes les plus aptes à veiller aux intérêts du malade compte tenu des rapports d'affection qu'elles entretiennent avec lui* »¹⁸⁸⁵. Ainsi, si « *normalement l'époux vient en première ligne, puis, s'il s'agit d'un célibataire majeur, les ascendants, et enfin les descendants* », cette hiérarchie pouvait être corrigée et « *les personnes qui assurent, en fait, avec des marques évidentes d'affection et d'attachement, la garde, l'entretien, la protection du malade, devront l'emporter sur des parents ou alliés plus proches juridiquement, mais indifférents dans leur conduite* »¹⁸⁸⁶. Il semblait donc possible de voir un début de détachement entre les proches et la famille. Cette idée est également présente de nos jours dans le Code de la santé publique, néanmoins elle reste brouillée dans la mesure où il est possible de mettre en lumière une double utilisation du terme de « proches ».

277. Premier usage français : les « proches » à côté de la « famille » – Dans plusieurs articles du Code de la santé publique, ce terme est mentionné à côté de celui de « famille », si bien qu'il que cette notion ne concerne que les liens de fait, à l'exclusion des liens de droit. Il en est ainsi dans plusieurs dispositions relatives au patient hors d'état d'exprimer sa volonté, inspirées de la théorie des protecteurs naturels. Les proches font partie des personnes susceptibles d'être informées lorsque le patient est en phase avancée ou terminale d'une affection incurable et que le médecin envisage d'appliquer un traitement ayant pour effet secondaire d'abrégé la vie¹⁸⁸⁷. La loi prévoit également la « *consultation de la personne de confiance ou de la famille ou, à défaut des proches* » en cas « *d'investigation ou d'intervention* »¹⁸⁸⁸, « *de limitation ou d'arrêt de traitement susceptible de mettre sa vie en danger* »¹⁸⁸⁹ ou encore « *lorsqu'une personne est en phase avancée ou terminale d'une affection grave et incurable, quelle qu'en soit la cause [et que] le médecin décide de limiter, d'arrêter un traitement inutile, disproportionné ou n'ayant d'autre objet que la seule prolongation artificielle de la vie de la personne* ». Enfin, les proches sont envisagés à côté de la famille comme un soutien au patient en cas de diagnostic ou de pronostic grave puisqu'ils peuvent recevoir les informations nécessaires à cette mission si celui-ci ne s'y oppose pas¹⁸⁹⁰.

¹⁸⁸² DECOCQ A., *Essai d'une théorie générale des droits sur la personne*, Paris, Bibliothèque de droit privé, LGDJ, 1960, p. 340.

¹⁸⁸³ Dans ce sens R. SAVATIER relevait également : « *Notre impression est même que, par rapport aux usages qui se sont imposés, les expressions employées par la Cour de Lyon et reproduites par la Cour de cassation entre guillemets font encore une part trop large aux institutions légales* » : SAVATIER R., « Observations sous Cass. civ. 1^{re}, 8 novembre 1955 », JCP G, 1955, II, 9014.

¹⁸⁸⁴ DECOCQ A., *Essai d'une théorie générale des droits sur la personne*, Paris, Bibliothèque de droit privé, LGDJ, 1960, p. 340.

¹⁸⁸⁵ GABRIEL A., *L'influence du lien de couple sur la théorie de la représentation*, Aix-Marseille, Collection du Centre Pierre Kayser, PUAM, 2011, p. 137.

¹⁸⁸⁶ SAVATIER R., SAVATIER J., AUBY J.-M., PÉQUIGNOT H., *Traité de droit médical*, Paris, Librairies techniques, 1956, p. 220.

¹⁸⁸⁷ Art. L 1110-5 CSP.

¹⁸⁸⁸ Art. L 1111-4 al. 4 CSP.

¹⁸⁸⁹ Art. L 1111-4 al. 5 CSP.

¹⁸⁹⁰ Art. L 1110-4 CSP.

278. Deuxième usage français : les « proches » incluant la famille – À côté de cette première utilisation, les proches sont parfois mentionnés sans qu'il soit fait allusion à la famille ; les membres de la famille pourraient alors être inclus dans le cercle des proches dès lors qu'ils répondent au critère de la proximité relationnelle. Cette idée semble ressortir d'une disposition relative au fonctionnement de la commission des relations avec les usagers et de la qualité de la prise en charge, cette dernière devant « *contribuer à l'amélioration de la qualité de l'accueil des personnes malades et de leurs proches* »¹⁸⁹¹ ainsi que d'une disposition visant à prévenir les conflits d'intérêts dans le cadre des programmes d'apprentissage¹⁸⁹².

C'est surtout dans les dispositions relatives au don d'organes que cette vision pragmatique peut être identifiée. Il a parfois été constaté que le Code de la santé publique apparaît comme « *exemplaire* » de « *l'essor du fait familial* »¹⁸⁹³. Cette vision pragmatique est souvent rattachée, de manière plus générale, à l'évolution des modèles familiaux, tant pour expliquer l'évolution de la législation relative au don *in vivo*¹⁸⁹⁴ que celle relative au don *post mortem*¹⁸⁹⁵. Si cet argument n'est pas négligeable, il doit être nuancé, la spécificité des finalités du droit de la santé semblant également jouer un rôle important dans la détermination du cercle des personnes susceptibles de décider. L'étude détaillée de la législation et des débats parlementaires relatifs aux prélèvements d'organe *post mortem* montre, en effet, que cette vision pragmatique est déjà ancienne.

La loi CAILLAVET ne faisait pas directement référence à la famille ou aux proches. Elle prévoyait uniquement que « *des prélèvements peuvent être effectués à des fins thérapeutiques ou scientifiques sur le cadavre d'une personne n'ayant pas fait connaître de son vivant son refus d'un tel prélèvement* »¹⁸⁹⁶. La détermination des modalités d'expression du refus était renvoyée à un décret pris en Conseil d'État¹⁸⁹⁷. Le décret du 31 mars 1978¹⁸⁹⁸ avait consacré une conception large des personnes susceptibles de témoigner de l'opposition de la personne puisqu'il faisait référence tant à la famille qu'aux proches¹⁸⁹⁹. Cette conception large était d'ailleurs confirmée par la circulaire du 3 avril 1978¹⁹⁰⁰, qui précisait que pouvaient être déclarants un parent, un ami, un voisin ou encore une autre personne hospitalisée ou un membre du personnel¹⁹⁰¹. Il apparaît donc que, dès cette époque, le lien factuel était mis en avant, afin de témoigner d'une éventuelle opposition du défunt. Le texte distinguait toutefois les proches et la famille.

¹⁸⁹¹ Art. L 1112-3 CSP.

¹⁸⁹² Art. L 1161-5 CSP : « *Il ne peut y avoir de contact direct entre l'entreprise et le patient ou, le cas échéant, ses proches ou ses représentants légaux* ».

¹⁸⁹³ FENOUILLET D., « Le droit civil de la famille hors le Code civil », *LPA*, 21 septembre 2005, n° 188, p. 17.

¹⁸⁹⁴ CHEYNET DE BEAUPRÉ A., « La révision de la loi relative à la bioéthique », *D.*, 2011, n° 32, p. 2219.

¹⁸⁹⁵ BINET J.-R., « La loi relative à la bioéthique – Commentaire de la loi du 6 août 2004 : 2^e partie », *Dr. fam.*, 2004, n° 11, Étude 26, Note 21.

¹⁸⁹⁶ Art. 2 de la loi n° 76-1181 du 22 décembre 1976 relative aux prélèvements d'organes, *JORF*, 23 décembre 1976, p. 7365.

¹⁸⁹⁷ Art. 4, 2°.

¹⁸⁹⁸ Décret n° 78-501 du 31 mars 1978 pris pour l'application de la loi 78-1181 du 22 décembre 1976 relative aux prélèvements d'organes, *JORF*, 4 avril 1978, p. 1497.

¹⁸⁹⁹ Art. 9 du décret : « *Toute les personnes pouvant témoigner qu'une personne hospitalisée a fait connaître qu'elle s'opposait à un prélèvement sur son cadavre, en particulier les membres de sa famille ou ses proches, consignent leur témoignages assortis des justifications nécessaires dans le registre mentionné à l'alinéa précédent* ».

¹⁹⁰⁰ Circulaire du 3 avril 1978 concernant le décret n° 78-501 du 31 mars 1978 pris pour l'application de la loi n° 76-1181 du 22 décembre 1976 relative aux prélèvements d'organes, *JORF*, 5 avril 1978, p. 1530.

¹⁹⁰¹ *Ibid.*, p. 1531 : I. Dispositions relatives à l'expression du refus du prélèvement, B) Localisation et tenue du registre, partie relative aux mentions à consigner sur le registre, a) Les déclarations.

L'importance accordée au lien de fait pouvait sembler remise en question par la loi relative au don d'éléments et produits du corps humain du 29 juillet 1994¹⁹⁰². En effet, sous l'empire de cette loi, l'article L. 671-7 du Code de la santé publique disposait que « *si le médecin n'a pas directement connaissance de la volonté du défunt, il doit s'efforcer de recueillir le témoignage de sa famille* ». La référence au terme « famille » semble devoir recouvrir uniquement des liens de nature juridique, soit d'alliance, soit de parenté, à l'exclusion, par exemple, du concubinage. Cependant, si le texte de loi est relativement clair, l'étude des travaux parlementaires montre que le législateur n'a pas entendu exclure le témoignage du concubin.

Initialement, le projet de loi prévoyait que la famille ou les proches pouvaient témoigner du refus du défunt¹⁹⁰³.

Le rapport CHÉRIOUX avait proposé de supprimer la référence aux proches au motif que le terme était trop peu précis¹⁹⁰⁴. Le rapport soulignait que « *cette suppression ne correspond nullement à la volonté de la commission d'exclure, par exemple, le témoignage du concubin ou d'un ami très proche ; elle estime cependant que cette mention ne doit pas figurer dans la loi, sauf à rendre le dispositif inapplicable* »¹⁹⁰⁵.

Lors des débats au Sénat, un amendement n° 136 fut présenté afin de prévoir le recueil par le médecin du « *témoignage de la famille ou des personnes vivant de manière conjugale avec le défunt avant le décès* »¹⁹⁰⁶. Un avis défavorable fut émis tant par le gouvernement que par le rapporteur au motif que « *pour la commission, il s'agit de la famille au sens actuel du code et de la jurisprudence : les personnes ayant vécu de manière conjugale avec le défunt ne sont pas visées par les présentes dispositions* »¹⁹⁰⁷. Entérinant cette idée, le Sénat avait écarté la mention des proches de la recherche du témoignage¹⁹⁰⁸.

Cette notion a été rétablie en deuxième lecture à l'Assemblée nationale¹⁹⁰⁹ sur proposition du rapporteur J.-F. MATTEI¹⁹¹⁰. Ce rétablissement était notamment justifié par le fait que les proches sont « *les mieux à même de connaître les volontés précises du défunt. En outre, la notion de « proches » est (...) expressément prévue à l'article L 209-9 du Code de la santé publique (consentement aux recherches biomédicales), dans sa rédaction résultant de la loi n° 88-1138 du 20 décembre 1988* »¹⁹¹¹.

¹⁹⁰² Loi n° 94-654 du 29 juillet 1994 relative au don et à l'utilisation des éléments et produits du corps humain, à l'assistance médicale à la procréation et au diagnostic prénatal, JORF, 30 juillet 1994, p. 11060.

¹⁹⁰³ AN, Projet de loi relatif au don et à l'utilisation des éléments et produits du corps humain et à la procréation médicalement assistée, et modifiant le Code de la santé publique présenté au nom de Mme Édith CRESSON par M. Jean-Louis BIANCO, n° 2600, Enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 25 mars 1992, p. 16 : art. L 667-7 al. 2 : « *Le prélèvement ne peut avoir lieu si la personne, de son vivant, y a opposé un refus. Ce refus peut avoir été exprimé par tout moyen. Tout membre de la famille ou proche du défunt peut en témoigner* ».

¹⁹⁰⁴ SÉNAT, Rapport au nom de la commission des affaires sociales sur le projet de loi adopté par l'Assemblée nationale, relatif au don et à l'utilisation des parties et produits du corps humain, à la procréation médicalement assistée et au diagnostic prénatal ainsi qu'au comité consultatif national d'éthique pour les sciences de la vie et de la santé, Par M. Jean CHÉRIOUX, n° 236, Annexe au procès-verbal de la séance du 12 janvier 1994, p. 48.

¹⁹⁰⁵ *Ibid.*

¹⁹⁰⁶ Amendement n° 136, proposé par M. VASSELLE : SÉNAT, Séance du 17 janvier 1994, JORF, *Débats parlementaires*, Compte rendu intégral, 18 janvier 1994, p. 192.

¹⁹⁰⁷ Propos tenus par CHÉRIOUX J. : *Ibid.*

¹⁹⁰⁸ *Ibid.*, p. 196. Adoption de l'amendement n° 45 par le Sénat.

¹⁹⁰⁹ AN, 2^e séance du 14 avril 1994, JORF, *Débats parlementaires*, Compte rendu intégral, 15 avril 1994, p. 835.

¹⁹¹⁰ *Ibid.*, p. 833.

¹⁹¹¹ AN, Rapport fait au nom de la commission spéciale, en deuxième lecture, sur les projets de lois : (n° 957), modifié par le Sénat, relatif au don et à l'utilisation des éléments et produits du corps humain, à l'assistance médicale à la procréation et au diagnostic prénatal ; (n° 962), modifié par le Sénat, relatif au traitement des données nominatives ayant pour fin la recherche dans le domaine de la santé et modifiant la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés, Rapporteur M. Jean-François MATTEI, n° 1057, Enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 25 mars 1994, p. 81.

Ce dernier argument a été critiqué dans le second rapport CHÉRIOUX qui réfutait l'analogie entre l'article 209-9 et les dons d'organes¹⁹¹². Le rapporteur a été suivi par le Sénat qui a, de nouveau, supprimé le terme de « proches »¹⁹¹³. Lors des débats, la ministre d'État S. VEIL avait émis un avis défavorable à l'amendement de suppression. Elle avançait qu'« *effectivement, on peut trouver le terme de « proches » un peu flou sur le plan juridique. Il est vrai qu'il recouvre plus une notion d'ordre affectif que des liens de parenté précis. J'observe toutefois que cette notion, déjà utilisée à l'article L 209-9 du Code de la santé publique (...) n'a posé aucun problème jusqu'à présent. Enfin, il peut y avoir un intérêt à employer un tel terme. En effet, des personnes sans lien de parenté précis, mais « proches » du défunt sur le plan affectif, peuvent être réellement beaucoup plus informées que des membres de la famille* ». Cet argument met clairement en avant l'intérêt de la consécration d'une notion juridique de « proches » qui réside dans sa souplesse et dans sa faculté à épouser la plasticité des faits. Elle permet de connaître au mieux la volonté du défunt, dans la mesure où la proximité et l'intensité de la relation sont essentielles. Elle garantit donc, davantage que la notion plus rigide de famille, le respect de l'autodétermination du défunt. Elle présente en contrepartie des inconvénients qui n'ont pas manqué d'être soulignés lors des débats. À cette plasticité s'oppose sa difficile délimitation. Comme l'a souligné le rapporteur « *qu'est-ce qu'un proche ? Le concierge de l'immeuble ? Le voisin de palier ? La personne qui habite avec l'intéressé ?* »¹⁹¹⁴. Il en découlerait par ailleurs, selon C. DESCOURS, un risque de contentieux plus important. Le sénateur arguait dans ce sens que « *quelles que soient les précautions prises par le chirurgien pour tenter d'avertir la famille ou ceux qui sont au contact du défunt, on pourra toujours estimer qu'il aurait dû consulter aussi telle ou telle autre personne, classée parmi les proches* »¹⁹¹⁵. Cette remarque doit toutefois être nuancée dans la mesure où le médecin doit seulement « s'efforcer » de recueillir le témoignage de la famille.

Ainsi, il semble résulter des débats en deuxième lecture au Sénat, que l'abandon de la notion de proche ne visait pas dans les faits à « *interdire au médecin de s'adresser à des personnes susceptibles d'être informées de la position de l'intéressé à l'égard des prélèvements* »¹⁹¹⁶, mais seulement à éviter d'obliger le médecin à recueillir le témoignage d'un cercle de personnes juridiquement flou.

Les débats menés en commission mixte paritaire témoignent avec davantage d'acuité de cette logique. Alors que le rapporteur pour l'Assemblée nationale rappelait que « *nombreuses sont les personnes qui vivent ensemble sans qu'aucun lien juridique ne les unisse* »¹⁹¹⁷, le rapporteur du Sénat a « *fait sienne cette constatation de*

¹⁹¹² « Il convient de rappeler ici que l'article L 209-9 du Code de la santé publique expose les conditions de recueil du consentement à participer à une recherche biomédicale pour les malades en situation d'urgence. Cet article précise, à cet égard, que le consentement des proches pourra être recueilli, s'ils sont présents. Votre rapporteur estime qu'une telle situation ne peut être comparée à celle d'un prélèvement d'organes, la recherche biomédicale à laquelle peut participer un malade en situation d'urgence ne présentant aucun risque sérieux prévisible pour sa santé et pouvant lui être bénéfique. En outre, l'article L 209-9 du Code de la santé publique ajoute que, dès que le malade sera en mesure d'exprimer son consentement, il sera appelé à le faire et son refus interrompra sa participation à la recherche. Le recours aux proches n'est donc qu'une mesure à caractère facultatif et temporaire et sa présence dans le Code de la santé publique ne justifie pas la référence à une notion aussi floue au regard de l'analyse juridique dans un domaine tel que celui des prélèvements d'organes » : SÉNAT, Rapport fait au nom de la commission des affaires sociales sur le projet de loi adopté avec modifications par l'Assemblée nationale en deuxième lecture, relatif au don et à l'utilisation des éléments et produits du corps humain, à l'assistance médicale à la procréation et au diagnostic prénatal, Par M. Jean CHÉRIOUX, n° 395, Annexe au procès-verbal de la séance du 4 mai 1994, p. 25.

¹⁹¹³ Adoption de l'amendement n° 4 repoussé par le gouvernement : SÉNAT, Séance du 17 mai 1994, JORF, *Débats parlementaires*, Compte rendu intégral, 18 mai 1994, p. 1618.

¹⁹¹⁴ Propos tenus par CHÉRIOUX J. : *Ibid.*

¹⁹¹⁵ Propos tenus par DESCOURS C. : *Ibid.*

¹⁹¹⁶ Propos tenus par CHÉRIOUX J. : *Ibid.*, p. 1617.

¹⁹¹⁷ Propos tenus par MATTÉI J.-F. : AN/SÉNAT, Rapport fait au nom de la commission mixte paritaire chargée de proposer un texte sur les dispositions restant en discussion du projet de loi relatif au don et à l'utilisation des éléments et produits du corps humain, à l'assistance médicale à la procréation et au diagnostic prénatal, Par M. Jean-François MATTÉI/Par M. Jean CHÉRIOUX, n° 1396/n° 497, Enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 10 juin 1994/Annexe au procès-verbal de la séance du 9 juin 1994.

bon sens », tout en suggérant de ne pas « inscrire dans la loi une notion qui n'a pas de contenu juridique »¹⁹¹⁸. Cette remarque nous paraît juridiquement erronée puisqu'il ne s'agissait pas d'inscrire dans la loi une notion dépourvue de contenu juridique, mais une notion juridique floue¹⁹¹⁹. L'étude du droit suisse permettra d'ailleurs de montrer qu'il est tout à fait possible de donner un contenu à la notion de « proches ». Quoi qu'il en soit, il convient de relever que, bien que le terme de proche n'ait pas été maintenu, il a été souligné que « l'absence de référence aux proches dans la loi n'empêchera pas les médecins de recueillir, par exemple, le témoignage du concubin »¹⁹²⁰ et qu'il était « entendu que la notion de famille devait être largement entendue »¹⁹²¹. La loi de 1994, du moins dans son esprit, ne semblait donc pas exclure la prise en compte du lien de fait. D'un point de vue juridique, le recours au terme de famille uniquement était susceptible de poser des difficultés car, en présence d'un parent éloigné et d'un concubin, seul le parent devait être interrogé au vu de la lettre claire de la loi.

La loi relative à la bioéthique de 2004 a finalement conduit à la consécration du terme de « proches »¹⁹²². Cette modification de la loi a été suggérée par le Conseil d'État. Dans son étude « *Les lois de bioéthique cinq ans après* », il soulignait que « le réalisme commande, en effet, en cette période de relâchement du lien familial de prendre en compte l'environnement immédiat du défunt, plus souvent composé d'amis ou de relations que de membres de sa famille proprement dite. Le témoignage de ces proches est parfois le seul disponible et il est plus fiable que celui des membres de la famille du défunt qui ont pu n'avoir avec celui-ci que des relations épisodiques et se trouver, dans les faits, incapables de renseigner les interlocuteurs médicaux sur le sens de sa volonté »¹⁹²³. Cette citation montre clairement le double enjeu lié à la mention des proches dans la loi. D'une part, il s'agit de tenir compte de l'évolution sociale de la famille. D'autre part, il s'agit de privilégier un lien factuel, de proximité relationnelle, en donnant la parole aux personnes susceptibles de connaître le mieux l'éventuel refus du défunt. En ce sens, cette proposition traduit incontestablement le réalisme du droit de la santé. Cette proposition a été suivie par le législateur, l'exposé des motifs du projet de loi avançant que « la notion de famille est aujourd'hui trop restrictive au regard de l'évolution sociale et n'offre pas une garantie suffisante dans les cas fréquents où la personne décédée n'a pas d'entourage »¹⁹²⁴. L'article L 1232-1 du Code de la santé publique dispose désormais que « si le médecin n'a pas directement connaissance de la volonté du défunt, il doit s'efforcer de recueillir auprès des proches l'opposition au don d'organes éventuellement exprimée de son vivant par le défunt ». Le terme de proche se substitue au terme de famille. Il n'est pas mentionné, comme cela était proposé en 1994, en plus du terme de famille. Il faut donc en déduire que les proches englobent ici la famille, ce qui pourrait montrer l'abandon progressif par le droit de la santé, animé par un certain réalisme, des notions de droit civil classique.

¹⁹¹⁸ Propos tenus par CHÉRIOUX J. : *Ibid.*, p. 8.

¹⁹¹⁹ Comme le souligne J.-L. BERGEL, « *À côté des notions rigoureuses définies de manière précise et objective, le droit recourt à des notions flexibles, susceptibles d'une appréciation subjective et évolutive. On a parfois parlé à leur propos de (...) « notions à contenu variable », flou, indéterminé. (...) Mais, indéterminé ne veut pas dire indéterminable : « pour s'inscrire dans un système de droit, la notion dite indéterminée doit rester déterminable ».* BERGEL J.-L., *Théorie générale du droit*, Paris, Méthodes du droit, Dalloz, 2003, p. 215.

¹⁹²⁰ AN/SÉNAT, Rapport fait au nom de la commission mixte paritaire chargée de proposer un texte sur les dispositions restant en discussion du projet de loi relatif au don et à l'utilisation des éléments et produits du corps humain, à l'assistance médicale à la procréation et au diagnostic prénatal, Par M. Jean-François MATTÉI/Par M. Jean CHÉRIOUX, n° 1396/ n° 497, Enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 10 juin 1994/Annexe au procès-verbal de la séance du 9 juin 1994, p. 8

¹⁹²¹ Propos tenus par FOURCADE J.-P. : *Ibid.*, p. 9.

¹⁹²² Art. 9 de la loi n° 2004-800 du 6 août 2004 relative à la bioéthique, JORF, 7 août 2004, p. 14040.

¹⁹²³ CONSEIL D'ÉTAT, *Les lois de bioéthique : cinq ans après, Étude adoptée par l'Assemblée générale du Conseil d'État le 25 novembre 1999*, Paris, La documentation française, Décembre 1999, p. 57.

¹⁹²⁴ AN, Projet de loi relatif à la bioéthique, Présenté au nom de M. Lionel JOSPIN par Mme Élisabeth GUIGOU, n° 3166, Enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 20 juin 2001, pp. 21-22.

279. L'usage unique de la notion floue de « proches » en droit suisse : les « proches » incluant « la famille » – Ce réalisme est également perceptible en droit suisse où le terme de « proches » est largement utilisé. C'est d'abord dans la jurisprudence que le critère de la proximité relationnelle est apparu. Dans un arrêt du 3 juillet 1975¹⁹²⁵, le Tribunal fédéral retient que *« lorsqu'un défunt laisse, comme en l'espèce, plusieurs proches parents, la question est de savoir lequel d'entre eux est appelé à décider du sort de son corps. (...) Or, le pouvoir de décision des parents repose sur leurs relations sentimentales et spirituelles avec le défunt et leur sentiment de pitié. Il ne serait pas compatible avec la nature éminemment personnelle de cette sphère juridique que de le régler uniquement d'après l'ordre successoral. C'est au contraire l'intensité du lien avec le défunt qui doit être décisive »*¹⁹²⁶. Cette décision est particulièrement intéressante dans la mesure où elle témoigne d'une appréhension réaliste du lien familial qui tend à s'émanciper de la conception civiliste tirée du droit des successions. Il faut toutefois noter que malgré cette émancipation, la notion de proche reste liée à celle de parenté. Ainsi, on peut réitérer la critique réalisée à l'encontre des protecteurs naturels en France, les distinctions entre les différentes notions demeurant relativement floues¹⁹²⁷.

Cette vision réaliste a ensuite été entérinée par le droit fédéral. Conformément à l'article 8 de la loi fédérale sur la transplantation, le Conseil fédéral a défini par ordonnance le cercle des proches. L'article 3 de l'ordonnance sur la transplantation d'organes, de tissus et de cellules d'origine humaine¹⁹²⁸ définit les proches comme *« a. le conjoint, le partenaire enregistré ou la personne ayant mené une vie de couple avec la personne décédée ; b. les enfants, les parents, les frères et sœurs ; c. les grands-parents et les petits-enfants »*¹⁹²⁹ ; d. les autres personnes qui entretenaient des liens étroits avec la personne décédée ». La définition des proches au sein de la loi paraît utile, car elle permet de donner un contenu à cette notion juridique qui peut varier selon les domaines envisagés¹⁹³⁰.

Dans le domaine qui nous concerne, les proches intègrent certains liens familiaux auxquels il faut ajouter des liens purement factuels. Il existe donc, du moins en matière de protection personnelle, une notion, celle de « proches », qui se distingue de celle de famille qu'elle inclut pour partie.

Cette idée est soutenue par l'étude des lois fédérales¹⁹³¹ et cantonales¹⁹³² ainsi que de l'ensemble des articles du Code civil. Elle permet de faire ressortir quatre utilisations du terme de « proches »¹⁹³³.

¹⁹²⁵ ATF 101 II 177.

¹⁹²⁶ Traduction tirée de FF 2002 136-137.

¹⁹²⁷ ATF 114 Ia 350, 364 : « L'égalité de traitement entre les incapables de discernement pourvus d'un représentant légal et ceux qui ne le sont pas, par exemple les majeurs qui se trouvent dans un état comateux, sera sauvegardée si l'on admet que le médecin doit dans la seconde hypothèse prendre l'avis des proches ou des familiers avant d'entreprendre une opération qui ne peut être différée ».

¹⁹²⁸ Ordonnance sur la transplantation d'organes, de tissus et de cellules d'origine humaine du 16 mars 2007, Entrée en vigueur au 1^{er} juillet 2007, RS 810.211, RO 2007 1961.

¹⁹²⁹ Les petits-enfants ne figuraient pas dans le projet initial et ont été ajoutés à l'issue de la procédure de consultation.

¹⁹³⁰ STETTLER M., « La référence aux proches dans le droit actuel et future de la protection des adultes », in *Pour un droit pluriel. Études offertes au professeur Jean-François Perrin*, Genève, Bâle, Helbing & Lichtenhahn, 2002, p. 112.

¹⁹³¹ Voir annexe 10 : les quatre utilisations du terme de « proches » en droit fédéral suisse.

¹⁹³² Voir par exemple : GRAND CONSEIL DE LA RÉPUBLIQUE ET CANTON DE NEUCHÂTEL, Loi de santé (LS), Du 6 février 1995, RSV, 800. 1 : art. 29 al. 1 : « Aucune autopsie ne peut être pratiquée si le patient s'y est opposé de son vivant ou, s'il ne s'est pas prononcé, si ses proches, dûment informés, s'y opposent après son décès » ; Art. 29 al. 2 : « Lorsque l'intérêt de la santé l'exige, le médecin cantonal peut ordonner l'autopsie nonobstant l'opposition du patient ou de ses proches » ; Art. 35 al. 1 : « Les personnes en fin de vie ont droit aux soins, au soulagement, au réconfort dont elles ont besoin. Dans la mesure du possible, elles pourront bénéficier, même en institution, d'un accompagnement et se faire entourer de leurs proches » ; Art. 39 al. 2 : « Le droit de signaler ces cas appartient en outre aux proches du malade et à son représentant légal ». Voir pour un autre exemple : GRAND CONSEIL DU CANTON DE VAUD, Loi sur la santé publique, Du 29 mai 1985, RSV, 800. 01 : art. 20 a al. 1 : « Toute personne séjournant dans un établissement sanitaire soumis à la présente loi a droit à une assistance et à des conseils pendant toute la durée de son séjour. Elle a le droit en particulier de requérir le soutien de ses proches et de maintenir le contact avec son entourage » ; Art. 23 e : « La personne concernée, son représentant, ses proches ou un accompagnant peuvent en appeler à la commission d'examen des plaintes ».

Dans certains cas, les « proches » sont mentionnés seuls, sans référence à la famille, et il semble évident que les proches incluent alors la famille. Il est, en outre, fait mention de « la famille ou d'autres proches ». La référence aux autres proches implique alors l'inclusion de liens familiaux dans la notion, plus large de « proches ». Les proches sont par ailleurs opposés aux tiers dans plusieurs dispositions, ce qui renforce la spécificité de la définition fondée sur le lien de proximité. Dans une dernière utilisation, le terme de « proches » permet d'inclure dans une même catégorie des rapports de fait et de droit.

280. L'intérêt de la notion de proches – En droit suisse, le terme de « proches », n'est pas mentionné à côté de celui de « famille ». C'est là que réside l'intérêt de cette notion floue, fondée critère de la proximité relationnelle. Elle est particulièrement apte à défendre les conceptions personnelles du patient et à s'adapter à la variété des situations. Il n'apparaît dès lors pas nécessaire de distinguer les proches et la famille¹⁹³⁴. L'utilité du recours à la seule notion de « proches » nous semble réelle ; son apparition dans chacun des pays témoigne du réalisme du droit de la santé. Toutefois, la multiplication des usages du terme, telle qu'elle résulte essentiellement du droit français, est problématique en ce qu'elle rend difficilement intelligible la définition de la notion.

II. L'ÉVOLUTION DE L'EXERCICE DES DROITS-FONCTION DANS LE DROIT DE LA SANTÉ DE CHACUN DES DEUX PAYS

281. L'évolution des droits et devoirs familiaux, sous l'influence de l'impératif de protection de la personne, se traduit par l'évolution de la finalité des droits-fonction (A) ainsi que par l'évolution des modalités d'exercice des droits-fonction (B) dans chacun des deux pays étudiés.

A. L'évolution de la finalité des droits-fonction, commune aux deux pays

282. Le droit de la santé, vecteur d'évolution des droits-fonction – Le droit de la santé contribue à remettre en cause la finalité même des droits-fonction. Si l'on repart de la définition des droits-fonction, considérés comme « *le pouvoir et le devoir de faire ou d'exiger quelque chose dans l'intérêt d'une autre personne* »¹⁹³⁵, on se rend compte que la notion d'intérêt est centrale. Ainsi, en droit civil, tant les titulaires de l'autorité

compétente contre la mesure limitant la liberté de mouvement » ; Art. 25 b al. 1 let. a : « *À titre exceptionnel, une recherche peut être menée en situation d'urgence médicale si les conditions suivantes sont remplies : l'investigateur responsable a prévu une procédure ayant obtenu l'avis favorable de la commission d'éthique de la recherche pour que, chaque fois que cela est possible, le consentement des représentants légaux des sujets mineurs ou interdits soit recueilli et que la volonté des sujets de recherche soit établie, notamment en recherchant leurs directives anticipées ou en consultant leurs proches* » ; Art. 27 d al. 1 let a : « *Les établissements sanitaires reconnus d'intérêt public ne peuvent refuser la tenue d'une assistance au suicide en leur sein, demandée par un patient ou un résident, si les conditions suivantes sont remplies : le médecin responsable du traitement hospitalier ou de l'établissement médico-social (EMS), en concertation avec l'équipe soignante, le médecin traitant et les proches désignés par le patient ou le résident, vérifie (...)* ». *Contra* : CONSEIL DU CANTON DE VAUD, Loi sur la santé publique (LSP), Du 29 mai 1985, RSV, 800. 01 : art. 26 al. 1 : « *Les autopsies ne peuvent être pratiquées si le patient de son vivant ou les proches après son décès s'y opposent. La famille peut obtenir des renseignements sur les résultats de l'autopsie* ». Les termes de famille et de proches étant séparés par un point, on peut tout de même penser que les deux termes ne se recoupent pas et que les deux droits visent des titulaires séparés. Ainsi les proches pourraient s'opposer et la famille bénéficier des informations utiles. Il n'est toutefois pas certains qu'une telle distinction soit justifiée.

¹⁹³³ Voir annexe 10 : les quatre utilisations du terme de « proches » en droit fédéral suisse.

¹⁹³⁴ Cette distinction est faite par certains auteurs. Voir par exemple : MANAÏ D., « Le droit des proches dans la décision médicale », in LA HARPE R., UMMEL M., DUMOULIN J.-F., *Droit de la santé et médecine légale*, Chêne-Bourg, Médecine et hygiène, 2014, p. 308.

¹⁹³⁵ CORNU G., *Vocabulaire juridique*, Paris, Dicos poche, Quadrige, PUF, 2007, p. 335.

parentale¹⁹³⁶ que la personne en charge de la protection d'un majeur¹⁹³⁷ doivent agir dans l'intérêt de leur protégé. L'intérêt pouvant être défini comme « *ce qui est bon, ce qui est opportun, avantageux, bénéfique* »¹⁹³⁸, on peut en déduire que seul ce qui est bon pour la personne protégée est, en principe, conforme aux finalités assignées à l'autorité parentale et à la protection des majeurs. Or, l'étude de la législation française et de la législation suisse montre que l'influence pragmatique du droit de la santé rend parfois difficile la mise en application de ce postulat de base. Si l'application des règles de droit civil ne pose pas de difficultés lorsque l'intérêt de la personne est facilement définissable (1), elle s'avère plus complexe lorsque l'intérêt du patient est difficile à déterminer. Il en résulte parfois un questionnement relatif au contenu de la notion d'intérêt de la personne, lequel ne se résume pas à la protection de l'intégrité physique. L'intérêt de la personne est alors entendu au sens large, ainsi qu'en témoigne l'exemple de la stérilisation (2).

1. L'obligation classique de décider selon l'intérêt de la personne protégée

283. Selon les règles de droit civil, les représentants légaux ont l'obligation d'agir conformément à l'intérêt de la personne protégée. Le droit de la santé se contente de reprendre les principes civilistes, du moins lorsque l'acte médical n'a pas pour finalité l'intérêt d'un tiers. Il n'entraîne, dès lors, aucune évolution des règles issues du droit de la famille.

284. Le pouvoir du représentant conditionné par le bien du patient en Suisse – En droit suisse, lorsque le patient est incapable de discernement, son représentant légal peut consentir à l'acte médical. Ses pouvoirs sont toutefois circonscrits par l'intérêt du patient, qui doit être apprécié objectivement¹⁹³⁹. Cela signifie que le représentant ne bénéficie pas de la même liberté de décision que s'il agissait pour son propre compte¹⁹⁴⁰.

L'intérêt objectif clair du mineur, notamment « *lorsque les soins sont dénués de risques sérieux et sont estimés nécessaires pour prévenir un danger imminent de mort ou d'infirmité permanente* »¹⁹⁴¹, ôte tout pouvoir d'appréciation aux détenteurs de l'autorité parentale. Des parents témoins de Jéhovah ne peuvent donc pas refuser une transfusion sanguine susceptible de sauver leur enfant¹⁹⁴². Ils ne peuvent pas davantage

¹⁹³⁶ Art. 371-1 CC : « L'autorité parentale est un ensemble de droits et de devoirs ayant pour finalité l'intérêt de l'enfant. Elle appartient aux parents jusqu'à la majorité ou l'émancipation de l'enfant pour le protéger dans (...) sa santé (...) ».

¹⁹³⁷ Art. 415 CC : « Les personnes majeures reçoivent la protection de leur personne et de leurs biens que leur état ou leur situation rend nécessaire selon les modalités prévues au présent titre. Cette protection est instaurée et assurée dans le respect des libertés individuelles, des droits fondamentaux et de la dignité de la personne. Elle a pour finalité l'intérêt de la personne protégée ».

¹⁹³⁸ CORNU G., *Vocabulaire juridique*, Paris, Dicos poche, Quadrige, PUF, 2007, p. 506.

¹⁹³⁹ ATF 114 Ia 350, 363 : « Celui-ci doit se déterminer exclusivement en fonction des intérêts du patient, ce qui est une notion essentiellement objective ».

¹⁹⁴⁰ GUILLOD O., *Le consentement éclairé du patient, autodétermination ou paternalisme*, Neuchâtel, Ides et Calendes, 1986, p. 239 ; MANDOFIA-BERNEY M., « Mineur et conflit parental quant au traitement proposé », in BERTRAND D., DUMOULIN J.-F., LE HARPE R., HUMMEL M., *Médecin et droit médical*, Genève, Médecine et hygiène, 2009, p. 122 ; GUILLOD O., MANDOFIA-BERNEY M., « Le mineur face au traitement proposé », in LE HARPE R., HUMMEL M., DUMOULIN J.-F., *Droit de la santé et médecine légale*, Chêne-Bourg, Médecine et hygiène, 2014, p. 293.

¹⁹⁴¹ GUILLOD O., *Le consentement éclairé du patient, autodétermination ou paternalisme*, Neuchâtel, Ides et Calendes, 1986, p. 240.

¹⁹⁴² MANAI D., « Pouvoir parental et droit médical », *Fampra.ch*, 2002, n° 2, p. 204. Un tel refus constituerait une négligence assimilée à de la maltraitance : JACQUIERY V., « La protection de l'enfant en cas de maltraitance. Aperçu de droit international et de droit suisse », in CHAPPUIS C., KADNER GRAZIANO T., FOËX B. (Dir.), *L'harmonisation internationale du droit*, Genève, Schulthess, 2007, p. 155.

lever le secret médical, si l'intérêt de leur enfant ne l'exige pas¹⁹⁴³. En revanche, les parents bénéficient d'une marge de manœuvre pour prendre une décision qui ne s'inscrit pas en contradiction flagrante avec l'intérêt de l'enfant¹⁹⁴⁴.

La liberté accordée au curateur est également restreinte lorsque le patient majeur bénéficie d'une curatelle de représentation incluant les soins médicaux ou de portée générale, dans la mesure où il doit agir selon le bien du majeur¹⁹⁴⁵. Sous l'ancien droit des tutelles, il était admis que « *sa marge d'appréciation [était] d'autant plus restreinte que l'alternative [était] claire et appel[ait] une solution qui [était] la seule raisonnable et que ses liens personnels avec le pupille [étaient] distants* »¹⁹⁴⁶. Depuis l'entrée en vigueur du nouveau droit de la protection de l'adulte, les règles relatives à la représentation dans le domaine médical doivent être prises en considération. Si le représenté n'a pas transcrit ses souhaits dans des directives anticipées ou si celles-ci s'avèrent insuffisamment claires¹⁹⁴⁷, son représentant doit décider conformément à sa volonté présumée et à ses intérêts¹⁹⁴⁸. Le pouvoir de décision du représentant est donc subordonné à la fois à un critère objectif et à un critère subjectif, sans que l'un ne puisse prévaloir de façon systématique sur l'autre¹⁹⁴⁹.

285. Le pouvoir du représentant conditionné par l'intérêt du patient en droit français – Le droit de la santé français consacre des règles relativement proches de celles issues du droit suisse lorsque l'intérêt de la personne protégée est aisément déterminable. Conformément aux règles posées en droit civil, le représentant du majeur et ou mineur doit consentir aux soins en fonction de l'intérêt de la personne protégée. Cet impératif empêche notamment les parents « *de décider de l'accomplissement d'un acte estimé non conforme à l'intérêt de l'enfant* »¹⁹⁵⁰ et « *d'écarter l'accomplissement d'un acte conforme à cet intérêt* »¹⁹⁵¹. À cet égard, le droit français tend à rejoindre le droit suisse en accordant aux parents une marge de manœuvre. La liberté des titulaires de l'exercice de l'autorité parentale de choisir le traitement médical est triplement conditionnée¹⁹⁵². D'abord, les parents ne sont considérés aptes à réaliser des choix que s'ils s'intéressent attentivement à l'évolution de l'état de santé de leurs enfants, en dialoguant notamment avec l'équipe médicale¹⁹⁵³. En outre, ils ne peuvent refuser de soigner l'enfant¹⁹⁵⁴, en s'opposant par exemple à une transfusion sanguine vitale¹⁹⁵⁵ ou susceptible d'avoir de graves répercussions sur la santé de l'enfant¹⁹⁵⁶.

¹⁹⁴³ MANAÏ D., « Pouvoir parental et droit médical », *Fampra.ch*, 2002, n° 2, p. 204 ; GUILLOD O., *Le consentement éclairé du patient, autodétermination ou paternalisme*, Neuchâtel, Ides et Calendes, 1986, p. 246.

¹⁹⁴⁴ *Ibid.*, pp. 242-243.

¹⁹⁴⁵ *Ibid.*, p. 254.

¹⁹⁴⁶ *Ibid.*

¹⁹⁴⁷ Précision apportée par : LEUBA A., STETTLER M., BÜCHLER A., HÄFELI C., *Protection de l'adulte*, Berne, Commentaire du droit de la famille, Stämpfli, 2013, p. 289. P. MEIER formulait déjà cette remarque à propos de l'avant-projet : MEIER P., « L'avant-projet de révision du droit de la tutelle », *RDT*, 2003, n° 5, p. 216.

¹⁹⁴⁸ Art. 378 al. 3 CCS.

¹⁹⁴⁹ LEUBA A., STETTLER M., BÜCHLER A., HÄFELI C., *Protection de l'adulte*, Berne, Commentaire du droit de la famille, Stämpfli, 2013, p. 290.

¹⁹⁵⁰ KERNALÉGUEN F., « Adolescent et acte médical en droit français : l'effacement de l'autorité parentale ? », in FEUILLET-LIGIER B., RYUICHI I., (Dir.), *Adolescent et acte médical, regards croisés. Approche internationale et pluridisciplinaire*, Bruxelles, Droit, bioéthique et société, Bruylant, 2011, p. 8.

¹⁹⁵¹ *Ibid.*

¹⁹⁵² DUVAL-ARNOULD D., *Le corps de l'enfant sous le regard du droit*, Paris, Bibliothèque de droit privé, Tome 238, LGDJ, 1994, p. 78.

¹⁹⁵³ Juge des enfants de Paris, 8 novembre 1975, *Revue du droit de l'enfance et de la famille*, 1975, p. 91 : cité par : *Ibid.*, Note 190.

¹⁹⁵⁴ Tribunal correctionnel de Dunkerque, 30 octobre 1953 : *JCP G*, 1954, II, 8095 : cité par : *Ibid.*, Note 191.

¹⁹⁵⁵ *Ibid.*, p. 80.

¹⁹⁵⁶ ROUSSET G., *Le mineur en établissement de santé*, Rueil-Malmaison, Droit et pratique du soin, Lamarre, 2004, p. 52.

Enfin, leur liberté de choix ne joue qu'à l'égard de traitements d'efficacité équivalente¹⁹⁵⁷. Les parents peuvent ainsi décider d'un traitement ne correspondant pas aux préconisations médicales, dès lors que ce traitement demeure approprié¹⁹⁵⁸.

2. Un intérêt largement entendu : l'exemple de la stérilisation

286. Adoption d'une loi afin d'encadrer la stérilisation dans chacun des deux pays – Lorsque l'intérêt de la personne est aisé à déterminer et qu'il n'existe pas d'alternative raisonnable, le droit de chacun des deux pays impose aux titulaires des prérogatives de protection une décision déterminée, en faveur de la protection de la santé du patient. Or, il n'est pas toujours évident de déterminer l'intérêt de la personne protégée, comme le montre l'exemple de la stérilisation. Celle-ci semble *a priori* peu conforme à l'intérêt du patient. Elle entame à la fois sa liberté de procréer et son droit à l'intégrité physique et psychique ; elle porte donc atteinte à la liberté personnelle¹⁹⁵⁹. Les risques de dérives sont importants, ainsi que nous le rappellent les politiques eugénistes menées par le passé dans de nombreux pays. La pression exercée par les membres de la famille, craignant d'avoir à s'occuper de l'enfant de la personne protégée, peut s'avérer considérable. Dans chacun des pays, une loi spécifique a été adoptée afin d'encadrer la stérilisation.

287. Loi sur la stérilisation en Suisse – En droit suisse, la loi sur la stérilisation¹⁹⁶⁰ succède à diverses lois cantonales qui encadraient déjà une telle opération¹⁹⁶¹. La loi sur la stérilisation constitue une illustration de l'élargissement de la notion d'intérêt, ainsi qu'en témoigne l'exposé de l'évolution du texte au cours des travaux législatifs. Le projet de loi permettait, à titre exceptionnel, qu'une stérilisation soit réalisée sur une personne durablement incapable de discernement, à la condition, notamment, que l'opération réponde à l'intérêt exclusif de la personne concernée¹⁹⁶². Selon le rapport explicatif, seuls pouvaient donc « *entrer en considération l'intérêt et le bien de la personne incapable de discernement, sans prise en considération de la situation ou de l'intérêt des tiers* »¹⁹⁶³. Cette formulation a été critiquée lors de la procédure de

¹⁹⁵⁷ Tribunal correctionnel de Gap, 6 janvier 1954 : *JCP G*, 1954, II, 8016 ; CA Grenoble, 9 avril 1954 : *JCP G*, 1954, II, 8139 : cités par DUVAL-ARNOULD D., *Le corps de l'enfant sous le regard du droit*, Paris, Bibliothèque de droit privé, Tome 238, LGDJ, 1994, p. 78, Note 193.

¹⁹⁵⁸ CA Nancy, 3 décembre 1982 : *JCP G*, 1983, II, 20081, Note RAYMOND G. ; *Gaz. Pal.*, 10 mars 1984, 132, Note DORSNER-DOLIVET A. (datant toutefois l'arrêt du 3 décembre 1983) : cité par : *Ibid.*, p. 79, Note 194.

¹⁹⁵⁹ BERSIER R., *Contribution à l'étude de la liberté personnelle. L'internement des aliénés et des asociaux. La stérilisation des aliénés*, Lausanne, Cremines, 1968, p. 213.

¹⁹⁶⁰ Loi fédérale sur les conditions et la procédure régissant la stérilisation des personnes du 17 décembre 2004, Entrée en vigueur au 1^{er} juillet 2005, RS 211.111.1, RO 2005 2499.

¹⁹⁶¹ Sur ces lois cantonales, voir : BERSIER R., *Contribution à l'étude de la liberté personnelle. L'internement des aliénés et des asociaux. La stérilisation des aliénés*, Lausanne, Cremines, 1968, p. 205 ; GUILLOD O., « La stérilisation de personnes mentalement déficientes », in *Mélanges en l'honneur de Henri-Robert Schüpbach*, Bâle, Collection neuchâteloise, Helbing & Lichtenhahn, 2000, pp. 114-117 ; Initiative parlementaire. Stérilisations forcées. Dédommagement des victimes (Von Felten). Rapport de la commission des affaires juridiques du Conseil national, 23 juin 2003, FF 2003 5759.

¹⁹⁶² Art. 7 al. 2 let. a du projet de loi fédérale sur les conditions et la procédure régissant la stérilisation des personnes, FF 2003 5787.

¹⁹⁶³ Initiative parlementaire. Stérilisations forcées. Dédommagement des victimes (Von Felten). Rapport de la commission des affaires juridiques du Conseil national, 23 juin 2003, FF 2003 5773.

consultation¹⁹⁶⁴, ainsi que par le Conseil fédéral. Ce dernier soulignait qu'il est « *justifié (...) d'exiger que la stérilisation d'une personne durablement incapable de discernement intervienne dans l'intérêt de la personne concernée, déterminé en tenant compte de toutes les circonstances* »¹⁹⁶⁵. Il insistait sur le fait que « *des considérations de politique sociale par exemple ne doivent jamais influencer une décision de stérilisation* »¹⁹⁶⁶. Cependant, il proposait de « *biffer le terme « exclusivement »* », au motif qu'« *il est exagéré de prévoir explicitement que les intérêts de tiers comme ceux des proches ne doivent pas être pris en compte* »¹⁹⁶⁷.

On pourrait y voir un élargissement des pouvoirs dans l'intérêt d'un autre membre de la famille¹⁹⁶⁸, toutefois, nous préférons y voir une vision élargie de l'intérêt de la personne, puisque l'opération doit être dictée par cet intérêt qui est apprécié « *toutes circonstances considérées* »¹⁹⁶⁹. L'intérêt des proches n'intervient qu'à titre complémentaire. Deux autres conditions encadrant l'autorisation exceptionnelle de la stérilisation plaident également dans ce sens. Il ne doit pas exister d'autres méthodes permettant d'empêcher la conception et la naissance d'un enfant¹⁹⁷⁰, lesquelles sont à prévoir¹⁹⁷¹. La séparation « *d'avec l'enfant après la naissance [doit, en outre, être] inévitable parce que les responsabilités parentales ne peuvent être exercées ou parce qu'une grossesse mettrait sérieusement en danger la santé de la femme* »¹⁹⁷². Notons enfin que la stérilisation est susceptible d'être appliquée à des mineurs d'au moins seize ans durablement incapables de discernement, alors que celle-ci n'est pas autorisée en France.

288. Loi relative à l'interruption volontaire de grossesse et à la contraception en France – Dans ce pays, la ligature des trompes ou des canaux déférents « *ne peut être pratiquée sur une personne majeure dont l'altération des facultés mentales constitue un handicap et a justifié son placement sous tutelle ou sous curatelle que lorsqu'il existe une contre-indication médicale absolue aux méthodes de contraception ou une impossibilité avérée de les mettre en œuvre efficacement* »¹⁹⁷³. Il n'est pas expressément fait mention de l'intérêt de la personne protégée, toutefois, l'intérêt largement entendu transparaît à travers plusieurs dispositions. D'abord, le juge doit recueillir, avant de se prononcer, l'avis d'un comité d'experts chargé d'apprécier « *la justification médicale de l'intervention, ses risques ainsi que ses conséquences normalement prévisibles sur les plans physiques et psychologiques* »¹⁹⁷⁴. Il doit également entendre « *les père et mère de la personne concernée ou son représentant légal ainsi que toute personne dont l'audition lui paraît utile* »¹⁹⁷⁵.

289. Dans chacun des pays, le droit de la santé impose aux protecteurs de prendre des décisions conformes à l'intérêt de la personne protégée, leur liberté est donc moindre que celle dont ils jouissent pour prendre les décisions relatives à leur propre santé. Cet intérêt est parfois entendu de manière élargie,

¹⁹⁶⁴ OFJ, Rapport sur les résultats de la consultation concernant l'avant-projet de loi fédérale sur les conditions et les procédures pour la stérilisation de personnes et sur l'indemnisation des victimes de stérilisations et de castrations abusives, Novembre 2002, p. 3, p. 5 et p. 12 et s.

¹⁹⁶⁵ Initiative parlementaire. Stérilisations forcées. Dédommagement des victimes (Von Felten). Rapport du 23 juin 2003 de la Commission des affaires juridiques du Conseil national, Avis du Conseil fédéral, 3 septembre 2003, FF 2003 5806.

¹⁹⁶⁶ *Ibid.*

¹⁹⁶⁷ *Ibid.*

¹⁹⁶⁸ Qui aurait pu être traité dans le § *infra* 301 et s.

¹⁹⁶⁹ Art. 7 al. 2 let. a LStér.

¹⁹⁷⁰ Art. 7 al. 2 let. b LStér.

¹⁹⁷¹ Art. 7 al. 2 let. c LStér.

¹⁹⁷² Art. 7 al. 2 let. d LStér.

¹⁹⁷³ Art. L 2123-2 al. 1 CSP.

¹⁹⁷⁴ Art L 2123-2 al. 5 CSP.

¹⁹⁷⁵ Art. L 2123-2 al. 4 CSP.

il ne se résume pas nécessairement à la seule protection de l'intégrité physique, ainsi qu'en témoigne la réglementation relative à la stérilisation adoptée dans chacun des deux pays.

B. L'évolution des modalités d'exercice des droits-fonction

290. Les modalités d'exercice des droits-fonction ont également été influencées par le droit de la santé. Les règles relatives à l'autorité parentale ne sont pas bouleversées, l'essentiel des évolutions résultant plutôt de la prévalence de l'autonomie du mineur ou de la protection de la santé d'autrui. Le droit de la santé se contente donc d'appliquer les règles relatives à l'autorité parentale dans chacun des deux pays (1). En revanche, les évolutions ont été plus importantes lorsqu'il a fallu régler la situation des personnes hors d'état d'exprimer leur volonté. Sur cette question, les deux droits ont suivi des évolutions différentes (2).

1. L'application des règles relatives à l'autorité parentale dans le droit de la santé de chacun des deux pays

291. En l'absence de texte mentionnant les modalités de la décision, les règles posées par le droit civil restent applicables. Le droit de la santé n'affecte donc pas particulièrement les règles relatives à l'autorité parentale, du moins lorsque l'intérêt du mineur est aisé à déterminer. Les critères de décision ne sont pas similaires dans chacun des deux droits.

292. Le critère des actes usuels et la gestion conjointe en droit français – En droit français, lorsque les parents exercent en commun l'autorité parentale, l'article 372-2 dispose qu'« à l'égard des tiers de bonne foi, chacun des parents est réputé agir avec l'accord de l'autre, quand il fait seul un acte usuel de l'autorité parentale relativement à la personne de l'enfant ». Cette disposition n'envisage expressément que les rapports entre les parents et les tiers et ne prévoit pas clairement les règles applicables dans les relations juridiques entre les deux parents. Dans sa thèse, L. GAREIL s'est penchée sur cette problématique¹⁹⁷⁶. Après s'être prêtée à une analyse approfondie des arguments favorables à l'hypothèse de la gestion concurrente¹⁹⁷⁷ et à celle de la gestion conjointe¹⁹⁷⁸, elle conclut que « même pour les actes (...) usuels (...) les parents doivent s'accorder »¹⁹⁷⁹. Néanmoins, en pratique, l'article était fréquemment interprété de manière erronée, c'est-à-dire « comme donnant la possibilité à l'un des parents d'agir seul, sans concertation avec l'autre parent, pour les actes usuels »¹⁹⁸⁰. La proposition de loi APIE, adoptée en première lecture par l'Assemblée nationale clarifie les dispositions du Code civil¹⁹⁸¹, en s'inspirant des recommandations du groupe de travail sur la coparentalité¹⁹⁸². Elle prévoit

¹⁹⁷⁶ GAREIL L., *L'exercice de l'autorité parentale*, Paris, 2004, Bibliothèque de droit privé, LGDJ, 2004, p. 50 et s.

¹⁹⁷⁷ Dans laquelle chacun des parents peut agir sans avoir l'accord de l'autre.

¹⁹⁷⁸ Dans laquelle l'accord des deux parents constitue un préalable nécessaire.

¹⁹⁷⁹ GAREIL L., *L'exercice de l'autorité parentale*, Paris, 2004, Bibliothèque de droit privé, LGDJ, 2004, p. 57.

¹⁹⁸⁰ GROUPE DE TRAVAIL SUR LA COPARENTALITÉ, *Comment assurer le respect de la coparentalité entre parents séparés*, Rapport pour le ministère de la justice et le ministère des affaires sociales et de la santé, Janvier 2014, p. 8. Les difficultés des justiciables qui peinent à comprendre « ce que signifie et ce qu'implique l'exercice en commun de l'autorité parentale » ont également été soulignées : BERTAGNA L. et al., *Rapport d'un collectif d'avocats praticiens du droit de la famille*, 12 décembre 2013, p. 13.

¹⁹⁸¹ AN, Proposition de loi relative à l'autorité parentale et à l'intérêt de l'enfant, Adoptée par l'Assemblée nationale en première lecture, Texte adopté n° 371, « Petite loi », 27 juin 2014 ; AN, Rapport fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République sur la proposition de loi (n° 1856) de M. Bruno le ROUX et al., relative à l'autorité parentale et à l'intérêt de l'enfant, Par Mme Marie-CHAPDELAINE, n° 1925, Enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 7 mai 2014, p. 56.

que « tout acte de l'autorité parentale, qu'il ait un caractère usuel ou important, requiert l'accord de chacun des parents lorsqu'ils exercent en commun l'autorité parentale. Cet accord n'est pas présumé pour les actes importants »¹⁹⁸³. Elle procède également à la codification de la notion d'actes importants, lesquels « romp[ent] avec le passé et engage[nt] l'avenir de l'enfant ou (...) touch[ent] à ses droits fondamentaux »¹⁹⁸⁴.

Plusieurs exemples permettant d'illustrer la notion d'actes usuels¹⁹⁸⁵, nous choisirons celui de la circoncision¹⁹⁸⁶. Elle est qualifiée d'acte important lorsqu'elle est réalisée à des fins rituelles et impose au médecin de recueillir le consentement des deux parents¹⁹⁸⁷. Elle est en revanche qualifiée d'acte usuel lorsqu'elle est justifiée par des motifs médicaux, le médecin pouvant alors se contenter de l'accord d'un seul parent, à la condition, toutefois, qu'aucun élément ne laisse supposer l'existence d'un désaccord¹⁹⁸⁸. Dans les rapports entre les parents¹⁹⁸⁹, le double consentement est nécessaire¹⁹⁹⁰. La jurisprudence en tire deux conséquences. D'une part, elle engage la responsabilité civile du parent ayant fait circoncire l'enfant sans requérir le consentement de l'autre¹⁹⁹¹. Une décision a même reconnu la responsabilité du parent à l'égard de l'enfant¹⁹⁹², ce qui s'inscrit dans un phénomène plus large de pénétration de la responsabilité civile dans les rapports familiaux¹⁹⁹³. D'autre part, le juge refuse de faire droit à la demande d'un des parents d'obtenir l'autorisation de circoncire son enfant lorsque celui-ci et la mère s'y sont opposés¹⁹⁹⁴. Le

¹⁹⁸² GROUPE DE TRAVAIL SUR LA COPARENTALITÉ, *Comment assurer le respect de la coparentalité entre parents séparés*, Rapport pour le ministère de la justice et le ministère des affaires sociales et de la santé, Janvier 2014, pp. 8-10.

¹⁹⁸³ Art. 372-1 al. 1 issu de l'art. 4 de la proposition de loi.

¹⁹⁸⁴ *Ibid.*, Art. 372-1 al. 2.

¹⁹⁸⁵ L'exemple de la vaccination aurait également pu être évoqué. La jurisprudence tend à distinguer la vaccination obligatoire, pour laquelle le médecin doit solliciter l'accord d'un seul des deux parents et la vaccination recommandée pour laquelle l'accord des deux parents est nécessaire : GOUTTENNOIRE A., « Les décisions des parents séparés relatives à l'enfant », *AJ famille*, 2010, n° 1, p. 12.

¹⁹⁸⁶ Pour une analyse détaillée de cette question, on peut utilement se référer à : DUBUIS A., « La préservation de la santé de l'enfant face à la liberté religieuse des titulaires de l'exercice de l'autorité parentale », in LECA A. (Dir.), *Santé, religion et laïcité*, Bordeaux, Les cahiers de droit de la santé du sud-est, LEH, 2011, p. 100 ; VIOUJAS V., « Cinquante nuances de gris. La circoncision rituelle en établissement de santé », in NICOLAS G. (Dir.), *Corps et patrimoine*, Les cahiers de droit de la santé, LEH, 2014, p. 229.

¹⁹⁸⁷ TGI Paris, 6 novembre 1973 : *Gaz. Pal.*, 23 avril 1974, 299, Note BARBIER P. ; *RDSS*, 1975, 116, Obs. RAYNAUD P. Un médecin ayant pratiqué la circoncision rituelle sur un enfant avec le consentement d'un seul des deux parents a « agi avec une légèreté blâmable » et engage donc sa responsabilité : CA Paris, 1^{re} chambre B, 29 septembre 2000 : *D.*, 2001, 1585, Note DUVERT C. ; *RDSS*, 2001, 151, Obs. MONÉGER F. ; *RTD civ.*, 2001, 126, Obs. HAUSER J. Voir également : CA Grenoble, Chambre des affaires familiales, 23 octobre 2012, n° 12/00324 : « Attendu qu'il n'est nullement soutenu que la circoncision serait médicalement nécessaire ; que dès lors, elle ne constitue pas un acte usuel au sens de l'article 372-2 du Code civil et requiert l'accord des deux parents ».

¹⁹⁸⁸ TGI Paris, 6 novembre 1973, *Gaz. Pal.*, 23 avril 1974, 1, 299, Note BARBIER P. ; *RDSS*, 1975, 116, Obs. RAYNAUD P.

¹⁹⁸⁹ Distinction des relations entre parents et entre les parents et les tiers.

¹⁹⁹⁰ CA Poitiers, 4^e Chambre : 11 mai 2011, n° 10/04570 : « À supposer exacts ces soucis de santé, non établis par ailleurs, et à supposer efficace la circoncision pour y remédier, l'atteinte directe au corps de l'enfant petit, le caractère définitif et symbolique de cette opération ne pouvaient pas être décidés par le père seul sans consultation et accord exprès de la mère » ; CA Paris, 1^{re} chambre, Section A, 13 septembre 2000, n° 1999/17308 : « la décision de circoncire l'enfant relève de l'exercice de l'autorité parentale et exige le consentement des deux parents ».

¹⁹⁹¹ CA Paris, 1^{re} chambre B, 29 septembre 2000 : *D.*, 2001, 1585, Note DUVERT C. : « M. Pierre K... a profité de l'exercice de son droit d'hébergement pour prendre la grave décision de faire procéder, à des fins rituelles, à l'opération appelée sur l'enfant du couple, sans avoir recueilli l'assentiment de la mère et alors que cet acte chirurgical ne s'imposait pas d'après les certificats médicaux versés au dossier ; Que la responsabilité de M. Pierre K... doit dès lors être retenue (...) ; Que les préjudices respectifs de Mme Elisabeth M... (la mère) et de l'enfant ayant été justement appréciés en première instance, le jugement déferé sera confirmé en toute ses dispositions ».

¹⁹⁹² *Ibid.*

¹⁹⁹³ De manière critique, C. DUVERT relève que la « sanction du mésusage par des parents de leur autorité parentale ne réside (...) pas dans le jeu des règles de la responsabilité civile mais dans la confiscation ou la mise sous contrôle étatique de cette autorité » : DUVERT C., « Autorité parentale et circoncision rituelle », *D.*, 2001, n° 20, p. 1587. Plus largement sur la pénétration du droit de la responsabilité civile dans les rapports de famille, voir : PONS S., *La réception par le droit de la famille de l'article 1382 du Code civil*, Aix-Marseille, Collection du centre Pierre Kayser, PUAM, 2007, 458 p. ; CAPPELLARI A., « Patrimoine génétique familial : entre héritage et responsabilité civile », in NICOLAS G. (Dir.), *Corps et patrimoine*, Les cahiers de droit de la santé, LEH, 2014, pp. 469-502 ; DEKEUWER-DÉFOSSEZ, CHOAIN C. (Dir.), *Les enjeux de la transmission entre générations. Du don pesant au dû vindicatif*, Villeneuve d'Ascq, Droit des personnes et de la famille, Presses universitaires du Septentrion, 2005, 199 p. ; ROGET N., *La responsabilité pour faute dans les rapports intrafamiliaux*, Grenoble, Thèse en droit, 2007, 343 p.

¹⁹⁹⁴ CA Lyon, 2^e chambre civile, Section A, 25 juillet 2007, RG n° 07/00186 : *Juridata* n° 2007-346158 ; *RTD civ.*, 2008, 99, Obs. HAUSER J. : « Que cependant et s'agissant d'une atteinte à l'intégrité physique de l'enfant, cette décision grave ne peut être prise que d'un commun

parent qui aurait circoncis l'enfant ou qui risquerait de le faire, malgré l'opposition de l'autre parent, peut être privé de ses droits¹⁹⁹⁵.

Plus récemment, le Conseil d'État a exigé le consentement des deux parents pour la prescription d'un antidépresseur à une mineure. Il retient qu'« *un acte médical ne constituant pas un acte usuel ne peut être décidé à l'égard d'un mineur qu'après que le médecin s'est efforcé de prévenir les deux parents et de recueillir leur consentement ; qu'il n'en va autrement qu'en cas d'urgence, lorsque l'état de santé du patient exige l'administration de soins immédiats* »¹⁹⁹⁶.

293. Le critère des décisions courantes et la gestion unilatérale en droit suisse – À l'instar du droit français, le droit suisse avait posé, au profit des époux, une présomption d'accord à l'égard des tiers de bonne foi. Le domaine de celle-ci était toutefois plus large qu'en droit français puisque la présomption trouvait à s'appliquer pour l'ensemble des actes¹⁹⁹⁷. Le nouveau droit de l'autorité parentale maintient cette présomption, qui avait été d'ores et déjà été modifiée par la loi relative au divorce. L'article 304 al. 2 dispose désormais que « *lorsque les père et mère sont tous deux détenteurs de l'autorité parentale, les tiers de bonne foi peuvent présumer que chaque parent agit avec le consentement de l'autre* ». Dans les rapports entre les parents, l'exercice conjoint de l'autorité parentale signifie que « *les parents prennent en principe ensemble toutes les décisions concernant l'enfant, sans qu'aucun d'entre eux n'ait de voix prépondérante ou ne soit privilégié pour une quelconque raison* »¹⁹⁹⁸. Afin d'éviter les blocages liés à la séparation des parents, l'article 301 al. 1^{bis} prévoit que celui qui a la charge de l'enfant « *peut prendre seul (...) les décisions courantes ou urgentes* »¹⁹⁹⁹ ainsi que « *d'autres décisions, si l'autre parent ne peut être atteint moyennant un effort raisonnable* »²⁰⁰⁰. La charge doit être entendue comme le fait de s'occuper de l'enfant de manière « *concrète* » et « *factuelle* »²⁰⁰¹. Le Conseil fédéral a laissé à la jurisprudence la tâche de déterminer au cas par cas le domaine des « *décisions courantes* ». Les décisions relatives à une intervention médicale seront probablement considérées comme des décisions de fond nécessitant l'accord des deux parents, au vu de la jurisprudence antérieure du Tribunal fédéral²⁰⁰². On peut dès lors penser que la circoncision rituelle nécessitera l'accord des deux parents, d'autant que le Conseil

accord entre les parents, et avec le consentement de l'enfant qui est maintenant âgé de 11 ans ; Attendu qu'en l'absence de consentement tant de la mère que de l'enfant, qui a exprimé, à différentes reprises son opposition à une telle opération, le rejet de la demande s'impose ». Dans le même sens, en présence de la seule opposition de la mère : CA Grenoble, Chambre des affaires familiales, 23 octobre 2012, n° 12/00324.

¹⁹⁹⁵ Cass. civ 1^{re}, 26 janvier 1994, n° 92-10.838 : D., 1995, 226, Note CHOAIN C. ; RTD civ., 1994, 846, Obs. HAUSER J. : « *La cour d'appel a souverainement énoncé que M. X... avait imposé aux jeunes enfants la circoncision dans des conditions menaçant leur équilibre, cependant que Mme Y... pouvait craindre non sans raisons que l'exercice du droit de visite et d'hébergement ne soit l'occasion de soustraire les enfants à l'autorité de leur mère* » ; CA Paris, 24^e chambre, Section C, 13 janvier 2000, n° 1997/15053 : *Jurisdata* n° 2000-117059 : suppression du droit de visite et d'hébergement du père à la suite de la circoncision de l'enfant, réalisée à l'insu de la mère ; CA Lyon, 10 janvier 2011, n° 09/04954 : attribution de l'exercice de l'autorité parentale à la mère seule, après que le père a fait réaliser une circoncision rituelle dans de mauvaises conditions et sans en informer la mère qui s'y était opposée ; CA Orléans, Chambre de la famille, 14 mars 2006, n° 05/02328 : limitation du droit de visite et d'hébergement à l'encontre du père, soupçonné d'avoir tenté de faire circoncire l'enfant, malgré le refus de la mère ; CA Versailles, Chambre 2, Section 2, 6 décembre 2012, n° 11/04056 : interdiction de sortie du territoire national ; CA Poitiers, 3^e chambre civile, 21 novembre 2000, n° 9902692 : *Jurisdata* n° 2000-146397 : l'arrêt retient de « *la décision de faire circoncire un garçon hors le consentement de la mère et des nécessités médicales avérées, ne peut être considérée que comme une violation grave et délibérée de l'exercice conjoint de l'autorité parentale* » et confie à la mère seule l'exercice de l'autorité parentale.

¹⁹⁹⁶ Conseil d'État, 7 mai 2014, n° 359076 : *Médecine & droit*, 2014, 81, JONAS C.

¹⁹⁹⁷ GRAFFENRIED A.-M., *L'enfant au regard des droits français et suisse*, Lausanne, Éditions René Thonney-Dupraz, 1984, p. 80.

¹⁹⁹⁸ Message concernant la modification du Code civil suisse (autorité parentale), 16 novembre 2011, FF 2011 8343.

¹⁹⁹⁹ Art. 301 al. 1^{bis}, chiffre 1.

²⁰⁰⁰ Art. 301 al. 1^{bis}, chiffre 2.

²⁰⁰¹ BO 2013 E 12 ; OFJ, *L'entrée en vigueur de la révision du droit de l'autorité parentale*, Rapport, Berne, Mai 2014, p. 12.

²⁰⁰² ATF 136 III 353, 357 : « *Les décisions de fond portent par exemple sur le choix du prénom (art. 301, al. 4, CC), sur la formation générale et professionnelle (art. 302 CC), sur l'éducation religieuse (art. 303 CC), sur toute intervention médicale ou événement déterminant dans la vie de l'enfant, comme la pratique d'un sport de compétition* » : traduction tirée de : Message concernant la modification du Code civil suisse (autorité parentale), 16 novembre 2011, FF 2011 8344.

fédéral exclut les décisions relatives à la religion du champ des actes courants²⁰⁰³. Seules l'urgence²⁰⁰⁴ et l'impossibilité de joindre l'autre parent moyennant un effort raisonnable²⁰⁰⁵ pourraient justifier une décision unilatérale. Ces exceptions ne nous paraissent applicables qu'en cas de circoncision réalisée pour des motifs médicaux. Soulignons que notre analyse est subordonnée à la validité de la décision parentale de recourir à la circoncision rituelle, sur laquelle la doctrine demeure divisée²⁰⁰⁶.

2. L'opposition des deux droits de la santé dans la décision relative à la personne hors d'état de se déterminer

294. L'hypothèse selon laquelle le droit suisse favorise davantage que le droit français l'autonomie a déjà été proposée dans des développements précédents. Elle est confirmée par l'étude comparée des règles applicables à la décision de santé de la personne hors d'état de décider. Les deux droits de la santé ont, en effet, adopté une attitude différente. Le droit suisse autorise la représentation de la personne alors que le droit français, plus marqué par le paternalisme, écarte la représentation au profit de la décision du médecin dans de nombreux cas de figure.

295. La représentation et le rôle contraignant de la volonté en droit suisse – Antérieurement à l'entrée en vigueur du nouveau droit de la protection de l'adulte, les actes des proches qui intervenaient de manière informelle dans la décision de soin étaient justifiés par une interprétation extensive de techniques juridiques générales comme la représentation conjugale ou la gestion d'affaires²⁰⁰⁷. La validité de ces solutions demeurait cependant incertaine²⁰⁰⁸. En dehors du cas où un membre de la famille était investi d'un pouvoir de représentation en vertu d'une charge tutélaire, la famille et les proches ne bénéficiaient d'aucun pouvoir de représentation au niveau fédéral, même si la doctrine tendait à considérer que le médecin devait les consulter²⁰⁰⁹. Au niveau cantonal, les solutions étaient variables. Certains cantons laissaient le médecin décider seul ; d'autres confiaient la décision à un tiers ; d'autres encore prévoyaient la collaboration entre le médecin et le tiers ; d'autres, enfin, demeuraient muets sur cette question²⁰¹⁰. Saisi d'un recours de droit public contre la loi « concernant les rapports entre membres des professions de la santé et patients » du Canton de Genève, sur le fondement de la liberté personnelle, le Tribunal fédéral avait laissé aux cantons la possibilité d'opter pour une confiance absolue dans le médecin ou pour la

²⁰⁰³ Art. 301 al. 1^{bis}, chiffre 1.

²⁰⁰⁴ Art. 301 al. 1^{bis}, chiffre 2. Le Conseil fédéral donne l'exemple du parent « *parti en voyage sans laisser d'adresse ou de numéro de téléphone où le joindre* » : Message concernant la modification du Code civil suisse (autorité parentale), 16 novembre 2011, FF 2011 8344.

²⁰⁰⁵ Art. 301 al. 1^{bis} chiffre 2 CCS.

²⁰⁰⁶ Pour une analyse détaillée du débat, voir : BRICOD N., *Une interdiction de la circoncision pour des raisons non médicales est-elle envisageable en Suisse ?*, Sion, Institut universitaire Kurt Bösch, 2014, 75 p.

²⁰⁰⁷ GUILLOD O., HELLE N., « Mandat d'inaptitude, directives anticipées et représentation de la personne incapable : porte ouverte à la confusion ? », *RDS*, 2003, I, p. 292.

²⁰⁰⁸ *Ibid.*

²⁰⁰⁹ *Ibid.*

²⁰¹⁰ *Ibid.*

recherche par le médecin du consentement de tiers (famille, proches, représentant légal)²⁰¹¹. La ratification par la Suisse de la Convention d'Oviedo²⁰¹² devait toutefois conduire à évincer la première solution.

Le nouveau droit de la protection de l'adulte renouvelle ces règles, en répondant à plusieurs objectifs. Il permet tout d'abord la mise en place d'une réglementation uniforme au sein de la Confédération helvétique. Il répond ensuite aux enjeux liés au vieillissement de la population et à la recrudescence des patients atteints de la maladie d'Alzheimer²⁰¹³. Enfin, il contribue à prendre en compte les situations de fait dans lesquelles la famille s'occupe de l'un de ses membres²⁰¹⁴. À travers les articles 377 à 381 CCS, la réforme du droit des tutelles crée un mécanisme juridique spécifique au domaine médical et prenant effet de par la loi : la représentation en matière médicale. Cette technique « *devrait garantir la sécurité du droit et faciliter les décisions de l'autorité* »²⁰¹⁵. Elle s'inspire de l'article 6 al. 3 de la Convention d'Oviedo qui dispose que « *lorsque, selon la loi, un majeur n'a pas en raison d'un handicap mental, d'une maladie ou pour un motif similaire la capacité de consentir à une intervention, celle-ci ne peut être envisagée sans l'autorisation de son représentant, d'une autorité, d'une instance ou d'une personne désignée par la loi* ». Elle confère aux personnes désignées dans l'énumération en cascade le pouvoir de représenter juridiquement le patient pour tous les soins. Le médecin doit élaborer un plan de traitement avec la personne habilitée à représenter le patient²⁰¹⁶. Cette dernière peut ensuite consentir à tout acte médical, hormis ceux relatifs à l'exercice d'un droit strictement personnel absolu. Il doit décider en fonction de la volonté et des intérêts objectifs du patient.

296. L'éviction de la représentation en droit français : la « *décision médicale* »²⁰¹⁷ – Contrairement au droit suisse, le droit français procède à de nombreuses distinctions. Le droit civil confère des pouvoirs de représentation au tuteur, ou d'assistance au curateur, variables en fonction de l'état dans lequel se trouve la personne²⁰¹⁸. Lorsque la personne a conclu un mandat de protection future portant sur sa personne²⁰¹⁹, les pouvoirs du mandataire sont limités par l'article 479 CC. Le mandat doit respecter les articles 457-1 à 459-2 CC, toute clause contraire étant réputée non écrite. En outre, le mandat peut prévoir que « *le mandataire exercera les missions que le Code de la santé publique et le code de l'action sociale et des familles confient au représentant de la personne en tutelle ou à la personne de confiance* ». Il peut donc être amené à exercer une fonction de représentation ou une simple fonction d'accompagnement et de consultation. Si le premier modèle réglementaire avait indiqué que le mandataire se voyant conférer les missions de la

²⁰¹¹ ATF 114 Ia 350.

²⁰¹² Convention pour la protection des droits de l'homme et de la dignité de l'être humain à l'égard des applications de la biologie et de la médecine, Conclue à Oviedo le 4 avril 1997, Approuvée par l'Assemblée fédérale le 20 mars 2008, Instrument de ratification déposé par la Suisse le 24 juillet 2008, Entrée en vigueur au 1er novembre 2008, RS 0.810.2, RO 2008 5137.

²⁰¹³ STETTLER M., « La référence aux proches dans le droit actuel et future de la protection des adultes », in *Pour un droit pluriel. Études offertes au professeur Jean-François PERRIN*, Genève, Bâle, Helbing & Lichtenhahn, 2002, p. 117.

²⁰¹⁴ LEUBA A., « Santé et incapacité de discernement dans l'avant-projet de révision du droit de la tutelle », in BOLLE P.-H. (Dir.), *Actes des journées juridiques turco-suisse des 20 et 22 mai 2004*, Galatasaray, Galatasaray üniversitesi, 2005, p. 30.

²⁰¹⁵ Message concernant la révision du Code civil suisse (Protection de l'adulte, droit des personnes et droit de la filiation), 28 juin 2006, FF 2006 6670.

²⁰¹⁶ Art. 377 CCS.

²⁰¹⁷ L'expression est empruntée à : LOKIEC P., « La décision médicale », *RTD civ.*, 2004, n° 4, p. 641. Elle sera mise entre guillemets lorsqu'elle sera utilisée dans le sens que lui donne cet auteur, sans systématiquement rappeler la référence de l'article.

²⁰¹⁸ Art. 459 al. 1 et 2 CC.

²⁰¹⁹ Art. 479 CC.

personne de confiance pouvait consentir au traitement, la nouvelle notice a rectifié cette erreur et prévoit désormais la simple consultation conformément à l'article L1111-6 CSP²⁰²⁰.

Quant au droit de la santé, il prévoit, au cas par cas, l'étendue des pouvoirs des personnes susceptibles d'agir dans l'intérêt du patient. L'analyse des textes du Code de la santé publique prouve que le droit de la santé se montre en général réticent à l'égard de la représentation du patient. Le plus souvent, la famille, les proches ou la personne de confiance sont informés²⁰²¹ et consultés²⁰²². Un rôle de représentation est conféré à la personne de confiance ou à la famille uniquement dans le domaine de la recherche biomédicale en situation d'urgence²⁰²³, ce qui contribue à opacifier le rôle de la personne de confiance ; c'est ce que D. BERTHIAU entend lorsqu'il mentionne « *la personne de confiance pour trop de raisons* »²⁰²⁴. Les pouvoirs de la personne de confiance sont donc variables et globalement inconsistants²⁰²⁵. À l'inverse du droit suisse, le droit français promeut la « *décision médicale* »²⁰²⁶, dont la personne de confiance, la famille ou les proches ne constituent qu'un maillon²⁰²⁷. On ne peut qu'approuver D. ROMAN lorsqu'elle constate que « *la législation française (...) apparaît singulièrement en retrait au regard des expériences étrangères* »²⁰²⁸.

297. Conclusion de la section 1 : l'évolution des droits et devoirs familiaux justifiée par la protection de la personne – Le droit de la santé présente une dimension individuelle, laquelle poursuit un objectif de protection de la santé d'un patient déterminé. Cet objectif de protection de la santé constitue également la finalité de droits-fonction, notamment de l'autorité parentale et de la tutelle²⁰²⁹/curatelle²⁰³⁰, consacrés par le droit civil. L'existence d'un objectif partagé par le droit de la santé et le droit de la famille entraîne nécessairement des interférences entre ces deux champs du droit. Le droit de la santé influence doublement l'exercice des droits-fonction dans chacun des deux pays.

Par son caractère pragmatique, il favorise, d'abord, la multiplication et donc la concurrence des titulaires des prérogatives de protection. Il contribue ainsi à l'apparition de nouvelles notions. Le droit comparé montre les limites de l'harmonie entre le droit de la santé et le droit civil français. En effet, le droit de la santé exerce un rôle subversif sur les concepts de droit civil, sans pour autant les remplacer par des concepts opérationnels. Les notions auxquelles recourt le Code de la santé publique sont nombreuses et leurs définitions sont poreuses si on les compare à celles du droit suisse. La notion de « proches » en constitue une bonne illustration. Alors qu'en droit suisse, elle tend à se substituer à celle de famille, en droit français elle n'englobe pas toujours la famille. La notion de « proches » n'est donc pas unifiée. Or,

²⁰²⁰ GUIGUE S., « Présentation du nouveau modèle de mandat de protection future sous seing privé et de sa notice d'information », *Revue droit & santé*, 2010, n° 35, p. 273.

²⁰²¹ Art. L 1110-4 CSP ; Art. L 1110-5 CSP.

²⁰²² Art. L 1111-4 CSP ; Art. L 1111-13 CSP ; Art. L 1131-1 CSP ; Art. L 1111-6 (relatif à la personne de confiance uniquement).

²⁰²³ Art. L 1122-1-2 CSP.

²⁰²⁴ BERTHIAU D., « L'introduction de la personne de confiance dans la loi : quand, pourquoi, comment ? », in CENTRE D'ÉTHIQUE CLINIQUE, *La personne de confiance, quelle pratique, quelles perspectives ?*, Journée de travail, 25 octobre 2007, Paris, Centre d'éthique clinique, Regards croisés, Hôpital Cochin, 2008, p. 15.

²⁰²⁵ Sur les limites du recours à la personne de confiance voir : PALPACUER J., « La personne de confiance : vers un consentement substitué ? », *RLDC*, 2011, n° 83, pp. 89-90.

²⁰²⁶ LOKIEC P., « La décision médicale », *RTD civ.*, 2004, n° 4, p. 641.

²⁰²⁷ LOKIEC P., « La personne de confiance, RDSS, 2006, n° 5, p. 873.

²⁰²⁸ ROMAN D., « Le respect de la volonté du malade : une obligation limitée ? », *RDSS*, 2005, n° 3, p. 434.

²⁰²⁹ Pour le droit français.

²⁰³⁰ Pour le droit suisse : curatelle de portée générale et curatelle de représentation conférant au curateur des pouvoirs dans le domaine médical.

ladite notion présente, tout comme les autres notions floues, l'intérêt de s'adapter à la complexité de chaque situation susceptible de se présenter aux médecins. Elle mérite de devenir opérationnelle.

Le caractère pragmatique du droit de la santé contribue, ensuite, à faire évoluer l'exercice des droits-fonction. Dans chacun des deux pays, il interroge la finalité même de ces droits, en rendant parfois difficile l'appréciation de l'intérêt de la personne. Il favorise, en outre, l'évolution des modalités d'exercice des droits-fonction. Les mineurs bénéficiant systématiquement d'une protection juridique grâce aux règles relatives à l'autorité parentale, le droit de la santé a pu se contenter de reprendre ces règles, lorsqu'il s'agit d'assurer la protection du mineur, dans chacun des deux pays. En revanche, les majeurs ne bénéficiant pas toujours d'une protection juridique adéquate, le droit de la santé a dû combler ces lacunes dans la protection en envisageant les modalités de prise de la décision médicale. Les deux droits de la santé ont réagi de manière différente. Le droit suisse se montre plus favorable à la représentation que le droit français, lequel s'est structuré autour de la « *décision médicale* ». Cette différence confirme la première impression, déjà évoquée, selon laquelle le droit suisse accorde une place plus importante à l'autonomie personnelle.

SECTION 2 : L'ÉVOLUTION DES DROITS ET DEVOIRS, JUSTIFIÉE PAR LA PROTECTION DE LA SANTÉ D'AUTRUI DANS CHACUN DES DEUX PAYS

298. Il a été montré ailleurs que le droit à la santé constitue, en France, à la fois un droit fondamental constitutionnellement protégé et un droit subjectif²⁰³¹. Il comprend « *un droit à la protection de la santé, un droit à la sécurité sociale et un droit à être en meilleure santé* »²⁰³². La notion de droit à la santé reste toutefois controversée en doctrine, certains auteurs ne manquant pas de souligner que le droit à la santé ne saurait s'entendre que comme un droit à la protection de la santé²⁰³³.

En droit suisse, le droit à la santé apparaît comme « *un droit en émergence* »²⁰³⁴. La Constitution fédérale prévoit que la Confédération et les cantons s'engagent à ce que « *toute personne bénéficie des soins nécessaires à sa santé* »²⁰³⁵ et à ce que « *toute personne soit assurée contre les conséquences économiques de (...) la maladie* »²⁰³⁶. Il ne s'agit toutefois là que de buts sociaux et non de droits constitutionnellement garantis, ce qui signifie « *qu'aucun droit subjectif à des prestations de l'État* » ne peut en être déduit²⁰³⁷. Ces dispositions « *s'adressent en premier lieu aux autorités législatives, qui doivent s'efforcer de les réaliser* »²⁰³⁸. Quelques dispositions constitutionnelles éparses permettent néanmoins de garantir certains aspects du droit à la santé²⁰³⁹. D'un point de vue défensif, c'est-à-dire en tant que protection contre les atteintes à la santé, la liberté personnelle pourrait être mobilisée²⁰⁴⁰. D'un point de vue positif, c'est-à-dire en ce qu'il implique un droit à recevoir des soins, la doctrine considère que le droit à la vie et le droit d'obtenir de l'aide dans des situations de détresse peuvent permettre de fonder un droit d'accès à des soins vitaux²⁰⁴¹. Par ailleurs, le droit aux soins est garanti de façon variable au niveau cantonal, tant en ce qui concerne les sources que

²⁰³¹ SAUVAT C., *Réflexions sur le droit à la santé*, Aix-Marseille, Collection du centre Pierre Kayser, PUAM, 2004, p. 219.

²⁰³² *Ibid.*

²⁰³³ Comme le souligne J.-R. BINET : « *Affirmer l'existence d'un droit à la santé reviendrait à admettre la possibilité pour le créancier de ce droit, de pouvoir obtenir, dans le cadre d'une action en justice, que sa santé lui soit rendue lorsqu'elle se trouve altérée. Pour qu'une telle action existe, encore faudrait-il que le débiteur soit en mesure de redonner la santé perdue. Or, si puissante soit elle, la médecine ne peut pas tout guérir et le système de santé publique le plus parfait ne pourrait accéder à une telle revendication, toute légitime qu'elle soit par ailleurs. Par conséquent, ce n'est pas la santé qui est érigée en droit, mais bien la protection de la santé* » : BINET J.-R., *Droit médical*, Paris, Cours, Montchrestien, Lextenso, 2010, p. 71.

²⁰³⁴ GUILLOD O., SPRUMONT D., « Le droit à la santé : un droit en émergence », in *De la Constitution : études en l'honneur de Jean-François AUBERT*, Bâle, Helbing & Lichtenhahn, 1996, p. 338 : « *La reconnaissance de droits sociaux dans notre ordre juridique fait encore l'objet de réticences* ».

²⁰³⁵ Art. 41 al. 1 let. b Cst. féd.

²⁰³⁶ Art. 41 al. 2 Cst féd.

²⁰³⁷ Art. 41 al. 4 Cst féd.

²⁰³⁸ AUER A., MALINVERNI G., HOTTELIER M., *Droit constitutionnel suisse, Les droits fondamentaux*, Vol II, Berne, Stämpfli, 2013, p. 683.

²⁰³⁹ S'agissant du droit aux soins, G. STEFFEN retient une construction en « *un bloc* » (les soins essentiels tirés du droit à des conditions minimales d'existence, droit justiciable) et « *deux piliers* » (le but social de mise à disposition des soins nécessaires et le droit fondamental justiciable à l'égalité de traitement) : STEFFEN G., *Droit aux soins et rationnement*, Berne, IDS, n° 6, Stämpfli, 2002, p. 95.

²⁰⁴⁰ KRAUS D., SCHMIDT A., « Le « droit à la santé » : quelques considérations de droit constitutionnel suisse à la lumière du droit international », *RSDS*, 2006, n° 2, p. 91.

²⁰⁴¹ *Ibid.*

l'étendue de la protection²⁰⁴². Quoi qu'il en soit de l'existence d'un droit à la santé, force est de constater que le droit de la santé peut être défini, d'un point de vue téléologique, comme l'ensemble des normes « *adoptées en vue de protéger et de promouvoir la santé humaine* »²⁰⁴³. L'objectif de protection de la santé constitue donc un des axes du droit de la santé. Il a été démontré que la protection de la santé du patient, personne protégée, était essentielle. Toutefois, le droit de la santé garantit également la protection de la santé de tous les individus, notamment d'un membre d'une famille d'une personne protégée (I), mais aussi plus largement la protection de la santé publique (II). Ces garanties favorisent l'évolution des droits et devoirs familiaux.

I. LA PROTECTION DE LA SANTÉ D'UN AUTRE MEMBRE DE LA FAMILLE, VECTRICE D'ÉVOLUTION DES DROITS ET DEVOIRS DANS CHACUN DES DEUX PAYS

299. Intérêt du droit de la santé pour la famille – Les progrès de la science contribuent à renforcer l'intérêt du droit de la santé pour la famille. La dimension familiale des examens génétiques, l'utilité de la compatibilité tissulaire pour les dons d'éléments et produits du corps humain, ou, encore, la transmission de certaines maladies par voie sexuelle, tendent à brouiller les repères de la relation médecin-patient, traditionnellement bilatérale. Ces situations réinterrogent la définition même du patient et incitent à se demander « *qui est le patient* »²⁰⁴⁴. Elles permettent, en outre, l'émergence d'une « *pluralité de patients* »²⁰⁴⁵, dont les intérêts ne sont pas nécessairement concordants. Dans chacun des deux pays, le droit de la santé encadre de nombreux actes médicaux mettant en cause la protection de la santé d'un membre de la famille. Ce faisant, il tend à faire évoluer non seulement les droits-fonction (A), mais aussi les devoirs familiaux (B).

A. L'évolution des droits-fonction dans chacun des deux pays

300. En promouvant la protection d'un membre de la famille, le droit de la santé fait évoluer les droits-fonction. Il consacre un élargissement des pouvoirs des protecteurs du patient dans l'intérêt d'un membre de la famille (1) et accroît les pouvoirs d'un membre de la famille sur la vie en devenir (2).

²⁰⁴² La source est tantôt constitutionnelle, tantôt légale. Quelques Constitutions cantonales garantissent un « *droit subjectif* » aux soins alors que d'autres en font un simple mandat législatif. Du point de vue légal, la protection varie d'un « *droit aux soins* » à une « *obligation d'admission en cas d'urgence* », en passant par la création de « *conditions-cadre propres à la fourniture des soins* » : CLÉMENT T., HÄNNI C., « La protection des droits des patients dans les législations cantonales », in SPRUMONT D. (Dir.), *La relation médecin patient : état des lieux*, Neuchâtel, Rapport IDS, n° 1, Chêne-Bourg, 2003, pp. 64-65.

²⁰⁴³ GUILLOD O., STAUFFER V., « Le droit de la santé : bilan et perspectives », in *Droit de la santé : fondements et perspectives, Actes de la 10^e journée de droit de la santé*, Neuchâtel, Rapport IDS n° 7, Georg, 2004, p. 43.

²⁰⁴⁴ RAMEIX S., « La procédure d'information familiale sur le risque génétique », *Responsabilité*, 2005, Vol. 5, n° 18, p. 29.

²⁰⁴⁵ HARDING T. W., « Pluralité de patients dans une prise en charge singulière : problèmes de secret professionnel et partage de l'information », *CMS*, 1995, Vol. 39, p. 417.

1. Des pouvoirs élargis dans l'intérêt d'un membre de la famille

301. Consentement des protecteurs à des actes réalisés dans l'intérêt d'un membre de la famille – Le droit comparé permet de montrer que le droit de la santé exerce une influence certaine sur les droits-fonction dont la finalité consiste à assurer la protection de la santé d'une personne vulnérable. Traditionnellement, dans chacun des deux droits, l'autorité parentale et les droits du représentant légal étaient limités par la protection de la santé de la personne protégée. En droit suisse, le Tribunal fédéral avait retenu que le représentant devait « *se déterminer exclusivement en fonction des intérêts du patient, ce qui est une notion essentiellement objective* » et qu'il « *ne saurait de toute façon consentir à livrer son protégé à une expérimentation scientifique ou de nature à porter une grave atteinte à son intégrité physique* »²⁰⁴⁶. De même, en droit français, la doctrine considérait que, par principe, le représentant légal ne pouvait pas consentir au prélèvement sur le mineur ou le majeur qu'il avait la charge de protéger²⁰⁴⁷. Or, l'apparition de règles spécifiques de droit de la santé a permis aux parents, ou au tuteur (en France) et au curateur (en Suisse) de consentir à un acte médical sur le corps de la personne protégée dans l'intérêt d'un autre membre de la famille. On assiste ainsi, dans chacun des pays, à l'apparition d'actes sur le corps des personnes protégées qui ne sont pas justifiés par la poursuite de leurs intérêts, mais de l'intérêt d'un autre membre de la famille. En l'occurrence, il ne s'agit pas ici de réfléchir aux modalités d'encadrement de ces actes, mais simplement de constater l'existence d'un élargissement des pouvoirs des protecteurs. Trois principaux exemples peuvent en être donnés.

302. Exemple du don d'éléments et produits du corps humain – Le premier de ces exemples est le don d'éléments et produits du corps humain.

En droit suisse, la doctrine tirait généralement de la jurisprudence traditionnelle du Tribunal fédéral une interdiction absolue du prélèvement d'organes sur les mineurs et les majeurs incapables de discernement ainsi qu'une exclusion de leur représentation²⁰⁴⁸. Dans le même sens, le Conseil d'État vaudois s'était montré hostile à la mobilisation de la représentation. Il soulignait, lors de la procédure de consultation, que « *les cas où l'on admet, en droit civil général, l'acte du représentant légal en l'absence de discernement du représenté (...), soit les cas de droits strictement personnels « relatifs » (...), ne comprennent en aucun cas un acte tel que le don d'organes* »²⁰⁴⁹. Malgré tout, certains auteurs proposaient de retenir une exception dans l'intérêt thérapeutique d'un frère ou d'une sœur. M. BORGHI suggérait par exemple de s'inspirer du droit américain et de faire application des théories de la « *volonté substituée* » et « *du meilleur intérêt* »²⁰⁵⁰.

²⁰⁴⁶ ATF 114 Ia 350, 363.

²⁰⁴⁷ DOLL P.-J., « L'aspect moral, religieux et juridique des transplantations d'organes », *Gaz. Pal.*, 28 septembre 1974, 2, Doctr., p. 822.

²⁰⁴⁸ BORGHI M., « Pour une réglementation constitutionnelle fédérale des transplantations d'organes en Suisse », in BORGHI M., SPRUMONT D. (Dir.), *La transplantation d'organes : repères pour une législation fédérale*, Fribourg, Publications de l'institut du fédéralisme, 1995, p. 14 ; BORGHI M., « Transplantation d'organes et de tissus. Aspects juridiques », in BONDOLFI A., MALACRIDA R., ROHNER A., *Éthique et transplantation*, Comano, Corbaro, Edizioni Alice, 1993, p. 173.

²⁰⁴⁹ Cité par : CHENAUX J.-P., *Transplantation d'organes : sauver des vies. Histoire, coûts, résultats, éthique, législations, menaces centralisatrices*, Lausanne, Études et enquêtes, Centre patronal, 2000, p. 96.

²⁰⁵⁰ Dans la théorie « *de la volonté substituée* », « *le critère déterminant consiste à évaluer si la personne en question aurait elle-même approuvé l'acte si elle en avait été capable* ». La théorie « *du meilleur intérêt* » consiste à rechercher si la personne peut tirer un bénéfice de l'acte et, le cas

La loi fédérale sur la transplantation d'organes, de tissus et de cellules a donné suite, en partie seulement, à ces propositions. Elle pose que le prélèvement d'organes, de tissus ou de cellules est en principe interdit sur le corps de personnes incapables de discernement²⁰⁵¹. Toutefois, à titre exceptionnel, le représentant légal peut consentir au prélèvement de tissus ou de cellules qui se régénèrent au profit du père, de la mère, de l'enfant, du frère ou de la sœur du donneur²⁰⁵². Cette réglementation appelle deux remarques. D'une part, le Conseil fédéral insiste sur le fait qu'« *en prenant sa décision, il (le représentant légal) doit essentiellement veiller à préserver les intérêts et le bien-être du donneur* »²⁰⁵³. Il retient ainsi une vision élargie de l'intérêt de l'enfant qui ne correspond pas à son intérêt thérapeutique. La règle déroge donc au principe selon lequel l'autorité parentale et le droit de la protection de l'adulte visent à protéger la personne vulnérable, notamment dans sa santé. D'autre part, on peut s'étonner que le consentement du représentant légal soit exigé alors même que celui-ci peut potentiellement être le receveur des tissus ou cellules prélevés. On peut en effet difficilement imaginer que les parents, représentants légaux de leur enfant mineur, consentent à un don en la faveur de l'un d'eux, puisqu'il existe un important conflit d'intérêts. Ce dernier devrait donc faire tomber *ex lege* le pouvoir de représentation.

En droit français, la loi CAILLAVET avait autorisé les dons d'organes sur mineur. Une partie de la doctrine s'était montrée critique à cet égard et plus généralement à l'égard de l'ensemble de la loi. Ainsi, C. JACQUINOT s'interrogeait : « *de quel droit un tiers même s'il s'agit d'un parent, peut-il consentir au nom d'une autre personne à ce que celle-ci soit à jamais mutilée ?* ». Il considérait que le mineur devait consentir à une telle intervention²⁰⁵⁴. Les mêmes interrogations étaient exprimées par J.-B. GRENOUILLEAU qui relevait que « *ces dispositions exceptionnelles soulèvent de graves problèmes. On peut (...) se demander comment l'autorité, qui appartient aux père et mère pour protéger l'enfant dans sa sécurité, sa santé et sa moralité (...), peut être utilisée dans un autre but : surtout dans un but contraire à la sécurité et à la santé de l'enfant, pour lesquelles précisément cette autorité leur a été conférée* »²⁰⁵⁵.

La loi de 1994 a par la suite réglementé le don d'organes et le don de tissus séparément. En ce qui concerne le don d'organes *post mortem*, une distinction difficilement justifiable existait. Alors que le prélèvement sur un mineur en vue du don ne pouvait être exercé qu'à condition que les titulaires de l'autorité parentale y consentent, le consentement d'un seul des titulaires était suffisant pour le prélèvement à des fins de recherche scientifique²⁰⁵⁶. Pour le don *in vivo*, seule la moelle osseuse, qui était à l'époque considérée comme un organe, était concernée. Le prélèvement pouvait être réalisé au profit d'un frère ou d'une sœur et le consentement de chacun des titulaires de l'autorité parentale était exigé²⁰⁵⁷. En ce

échéant, si cela correspond à son meilleur intérêt : BORGHI M., « Transplantation d'organes et de tissus. Aspects juridiques », in BONDOLFI A., MALACRIDA R., ROHNER A., *Éthique et transplantation*, Comano, Corbaro, Edizioni Alice, 1993, p. 172.

²⁰⁵¹ Art. 13 al. 1 LTrans.

²⁰⁵² Art. 13 al. 2 LTrans.

²⁰⁵³ Message concernant la loi fédérale sur la transplantation d'organes, de tissus et de cellules (loi sur la transplantation), 12 septembre 2001, FF 2002 143.

²⁰⁵⁴ JACQUINOT C., « Sur le prélèvement d'organes », *Gaz. Pal.*, 10 février 1979, 1, Doctr., p. 249.

²⁰⁵⁵ GRENOUILLEAU J.-B., « Commentaire de la loi n° 76-1181 du 22 décembre 1976 relative aux prélèvements d'organes », *D.*, 1977, 30^e cahier, Chron. XXIX, p. 216.

²⁰⁵⁶ BINET J.-R., *Droit et progrès scientifique. Science du droit, valeurs et biomédecine*, Paris, Partage du savoir, PUF, 2002, p. 32.

²⁰⁵⁷ Art. L 671-5 ancien CSP.

qui concerne le prélèvement de tissus et de cellules, il était en principe interdit « *sur une personne vivante mineure ou sur une personne vivante faisant l'objet d'une mesure de protection légale* »²⁰⁵⁸.

La loi du 6 août 2004 avait assoupli les conditions du don de cellules. Les mineurs et les majeurs faisant l'objet d'une mesure de protection légale en étaient en principe exclus²⁰⁵⁹. Toutefois, par exception, le prélèvement de cellules souches issues de la moelle osseuse pouvait être réalisé au profit d'un frère ou d'une sœur²⁰⁶⁰. À titre exceptionnel, il pouvait être envisagé en faveur d'un cousin ou d'une cousine germaine, d'un oncle ou d'une tante ou encore d'un neveu ou d'une nièce²⁰⁶¹. En toute hypothèse, chacun des titulaires de l'autorité parentale devait exprimer son consentement. Les titulaires de l'autorité parentale pouvaient donc consentir à un acte non réalisé dans l'intérêt de l'enfant et pour lequel ils étaient susceptibles de se trouver en situation de conflit d'intérêts. Bien qu'un prélèvement au profit des frères et sœurs fût également possible sur un majeur faisant l'objet d'une mesure de protection légale, le consentement du tuteur n'était pas exigé, seul son avis devant être recueilli²⁰⁶². Le même régime s'appliquait à la curatelle dans le cas où le majeur n'était pas jugé compétent pour consentir²⁰⁶³. En revanche, si le majeur sous curatelle ou sous sauvegarde de justice était considéré par le juge comme compétent à consentir, aucune intervention du curateur n'était requise²⁰⁶⁴. La même règle prévalait pour les prélèvements au profit d'un cousin ou d'une cousine, d'un oncle ou d'une tante ou d'un neveu ou d'une nièce qui ne pouvaient concerner qu'un majeur sous curatelle ou sous sauvegarde de justice ayant la faculté d'exprimer son consentement²⁰⁶⁵. On observe donc que contrairement aux titulaires de l'autorité parentale, le protecteur du majeur ne consent à aucun moment et n'est donc pas susceptible de se retrouver au centre d'un conflit d'intérêts.

La loi du 7 juillet 2011 a encore élargi les possibilités de prélèvement en incluant, aux côtés du prélèvement de cellules souches hématopoïétiques issues de la moelle osseuse, le prélèvement de cellules souches dans le sang périphérique²⁰⁶⁶.

303. Exemple des analyses génétiques – Un second exemple de l'élargissement des pouvoirs des protecteurs peut être tiré des règles applicables aux analyses génétiques. La question de la réalisation des tests génétiques sur un mineur ou un majeur protégé est particulièrement problématique. A. NIVELON-CHEVALLIER, dans son étude sur les tests réalisés à la demande des parents sur un enfant asymptomatique, souligne que ce type de tests peut donner lieu à des conflits d'intérêts. En effet, « *les parents sont responsables du bien-être de leur enfant. Le fait de savoir ou de ne pas savoir est susceptible de mettre en cause l'intérêt de l'enfant, parfois divergent de celui de ses parents* »²⁰⁶⁷. Elle propose donc que « *la décision de réaliser un test génétique chez un mineur fasse l'objet d'une discussion entre le médecin et les parents* », après avoir précisé que « *l'intérêt*

²⁰⁵⁸ Art. L 672-5 ancien CSP.

²⁰⁵⁹ Art. L 1241-2 ancien CSP.

²⁰⁶⁰ Art. L 1241-3 al. 1 ancien CSP.

²⁰⁶¹ Art. L 1241-3 al. 2 ancien CSP.

²⁰⁶² Art. L 1241-4 al. 2 ancien CSP. L'autorisation était donnée par le juge des tutelles.

²⁰⁶³ Art. L 1241-4 al. 3 ancien CSP.

²⁰⁶⁴ *Ibid.*

²⁰⁶⁵ Art. L 1241-4 al. 4 ancien CSP.

²⁰⁶⁶ Art. 17 de la loi n° 2011-814 du 7 juillet 2011 relative à la bioéthique, *JORF*, 8 juillet 2011, p. 11826.

²⁰⁶⁷ NIVELON-CHEVALLIER A., « Le test génétique chez le sujet mineur », in AP-HP, *Espace éthique. La lettre, Les tests génétiques : grandeur et servitude*, Automne-hiver 2000, HS n° 2, p. 32.

de l'enfant mineur doit primer sur celui des parents »²⁰⁶⁸. Il convient dès lors de rechercher si la réglementation de chacun des pays prend en compte le risque de conflit d'intérêts entre le patient et les membres de sa famille.

En droit français, la possibilité de réaliser des examens génétiques à des fins médicales sur une personne protégée n'est mentionnée que dans la partie réglementaire du Code de la santé publique. Deux articles s'y réfèrent plus particulièrement. D'une part, l'article R 1131-4 prévoit que « *lorsque la personne intéressée est un mineur ou un majeur sous tutelle, le consentement est donné (...) par les titulaires de l'autorité parentale ou le représentant légal. En outre, le consentement du mineur ou du majeur sous tutelle est systématiquement recherché s'il est apte à exprimer sa volonté et à participer à la décision* ». D'autre part, l'article R 1131-5 CSP dispose que « *les examens ne peuvent être prescrits chez un mineur ou chez un majeur sous tutelle que si celui-ci ou sa famille peuvent personnellement bénéficier de mesures préventives ou curatives immédiates* ». L'arrêté reprend la règle de l'article R 1131-4 en faisant référence au consentement des titulaires de l'autorité parentale ou du tuteur²⁰⁶⁹. Alors que l'intérêt de la famille est pris en compte, ce qui pourrait donner lieu à des conflits d'intérêts, le droit de la santé ne prévoit pas d'impossibilité pour les titulaires de l'autorité parentale ou pour le tuteur de consentir.

Le droit suisse envisage expressément l'intérêt des membres de la famille d'une personne protégée dans l'article 10 LAGH. Cet article pose le principe selon lequel seule la protection de la santé de la personne incapable de discernement peut justifier une analyse génétique. L'intérêt des tiers n'entre donc pas en considération²⁰⁷⁰. Néanmoins, à titre exceptionnel, une analyse est possible pour « *détecter une grave maladie héréditaire ou le porteur d'un gène responsable d'une telle maladie au sein de la famille* ». Bien que la loi entoure cet acte de diverses garanties, elle ne semble pas exclure le pouvoir de représentation des détenteurs de l'autorité parentale, du représentant thérapeutique ou dans le domaine médical ou enfin, du curateur en présence d'une curatelle de représentation ou d'une curatelle de portée générale. En effet, l'article 5 al. 2 LAGH dispose que « *lorsque la personne concernée est incapable de discernement, le consentement est donné par son représentant légal* ». Cette formulation ne prend pas en considération un potentiel conflit d'intérêts et il semblerait souhaitable « *d'exiger le consentement d'un représentant légal neutre ou de faire appel à l'autorité tutélaire* »²⁰⁷¹, aujourd'hui devenue l'autorité de protection de l'adulte et de l'enfant.

304. Exemple du DPI-HLA²⁰⁷² – Un troisième et dernier exemple de l'élargissement du pouvoir des protecteurs réside dans l'autorisation du DPI-HLA. Plus connue sous le terme de « bébé-médicament », « bébé-sauveur » ou « designed-baby », cette pratique consiste à sélectionner un embryon « *suite à un DPI*

²⁰⁶⁸ *Ibid.*, p. 33.

²⁰⁶⁹ Arrêté du 27 mai 2013 définissant les règles de bonnes pratiques applicables à l'examen des caractéristiques génétiques d'une personne à des fins médicales, JORF, 7 juin 2013, p. 9469, Annexe, Règles de bonnes pratiques applicables, § 3. 2.

²⁰⁷⁰ MANAI D., *Droits du patient et biomédecine*, Berne, Stämpfli, Berne, 2013, p. 414.

²⁰⁷¹ ROHMER S., *Spécificité des données génétiques et protection de la sphère privée. Les exemples des profils d'ADN dans la procédure pénale et du diagnostic génétique*, Zurich, Schulthess, 2006, p. 231.

²⁰⁷² Diagnostic préimplantatoire-Human Lymphocyte Antigen. Le typage HLA consiste dans la « *détermination du type de certaines structures à la surface de la plupart des cellules. Ces structures de surface jouent un rôle essentiel dans les réactions immunitaires. Un typage HLA est réalisé chez le donneur et le receveur avant chaque transplantation, afin que le greffon puisse être transplanté sur un receveur immuno-compatible* » : Explications relatives à la modification de la loi fédérale sur la procréation médicalement assistée (diagnostic préimplantatoire), 18 février 2009, p. 70.

dans le cadre d'une FIV en sa qualité de donneur compatible dans le but de soigner son frère ou sa sœur malade »²⁰⁷³. Elle peut chercher à sélectionner un embryon à la fois non atteint d'une maladie héréditaire et immunocompatible. Il y a alors « bébé double-espoir »²⁰⁷⁴. Il se peut également que la sélection ait pour objectif de guérir un frère ou une sœur atteint d'une maladie non héréditaire, auquel cas le DPI n'est pas réalisé dans l'intérêt de l'enfant à naître²⁰⁷⁵. La première naissance consécutive à un typage HLA a été signalée aux États-Unis en 2001²⁰⁷⁶. La première naissance française remonte à 2011²⁰⁷⁷ et le premier enfant suisse est né à Genève en 2005²⁰⁷⁸. L'acte médical avait toutefois été pratiqué en Belgique puisque la pratique est actuellement interdite par la Constitution fédérale²⁰⁷⁹.

Les projets de modification de la LPMA²⁰⁸⁰ et de l'art. 119 Cst. féd²⁰⁸¹ n'envisagent pas de revenir sur cette interdiction²⁰⁸². Le Conseil fédéral a notamment considéré qu'« *en intégrant un tiers à la constellation – le frère ou la sœur malade auquel le tissu est destiné – la portée éthique n'est plus du tout la même et devient très complexe, sans compter que les embryons sains et vitaux sont rejetés* »²⁰⁸³. Il a ensuite fait valoir le principe de précaution en soulignant que « *les conséquences psychologiques pour les enfants ou les familles n'ont pas été étudiées d'assez près* »²⁰⁸⁴. À l'issue des discussions devant les chambres, la pratique demeure interdite en raison notamment du « *couperet du vote populaire* »²⁰⁸⁵.

Le législateur français s'est montré moins réticent. La pratique du « bébé double espoir » a été autorisée, à titre expérimental, par la loi relative à la bioéthique de 2004²⁰⁸⁶. Elle a été pérennisée par la loi

²⁰⁷³ Explications relatives à la modification de la loi fédérale sur la procréation médicalement assistée (diagnostic préimplantatoire), 18 février 2009, p. 67.

²⁰⁷⁴ Le CCNE insiste sur ce double objectif : « *Il doit y avoir avant tout un projet parental effectif. La justification première du DPI est la naissance d'un enfant indemne d'une affection génétique grave qui le menace. La recherche d'une compatibilité immunologique avec un(e) aîné(e) malade doit toujours venir en seconde position pour que le don du sang de cordon ne signifie pas un assujettissement à vie* » : CCNE, Avis n° 72, « Réflexions sur l'extension du diagnostic préimplantatoire », 4 juillet 2002, p. 9.

²⁰⁷⁵ Explications relatives à la modification de l'art. 119 Cst. et de la loi fédérale sur la procréation médicalement assistée (diagnostic préimplantatoire), 14 février 2011, p. 20.

²⁰⁷⁶ VERLINSKY Y., RECHITSKY S., SCHOOLCRAFT W., STROM C., KULIEV A., « Preimplantation diagnosis for Fanconi anemia combined with HLA matching », *JAMA*, 2001, Vol. 285, n° 24, pp. 3130-3133.

²⁰⁷⁷ LAMAZOU F. *et al.*, « Diagnostic préimplantatoire avec typage HLA : naissance du premier enfant double espoir en France », *Journal de gynécologie, obstétrique et biologie de la reproduction*, 2011, Vol. 40, n° 7, pp. 682-686.

²⁰⁷⁸ CALLU M.-F., « Le « bébé médicament » : histoire et périmètre juridique de l'article L. 2131-4-1 du Code de la santé publique », *Éthique et santé*, 2007, Vol. 4, n° 2, p. 95.

²⁰⁷⁹ Art. 119 Cst. féd.

²⁰⁸⁰ Projet de modification de la loi sur la procréation médicalement assistée, FF 2013 5365.

²⁰⁸¹ Projet d'arrêté fédéral concernant la modification de l'article constitutionnel relatif à la procréation médicalement assistée et au génie génétique dans le domaine humain, FF 2013 5363.

²⁰⁸² Message concernant la modification de l'article constitutionnel relatif à la procréation médicalement assistée et au génie génétique dans le domaine humain (art. 119 Cst.) et de la loi fédérale sur la procréation médicalement assistée (diagnostic préimplantatoire), 7 juin 2013, FF 2013 5304. Sur cette question, voir : GUILLOD O., « Le diagnostic préimplantatoire : quelques questions juridiques et éthiques », in WINIGER B., BECCHI P., AVRAMOV P., BACHER M., *Éthique et droit en matière de bioéthique*, Baden-Baden, Franz Steiner, 2013, p. 25.

²⁰⁸³ *Ibid.*

²⁰⁸⁴ La loi de 2004 a réservé le DPI-HLA aux affections génétiques. Les affections non héréditaires sont exclues : GUIGUI J., « Révision des lois de bioéthique : le DPI-HLA en questions », *Droit administratif*, 2010, n° 1, Étude 1, § 13.

²⁰⁸⁵ « Diagnostic préimplantatoire. Modification de la Constitution et de la loi sur la procréation médicalement assistée », Disponible sur : http://www.parlament.ch/f/suche/pages/legislaturreueckblick.aspx?rb_id=20130051, Consulté le 10 décembre 2014.

²⁰⁸⁶ BINET J.-R., « La loi relative à la bioéthique – Commentaire de la loi du 6 août 2004 : 3^e partie », *Dr. fam.*, 2004, n° 12, Étude 28. Sur le détail des travaux parlementaires voir : ARDUIN P.-O., « Le législateur reviendra-t-il sur sa décision lors du réexamen de la loi de bioéthique de 2010 ? « Bébé médicament » ou « bébé instrument » ? », *Éthique et santé*, 2010, n° 7, pp. 123-127 ; CHAVRIER G., « Bioéthique de gauche, bioéthique de droite ? Les « deux » projets de loi bioéthique », *JCP A*, 2004, n° 9, Étude 1313, § 12.

du 7 juillet 2011²⁰⁸⁷ qui, de manière critiquable²⁰⁸⁸, est revenue sur cette dimension expérimentale. Bien que l'idée d'un « double espoir » soit mise en avant, le DPI-HLA plaide en faveur d'un déclin de l'obligation des parents de protéger la santé de leur enfant. Au-delà de la question de l'instrumentalisation de l'enfant à naître²⁰⁸⁹, ce déclin se traduit d'un double point de vue.

En premier lieu, la pratique peut être porteuse de risques pour la santé physique de l'enfant à naître. Il est vrai que le prélèvement réalisé à la naissance sera celui du sang de cordon, si bien que l'intégrité physique de l'enfant n'est *a priori* pas en cause²⁰⁹⁰. Un prélèvement de moelle osseuse pourrait toutefois être envisagé ultérieurement, avec des risques de pression pour que l'enfant devienne donneur, mais aussi de tensions en présence d'un éventuel refus de sa part²⁰⁹¹. Une scientifique souligne toutefois que cela sera très rare en pratique²⁰⁹². Les risques sont enfin liés à l'importance du facteur temps qui pourrait potentiellement conduire à provoquer l'accouchement²⁰⁹³.

En second lieu, le DPI-HLA est susceptible d'avoir un impact psychologique sur l'enfant à naître, notamment en cas d'échec de la greffe ou du fait de la dette morale²⁰⁹⁴. L'interdiction du DPI-HLA n'est toutefois pas de nature à empêcher totalement ces risques puisque les parents pourront toujours tenter de concevoir naturellement un enfant compatible, les taux de réussite étant de un quart²⁰⁹⁵. Il existe donc bien une atténuation de la règle selon laquelle les parents doivent protéger l'enfant dans sa santé, et ce, d'autant plus que les parents se trouvent ici en situation délicate. En effet, l'intérêt de deux de leurs enfants tous deux juridiquement inaptes à se protéger sont susceptibles d'être en opposition²⁰⁹⁶. Leur pouvoir de consentir à l'acte s'avère donc problématique²⁰⁹⁷.

²⁰⁸⁷ Art. 22 de la loi n° 2011-814 du 7 juillet 2011 relative à la bioéthique, *JORF*, 8 juillet 2011, p. 11826.

²⁰⁸⁸ BINET J.-R., « La loi du 7 juillet 2011 : une révision mesurée du droit de la bioéthique », *Dr. fam.*, 2011, n° 10, Étude 21.

²⁰⁸⁹ Message concernant la modification de l'article constitutionnel relatif à la procréation médicalement assistée et au génie génétique dans le domaine humain (art. 119 Cst.) et de la loi fédérale sur la procréation médicalement assistée (diagnostic préimplantatoire), 7 juin 2013, FF 2013 5287. Sur la problématique, voir : ARDUIN P.-O., « *Le législateur reviendra-t-il sur sa décision lors du réexamen de la loi de bioéthique de 2010 ? « Bébé médicament » ou « bébé instrument » ?* », *Éthique et santé*, 2010, n° 7, pp. 123-127.

²⁰⁹⁰ LAMAZOU F. *et al.*, « Diagnostic préimplantatoire avec typage HLA : naissance du premier enfant double espoir en France », *Journal de gynécologie, obstétrique et biologie de la reproduction*, 2011, Vol. 40, n° 7, p. 685 ; GUIGUI J., « Révision des lois de bioéthique : le DPI-HLA en questions », *Droit administratif*, 2010, n° 1, Étude 1, § 12.

²⁰⁹¹ BERNHEIM DESVAUX S., « La relation de soins », *Médecine & droit*, 2011, n° 111, p. 223. Sur cette problématique, voir : PICOULT J., *Ma vie pour la tienne*, Paris, J'ai lu, 2004, 574 p.

²⁰⁹² Propos tenus par É. GLUCKMAN, rapportés par : GUIGUI J., « Révision des lois de bioéthique : le DPI-HLA en questions », *Droit administratif*, 2010, n° 1, Étude 1, § 12.

²⁰⁹³ STEFFANN J., FRYDMAN N. *et al.*, « Le diagnostic préimplantatoire couplé au typage HLA : l'expérience parisienne », *Gynécologie, obstétrique et fertilité*, 2005, Vol. 33, n° 10, p. 826 ; M J.-M., « L'autre DPI : une AMP pour que vive la fratrie », *Revue française des laboratoires*, 2002, n° 348, p. 12.

²⁰⁹⁴ ARDUIN P.-O., « *Le législateur reviendra-t-il sur sa décision lors du réexamen de la loi de bioéthique de 2010 ? « Bébé médicament » ou « bébé instrument » ?* », *Éthique et santé*, 2010, n° 7, pp. 123-127.

²⁰⁹⁵ GUIGUI J., « Révision des lois de bioéthique : le DPI-HLA en questions », *Droit administratif*, 2010, n° 1, Étude 1, § 15 : l'auteur relève d'ailleurs d'importants risques d'instrumentalisation dans de telles pratiques : « *De telles pratiques engendrant la multiplication de naissances d'enfants non désirés pour eux-mêmes et débouchant parfois sur des interruptions médicales de grossesse – consécutives au dépistage par diagnostic prénatal d'embryons eux-mêmes atteints de la même affection que l'ainé* ». Il a aussi été souligné qu'« *un enfant HLA compatible conçu naturellement aura la même pression et cela ne choque personne* » : LAMAZOU F. *et al.*, « Diagnostic préimplantatoire avec typage HLA : naissance du premier enfant double espoir en France », *Journal de gynécologie, obstétrique et biologie de la reproduction*, 2011, Vol. 40, n° 7, p. 685.

²⁰⁹⁶ CALLU M.-F., « Le « bébé médicament » : histoire et périmètre juridique de l'article L 2131-4-1 du Code de la santé publique », *Éthique et santé*, 2007, Vol. 4, n° 2, p. 97.

²⁰⁹⁷ C'est ainsi que peut se poser la demande de désignation d'un représentant *ad hoc* : PICOULT J., *Ma vie pour la tienne*, Paris, J'ai lu, 2004, p. 37.

305. Remise en cause par le droit de la santé des principes civilistes – Les trois exemples²⁰⁹⁸ qui ont été décrits montrent que le droit de la santé contribue à faire évoluer le contenu des droits-fonction d'un triple point de vue.

D'abord, les normes spécifiques ont permis, dans chacun des pays, de renforcer les pouvoirs des parents ou du représentant de consentir à un acte médical sur le corps de la personne protégée en dehors de son intérêt direct. Il existe donc un élargissement des actes autorisés. Cet élargissement se justifie par la solidarité familiale ainsi que par la mise en balance des intérêts en présence.

Ensuite, il convient de relever que le droit français fait référence aux titulaires de l'autorité parentale et non aux titulaires de l'exercice de l'autorité parentale. Si l'on peut *a priori* penser qu'une telle règle est justifiée par une volonté de renforcer la protection des personnes protégées, force est de constater qu'elle s'accorde mal avec les principes issus du droit civil. Certes, l'exercice de l'autorité parentale en commun est devenu la règle dans chacun des pays. Dans la plupart des hypothèses, il existe donc une concordance entre l'attribution et l'exercice de l'autorité parentale ; la règle posée par le Code de la santé publique ne posant alors pas de difficulté particulière. Cependant, dans certaines hypothèses résiduelles, un seul des parents exerce l'autorité parentale. L'exigence du consentement des deux titulaires de l'autorité parentale par le droit de la santé apparaît alors inadéquate. En effet, au vu des cas de privation d'exercice de l'autorité parentale²⁰⁹⁹, elle pourrait constituer davantage une source de blocage que de protection de la personne protégée.

Enfin, concernant les actes ayant pour finalité la protection de la santé d'un autre membre de la famille, voire du protecteur, il existe un conflit d'intérêts entre le représentant et le représenté. Les règles de droit de la santé exigent le consentement du représentant légal ce qui semble problématique dans ce type d'hypothèses. Il faut donc en déduire que celui-ci perd *ex lege* son pouvoir de représentation. À défaut, il en résulterait une certaine incohérence entre les règles applicables en droit de la santé et les règles, protectrices de la personne, résultant du droit de la famille.

2. Des pouvoirs élargis d'un membre de la famille sur la vie en devenir

306. Pouvoirs des futurs parents sur l'enfant en devenir – Comme le souligne D. MANAI, les évolutions de la médecine ont contribué à « *modifier l'image du fœtus et de son statut : d'abord sur le plan de l'observation par les techniques d'imagerie qui ont permis de le visualiser in utero, puis sur le plan procréatif où la biomédecine intervient directement dans sa conception, enfin sur le plan curatif où les traitements chez l'embryon ou le fœtus sont envisagés* »²¹⁰⁰. On aurait pu imaginer que l'accroissement des connaissances et de la maîtrise sur la vie du fœtus aboutisse à étendre l'autorité parentale à la vie embryonnaire et fœtale. Des droits et obligations, visant par exemple à protéger la santé et la vie de l'enfant à naître, auraient ainsi pu être mis à la charge des

²⁰⁹⁸ On aurait également pu mentionner le don du sang.

²⁰⁹⁹ Art. 372 al. 2 CC : « Toutefois, lorsque la filiation est établie à l'égard de l'un d'entre eux plus d'un an après la naissance d'un enfant dont la filiation est déjà établie à l'égard de l'autre, celui-ci reste seul investi de l'exercice de l'autorité parentale. Il en est de même lorsque la filiation est judiciairement déclarée à l'égard du second parent de l'enfant » ; Art. 373 CC : « Est privé de l'exercice de l'autorité parentale le père ou la mère qui est hors d'état de manifester sa volonté, en raison de son incapacité, de son absence ou de toute autre cause » ; Art. 373-2-1 CC : « Si l'intérêt de l'enfant le commande, le juge peut confier l'exercice de l'autorité parentale à l'un des deux parents ».

²¹⁰⁰ MANAI D., *Droits du patient et biomédecine*, Berne, Stämpfli, 2013, p. 354.

parents. Cela ne s'est pas produit²¹⁰¹, le fœtus et l'embryon ne s'étant vus reconnaître la personnalité juridique dans aucun des deux pays. En 1995, M. VILLEY suggérait qu'« *il peut y avoir un devoir (vague) à ne pas tuer le fœtus – non pas un droit du fœtus à ne pas être tué* »²¹⁰². Les évolutions du droit de la santé de chacun des pays témoignent davantage d'un accroissement des pouvoirs parentaux sur la vie en devenir, ainsi que l'illustrent les trois exemples du diagnostic prénatal, du diagnostic préimplantatoire et du refus de césarienne. Les deux premiers auraient pu être envisagés sous l'angle des politiques de santé publique²¹⁰³, du fait des enjeux financiers liés à la prise en charge du handicap. En effet, « *l'autorisation du DPI pose la question de savoir comment la société considèrera et traitera dans l'avenir ceux qui continuent de naître et de vivre avec ces maladies et handicaps, de quelle manière elle en préviendra le risque de dévalorisation, de discrimination et d'exclusion, de quelle manière elle en préservera les droits et la dignité* »²¹⁰⁴. Toutefois, dans chacun des pays, l'autorisation du diagnostic prénatal et du diagnostic préimplantatoire (planifiée en suisse) « *est fondée sur des considérations compassionnelles* »²¹⁰⁵, ce qui justifie qu'elle soit traitée au titre de l'évolution des droits-fonction.

307. Le diagnostic prénatal – D'abord, chacun des deux pays autorise la femme à consentir à des analyses génétiques sur l'enfant à naître. La loi fédérale sur l'analyse génétique humaine classe les analyses prénatales en deux catégories. Elle distingue les analyses génétiques prénatales, définies comme « *les analyses génétiques effectuées durant la grossesse dans le but de déterminer les caractéristiques du patrimoine génétique de l'embryon ou du fœtus* »²¹⁰⁶, des analyses prénatales visant à évaluer un risque, c'est-à-dire les « *analyses de laboratoire effectuées dans le but d'évaluer un risque d'anomalie génétique de l'embryon ou du fœtus par des analyses ultrasonographiques* »²¹⁰⁷. Il est interdit d'effectuer des analyses génétiques portant sur des caractéristiques dépourvues de tout lien avec la santé ou visant à déterminer le sexe, en dehors d'un but diagnostic²¹⁰⁸. Le patient est la femme enceinte²¹⁰⁹, laquelle doit seule donner son consentement à l'analyse²¹¹⁰. Le conseil génétique revêt une importance fondamentale. Il ne doit porter que « *sur la situation individuelle et familiale de la femme enceinte (...) [sans] prendre en considération l'intérêt général* »²¹¹¹. Cette disposition vise à « *empêcher les*

²¹⁰¹ En droit français, dans une affaire relative à une demande d'implantation d'embryons après le décès du conjoint, les juges, après avoir examiné l'ensemble des dispositions applicables à l'embryon en droit français, en ont déduit que « *le législateur civil n'a (...) pas entendu anticiper l'autorité parentale et Mme O... ne peut ni s'en prévaloir, ni se prévaloir de ce que son mari aurait exercé, seul ou conjointement, ou voulu voir exercer une autorité de ce type. (...) l'œuf fécondé congelé n'est pas un sujet de droit par rapport à ses géniteurs* » : TGI Rennes, 1^{re} chambre civile, 30 juin 1993 : JCP G, 1994, II, 22250, Note NEIRINCK C. Voir également une affaire dans laquelle un couple en instance de divorce, se disputait l'autorité parentale sur l'enfant à naître. Le juge fixe l'autorité parentale conjointe et la pension alimentaire à compter de la naissance de l'enfant : TGI Lille, JAF, 13 février 1998 : D., 1999, 177, Note LABBÉE X. ; RTD civ., 1999, 356, Obs. HAUSER J. En droit suisse, ni le fœtus ni l'embryon ne bénéficient de la personnalité juridique, qui ne leur est acquise que sous condition. La doctrine est divisée quant à la qualification de condition suspensive ou résolutoire : MANAÏ D., *Les droits du patient face à la biomédecine*, Berne, Stämpfli, 2006, p. 350 ; MANAÏ D., « L'embryon face au droit : une entité polymorphe à géométrie variable », *Jusletter*, 19 janvier 2009, p. 107.

²¹⁰² VILLEY M., *Réflexions sur la philosophie et le droit. Les carnets de Michel Villey*, Paris, PUF, 1995, XXIV, p. 101.

²¹⁰³ Voir *infra* § 326 et s.

²¹⁰⁴ JOYE C., « Les limites juridiques du diagnostic préimplantatoire en Suisse : de l'interdiction de principe à l'autorisation limitée », in JOYE C., *Handicap et diagnostic à l'aube de la vie : espoir ou dérive ? Regards croisés sur le diagnostic préimplantatoire*, Chêne-Bourg, Médecine et hygiène, 2012, p. 29.

²¹⁰⁵ LAUDE A., MATHIEU B., TABUTEAU D., *Droit de la santé*, Paris, Thémis, PUF, 2012, p. 628.

²¹⁰⁶ Art. 3 let. e LAGH.

²¹⁰⁷ Art. 3 let. g LAGH.

²¹⁰⁸ Art. 11 LAGH.

²¹⁰⁹ En effet, l'art. 3 let. n LAGH définit la personne concernée comme « *la personne dont proviennent les échantillons utilisés en vue de l'analyse de son patrimoine génétique ou de l'établissement de son profil d'ADN et dont on obtient ainsi des données génétiques ; dans le cas de l'analyse prénatale, la femme enceinte* ».

²¹¹⁰ Art. 5 LAGH.

²¹¹¹ Art. 14 al. 2 LAGH.

tendances eugéniques cachées»²¹¹². D'ailleurs, en cas de découverte d'une grave anomalie incurable, à la suite d'une analyse génétique prénatale, la patiente doit « être informée sur les solutions autres que l'avortement et rendue attentive à l'existence d'associations de parents d'enfants handicapés et de groupes d'entraide »²¹¹³. Le message du Conseil fédéral désavoue « clairement les médecins qui estiment que la découverte d'une anomalie très grave doit automatiquement entraîner un avortement »²¹¹⁴. Pour chaque type d'analyse, plusieurs mesures visent en outre à garantir la liberté de décision de la femme enceinte²¹¹⁵. Il s'agit « d'éviter de créer un contexte social dans lequel la réalisation de certaines analyses génétiques, en particulier des analyses prénatales, apparaît comme un standard normal dans une pratique responsable en matière de santé et de procréation »²¹¹⁶.

Le droit français a également autorisé le diagnostic prénatal défini comme « les pratiques médicales, y compris l'échographie obstétricale et fœtale »²¹¹⁷, ayant pour but de détecter in utero chez l'embryon ou le fœtus une affection d'une particulière gravité ». La comparaison avec le droit suisse révèle que, dans un premier temps, l'accent a peu été mis sur le droit à l'autodétermination et à l'information. La loi du 29 juillet 1994 se contentait de prévoir que le diagnostic prénatal devait être précédé d'un conseil génétique²¹¹⁸. Seul le décret d'application envisageait les modalités de l'information et du consentement. Il ne prenait toutefois pas réellement en compte les risques de pressions susceptibles d'influer sur les choix de la femme enceinte²¹¹⁹. La loi du 6 août 2004 a quelque peu renforcé l'information en indiquant que le diagnostic prénatal devait « être précédé d'une consultation médicale adaptée à l'affection recherchée »²¹²⁰. Il a fallu attendre la loi du 7 juillet 2011 pour que le législateur s'empare de la question de l'information et de l'accompagnement de la femme enceinte²¹²¹. La loi est marquée par un double mouvement, dont les effets sont potentiellement

²¹¹² Message relatif à la loi fédérale sur l'analyse génétique humaine, 11 septembre 2002, FF 2002 6894.

²¹¹³ Art. 15 al. 3 LAGH.

²¹¹⁴ Message relatif à la loi fédérale sur l'analyse génétique humaine, 11 septembre 2002, FF 2002 6896.

²¹¹⁵ De manière générale, le conseil génétique donne lieu à une large information et la femme enceinte se voit octroyer un délai de réflexion avant l'exécution de l'analyse. Il est non directif. Plus particulièrement, lors du conseil génétique relatif à des analyses génétiques prénatales, la « femme doit être expressément informée sur son droit à l'autodétermination avant et après une analyse génétique prénatale ». Si l'analyse génétique « ne peut selon toute probabilité être suivie d'aucun traitement thérapeutique ou prophylactique, la femme doit en être avertie ; elle doit en outre être informée de la possibilité de s'adresser à un service d'information et de conseil en matière d'analyse prénatale » (art. 15 LAGH). Ces services indépendants doivent être institués dans les cantons afin de donner « des conseils généraux en matière d'analyse génétique prénatale ». Sur demande ils « servent d'intermédiaires avec les associations de parents d'enfants handicapés ou les groupes d'entraide » (art. 17 LAGH). Par ailleurs une information est prévue en matière d'analyses prénatales visant à évaluer un risque (art. 16 LAGH). Le Conseil fédéral relève à cet égard que cet article « prend en compte la critique émise par un certain nombre de femmes selon lesquelles elles ne sont pas suffisamment informées par le médecin sur le but des analyses effectuées pendant la grossesse » (FF 2002 6897). Le droit de la femme à l'autodétermination est enfin garanti par l'art. 18 LAGH. Elle décide librement « si elle entend se soumettre à une analyse (...) prénatale et, le cas échéant, à une analyse complémentaire ; si elle veut prendre connaissance des résultats de l'analyse ; de la suite qu'elle veut donner aux résultats de l'analyse ».

²¹¹⁶ Message relatif à la loi fédérale sur l'analyse génétique humaine, 11 septembre 2002, FF 2002 6894-6895.

²¹¹⁷ Cette précision résulte de la loi n° 2011-814 du 7 juillet 2011 relative à la bioéthique, JORF, 8 juillet 2011, p. 11826.

²¹¹⁸ Art. L 162-16 CSP issu de l'art. 12 de la loi n° 94-654 du 29 juillet 1994 relative au don et à l'utilisation des éléments et produits du corps humain, à l'assistance médicale à la procréation et au diagnostic prénatal, JORF, 30 juillet 1994, p. 11060. Sur le diagnostic prénatal sous l'empire de cette loi, voir par exemple : CAYLA J.-S., HORS CAYLA M.-C., « Progrès et limites du diagnostic prénatal », RDSS, 1997, n° 4, p. 722.

²¹¹⁹ Art. R 162-16-7 CSP issu du décret n° 95-559 du 6 mai 1995 relatif aux analyses de cytogénétique et de biologie pratiquées en vue d'établir un diagnostic prénatal in utero et modifiant le Code de la santé publique, JORF, 7 mai 1995, p. 7362 : « Les analyses de cytogénétique ou de biologie destinées à établir un diagnostic prénatal doivent avoir été précédées d'une consultation médicale de conseil génétique antérieure aux prélèvements, permettant : (...) d'informer la femme enceinte sur les caractéristiques de cette maladie, les moyens de la détecter, les possibilités thérapeutiques et sur les résultats susceptibles d'être obtenus au cours de l'analyse ; (...) d'informer la patiente sur les risques inhérents aux prélèvements, sur leurs contraintes et leurs éventuelles conséquences. Le médecin consulté délivre une attestation signée certifiant qu'il a apporté à la femme enceinte les informations définies ci-dessus ».

²¹²⁰ Modification de l'art. L 2131-1 CSP par l'art. 23 1 a) de la loi n° 2004-800 du 6 août 2004 relative à la bioéthique, JORF, 7 août 2004, p. 14040. Sur les apports de cette loi, voir : BINET J.-R., *Le nouveau droit de la bioéthique. Commentaire et analyse de la loi n° 2004-800 du 6 août 2004 relative à la bioéthique*, Paris, Carré droit, LexisNexis, Litec, 2005, p. 78 et s.

²¹²¹ DEPADT-SEBAG V., *Droit et bioéthique*, Bruxelles, Droit des technologies, De Boeck, Larcier, 2012, p. 145.

contradictoires. D'une part, l'information « *sur la possibilité de recourir (...) aux examens de biologie médicale et d'imagerie, permettant d'évaluer le risque que l'embryon ou le fœtus présente une affection susceptible de modifier le déroulement ou le suivi de la grossesse* »²¹²² devient systématique²¹²³. D'autre part, la loi insiste à de multiples reprises sur la nécessité d'adapter l'information au cas par cas, sur la possibilité de refuser l'information, ainsi que sur l'absence d'obligation de recourir aux examens. Le consentement de la femme enceinte est désormais expressément prévu. Le droit français cherche donc, à l'instar du droit suisse, à éviter qu'un lien systématique ne se crée entre interruption médicale de grossesse et diagnostic prénatal. Une « *liste des associations spécialisées et agréées dans l'accompagnement des patients atteints de l'affection suspectée et de leur famille* » est d'ailleurs proposée à la femme confrontée à un risque avéré d'affection du fœtus.

Malgré ce dispositif, force est de constater que le développement d'un eugénisme « *individuel et familial* » est patent. Les chiffres montrent incontestablement que le lien entre avortement et suspicion d'une affection est important. Il est toutefois plus élevé en France qu'en Suisse²¹²⁴. Il en résulte une normalisation de la famille, par l'accroissement du pouvoir parental. Trois illustrations peuvent en être données.

D'abord, la jurisprudence française témoigne parfois de l'émergence d'une forme de normalité familiale. Ainsi, un jugement du TGI de Reims a retenu la responsabilité d'un médecin à l'égard des frères d'une enfant trisomique, ceux-ci ayant été « *profondément perturbés par la naissance de l'enfant auquel la mère avait dû consacrer tous les soins au détriment des deux aînés, qui avaient subi ensuite la souffrance et le divorce de leurs parents* »²¹²⁵. Dans la même lignée, la motivation d'un arrêt de la Cour administrative d'appel de Paris²¹²⁶, laisse place à une conception « *potentiellement culpabilisatrice du non-recours à la science génétique* », lorsqu'il semble se fonder sur « *l'idée selon laquelle c'est le refus de la requérante de se prêter à un DPN qui aurait vraisemblablement pu aboutir à une interruption thérapeutique de grossesse qui rompt le rapport de causalité entre un conseil génétique donné et le préjudice que lui cause la naissance d'un enfant malade* »²¹²⁷.

Ensuite, le remboursement par l'assurance maladie favorise nécessairement le recours à ces examens. En France, le dépistage de la trisomie 21 est pris en charge par la sécurité sociale²¹²⁸. Le remboursement des examens prénataux est plus restrictif en droit suisse²¹²⁹.

²¹²² Art. L 2131-1-1 II CSP issu de l'art. 20 de la loi n° 2011-814 du 7 juillet 2011 relative à la bioéthique, *JORF*, 8 juillet 2011, p. 11826.

²¹²³ L'Assemblée nationale souhaitait, à l'origine, que le DPN ne soit proposé que s'il s'avérait nécessaire au vu de la situation de la femme enceinte. Cette position n'a pas prévalu à l'issue des débats parlementaires : DEPADT-SEBAG V., *Droit et bioéthique*, Bruxelles, Droit des technologies, De Boeck, Larcier, 2012, p. 145, Note 12.

²¹²⁴ En Suisse, « *le nombre d'enfants nés trisomiques a plus que doublé entre 2003 et 2012 (...) passant de 40 sur 71 848 naissances à 89 sur 82 164 selon les chiffres de l'office fédéral de la statistique* ». « *Entre 75 % et 90 % des femmes confrontées à un diagnostic de trisomie 21 décident d'avorter* » : « Trisomie. L'âge de la mère n'est pas la seule cause de la hausse des cas », *Letemps.ch*, 14 juillet 2014, Disponible sur : <http://www.letemps.ch/Page/Uuid/e279aed0-0b6f-11e4-8015-d2f7a06c82fb/L%C3%A2ge%20de%20la%20m%C3%A8re%20n'est%20pas%20la%20seule%20cause%20de%20la%20hausse%20des%20cas>, Consulté le 30 août 2014. En France, « *96 % des diagnostics prénataux révélant une trisomie 21 conduisent à un avortement* » : « La polémique sur le dépistage de la trisomie au Sénat », *LeFigaro.fr*, 7 avril 2011, Disponible sur : <http://www.lefigaro.fr/actualite-france/2011/04/06/01016-20110406ARTFIG00708-la-polemique-sur-le-depistage-de-la-trisomie-au-senat.php>, Consulté le 2 septembre 2014.

²¹²⁵ TGI Reims, 19 juillet 2005, n° 05-00894, commenté par GAUMONT-PRAT H., « Droits et libertés corporels », *D.*, 2006, n° 18, p. 1200.

²¹²⁶ CAA Paris, 6 Octobre 2008, n° 07PA03630 : *Jurisdata* n° 2008-004189 ; *Droit administratif*, 2008, 169 ; *AJDA*, 2009, 216, Note HENNETTE-VAUCHEZ S.

²¹²⁷ HENNETTE-VAUCHEZ S., « Conseil génétique et responsabilité : l'embarrassante question du concours de la victime à la survenance d'un dommage », *AJDA*, 2009, n°4, p. 220.

²¹²⁸ Plusieurs arrêtés se sont succédés : Arrêté du 23 janvier 1997 modifiant l'arrêté du 3 avril 1985 fixant la nomenclature des actes de biologie médicale, *JORF*, 26 janvier 1997, p. 1365 ; Arrêté du 11 février 1999 modifiant l'arrêté du 3 avril 1985 fixant la

Enfin, l'apparition récente du diagnostic prénatal non invasif de la trisomie 21 renforce encore l'emprise parentale sur la vie de l'enfant. Il a été autorisé par Swissmedic en Suisse en 2012²¹³⁰ et validé par le CCNE qui a conclu, de manière critiquée, « *qu'il constituerait un progrès du point de vue éthique, au regard des modalités actuelles de proposition systématique de dépistage de la trisomie 21, qui revêt un caractère emblématique en France* »²¹³¹.

308. Le diagnostic préimplantatoire – La reconnaissance de pouvoirs maternels sur la vie foetale se double d'une prévalence des pouvoirs parentaux sur le devenir de la vie embryonnaire, laquelle a été rendue possible par l'apparition du diagnostic préimplantatoire. Ce dernier se définit comme le « *diagnostic biologique réalisé à partir de cellules prélevées sur l'embryon in vitro* »²¹³². À l'inverse du diagnostic prénatal, le diagnostic préimplantatoire permet la sélection positive des embryons en fonction de critères déterminés. La pratique peut ainsi permettre la réalisation de « *bébés sur mesure* » ou « *designed babies* »²¹³³, bien que cela ne soit autorisé dans aucun des deux pays étudiés.

Le DPI a été réglementé en France dès 1994 et a fait l'objet d'un élargissement au fil des révisions des lois « bioéthiques ». Il a d'abord été autorisé, à titre exceptionnel, à la condition qu'un médecin exerçant dans un centre de diagnostic prénatal pluridisciplinaire « *atteste que le couple, du fait de sa situation familiale, a[vait] une forte probabilité de donner naissance à un enfant atteint d'une maladie génétique d'une particulière gravité reconnue comme incurable au moment du diagnostic* »²¹³⁴. Le couple, chez lequel devait « *préalablement et précisément [avoir été] identifiée (...) l'anomalie ou les anomalies responsables d'une telle maladie* »²¹³⁵, devait y consentir par écrit²¹³⁶. La réalisation de l'acte était soumise à l'avis de la commission nationale de médecine et de biologie de la reproduction et du diagnostic prénatal²¹³⁷, à laquelle a succédé l'agence de la biomédecine.

La révision opérée en 2004 a élargi les indications du diagnostic préimplantatoire, en l'autorisant lorsqu'une « *maladie gravement invalidante, à révélation tardive et mettant prématurément en jeu le pronostic vital* » a été identifiée chez « *l'un des ascendants immédiats* »²¹³⁸. Bien que les choix parentaux soient encadrés par la loi, force est de constater que les membres du couple peuvent sélectionner les embryons afin d'obtenir un

nomenclature des actes de biologie médicale, *JORF*, 16 février 1999, p. 2425. Certains ont ensuite posé des règles de bonnes pratiques : arrêté du 23 juin 2009 fixant des règles de bonnes pratiques en matière de dépistage et de diagnostic prénatals avec utilisation des marqueurs sériques maternels de la trisomie 21, *JORF*, 3 juillet 2009, p. 11079 ; Arrêté du 27 mai 2013 modifiant l'arrêté du 23 juin 2009 fixant les règles de bonnes pratiques en matière de dépistage et de diagnostic prénatals avec utilisation des marqueurs sériques maternels de la trisomie 21, *JORF*, 12 juin 2013, p. 9736. Le Conseil d'État a rejeté des recours contestant la légalité de certains de ces arrêtés : Conseil d'État, 7 mai 1999, n° 192902 ; Conseil d'État, 10 juin 1998, n° 186479.

²¹²⁹ La liste des examens pris en charge est fixée par l'art. 13 de l'ordonnance du DFI sur les prestations dans l'assurance obligatoire des soins en cas de maladie du 29 septembre 1995, RS 832.112.30, RO 1995 4964.

²¹³⁰ NAU J.-Y., « Trisomie : diagnostiquer ou éradiquer ? », *Revue médicale suisse*, 5 septembre 2012, n° 352, p. 1682.

²¹³¹ CCNE, Avis n° 120, « Questions éthiques associées au développement des tests génétiques fœtaux sur sang maternel », 25 avril 2013, p. 37.

²¹³² Art. L 2131-4 al. 1 CSP.

²¹³³ EUDES Y., « La clinique des bébés sur mesure », *Lemonde.fr*, 31 juillet 2010, Disponible sur : http://www.lemonde.fr/societe/article/2010/07/31/la-clinique-des-bebes-sur-mesure_1393699_3224.html, Consulté le 30 août 2014.

²¹³⁴ Art. L 162-17 al. 2 CSP, issu de la loi n° 94-654 du 29 juillet 1994 relative au don et à l'utilisation des éléments et produits du corps humain, à l'assistance médicale à la procréation et au diagnostic prénatal, *JORF*, 30 juillet 1994, p. 11060.

²¹³⁵ Art. L 162-17 al. 3 CSP.

²¹³⁶ Art. L 162-17 al. 4 CSP.

²¹³⁷ Art. L 162-17 al. 6 CSP.

²¹³⁸ Art L 2131-4 al. 3 CSP, issu de la loi n° 2004-800 du 6 août 2004 relative à la bioéthique, *JORF*, 7 août 2004 p. 14040.

enfant sain, mais aussi pour préserver leur droit de ne pas savoir²¹³⁹, ce qui leur confère un pouvoir certain sur la vie en devenir.

L'autorisation de réaliser un diagnostic préimplantatoire pourrait bientôt être octroyée aux couples helvétiques, puisque la LPMA est en cours de révision. Le diagnostic préimplantatoire est jusqu'à présent interdit par l'article 5 al. 3 LPMA. Le climat tendu lors de l'adoption de la LPMA aurait pu constituer un facteur explicatif. Signalons cependant que le choix de l'interdiction²¹⁴⁰ a été très controversé lors des débats parlementaires²¹⁴¹, si bien que l'on peut affirmer qu'il « *n'exprime pas une volonté manifeste du législateur* »²¹⁴². La révision de la LPMA²¹⁴³ poursuit une visée compassionnelle, en prenant en considération la souffrance de certains couples qui n'ont d'autre choix que de recourir au diagnostic prénatal, susceptible de déboucher sur une interruption de grossesse²¹⁴⁴. Elle devrait garantir la conformité du droit suisse à la CESDH, laquelle condamne, pour incohérence, l'interdiction du diagnostic préimplantatoire en dépit de l'autorisation du diagnostic prénatal²¹⁴⁵. Le projet a été remanié à plusieurs reprises²¹⁴⁶. Il propose désormais d'autoriser le DPI, tout en le soumettant à quatre conditions qui ne sont pas similaires à celles posées par le droit français. Un risque de nidation dans l'utérus d'un embryon présentant une prédisposition héréditaire à une maladie grave ne doit pas pouvoir être écarté d'une autre manière²¹⁴⁷. Ladite maladie, pour laquelle aucune thérapie efficace et appropriée n'existe²¹⁴⁸, doit probablement se déclarer avant l'âge de cinquante ans²¹⁴⁹. Le droit suisse n'exige pas que la maladie soit incurable à l'inverse du droit français. Enfin, le couple doit faire valoir par écrit auprès du médecin qu'il ne peut raisonnablement encourir un tel risque²¹⁵⁰. L'information visant à garantir le droit à l'autodétermination du couple est particulièrement développée, afin de limiter les risques d'eugénisme²¹⁵¹. La lecture du message

²¹³⁹ BINET J.-R., *Le nouveau droit de la bioéthique. Commentaire et analyse de la loi n° 2004-800 du 6 août 2004 relative à la bioéthique*, Paris, Carré droit, LexisNexis, Litec, 2005, p. 79.

²¹⁴⁰ Les principaux arguments au soutien de l'interdiction ont été la faiblesse des connaissances relatives aux conséquences à long terme du procédé, la difficulté à déterminer les objectifs légitimes, le risque d'une élimination automatique du handicap et les risques liés à une sélection fondée sur des critères de plus en plus nombreux : message relatif à l'initiative populaire « pour la protection de l'être humain contre les techniques de reproduction artificielle (initiative pour une procréation respectant la dignité humaine, PPD) » et à la loi fédérale sur la procréation médicalement assistée (LPMA), 26 juin 1996, FF 1996 III 250-251.

²¹⁴¹ Au Conseil des États, l'autorisation sous conditions avait été votée par 18 voix contre 16. Le Conseil national s'était prononcé en faveur de l'interdiction par 72 voix contre 63. L'interdiction a été votée à une très faible majorité au stade de l'élimination des divergences. Sur l'ensemble des débats, voir : MANAI D., « L'embryon face au droit : une entité polymorphe à géométrie variable », *Jusletter*, 19 janvier 2009, p. 112.

²¹⁴² MANAI D., *Les droits du patient face à la biomédecine*, Berne, Stämpfli, 2006, pp. 371-372.

²¹⁴³ Voir *supra* § 95.

²¹⁴⁴ Dans son avis relatif à la motion de la commission de la science, de l'éducation et de la culture du Conseil national, le Conseil fédéral indiquait qu'il était « *réceptif à la détresse des familles concernées* ». Il proposait de reconsidérer l'interdiction. Il insistait sur le fait que « *l'autorisation de procéder, dans quelques rares cas bien définis, à un DPI a une seule et unique finalité : proposer aux femmes dont la famille est touchée par une maladie héréditaire grave une solution moins traumatisante que ne l'est une éventuelle interruption de grossesse consécutive à un diagnostic prénatal* » : Avis du Conseil fédéral en réponse à la motion de la CSEC-N, Admission du diagnostic préimplantatoire, Déposée au Conseil national, 2 septembre 2004, n° 04.3439.

²¹⁴⁵ CEDH, Deuxième section, Costa et Pavan contre Italie, 28 août 2012, n° 54270/10.

²¹⁴⁶ Pour l'évolution entre 2009 et 2011, voir annexe 7 : la révision de la LPMA : admission et réglementation du DPI.

²¹⁴⁷ Art. 5 a al. 2 let. a du projet de modification de la loi sur la procréation médicalement assistée, FF 2013 5365.

²¹⁴⁸ Art. 5 a al. 2 let. c.

²¹⁴⁹ Art. 5 a al. 2 let. b.

²¹⁵⁰ Art. 5 a al. 2 let. d.

²¹⁵¹ L'art. 6 a. prévoit notamment que le conseil génétique est « *non directif* » et porte « *uniquement sur la situation individuelle et familiale du couple concerné* », sans que l'intérêt général ne soit pris en considération. Les projets de vie susceptibles d'être envisagés avec l'enfant doivent être envisagés et une information relative aux associations de parents d'enfants handicapés et aux groupes d'entraide doit être transmise.

du Conseil fédéral témoigne à diverses reprises de l'accroissement des pouvoirs des parents sur l'embryon dans leur propre intérêt.

D'abord, le message indique que le DPI permet de répondre à la « *situation intolérable* » dans laquelle le couple concerné risquerait de se retrouver. Il précise qu'« *il ne faut pas seulement penser au poids psychologique, mais aussi aux entraves et au surmenage que les parents doivent affronter en grande partie seuls, surtout pendant les premières années de la vie de l'enfant. Le désir des parents d'éviter dans la mesure du possible de se trouver dans une telle situation est considéré comme une justification du DPI et comme une acceptation des risques et des inconvénients qui lui sont liés* ». Tout comme dans le domaine de l'IVG, la dignité humaine est applicable à l'embryon *in vitro*, ce qui permet de le protéger « *contre un pouvoir de disposition discrétionnaire* »²¹⁵². Elle peut toutefois être mise en balance avec les intérêts des parents.

L'intérêt des parents est ensuite prégnant si l'on examine les critères proposés par le Conseil fédéral afin d'évaluer le degré de gravité de la maladie. Celui-ci évoque notamment les « *douleurs* », la « *sévère limitation de la motricité* », la « *dépendance* », les « *sévères limitations cognitives* », les « *sévères limitations au niveau de l'émotionnalité et de la régulation affective* » ou encore « *la limitation de la liberté générale de mouvement* »²¹⁵³. Ces critères ne sont pas nécessairement cumulatifs²¹⁵⁴. Une importance toute particulière est accordée aux intérêts parentaux, puisque la réglementation « *exige que les parents soient soumis, du fait de la maladie de l'enfant, à une charge qui dépasse la limite du tolérable* »²¹⁵⁵. Elle vise plus particulièrement « *le danger concret que cette charge provoque chez les parents des atteintes importantes d'ordre psychologique, des atteintes à la santé ou d'autres atteintes* »²¹⁵⁶. La protection des parents conduit donc à leur conférer un pouvoir certain de décision sur la vie des embryons.

Enfin, le message rappelle que « *le DPI est appliqué dans l'intérêt des parents potentiels* », lesquels doivent « *invoquer auprès du médecin le fait que leur désir de devenir parents pourrait conduire à une charge intolérable dans la situation donnée, avant tout à cause de leur prédisposition génétique mais aussi à cause de leurs conditions générales de vie* ».

309. Le refus de césarienne – Une dernière illustration des pouvoirs parentaux sur le devenir de la vie anténatale peut être donnée à travers l'étude du refus de césarienne²¹⁵⁷. Comme le souligne le CCNE, « *pour des raisons souvent anthropo-ethnologiques mais aussi sociales (dévalorisation) ou pratiques (risque de rupture utérine lors d'un accouchement ultérieur dans le pays d'origine), une grossesse dont l'accouchement se fait par césarienne peut être considérée dans certaines cultures comme une entame du corps définitive et insupportable et/ou comme le non-respect d'un rituel autour de l'accouchement* »²¹⁵⁸. Cette situation pose de graves problèmes éthiques aux médecins qui y sont

²¹⁵² Message concernant la modification de l'article constitutionnel relatif à la procréation médicalement assistée et au génie génétique dans le domaine humain (art. 119 Cst.) et de la loi fédérale sur la procréation médicalement assistée (diagnostic préimplantatoire), 7 juin 2013, FF 2013 5319.

²¹⁵³ *Ibid.*, FF 2013 5321.

²¹⁵⁴ Le Conseil fédéral précise que « *tous ces symptômes doivent subsister une très grande partie de la vie ou la maladie doit faire diminuer substantiellement l'espérance de vie statistique. On constatera souvent la présence de plusieurs de ces paramètres mais chaque paramètre en tant que tel représente déjà une atteinte grave et peut justifier l'application du DPI* ».

²¹⁵⁵ Message concernant la modification de l'article constitutionnel relatif à la procréation médicalement assistée et au génie génétique dans le domaine humain (art. 119 Cst.) et de la loi fédérale sur la procréation médicalement assistée (diagnostic préimplantatoire), 7 juin 2013, FF 2013 5321

²¹⁵⁶ *Ibid.*

²¹⁵⁷ Pour des exemples pratiques, on peut utilement consulter : DEGRÉMONT A.-C., FISCHLER M., « Conduite à tenir en cas de refus de césarienne en urgence », *Annales françaises d'anesthésie et de réanimation*, 2002, Vol. 22, n° 2, pp. 146-147 ; SUREAU C., « La vie après la mort. De l'incertitude juridique à l'interrogation éthique », *Médecine & droit*, 2011, n° 106, p. 13.

²¹⁵⁸ CCNE, Avis n° 87, « Refus de traitement et autonomie de la personne », 14 avril 2005, p. 8.

confrontés²¹⁵⁹. Il existe en effet « *un réel conflit de valeurs* »²¹⁶⁰. La doctrine juridique est relativement peu prolixe sur cette question. Il semble toutefois possible de distinguer deux situations. La première est celle dans laquelle, au cours de l'accouchement, une césarienne qui s'impose est refusée par la femme. En présence d'une urgence vitale ne permettant pas à la patiente d'exprimer un refus éclairé, le médecin peut prodiguer les soins qui s'imposent²¹⁶¹. Cependant, la question est plus complexe lorsque la femme a exprimé son refus avant que ne se présente l'urgence foetale et que ce refus a été réitéré après réflexion²¹⁶². En effet, le Code de la santé publique prévoit alors que le droit du patient à l'autodétermination doit être respecté²¹⁶³. Néanmoins, l'intérêt d'un tiers étant en jeu, le respect de ce refus s'avère éthiquement complexe, d'autant que certains médecins considèrent le fœtus comme un véritable patient. Cela explique qu'en 1998 P. SARGOS ait suggéré que « *le médecin devrait passer outre un refus de césarienne si celle-ci s'avérait le seul moyen de sauver la mère ou l'enfant ou de leur éviter un dommage majeur* »²¹⁶⁴. Toutefois, il est également possible de soutenir que le médecin n'a pas d'obligation de secourir le fœtus, lequel ne bénéficie pas de la personnalité juridique. Il ne peut pas davantage être condamné pour homicide involontaire, le juge pénal refusant de retenir que le fœtus qui n'a pas respiré constitue autrui au sens du Code pénal. C'est ainsi qu'un procureur de la République, consulté sur cette question dans une affaire particulièrement dramatique, a confirmé que les médecins pouvaient renoncer à la césarienne en respectant le refus de la mère, après avoir tout tenté pour convaincre la patiente de subir cette opération²¹⁶⁵. Il faut alors insister sur « *la traçabilité du dossier, essentielle, sur le refus exprimé : sur la chronologie, les personnes présentes, les démarches et tentatives de persuasion accomplies et la surveillance continue* »²¹⁶⁶. Ils constitueront, en effet, « *autant d'arguments a posteriori pour démontrer que la prise en charge a été attentive, continue et que malgré « l'échec » de la naissance, la prise en charge n'est pas fautive* »²¹⁶⁷.

En Suisse, sur le plan civil, la protection des droits de la personnalité de la mère (intégrité et autodétermination) implique de respecter son refus, d'autant que le fœtus ne bénéficie de la personnalité juridique qu'à la condition de naître vivant²¹⁶⁸. Toutefois, le médecin qui passerait outre le refus de la femme n'engagerait pas nécessairement sa responsabilité. En effet, aux termes de l'article 28 CCS, une atteinte à la personnalité peut être justifiée « *par le consentement de la victime, par un intérêt prépondérant privé ou public, ou par la loi* ». Seul le deuxième motif de justification est susceptible d'entrer en ligne de compte. Le juge suisse pourrait-il considérer que l'intérêt du fœtus à la protection de sa vie est prépondérant au regard

²¹⁵⁹ Voir la prise de position relativement critique de : MARTIN J., « À propos des césariennes. Des interrogations éthiques qui laissent perplexe », *Bulletin des médecins suisses*, 2011, n° 6, p. 218.

²¹⁶⁰ EDEL V., « Le refus de soins », *LPA*, 14 décembre 2007, n° 250, p. 10.

²¹⁶¹ MELLAC A., « L'influence de l'urgence sur le recueil du consentement à l'acte médical », in AFDS, LAUDE A. (Dir.), *Consentement et santé*, Paris, Thèmes et commentaires, Dalloz, 2014, p. 96 ; SUREAU C., « La vie après la mort. De l'incertitude juridique à l'interrogation éthique », *Médecine & droit*, 2011, n° 106, p. 13.

²¹⁶² CLERCQ G., PONTE C., « Chronique de droit médical n° I (1^{re} partie) », *LPA*, 15 juin 2009, n° 118, p. 18.

²¹⁶³ MELLAC A., « L'influence de l'urgence sur le recueil du consentement à l'acte médical », in AFDS, LAUDE A. (Dir.), *Consentement et santé*, Paris, Thèmes et commentaires, Dalloz, 2014, p. 102.

²¹⁶⁴ SARGOS P., « Information et consentement en gynécologie-obstétrique », in *Les contestations en matière d'information et de recueil du consentement*, L'entreprise médicale, Schering, 1998, pp. 25-34 cité par : DEGRÉMONT A.-C., FISCHLER M., « Conduite à tenir en cas de refus de césarienne en urgence », *Annales françaises d'anesthésie et de réanimation*, 2002, Vol. 22, n° 2, p. 147.

²¹⁶⁵ *Ibid.*

²¹⁶⁶ DEFLINE A., OBADIA M., EL DJERBI A., PLEVY P., LEPERCQ J., « Refus maternel de césarienne d'indication foetale, mort-né », *Journal de gynécologie obstétrique et biologie de la reproduction*, 2014, Vol. 43, n° 1, p. 75.

²¹⁶⁷ *Ibid.*

²¹⁶⁸ Art. 31 CCS : « *La personnalité commence avec la naissance accomplie de l'enfant vivant (...). L'enfant conçu jouit des droits civils, à la condition qu'il naisse vivant* ».

de l'intégrité physique et de l'autodétermination maternelle ? On pourrait avancer que dans le domaine de l'interruption de grossesse, la liberté de la mère prévaut. La crainte d'une remise en cause rampante du droit à l'autodétermination voire de l'IVG est fréquemment exprimée et constitue un argument justifiant de ne pas ordonner une césarienne. On pourrait à l'inverse considérer que les deux intérêts doivent s'équilibrer au fur et à mesure du développement de l'enfant. O. GUILLOD considérerait qu'une césarienne pourrait être ordonnée malgré le refus de la mère²¹⁶⁹. Tout en préconisant le renforcement de la protection du fœtus, M. KOHLER-VAUDAUX considère quant à elle qu'« *en l'état actuel du droit et conformément à son droit à l'autodétermination, la femme enceinte n'a aucun devoir légal de subir une intervention à laquelle elle n'a pas consenti* »²¹⁷⁰. Au plan pénal, le Tribunal fédéral se montre plus souple que la Cour de cassation. En effet, si tout comme en France, l'avortement par négligence n'est pas punissable, il a retenu, face à une doctrine divisée, que l'homicide peut, en revanche, être reconnu lorsque l'accouchement a déjà commencé. Le périmètre de la protection assurée par le droit civil et par le droit pénal est donc différent²¹⁷¹. La question n'est donc pas clairement tranchée en droit suisse.

Quoi qu'il en soit, si le refus de césarienne devait être respecté, il traduirait indiscutablement la reconnaissance d'un pouvoir maternel sur la vie fœtale.

310. Prévalence des pouvoirs parentaux – D'une manière générale, le droit français et le droit suisse favorisent la prééminence des pouvoirs parentaux sur la vie foetale et embryonnaire. Le droit de la santé n'a pas contribué à la reconnaissance d'une autorité parentale prénatale. Le respect des droits de la femme en tant que patiente, l'a emporté sur d'éventuels devoirs en tant que future mère. D'un point de vue historique, le droit suisse semble toutefois s'être montré plus soucieux de garantir l'autodétermination dans le domaine du DPN. Cette divergence semble notamment pouvoir s'expliquer par l'emprise de la politique de santé publique française qui s'oppose au système de santé suisse d'essence plus libérale.

B. L'évolution des devoirs dans chacun des deux pays

311. Le droit de la santé exerce également une influence sur les obligations familiales. Le terme de « devoir », qui est parfois utilisé comme un synonyme d'obligation²¹⁷², sera toutefois préféré. Les codes civils français²¹⁷³ et suisse²¹⁷⁴ mentionnent à plusieurs reprises les devoirs découlant des liens familiaux. Un

²¹⁶⁹ GUILLOD O., *Le consentement éclairé du patient, autodétermination ou paternalisme*, Neuchâtel, Ides et Calendes, 1986, p. 216.

²¹⁷⁰ KOHLER-VAUDAUX M., *Le début de la personnalité juridique et la situation juridique de l'enfant à naître. Étude de droit suisse et aperçu des droits français et allemand*, Genève, Zurich, Bâle, Schulthess, 2006, p. 230.

²¹⁷¹ ATF 119 IV 207, 209, Consid. 2.

²¹⁷² CORNU G., *Vocabulaire juridique*, Paris, Dicos poche, Quadrige, PUF, 2007, p. 307.

²¹⁷³ Chapitre VI : « Des devoirs et des droits respectifs des époux » ; Art. 220-1 CC : « *Si l'un des époux manque gravement à ses devoirs et met ainsi en péril les intérêts de la famille* » ; Art. 244 CC : « *Le divorce peut être demandé par l'un des époux lorsque des faits constitutifs d'une violation grave ou renouvelée des devoirs et obligations du mariage sont imputables à son conjoint et rendent intolérable le maintien de la vie commune* » ; Art. 270 CC : « *Le divorce met fin au devoir de secours entre époux* » ; Art. 299 CC : « *La séparation de corps ne dissout pas le mariage mais elle met fin au devoir de cohabitation* » ; Art. 303 CC : « *La séparation de corps laisse subsister le devoir de secours* » ; Art. 310 CC : « *Tous les enfants dont la filiation est légalement établie ont les mêmes droits et les mêmes devoirs dans leurs rapports avec leur père et mère* » ; Art. 371-1 CC : « *L'autorité parentale est un ensemble de droits et de devoirs ayant pour finalité l'intérêt de l'enfant* » ; Art. 372-2-1 CC : « *Le parent qui n'a pas l'exercice de l'autorité parentale conserve le droit et le devoir de surveiller l'entretien et l'éducation de l'enfant* » ; Art. 373-2-11 CC : « *L'aptitude de chacun des parents à assumer ses devoirs et respecter les droits de l'autre* » ; Art. 375-9-2 CC : « *Le maire ou son représentant légal au sein du conseil pour les droits et devoirs des familles peut saisir le juge des enfants (...)* » ; Art. 378-1 CC : « *(...) les droits et devoirs que leur laissait l'article 375-7* » ; Art. 394 CC : « *Elle (la tutelle des mineurs) est un devoir des familles* » ; Art. 415 CC : « *Elle (la protection des majeurs) est un devoir des familles* » ; Art. 428 CC : « *droits et devoirs respectifs des époux* » ; Art. 483 CC : « *droits et devoirs respectifs des époux* » ; Art. 495 CC : « *droits* »

devoir juridique peut être défini comme une « norme comportementale générale, d'ordre moral et social, qui s'impose à tous »²¹⁷⁵. Ainsi, « la notion de devoir juridique est plus large que celle d'obligation et excède la sphère contractuelle »²¹⁷⁶. La notion de « devoir » revêt une « coloration morale »²¹⁷⁷, laquelle explique son attrait particulier dans le domaine familial²¹⁷⁸. Le droit de la santé perturbe les devoirs familiaux dans chacun des deux pays. Il contribue plus particulièrement à l'évolution du devoir d'informer (1) et des devoirs d'aide et d'assistance (2).

1. Le devoir d'informer interrogé par le droit de la santé

312. L'étendue du devoir d'informer en droit de la famille – Dans chacun des deux pays, le droit de la famille fait naître un devoir pour l'individu de transmettre des informations relatives à sa santé à un membre de sa famille. Un bref survol de ces règles applicables en droit de la famille constitue un préalable nécessaire pour pouvoir mesurer l'influence exercée par le droit de la santé.

En droit suisse, « un devoir d'information sur les faits importants pour la communauté familiale » peut être déduit du devoir d'aide²¹⁷⁹ de l'article 272 du Code civil²¹⁸⁰. On pourrait donc tout à fait imaginer qu'un tel devoir porte sur la transmission de données relatives à la santé. Ce devoir, indépendant de l'autorité parentale et du lien biologique, découle uniquement du lien de filiation²¹⁸¹. Son domaine « ne se limite pas aux parents et aux enfants vivant en ménage commun, mais comprend toutes les personnes liées par une filiation juridique, soit les grands-parents avec les parents et ceux-ci avec les enfants »²¹⁸². Il s'applique de manière indirecte dans les relations fraternelles²¹⁸³. Quoi qu'il en soit, la portée pratique de cet article est relativement faible, la jurisprudence considérant qu'il ne peut en principe être invoqué en justice²¹⁸⁴.

Un devoir d'information pourrait, en revanche, être tiré de l'obligation de respect imposée aux partenaires enregistrés, dans la mesure où le message du Conseil fédéral précise que « chaque partenaire est tenu d'avoir un comportement honnête et loyal vis-à-vis de l'autre »²¹⁸⁵.

L'effectivité du devoir d'information est encore plus nette lorsque deux personnes ont contracté un mariage. L'information relative à l'état de santé est explicitement comprise dans les devoirs des époux,

et devoirs respectifs des époux » ; Art. 1388 CC : « Les époux ne peuvent déroger ni aux devoirs ni aux droits qui résultent pour eux du mariage » ; Art. 1417 CC : « au mépris des devoirs que lui imposait le mariage ».

²¹⁷⁴ Art. 133 CCS (devoirs des père et mère) ; Art. 134 CCS (devoirs des père et mère) ; Art. 179 (devoirs parentaux) ; Art. 272 CCS (devoirs réciproques des père et mère et de l'enfant) ; Art. 159 CCS (devoirs des époux) ; Art. 170 CCS (devoir de renseigner) ; Art. 172 CCS (mesures judiciaires) ; Art. 177 CCS (devoir d'entretien) ; Art. 273 CCS (devoirs et relations personnelles) ; Art. 301 a CCS (devoir d'information et changement de résidence) ; Art. 302 CCS (devoir de favoriser et de protéger le développement de l'enfant) ; Art. 307 CCS (rappel des devoirs) ; Art. 311 CCS (manquement grave aux devoirs).

²¹⁷⁵ GUINCHARD S., DEBARD T. (Dir.), *Lexique des termes juridiques*, Paris, Lexiques, Dalloz, 2014-2015, p. 352.

²¹⁷⁶ *Ibid.*

²¹⁷⁷ CORNU G., *Vocabulaire juridique*, Paris, Dicos poche, Quadrige, PUF, 2007, p. 307.

²¹⁷⁸ OUEDRAOGO R. W., *La notion de devoir en droit de la famille*, Bruxelles, Bruylant, 2014, pp. 20-21.

²¹⁷⁹ MEIER P., STETTLER M., *Droit de la filiation*, Zurich, Schulthess, 2014, p. 419.

²¹⁸⁰ Art. 272 CCS : « Les père et mère et l'enfant se doivent mutuellement l'aide, les égards et le respect qu'exige l'intérêt de la famille ».

²¹⁸¹ MEIER P., STETTLER M., *Droit de la filiation*, Zurich, Schulthess, 2014, p. 415. Les auteurs se réfèrent à l'ATF 119 Ia 134, 135, Consid. 4 = JT, 1996, I, 287, lequel précise que le devoir d'aide est lié à la filiation et qu'il persiste malgré le retrait de l'autorité parentale.

²¹⁸² Message du Conseil fédéral à l'Assemblée fédérale concernant la modification du Code civil suisse (filiation), 5 juin 1974, FF 1974 II 53.

²¹⁸³ ATF 76 II 265, 272, Consid. 4 = JT, 1951, I, 546, 552. L'arrêt pose que l'article 271 CCS (ancêtre de l'actuel article 272 CCS) est aussi applicable entre frère et sœur : cité par : MEIER P., STETTLER M., *Droit de la filiation*, Zurich, Schulthess, 2014, p. 476, Note 1469.

²¹⁸⁴ ATF 134 III 241, 245, Consid. 5. 3. 1.

²¹⁸⁵ Message relatif à la loi fédérale sur le partenariat enregistré entre personnes de même sexe, 29 novembre 2002, FF 2003 1237.

lesquels se doivent une fidélité mutuelle²¹⁸⁶. Supposé favoriser l'établissement d'une relation de confiance entre les époux²¹⁸⁷, le devoir de fidélité doit être entendu au sens large. Par-delà la sphère sexuelle et sentimentale, il englobe la loyauté dont découle un devoir d'information entre époux²¹⁸⁸, concrétisé à l'article 170 CCS dans le domaine patrimonial²¹⁸⁹.

Le Code civil français s'avère moins explicite que le Code civil suisse. Il ne mentionne pas de devoir d'information parmi les obligations des partenaires pacsés, bien qu'un devoir de loyauté ait pu être posé par la jurisprudence²¹⁹⁰. Un devoir d'information n'est pas davantage mentionné à la charge des époux ; cela ne signifie pas pour autant qu'un tel devoir est inexistant. En effet, à côté des devoirs nommés des époux, la jurisprudence a développé d'autres devoirs, lesquels découlent de la jurisprudence relative au divorce²¹⁹¹.

313. Devoir d'informer et divorce – Antérieurement à la loi du 26 mai 2004²¹⁹², l'article 238 CC faisait de la santé d'un des époux une cause spécifique de divorce²¹⁹³. Cette spécificité a aujourd'hui disparu et l'on peut retenir que l'état de santé d'un époux ne justifie pas, en lui-même, le prononcé du divorce. Cet état peut toutefois constituer une cause de divorce pour faute²¹⁹⁴, lorsqu'il a fait l'objet d'une dissimulation. La jurisprudence ancienne avait notamment prononcé le divorce en cas de dissimulation d'une impuissance, d'une maladie mentale, d'une malformation physique s'opposant à la consommation du mariage ou encore d'une maladie vénérienne²¹⁹⁵. On peut désormais y ajouter la dissimulation de la toxicomanie, des conséquences de l'anorexie de l'épouse ou encore des troubles de la personnalité²¹⁹⁶.

En droit suisse, le divorce pour rupture du lien conjugal peut être prononcé lorsque des motifs sérieux et non imputables à l'époux demandeur rendent insupportable la continuation du mariage²¹⁹⁷. À notre connaissance, le Tribunal fédéral ne s'est jamais directement prononcé sur la dissimulation par un époux de son état de santé. Toutefois, il nous semble possible de tirer de la combinaison de différents arrêts, rendus sur le fondement de l'article 115 CCS, que la dissimulation d'une maladie grave ayant un important retentissement sur la vie conjugale pourrait constituer une cause de divorce²¹⁹⁸.

²¹⁸⁶ Art. 159 al. 3 CCS.

²¹⁸⁷ STEINAUER P.-H., DESCHENAUX H., BADDELEY M., *Les effets du mariage*, Zurich, Stämpfli, 2009, p. 71.

²¹⁸⁸ GUILLOD O., *Droit des familles*, Bâle, Les abrégés, Unine, Helbing & Lichtenhahn, 2014, p. 35.

²¹⁸⁹ Art. 170 CCS : « Chaque époux peut demander à son conjoint qu'il le renseigne sur ses revenus, ses biens et ses dettes ».

²¹⁹⁰ De manière isolée, un tribunal a mentionné une obligation de loyauté susceptible de permettre la sanction de l'infidélité : TGI Lille, Ord., 5 juin 2002 : RTD civ., 2003, 270, Obs. HAUSER J. ; D., 2003, 515, Note LABBÉE X. ; Dr. fam., 2003, Comm. 57, BEIGNIER B.

²¹⁹¹ LEMOULAND J.-J., *Droit de la famille*, Paris, Cours magistral, Ellipses, 2014, p. 201.

²¹⁹² Loi n° 2004-439 relative au divorce du 26 mai 2004, JORF, 27 mai 2004, p. 9319.

²¹⁹³ Art. 238 ancien CC.

²¹⁹⁴ Art. 242 CC : « Le divorce peut être demandé par l'un des époux lorsque des faits constitutifs d'une violation grave ou renouvelée des devoirs et obligations du mariage sont imputables à son conjoint et rendent intolérable le maintien de la vie commune ».

²¹⁹⁵ PRADEL J., *La condition civile du malade*, Thèse, Poitiers, 1960, pp. 171-173, et les nombreuses références citées aux notes 40 à 47.

²¹⁹⁶ GARÉ T., « Réflexions sur la faute cause de divorce, en hommage au Professeur Mouly », JCP G, 1997, II, 22869.

²¹⁹⁷ Art. 115 CCS.

²¹⁹⁸ GUILLOD O., *Droit des familles*, Bâle, Les abrégés, Unine, Helbing & Lichtenhahn, 2014, p. 147 : l'auteur présente cette jurisprudence : « Des actes de violence qui mettent en danger la santé physique ou psychique d'un conjoint » (ATF 127 III 129) ; « Le fait d'avoir été trompé, lors de la conclusion du mariage, sur la réelle volonté du conjoint de fonder une communauté conjugale, ce dernier ne cherchant qu'à se procurer un avantage en matière de police des étrangers » (TF, 5C.107/2004, 26 août 2004 ; ATF 127 III 347) ; « L'existence chez le conjoint d'une maladie psychique qui le pousse à harceler constamment l'époux demandeur » (ATF 128 III 1).

314. Méconnaissance d'une information relative à la santé et annulation du mariage – La méconnaissance par l'un des époux d'une information relative à la santé de l'autre peut enfin donner lieu à une annulation du mariage. En 1804, le Code civil français en avait adopté une conception idéaliste, dans laquelle la santé ne constituait pas une condition de formation du mariage²¹⁹⁹. Cette conception idéaliste s'accompagnait d'une vision restrictive de l'erreur. L'article 180 CC se référait uniquement à l'erreur dans la personne²²⁰⁰. L'erreur dans la personne était entendue restrictivement par la Cour de cassation dans le célèbre arrêt Berthon, rendu par les chambres réunies le 24 avril 1862²²⁰¹. Elle pouvait porter sur la personne physique ou sur la personne civile ; en revanche, l'erreur sur les qualités essentielles de la personne n'était pas susceptible d'être retenue²²⁰². Cette conception conduisait, par exemple, la jurisprudence à refuser de retenir l'erreur lorsque l'un des époux n'avait pas été informé de l'impuissance de son conjoint²²⁰³. Toutefois, un certain nombre de juridictions du fond avaient fait œuvre de résistance en retenant une conception extensive de l'erreur, incluant les qualités essentielles de la personne²²⁰⁴. La loi du 11 juillet 1975²²⁰⁵ réformant le divorce a modifié l'article 180 CC en élargissant sa portée. Depuis, cet article dispose que « *s'il y a eu erreur dans la personne ou sur des qualités essentielles de la personne, l'autre époux peut demander la nullité du mariage* ». L'erreur sur les qualités essentielles de la personne constitue désormais une cause de nullité du mariage. L'erreur s'apprécie objectivement, c'est-à-dire en considération des finalités propres du mariage, mais aussi subjectivement, ce qui revient à rechercher si la personne se serait mariée si

²¹⁹⁹ Historiquement, la santé a constitué une condition nécessaire à la formation du mariage. Sous le droit canonique, la santé apparaissait dans une certaine mesure comme une condition de formation du mariage. En effet, la procréation était considérée comme l'une des finalités du mariage et l'impuissance était un empêchement à mariage. La consommation du mariage était nécessaire pour rendre le mariage indissoluble. Sous l'ancien droit l'impuissance constituait également une cause de nullité du mariage. (TROCHU M., « L'impuissance », *D*, 1965, Chronique, p. 153). Le Code civil de 1804 a rompu avec cette tradition en optant pour une conception idéaliste du mariage aux termes de laquelle le mariage s'analyse comme la rencontre de deux volontés. La maladie ne constitue pas un empêchement à mariage et ce dernier subsiste « *même si la maladie l'a vidé de tout son contenu biologique naturel, même si les rapports entre les époux ne sont plus possibles ou féconds* » (CULIOLI M., « La maladie d'un époux. Idéalisme et réalisme en droit matrimonial français », *RTD civ.* 1968, p. 255). Le code n'accorde « *pas de place pour la donnée corporelle* » (CARBONNIER J., cité par PRADEL J., *La condition civile du malade*, Thèse, Poitiers, 1960, p. 164) ; il en résulte que les sourds et muets, les mourants et les impuissants se voient accorder la capacité matrimoniale (PRADEL J., *La condition civile du malade*, Thèse, Poitiers, 1960, pp. 162-163). La maladie est prise en compte uniquement si elle aboutit à altérer l'intégrité du consentement de l'un des époux. De nos jours, la maladie ne constitue toujours pas une condition de formation du mariage. À partir du moment où la maladie ou l'infirmité n'a pas d'impact sur l'intégrité du consentement de la personne, le mariage est parfait.

²²⁰⁰ « *Lorsqu'il y a eu erreur dans la personne le mariage ne peut être attaqué que par celui des deux époux qui a été induit en erreur* » : *Code civil des français*, Édition originale et seule officielle, Paris, Imprimerie de la République, 1804, p. 146.

²²⁰¹ Cass. ch. réun., 24 avril 1862 : *Bull. ch. réun.*, 1862, n° 57.

²²⁰² Cette solution était fondée sur les trois principaux arguments suivants : la lecture des travaux préparatoires du Code civil, le caractère institutionnel du mariage et les risques liés à la multiplication des cas d'erreur : RAYMOND G., CICILE-DELFOSE M.-L., *Jurisclasser civil code*, Fascicule 10 : « Mariage. – Les conditions à réunir dans la personne des époux », n° 73.

²²⁰³ À la fin du 19^e siècle, les tribunaux vont refuser de prononcer la nullité du mariage en cas d'impuissance. Dans cette mouvance, un arrêt du 6 avril 1903 de la chambre civile de la Cour de cassation a refusé de prononcer la nullité du mariage lorsque l'un des époux n'avait pas été informé de l'impuissance de son conjoint. Il s'agissait d'une femme présentant les signes extérieurs du sexe féminin mais dépourvue d'organes génitaux internes. L'impuissance, et plus largement la santé, ne constitue pas une cause de nullité du mariage quel que soit le fondement envisagé. Tout d'abord, sur le fondement de l'article 144 CC (prévoyant la différence de sexe), la Cour va retenir que le défaut, la faiblesse et l'imperfection de certains organes du sexe sont sans effets sur la validité du mariage. Elle va également refuser l'annulation sur le fondement de l'article 180 CC en retenant que « *l'erreur ne portait pas sur la personne mais uniquement sur les qualités physiques* ». Trois arguments peuvent être avancés au soutien de cette solution : l'absence de texte prévoyant expressément la nullité pour impuissance, un raisonnement par analogie avec le mariage *in extremis* et enfin, les difficultés à rapporter la preuve de l'impuissance : PRADEL J., *La condition civile du malade*, Thèse, Poitiers, 1960, p. 180.

²²⁰⁴ RAYMOND G., CICILE-DELFOSE M.-L., *Jurisclasser civil code*, Fascicule 10 : « Mariage. – Les conditions à réunir dans la personne des époux », n° 74.

²²⁰⁵ Loi n° 75-617 portant réforme du divorce du 11 juillet 1975, *JORF*, 12 juillet 1975, p. 7171.

elle n'avait pas commis d'erreur²²⁰⁶. L'ignorance de la maladie au moment du mariage a largement été retenue par la jurisprudence pour fonder l'annulation au titre de l'erreur sur les qualités essentielles.

Le Code civil suisse de 1907 avait reconnu des causes d'annulation du mariage plus nombreuses que le droit français. Deux vices du consentement étaient susceptibles de fonder la nullité du mariage, lorsque l'un des époux ne connaissait pas la maladie de son conjoint. D'une part, l'article 124 al. 2 permettait d'attaquer le mariage contracté « *sous l'empire d'une erreur relative à des qualités si essentielles du conjoint, que leur défaut lui rend la vie commune insupportable* »²²⁰⁷. D'autre part, le dol constituait une cause de nullité. Le mariage pouvait donc être attaqué par l'époux dont le conjoint lui avait caché « *une maladie offrant un danger grave pour la santé du demandeur ou pour celle de sa descendance* »²²⁰⁸. Cette seconde cause de nullité a ensuite été supprimée. Cependant, le dol peut désormais être sanctionné sur le fondement de l'article 107 CCS, prévoyant que l'annulation du mariage peut être poursuivie lorsqu'un époux « *a contracté mariage en ayant été à dessein induit en erreur au sujet de qualités personnelles essentielles de son conjoint* ». L'impuissance, la perversité ou la maladie grave et incurable constituent des qualités essentielles²²⁰⁹.

315. Mesure de l'influence du droit de la santé sur le devoir d'informer – Il existe donc en droit de la famille un devoir d'informer, découlant principalement du mariage. Afin de déterminer l'influence exercée par le droit de la santé sur ce devoir particulier, les exemples du SIDA et de l'examen des caractéristiques génétiques à des fins médicales peuvent être mobilisés. La comparaison des droits montre que la France et la Suisse n'ont pas abordé ces deux questions de la même manière. En effet, en droit suisse, le traitement juridique de ces questions semble unifié, à l'inverse du droit français.

316. Le traitement juridique unifié du SIDA et de l'examen des caractéristiques génétiques en droit suisse – Sans déborder sur l'étendue de la pénalisation²²¹⁰ de la transmission du virus du SIDA dont il ne saurait être question²²¹¹, on peut constater que le droit de la santé ne prévoit pas expressément

²²⁰⁶ RAYMOND G., CICILE-DELFOSE M.-L., *Jurisclasser civil code*, Fascicule 10 : « Mariage. – Les conditions à réunir dans la personne des époux », n° 78 et s.

²²⁰⁷ Code civil suisse du 10 décembre 1907, FF 1907 VI 429.

²²⁰⁸ Art. 125 al. 2 CCS dans sa version issue du Code civil suisse du 10 décembre 1907, FF 1907 VI 429.

²²⁰⁹ Message concernant la révision du Code civil suisse (état civil, conclusion du mariage, divorce, droit de la filiation, dette alimentaire, asiles de famille, tutelle et courtoage matrimonial), 15 novembre 1995, FF 1996 I 82.

²²¹⁰ Art. 231 CPS, intégré dans le titre 8 du Code pénal consacré aux crimes ou délits contre la santé publique : « *Celui qui, intentionnellement, aura propagé une maladie de l'homme dangereuse et transmissible sera puni d'une peine privative de liberté de cinq ans au plus ou d'une peine pécuniaire de 30 jours-amende au moins. La peine sera une peine privative de liberté de cinq ans si le délinquant a agi par bassesse de caractère. La peine sera une peine privative de liberté de trois ans au plus ou une peine pécuniaire si le délinquant a agi par négligence* ». L'article 122 CPS, punissant les lésions corporelles graves permet de sanctionner l'atteinte à l'intégrité corporelle et à la santé de la personne. Concernant le débat doctrinal sur les autres dispositions pénales qui auraient pu être mobilisées mais qui n'ont finalement pas été retenues par le Tribunal fédéral, voir : MÜLLER A., *Le Sida et le droit pénal*, Mémoire de master, Unine, 2007, pp. 28-42. Sur les éléments constitutifs des infractions posées par les articles 122 et 231 CPS, voir respectivement : CORBOZ B., *Les infractions en droit suisse*, Vol. I, Berne, Stämpfli, 2010, p. 117 ; CORBOZ B., *Les infractions en droit suisse*, Vol. II, Berne, Stämpfli, 2010, p. 119. L'entrée en vigueur de la révision de la loi sur les épidémies modifiera l'art. 231 du Code pénal. Ce dernier disposera que « *celui qui, par bassesse de caractère, aura propagé une maladie de l'homme dangereuse et transmissible sera puni d'une peine privative de liberté d'un an au moins et de cinq ans au plus* » : Loi fédérale sur la lutte contre les maladies transmissibles de l'homme du 28 septembre 2012, FF 2012 7543.

²²¹¹ De nombreux articles ont été publiés sur cette question : CEREGHETTI A., « Autour de la pénalisation de la transmission du SIDA », *Plädoyer*, 2005, n° 5, p. 56 (critique de l'indifférenciation des solutions jurisprudentielles au vu des progrès scientifiques permettant de limiter la transmissibilité du VIH) ; HÜBNER F., « Faut-il encore pénaliser la transmission du VIH en Suisse ? », *Plädoyer*, 1996, n° 6, p. 46 (critique de la criminalisation de la transmission du VIH en Suisse) ; GUILLIOD O., « Switzerland : abused children, HIV-positive sexual partners and family reunion », *Journal of family law*, 1991, Vol. 30, n° 2, pp. 420-422 (responsabilité civile et pénale du fait de la transmission du virus) ; GASQUEZ R., « Pour la dépenalisation de l'exposition au VIH », *Plädoyer*, 2009, n° 4, p. 52 (critique de la pénalisation de la simple exposition au VIH) ; GUILLIOD O., « Lutte contre le SIDA : quel rôle pour le droit pénal ? », *Revue pénale suisse*, 1997, Tome 50, Fasc. 2, p. 130 (critique de la spécificité du traitement

d'obligation pour le patient d'informer la personne avec laquelle elle entretient des relations sexuelles. Il n'existe d'ailleurs pas de test prénuptial obligatoire²²¹². La LAGH ne prévoit pas davantage d'obligation d'informer les membres de sa famille potentiellement concernés des résultats d'une analyse génétique dans le domaine médical. La comparaison avec le droit français permet de dégager deux caractéristiques du système juridique suisse. D'une part, le droit suisse réserve un traitement unifié au SIDA et à l'analyse génétique. D'autre part, l'absence de disposition particulière conduit à appliquer les dispositions générales relatives à la protection de la personnalité du patient et aux devoirs familiaux. Le droit de la santé n'exerce donc aucune influence sur ces derniers. Ainsi, le conjoint a un devoir matrimonial de révéler à l'autre conjoint l'affection dont il souffre²²¹³. À défaut, il s'expose aux sanctions posées par le droit de la famille, à savoir le divorce ou l'annulation du mariage²²¹⁴. En revanche, il ne semble pas possible d'imposer au conjoint de révéler l'information ou de subir un test, dans la mesure où l'article 170 CCS ne trouve à s'appliquer que dans la sphère patrimoniale²²¹⁵. La règle traditionnellement posée par la jurisprudence, selon laquelle « *celui qui crée un état des choses dangereux pour autrui est tenu de prendre les mesures de protection commandées par les circonstances pour empêcher qu'un dommage ne se produise* »²²¹⁶, permet de fonder un devoir de se protéger lors de relations sexuelles et d'avertir l'autre membre du couple de son affection lorsqu'un projet parental est envisagé²²¹⁷.

317. Le traitement juridique différencié du SIDA et de l'examen des caractéristiques génétiques en droit français – À l'inverse du droit suisse, le droit de la santé français prévoit un traitement juridique différencié du SIDA et de l'examen des caractéristiques génétiques à des fins médicales.

Aucune disposition du Code de la santé publique ne prévoit, à la charge de la personne atteinte du VIH, un devoir d'informer son partenaire sexuel. La loi du 16 décembre 1942²²¹⁸ avait intégré l'exigence d'un certificat prénuptial au sein du Code civil²²¹⁹ et du Code de la santé publique²²²⁰, lequel devait être remis à l'officier d'état civil. La liste des examens obligatoires avait été précisée par un décret du 14 février

jurisprudentiel du SIDA sur le fondement de l'art. 231 CPS) ; LOB J., « SIDA et droit pénal », *RSJ*, 1987, n° 10, p. 163 ; ROBERT C.-N., « Notes sur le jugement du Tribunal de police de Genève du 29 août 1994 », *Plaidoyer*, 1994, n° 5, p. 53. On peut en retenir qu'après une période de sanctions relativement fermes de la transmission du VIH allant jusqu'à la condamnation de la transmission par négligence du virus, y compris lorsque la personne n'avait pas de certitude sur son état (ATF 134 IV 193), le Tribunal fédéral a assoupli sa jurisprudence. Il retient désormais que « *vu les découvertes scientifiques et les progrès dans les traitements médicaux, on ne peut plus dire aujourd'hui que l'infection par le VIH constitue déjà en elle-même une lésion corporelle grave, qui met la vie en danger au sens de l'art. 122 al. 1 CP[S]. Elle représente cependant encore une altération pathologique préjudiciable ayant valeur de maladie et doit être qualifiée, selon les circonstances concrètes, de lésion corporelle simple ou grave* » (résumé en français) : ATF 139 IV 214, Consid. 3. 4.

²²¹² DUBOIS-ARBER F., HAOUR-KNIPE M., *Identification des discriminations institutionnelles à l'encontre des personnes vivant avec le VIH en Suisse*, Lausanne, Raisons de santé, Institut universitaire de médecine sociale et préventive, p. 81.

²²¹³ GUILLOD O., KUNZ K.-L., ZENGER C. A., *Trois expertises sur des questions juridiques en relation avec le SIDA*, Berne, Stämpfli, 1991, p. 278.

²²¹⁴ *Ibid.*

²²¹⁵ *Ibid.*

²²¹⁶ *Ibid.*, p. 276.

²²¹⁷ *Ibid.*, pp. 276-277.

²²¹⁸ Loi du 16 décembre 1942 ; Ordonnance n° 45-2720 du 2 novembre 1945 sur la protection maternelle et infantile, *JORF*, 5 Novembre 1945, p. 7297.

²²¹⁹ Art. 63 al. 2 ancien CC : « *L'officier d'état civil ne pourra procéder à la publication par voie d'affiche à la porte de la maison commune qu'après la remise par chacun des époux d'un certificat médical de moins de deux mois, attestant, à l'exclusion de toute autre indication, que l'intéressé a été examiné en vue du mariage* ».

²²²⁰ Art. 6 de l'ordonnance devenu l'art. L 155 CSP.

1992²²²¹. Inspiré des thèses eugénistes, ce certificat prénuptial servait notamment à « *sauvegarder les intérêts de santé du conjoint et de l'enfant* »²²²². Il n'entraînait pas en contradiction avec le secret médical. En effet, il se contentait d'attester que l'examen avait été réalisé, sans apporter de précision quant à l'état de santé de l'individu. Le médecin ne pouvait pas révéler à l'autre membre du couple les résultats de l'examen sans commettre une violation du secret médical. L'information du futur conjoint ne revêtait aucun caractère obligatoire, les fiancés étant juridiquement assimilables à des tiers²²²³. Le droit de la santé se contentait « *de placer les époux devant leur conscience* »²²²⁴ et la « *liberté du malade d'informer son fiancé rest[ait] pleine et entière* »²²²⁵. La loi du 20 décembre 2007 a supprimé l'exigence du certificat médical prénuptial, à compter du 1^{er} janvier 2008²²²⁶. Cette suppression a été justifiée par l'augmentation des naissances hors mariage et par la volonté de limiter les dépenses de santé²²²⁷. Ainsi, le droit de la santé français ne prévoit aucune obligation particulière. Si l'un des membres du couple n'a pas connaissance de l'infection de son conjoint par le VIH, il pourra intenter une action en nullité en arguant d'une erreur sur les qualités essentielles. Une telle action a d'ores et déjà abouti devant le TGI de Dinan. Dans cette affaire, quelques mois à peine après la célébration du mariage, une épouse avait découvert qu'elle était atteinte par le VIH, ce qui ôtait au couple tout espoir de procréer. Le tribunal retient que l'état de santé constitue une qualité objectivement essentielle et déterminante de la volonté de contracter le mariage. D'un point de vue subjectif, le mari n'aurait pas consenti à une telle union s'il avait eu connaissance de la maladie, dans la mesure où il aspirait à fonder une famille. Il n'est pas nécessaire de démontrer une dissimulation de la part de l'épouse²²²⁸, seul le critère de l'antériorité étant déterminant en l'espèce²²²⁹. En revanche, l'existence d'une dissimulation de l'état de santé, ou encore la contamination de l'autre époux par le VIH durant le mariage constitueraient des fautes cause de divorce²²³⁰. Le droit de la santé n'imprime aucune spécificité au traitement juridique des devoirs familiaux. La santé est « *perdue dans les concepts généraux* »²²³¹, tout comme en droit suisse.

En revanche, le droit de la santé favorise l'évolution des devoirs familiaux, lorsqu'il régleme la transmission familiale de l'information génétique consécutive à la découverte d'une anomalie génétique grave chez une personne. Dès 2004, J.-C. GALLOUX et H. GAUMONT-PRAT mentionnaient à cet égard « *un mouvement favorable à une suprématie de la notion de « solidarité normative » sur l'intangibilité du droit à l'intimité* »²²³². De nos jours, l'article L 1131-1 CSP prévoit que la personne testée « *est tenue d'informer les membres de sa famille potentiellement concernés dont elle ou, le cas échéant, son représentant légal possède ou peut obtenir les coordonnées, dès lors que des mesures de prévention ou de soins peuvent leur être proposées* ». La loi relative à la

²²²¹ Décret n° 92-143 du 14 février 1992 relatif aux examens obligatoires prénuptial, pré et postnatal, *JORF*, 16 février 1992, p. 2505.

²²²² RACHEL G.-P., *La famille et la santé de la personne*, Lyon 3, Thèse en droit privé, 1992, p. 29.

²²²³ *Ibid.*

²²²⁴ BARABÉ-BOUCHARD V., « La famille et le SIDA », in FEUILLET-LE-MINTIER B. (Dir.), *Le SIDA. Aspects juridiques*, Paris, CRJO, Economica, 1995, p. 25.

²²²⁵ *Ibid.*, p. 26.

²²²⁶ Loi n° 2007-1787 du 20 décembre 2007 relative à la simplification du droit, *JORF*, 21 décembre 2007, p. 20639.

²²²⁷ LARRIBAU-TERNEYRE V., « La disparition du certificat prénuptial », *Dr. fam.*, 2008, n° 1, Comm. 3.

²²²⁸ SÉRIAUX A., « Le mariage », in LANVERSIN J. (de), BLANC A.-P. (Dir.), *Famille et SIDA, Cinquième rencontre médico-juridique sur le SIDA et les infections à virus H. I. V.*, Aix-Marseille, PUAM, 1992, p. 43.

²²²⁹ TGI Dinan, 4 avril 2006, n° 05-00135 : *D.*, 2007, 1510.

²²³⁰ BERGEL J.-L., « Le divorce », in LANVERSIN J. (de), BLANC A.-P. (Dir.), *Famille et SIDA, Cinquième rencontre médico-juridique sur le SIDA et les infections à virus H. I. V.*, Aix-Marseille, PUAM, 1992, pp. 51-52.

²²³¹ RAOUL-CORMEIL G., « La santé dans le Code civil », *RGDM*, Numéro spécial santé et droit, 2010, p. 40.

²²³² GALLOUX J.-C., GAUMONT-PRAT H., « Droits et libertés corporels », *D.*, 2005, n° 8, p. 536.

bioéthique du 7 juillet 2011 consacre expressément une obligation d'information familiale²²³³ et semble s'émanciper des règles posées par le droit civil d'un triple point de vue.

D'abord, elle procède à une extension du cercle des créanciers de l'information. En effet, la loi mentionne l'ensemble des membres de la famille concernés. Lors des travaux préparatoires relatifs à la loi de bioéthique de 2004, il avait notamment été fait allusion aux frères et sœurs, aux cousins et cousines et aux neveux et nièces²²³⁴. Ce cercle ne correspond pas à celui prévu par le droit de la famille lorsqu'il régit les solidarités familiales, et plus particulièrement lorsqu'il circonscrit le domaine de l'obligation alimentaire. Il s'avère en outre fluctuant, le décret d'application de la loi précisant que le médecin prescripteur « *détermine, en fonction des éléments médicaux dont il dispose (...) et conformément aux bonnes pratiques définies par l'article R 1131-20-5, les catégories de membres de la famille potentiellement concernés par l'information, eu égard au lien de parenté avec la personne et à la nature de l'anomalie recherchée* »²²³⁵. Le pragmatisme du droit de la santé modifie donc l'appréhension des solidarités familiales dont il fixe l'étendue au cas par cas.

La loi du 7 juillet 2011 procède ensuite à une extension du cercle des personnes susceptibles d'être à l'origine de la transmission de l'information. En effet, elle permet au donneur de gamètes chez lequel a été « *diagnostiquée une anomalie génétique grave dont les conséquences sont susceptibles de mesures de prévention, y compris de conseil génétique, ou de soins (...) d'autoriser le médecin prescripteur à saisir le responsable du centre d'assistance médicale à la procréation afin qu'il procède à l'information des enfants issus du don* »²²³⁶. Certes, on ne peut pas parler d'un devoir juridique du donneur de gamètes, dans la mesure où le législateur s'en remet à sa seule conscience morale. Cependant, cette disposition témoigne incontestablement d'un renouvellement de la solidarité fondée sur l'existence d'un lien biologique entre deux individus entre lesquels il n'existe aucune relation juridique, qu'elle soit de nature familiale ou contractuelle. Elle nous semble d'ailleurs constituer un argument au soutien d'une complémentarité entre lien de filiation juridique et lien génétique.

Enfin, l'objectif poursuivi par le législateur consistait à laisser place à l'application des règles du droit commun de la responsabilité civile, pour sanctionner le refus de transmettre l'information à l'un des membres de la famille. Cet objectif ne nous semble pas totalement atteint²²³⁷ et l'on ne peut que souligner que le recours à l'article 1382 CC marque une désaffectation pour les sanctions spécifiques issues du droit de la famille. Elle transforme ainsi un devoir familial en obligation légale²²³⁸.

²²³³ DEPADT-SEBAG V., *Droit et bioéthique*, Bruxelles, Droit des technologies, De Boeck, Larcier, 2012, p. 154 ; BINET J.-R., *La réforme de la loi bioéthique. Commentaire et analyse de la loi du 7 juillet 2011*, Paris, Actualité, Lexis-Nexis, 2012, p. 17.

²²³⁴ SÉNAT, Rapport fait au nom de la commission des affaires sociales sur le projet de loi, adopté avec modifications par l'Assemblée nationale en deuxième lecture, relatif à la loi bioéthique, Par M. Francis GIRAUD, n° 333, Annexe au procès-verbal de la séance du 3 juin 2004, p. 67 et p. 83.

²²³⁵ Art. R 1131-20-1 II, inséré dans le Code de la santé publique par le décret n° 2013-525 du 20 juin 2013 relatif aux conditions de mise en œuvre de l'information à la parentèle dans le cadre d'un examen des caractéristiques génétiques à finalité médicale, JORF, 22 juin 2013, p. 10403.

²²³⁶ Art. L 1131-1-2 al. 6 CSP.

²²³⁷ CAPPELLARI A., « Patrimoine génétique familial : entre héritage et responsabilité civile », in NICOLAS G. (Dir.), *Corps et patrimoine*, Les cahiers de droit de la santé, LEH, 2014, p. 488.

²²³⁸ PONS S., *La réception par le droit de la famille de l'article 1382 du Code civil*, Aix-Marseille, Collection du centre Pierre Kayser, PUAM, 2007, p. 397.

2. Les devoirs d'aide et d'assistance renouvelés par le droit de la santé

318. Les devoirs d'aide et d'assistance sont également renouvelés sous l'effet des règles de droit de la santé.

319. **Étendue et limites du devoir d'assistance** – À la fin des années 1960, M. CULIOLI soulignait que « l'assistance personnelle de l'époux à l'égard du malade constitue un droit essentiel pour celui-ci, puisque s'y rattache un devoir de patience, de douceur et de soins. Sans devenir esclavage, cela peut d'ailleurs aller fort loin »²²³⁹. Tout en relevant qu'il n'existait pas de jurisprudence en ce sens, il considérait que « lorsqu'en vue de [la] guérison, l'époux malade a un besoin pressant de sang ou d'une greffe de tissu quelconque, l'autre a l'obligation de se prêter à l'opération si elle n'entraîne pas de lésions corporelles graves, durables ou douloureuses. (...) On peut penser que le devoir d'assistance prévu par l'article 212 est suffisant pour fonder une obligation de transfusion sanguine »²²⁴⁰. Cette position semblait dictée par la conception idéaliste du mariage, prônant « l'héroïsme matrimonial »²²⁴¹, dans laquelle « l'obligation d'assistance imposée par l'article 212 CC, à chacun des époux, les oblige à subir et à tolérer la situation, si pénible qu'elle soit, dérivant de l'état de santé déplorable où se trouve son conjoint »²²⁴². Cette conception a toutefois été battue en brèche et la doctrine plus récente considère que « demander à son conjoint une aide aussi contraignante, moralement et physiquement, peut dépasser le devoir d'entraide (...). L'article 212 CC ne prescrit pas de telles atteintes à la liberté humaine »²²⁴³. Le respect de l'intégrité corporelle de l'un des époux et la protection de sa propre santé contribuent donc à circonscrire le devoir d'assistance²²⁴⁴. Cette évolution s'avère conforme au principe du consentement de l'intéressé à l'acte médical, consacré par le droit de la santé.

En droit suisse, le mariage fait également naître un devoir d'assistance entre les époux, lequel implique qu'ils s'apportent mutuellement un « soutien moral et matériel » et qu'ils consacrent « à leur conjoint et à leurs enfants, leur temps, leur force morale et physique »²²⁴⁵. Ce devoir, prévu par l'article 159 CCS, constitue « une norme programme », ce qui signifie qu'il peut être concrétisé, d'une part par le législateur qui peut adopter des normes traduisant ce devoir, d'autre part, par le juge qui l'interprète en fonction de l'esprit de l'époque²²⁴⁶.

²²³⁹ CULIOLI M., « La maladie d'un époux. Idéalisme et réalisme en droit matrimonial français », *RTD civ.* 1968, p. 272.

²²⁴⁰ *Ibid.*

²²⁴¹ PHILIPPE C., *Le devoir de secours et d'assistance entre époux. Essai sur l'entraide conjugale*, Paris, Bibliothèque de droit privé, LGDJ, 1981, p. 45.

²²⁴² *Ibid.*, pp. 44-45. L'auteur se réfère notamment à la jurisprudence ayant jugé « injurieux le refus de cohabiter opposé par l'épouse, alors même que la maladie de son mari eût été pénible à supporter, voire contagieuse » (CA Douai, 28 décembre 1932 : *Gaz. Pal.*, 1933, 1, 537 ; Tribunal civil de Versailles, 29 avril 1909 : *Gaz. Pal.*, 1909, 1, 732). Viennent également au soutien de cette conception les arrêts cités par : CULIOLI M., « La maladie d'un époux. Idéalisme et réalisme en droit matrimonial français », *RTD civ.* 1968, p. 272 : « Lorsque la maladie est folie, le conjoint devra supporter les injures et les coups (Cass. req., 4 mars 1902 : *D.*, 1902, I, 192 ; Cass. civ., 10 octobre 1956 : *Bull. civ.*, 1956, II, 321), l'inconduite même du malade (CA Montpellier, 11 mars 1953 : *JCP G.*, 1953, 7557, Obs. G. M ; *RTD civ.*, 1953, 521, Obs LAGARDE ; Cass. civ., 15 juin 1955 : *D.*, 1956, Somm. 34 ; TGI Coutances, 13 janvier 1965 : *D.*, 1965, Somm. 89) sans que la responsabilité de ce dernier se trouve engagée, du moins quand la démence est contemporaine des faits ».

²²⁴³ PHILIPPE C., *Le devoir de secours et d'assistance entre époux. Essai sur l'entraide conjugale*, Paris, Bibliothèque de droit privé, LGDJ, 1981, p. 45. L'idée d'un seuil dans le devoir d'assistance a également été défendue par V. ZALEWSKI au soutien de sa thèse relative à l'existence d'un seuil de gratuité : ZALEWSKI V., *Familles, devoirs et gratuité*, Paris, Logiques juridiques, L'Harmattan, 2004, pp. 288-291. Les limites du devoir d'entraide sont également soulignées par : OUEDRAOGO R. W., *La notion de devoir en droit de la famille*, Bruxelles, Bruylant, 2014, pp. 138-139.

²²⁴⁴ PHILIPPE C., *Le devoir de secours et d'assistance entre époux. Essai sur l'entraide conjugale*, Paris, Bibliothèque de droit privé, LGDJ, 1981, p. 45 et p. 46.

²²⁴⁵ STEINAUER P.-H., DESCHENAUX H., BADDELEY M., *Les effets du mariage*, Zurich, Stämpfli, 2009, p. 71.

²²⁴⁶ *Ibid.*

De nos jours, la doctrine considère que ce devoir inclut notamment « celui d'assister et de soutenir le conjoint pour que ce dernier puisse s'épanouir dans sa vie privée, par exemple quant à son désir d'avoir des enfants »²²⁴⁷, l'aide « en cas de maladie »²²⁴⁸, la « protection physique et morale »²²⁴⁹ et le devoir de représentation²²⁵⁰.

À notre connaissance, la doctrine ne s'est pas interrogée sur le point de savoir si un don d'organes contraint pourrait être déduit du devoir d'assistance. Il nous semble cependant peu probable qu'un tel devoir puisse être tiré de l'article 159 pour deux raisons qui expliquent, sans doute, que la doctrine n'ait pas envisagé cette question. D'un point de vue historique, le droit suisse a circonscrit, davantage que le droit français, l'étendue du devoir d'assistance. Ainsi, le Code civil de 1907 autorisait un époux à résider séparément « aussi longtemps que sa santé (...) [est] gravement menacée par la vie en commun »²²⁵¹. Un second argument nous semble pouvoir être tiré d'un raisonnement par analogie avec les règles applicables dans le domaine de la protection de l'adulte. En effet, lorsque l'autorité de protection de l'adulte institue une curatelle, elle doit prendre « en considération la charge que la personne concernée représente pour ses proches (...) ainsi que leur besoin de protection »²²⁵². Cette solution n'est pas totalement nouvelle, le Tribunal fédéral avait, en effet, déjà considéré en 1988 qu'« une autre solution que la privation de la liberté à des fins d'assistance ne peut être admise que si l'intéressé peut être aidé de manière efficace par ses proches (famille, amis), sans que cela implique pour eux des charges trop lourdes »²²⁵³. Le nouveau droit de la protection de l'adulte procède donc à une extension de cette solution en tenant compte des intérêts des tiers²²⁵⁴.

Ainsi, tout comme en droit français, seuls des efforts raisonnables peuvent être attendus et « on ne saurait (...) exiger des proches qu'ils sacrifient tout leur temps et supportent les situations les plus pénibles »²²⁵⁵. Un don d'organes contraint ne nous semble donc pas pouvoir être déduit du devoir d'assistance entre époux. Certes, il peut être retenu que la protection de la personnalité des époux « doit tenir compte de la situation du titulaire en tant que personne mariée, soit du fait que ses droits s'interprètent et peuvent être limités en fonction du bien commun (...) et des intérêts de la famille (...), voire même, de ceux du seul conjoint »²²⁵⁶. Cependant, même sous cet angle, on peut considérer que « la protection de la personnalité des personnes mariées implique (...) pour chacun d'eux que les restrictions de ses droits ne doivent pas franchir certaines limites »²²⁵⁷. Le même raisonnement peut être tenu à l'endroit des partenaires enregistrés, lesquels se voient imposer un devoir d'assistance²²⁵⁸ dont le contenu est similaire à celui des époux²²⁵⁹.

Dans chacun des deux pays, le droit de la famille impose un devoir d'entraide au sein de la famille. Cependant, celui-ci demeure limité par la protection de la personnalité du débiteur d'un tel devoir.

²²⁴⁷ *Ibid.*, p. 77.

²²⁴⁸ *Ibid.*, p. 78.

²²⁴⁹ *Ibid.*

²²⁵⁰ *Ibid.*

²²⁵¹ Art. 170 CCS issu du Code civil suisse du 10 décembre 1907, FF 1907 VI 429.

²²⁵² Art. 390 al. 2 CCS.

²²⁵³ ATF 114 II 213, 217-218, Consid. 5.

²²⁵⁴ MEIER P., « Les curatelles du nouveau droit de la protection de l'adulte : quelques notions/dispositions-pièges pour la pratique, *Fampra.ch*, 2012, n° 4, p. 940.

²²⁵⁵ *Ibid.*

²²⁵⁶ STEINAUER P.-H., DESCHENAUX H., BADDELEY M., *Les effets du mariage*, Zurich, Stämpfli, 2009, p. 82.

²²⁵⁷ *Ibid.*, pp. 82-83.

²²⁵⁸ Art. 12 LPart.

²²⁵⁹ STEINAUER P.-H., DESCHENAUX H., BADDELEY M., *Les effets du mariage*, Zurich, Stämpfli, 2009, p. 85.

320. Le renouvellement du devoir d'entraide par le droit de la santé – L'adoption de règles de droit de la santé spécifiques conduit toutefois à un renouvellement de ces solidarités familiales, lesquelles sont traditionnellement définies comme un « *impératif d'entraide qui, dans l'épreuve, soumet réciproquement les plus proches parents et alliés à des devoirs élémentaires de secours et d'assistance* »²²⁶⁰.

321. La multiplication des manifestations de la solidarité en droit de la santé – Les manifestations de la solidarité familiale en droit de la santé sont nombreuses. Nous nous contenterons d'en donner quelques illustrations qui sont communes à la France et à la Suisse²²⁶¹.

322. Exemple du prélèvement sur une personne mineure au bénéfice d'un membre de sa famille – La solidarité familiale se traduit d'abord dans les dispositions relatives aux dons d'éléments et produits du corps humain. En Suisse, le prélèvement de tissus ou cellules régénérables sur des personnes mineures ou majeures incapables de discernement ne peut se faire qu'au bénéfice de son père, de sa mère, de son enfant, de son frère ou de sa sœur. Les directives de l'ASSM prévoyaient déjà, à titre exceptionnel, le prélèvement de tissus sur ces personnes en faveur de « *parents de sang les plus proches* »²²⁶². La solidarité familiale est donc patente. Le message du Conseil fédéral met d'ailleurs clairement en avant l'intérêt de la famille entendu comme « *ce qui est pour le bien de la famille* » ou « *de certains de ses membres* »²²⁶³. Il souligne en effet que « *bien que le don effectué par une personne vivante soit en premier lieu une intervention servant les intérêts thérapeutiques d'une tierce personne, un tel don peut également avoir des répercussions positives sur le donneur et sa famille. L'acceptation d'un risque admissible du point de vue médical peut permettre de sauver la vie d'un des deux parents, d'un enfant, d'un frère ou d'une sœur dont la mort représenterait sinon une très lourde épreuve pour la famille* »²²⁶⁴.

En France, au début des années 1960, les autorités judiciaires avaient autorisé une transplantation de rein entre deux jumelles âgées de quatorze ans²²⁶⁵. La loi Caillavet avait ensuite admis, à titre exceptionnel, que le représentant légal puisse consentir à un prélèvement sur le mineur au profit de son frère ou de sa sœur²²⁶⁶. De nos jours, le don de cellules souches issues de la moelle osseuse ou du sang périphérique d'une personne mineure ou majeure faisant l'objet d'une mesure de protection ne peut être justifié que par la solidarité familiale. Il est ainsi ouvert au profit d'un frère ou d'une sœur et à titre exceptionnel au profit d'un cousin ou d'une cousine germaine, d'un oncle ou d'une tante, d'un neveu ou d'une nièce²²⁶⁷. Comme le souligne D. THOUVENIN, « *les débats parlementaires (de 1994) montrent que la*

²²⁶⁰ CORNU G., *Vocabulaire juridique*, Paris, Dicos poche, Quadrige, PUF, 2007, p. 875.

²²⁶¹ On aurait également pu mentionner le don de sang autorisé au profit d'un frère ou d'une sœur en France (art. L 1221-5 CSP : « *Aucun prélèvement de sang ou de ses composants en vue d'une utilisation thérapeutique pour autrui ne peut avoir lieu sur une personne mineure ou sur une personne majeure faisant l'objet d'une mesure de protection légale. Toutefois, s'agissant des mineurs, un prélèvement peut être effectué à titre exceptionnel, lorsque des motifs tirés de l'urgence thérapeutique l'exigent ou lorsqu'il n'a pu être trouvé de donneur majeur immunologiquement compatible* ») ou encore l'usage intrafamilial, autorisé à titre exceptionnel, du sang de cordon (art. L 1241-1 CSP : « *Le prélèvement de cellules hématopoïétiques du sang de cordon et du sang placentaire ainsi que de cellules du cordon et du placenta ne peut être effectué qu'à des fins scientifiques ou thérapeutiques, en vue d'un don anonyme et gratuit (...). Par dérogation, le don peut être dédié à l'enfant né ou aux frères ou sœurs de cet enfant en cas de nécessité thérapeutique avérée et dûment justifiée lors du prélèvement* »).

²²⁶² ASSM, *Directives d'éthique médicale pour les transplantations d'organes*, 1981, p. 2.

²²⁶³ CORNU G., *Vocabulaire juridique*, Paris, Dicos poche, Quadrige, PUF, 2007, p. 506.

²²⁶⁴ Message concernant la loi fédérale sur la transplantation d'organes, de tissus et de cellules, 12 septembre 2001, FF 2002 143.

²²⁶⁵ DOLL P.-J., « L'aspect moral, religieux et juridique des transplantations d'organes », *Gaz. Pal.*, 28 septembre 1974, 2, Doctr., p. 822 ; GRENOUILLEAU J.-B., « Commentaire de la loi n° 76-1181 du 22 décembre 1976 relative aux prélèvements d'organes », *D.*, 1977, 30^e cahier, Chron. XXIX, p. 214.

²²⁶⁶ *Ibid.*

²²⁶⁷ Art. L 1241-3 et L 1241-4 CSP.

*conception qu'ils se font du frère et de la sœur est fondée sur la compatibilité tissulaire. C'est donc une conception généalogique de la famille fondée sur un diagnostic qui a été mise en avant ; mais celle-ci ne recouvre pas la notion sociale de frère ou de sœur, surtout dans un contexte de familles recomposées »*²²⁶⁸.

323. Exemple de l'analyse génétique au profit d'un membre de sa famille – La possibilité de réaliser, à titre exceptionnel, une analyse génétique sur une personne protégée afin de « *détecter une grave maladie héréditaire ou le porteur d'un gène responsable d'une telle maladie au sein de la famille* »²²⁶⁹ constitue également une manifestation de la solidarité familiale. Le message du Conseil fédéral est particulièrement clair à cet égard puisqu'il souligne que « *cette solution tient compte de l'intérêt des membres de la famille et se base sur l'aide que les membres d'une famille se doivent mutuellement (art. 272 CC)* »²²⁷⁰. La LAGH contribue donc à nourrir le contenu du devoir d'aide tel qu'il résulte du droit civil et qui englobe classiquement l'assistance en cas de maladie, l'accueil du parent ou même la représentation de la personne malade²²⁷¹. Cette même idée prévaut en droit français dans lequel l'intérêt d'un membre de la famille peut également justifier une analyse génétique sur un mineur²²⁷². Elle pourrait trouver un fondement dans l'article 371, tel qu'il résulte actuellement de la proposition de loi APIE adoptée par l'Assemblée nationale²²⁷³. S'il était adopté, cet article disposerait que « *les parents et les enfants se doivent mutuellement respect, considération et solidarité* ». Il ferait ainsi écho à l'article 272 CCS qui englobe les devoirs mutuels d'aide, d'égards et de respect qu'exige l'intérêt de la famille.

324. Exemple du don d'organes entre vifs – Un dernier exemple de la solidarité familiale peut être tiré du don d'organes entre vifs.

En droit suisse, la notion de solidarité familiale ne transparait pas clairement de la législation relative au don d'organes entre vifs, dans la mesure où la loi fédérale sur la transplantation n'exige aucun lien particulier entre le donneur et le receveur. Le Conseil fédéral, dont la position a été approuvée lors de la procédure de consultation, a refusé de poser une telle exigence. Il relève notamment qu'« *on ne voit pas pourquoi le risque de trafic d'organes ou la probabilité que l'on exerce des pressions sur le donneur serait plus grand à l'extérieur de la famille qu'à l'intérieur. En outre, une opinion a longtemps prédominé : celle qui voudrait que pour des raisons d'ordre médical seuls des consanguins pouvaient prétendre faire un don d'organes de leur vivant. Des données cliniques permettent aujourd'hui de réfuter ce point de vue* »²²⁷⁴. La solidarité familiale n'est cependant pas exclue, puisqu'en pratique « *les dons de reins sont souvent consentis en faveur de membres de la même famille* »²²⁷⁵.

Une conception similaire prévalait dans la loi CAILLAVET dont l'article premier ne restreignait pas le don entre vifs²²⁷⁶. Cette loi avait légalisé le don entre vifs dont la licéité était mise en doute par

²²⁶⁸ THOUVENIN D., « Les lois n° 94-548 du 1^{er} juillet 1994, n° 94-653 et n° 94-654 du 29 juillet 1994 ou comment construire un droit de la bioéthique », *D.*, 1990, n° 18, p. 149 et s., Note 208.

²²⁶⁹ Art. 10 al. 2 LAGH.

²²⁷⁰ Message relatif à la loi fédérale sur l'analyse génétique humaine, 11 septembre 2002, FF 2002 6888.

²²⁷¹ MEIER P., STETTLER M., *Droit de la filiation*, Zurich, Schulthess, 2014, pp. 418-419.

²²⁷² Art. R 1131-5 CSP.

²²⁷³ AN, Proposition de loi relative à l'autorité parentale et à l'intérêt de l'enfant, Adoptée par l'Assemblée nationale en première lecture, Texte adopté n° 371, « Petite loi », 27 juin 2014.

²²⁷⁴ Message concernant la loi fédérale sur la transplantation d'organes, de tissus et de cellules, 12 septembre 2001, FF 2002 93.

²²⁷⁵ *Ibid.*

²²⁷⁶ Art. 1^{er} de la loi n° 76-1181 du 22 décembre 1976 relative aux prélèvements d'organes, JORF, 23 décembre 1976, p. 7365 : « *En vue d'une greffe ayant un but thérapeutique sur un être humain, un prélèvement peut être effectué sur une personne vivante majeure et jouissant de son intégrité mentale, y ayant librement consenti* ».

certain auteurs²²⁷⁷. La loi du 29 juillet 1994 a restreint le cercle des donneurs, autorisant uniquement le don intrafamilial. Il était permis à la condition d'être dirigé vers le père, la mère, le fils, la fille, le frère ou la sœur du donneur. Seule la proche parenté en ligne directe ou collatérale permettait de justifier l'atteinte à l'intégrité physique du donneur. Le lien d'alliance n'apparaissait qu'à titre subsidiaire, puisqu'en cas d'urgence, le don pouvait être dirigé vers le conjoint. Les révisions ultérieures ont donné lieu à un élargissement constant du cercle des donneurs, afin d'augmenter le nombre de greffons disponibles. Un premier élargissement a été réalisé par la loi du 6 août 2004, laquelle a distingué deux catégories de donneurs. Par principe, le donneur devait être le père ou la mère du receveur, ces derniers étant considérés comme des donneurs naturels²²⁷⁸. Par exception, il était prévu qu'un prélèvement d'organes puisse être réalisé au bénéfice du conjoint, d'un frère ou d'une sœur, d'un fils ou d'une fille, des grands-parents, des oncles et des tantes, des cousins germains et des cousines germaines ou encore du conjoint de son père ou de sa mère²²⁷⁹. La solidarité était donc justifiée par des liens de parenté ou d'alliance. Le législateur s'était également préoccupé des liens de fait, comme le concubinage ou le partenariat, en ajoutant le don à une personne apportant la preuve d'une vie commune d'au moins deux ans avec le receveur. L'autorisation du don entre personnes présentant un « lien étroit et stable » avait été proposée, mais avait été rejetée du fait de son caractère imprécis²²⁸⁰. Ce pas a été franchi par la loi du 7 juillet 2011 qui a abouti à une double extension du don entre vifs. D'une part, le don sort progressivement du cadre familial puisque le donneur peut désormais être « toute personne pouvant apporter la preuve d'un lien affectif étroit et stable depuis au moins deux ans avec le receveur »²²⁸¹. D'autre part, elle ouvre le don croisé, en maintenant toutefois l'exigence d'un lien préalable entre le donneur et le receveur de chacune des paires²²⁸².

325. Identification des caractéristiques spécifiques de la solidarité en droit de la santé – La solidarité, telle qu'elle résulte du droit de la santé, présente des caractéristiques particulières. Elle ne présente pas un caractère obligatoire, mais relève davantage de la « *solidarité recommandée* »²²⁸³. La disposition de soi est encouragée, dans la mesure où elle s'inscrit dans les finalités validées par le législateur²²⁸⁴. Cet encouragement à la disposition du corps du patient nous semble fonder un concept, celui de « solidarité corporelle », qui permettrait de qualifier cette forme particulière de solidarité. La solidarité en droit de la santé s'est d'abord trouvée justifiée par l'existence d'un lien génétique entre les individus, favorisant la compatibilité tissulaire. Cette solidarité ne s'est pas calquée sur les critères de la solidarité familiale, telle qu'elle est traditionnellement entendue par le Code civil. Nous en donnerons deux exemples. La législation

²²⁷⁷ GRENOUILLEAU J.-B., « Commentaire de la loi n° 76-1181 du 22 décembre 1976 relative aux prélèvements d'organes », *D.*, 1977, 30^e cahier, Chron. XXIX, p. 214. En faveur de la licéité : DOLL P.-J., « L'aspect moral, religieux et juridique des transplantations d'organes », *Gaz. Pal.*, 28 septembre 1974, 2, Doctr., p. 820.

²²⁷⁸ Art. L 1231-1 al. 1 CSP issu de la loi n° 2004-800 du 6 août 2004 relative à la bioéthique, *JORF*, 7 août 2004, p. 14040.

²²⁷⁹ Art. L 1231 al. 2 CSP.

²²⁸⁰ BINET J.-R., *Le nouveau droit de la bioéthique. Commentaire et analyse de la loi n° 2004-800 du 6 août 2004 relative à la bioéthique*, Paris, Carré droit, LexisNexis, Litec, 2005, p. 37.

²²⁸¹ Art. L 1231-1 CSP.

²²⁸² Art. L 1231-1 CSP : « En cas d'incompatibilité entre la personne ayant exprimé l'intention de don et la personne dans l'intérêt de laquelle le prélèvement peut être opéré en vertu des premier ou deuxième alinéas, rendant impossible la greffe, le donneur et le receveur potentiels peuvent se voir proposer le recours à un don croisé d'organes. Celui-ci consiste pour le receveur potentiel à bénéficier du don d'une autre personne ayant exprimé l'intention de don et également placée dans une situation d'incompatibilité à l'égard de la personne dans l'intérêt de laquelle le prélèvement peut être opéré en vertu des premier ou deuxième alinéas, tandis que cette dernière bénéficie du don du premier donneur ».

²²⁸³ L'expression est tirée de : MOULOUNGUI C., *La solidarité familiale*, Paris, L'esprit économique, L'Harmattan, 2004, p. 11.

²²⁸⁴ ROMAN D., « Libre disposition de son corps et protection de la santé », in LARRALDE J.-M. (Dir.), *La libre disposition de son corps*, Bruxelles, Droit & justice, Nemesis, Bruylant, 2009, pp. 221-222.

française accorde une place importante au lien de fratrie, alors que celui-ci n'a que peu de consistance au sein des obligations familiales résultant du Code civil. Si le droit suisse reconnaissait, il y a peu, une obligation alimentaire entre frère et sœur, le droit de la santé ne s'est pas directement référé à ce type de solidarité, en assurant une large ouverture du don d'organes entre vifs. Cette remarque peut être réitérée pour le don au conjoint en Suisse. En droit français, le don d'organes n'intervenait qu'à titre exceptionnel au sein du couple de conjoints en 1994, alors même que cette solidarité était privilégiée en droit de la famille. Si ce type de don a, par la suite, perdu son caractère exceptionnel, le droit de la santé ne s'est pas davantage inspiré des règles du droit de la famille puisqu'il a ouvert le don aux concubins, lesquels n'ont pourtant aucune obligation réciproque en droit de la famille. Ainsi, le droit de la santé semble adopter une attitude pragmatique en faisant émerger des solidarités au gré des nécessités médicales. Il se fonde alternativement sur les liens de sang, d'affection ou d'alliance. On note un élargissement constant du cercle des donneurs vivants en droit français qui tend à se rapprocher du droit suisse, moins empressé à protéger la personne contre elle-même. Si, en 1994, la limitation du don au cercle familial « s'expliquait (...) par la diminution des risques de rejet par l'organisme receveur en raison de la compatibilité génétique des organes transférés d'un corps à l'autre »²²⁸⁵, « ce n'est plus le cas actuellement (...). La dimension altruiste a ainsi pris le pas sur les justifications médicales »²²⁸⁶. C'est déjà basculer vers l'évolution des droits et devoirs familiaux justifiée par la protection de la santé publique.

II. LA PROTECTION DE LA SANTÉ PUBLIQUE, VECTRICE D'ÉVOLUTION DES DROITS ET DEVOIRS DANS CHACUN DES DEUX PAYS

326. Notion de santé publique – Selon l'OMS, la santé publique constitue « *un concept social et politique qui vise une amélioration de la santé, une plus grande longévité et un accroissement de la qualité de vie de toutes les populations par le biais de la promotion de la santé, de la prévention des maladies ainsi que par d'autres interventions afférentes à la santé* »²²⁸⁷. La santé publique se décline en trois dimensions : il s'agit d'un objectif politique, d'une démarche intellectuelle et d'une politique publique²²⁸⁸. Cette dernière dimension vise à « *l'application d'un ensemble cohérent et articulé de mesures, d'une législation et d'une réglementation politique mises en œuvre par un dispositif institutionnel, administratif pour l'essentiel, mais aussi associatif et libéral* »²²⁸⁹. Cette cohérence et cette articulation sont plus problématiques en Suisse où le système de santé apparaît « *fragmenté, mettant en avant plusieurs acteurs (publics et privés) dont aucun n'est entièrement responsable d'une politique nationale de la santé* »²²⁹⁰.

²²⁸⁵ PÉDROT P. (Dir.), *Dictionnaire de droit de la santé et de la biomédecine*, Paris, Dictionnaires de droit, Ellipses, 2006, p. 242.

²²⁸⁶ *Ibid.*, pp. 242-243.

²²⁸⁷ MORELLE A., TABUTEAU D., *La santé publique*, Paris, Que sais-je ?, PUF, 2010, p. 5. Elle a également été définie comme « *la science et l'art de prévenir les maladies, de prolonger la vie et d'améliorer la santé et la vitalité mentales et physiques des individus par le moyen d'une action collective concertée visant à assainir le milieu à lutter contre les maladies qui présentent une importance sociale, à enseigner à l'individu les règles de l'hygiène personnelle, à organiser des services médicaux et infirmiers en vue du diagnostic précoce et du traitement préventif des maladies, ainsi qu'à mettre en œuvre des mesures sociales propres à assurer à chaque membre de la collectivité un niveau de vie compatible avec le maintien de la santé, l'objectif final étant de permettre à chaque individu de jouir de son droit inné à la santé et à la longévité* » : OMS, Comité d'experts de l'administration de la santé publique, *Premier rapport*, Genève, Série de rapports techniques, n° 55, Septembre 1952, p. 6.

²²⁸⁸ MORELLE A., TABUTEAU D., *La santé publique*, Paris, Que sais-je ?, PUF, 2010, pp. 5-6.

²²⁸⁹ *Ibid.*, p. 6.

²²⁹⁰ SPRUMONT D., « Le système de santé suisse : présentation générale », in LA HARPE R., UMMEL M., DUMOULIN J.-F., *Droit de la santé et médecine légale*, Chêne-Bourg, Médecine et hygiène, 2014, p. 97. Plus particulièrement, concernant la notion de service public de santé, voir : SPRUMONT D., « Le service public et les services d'intérêt public : l'exemple de la santé », in TANQUEREL T., BELLANGER F., *Le service public*, Genève, Schulthess, 2006, pp. 161-192.

L'organisation sanitaire est donc complexe et la politique de santé au cœur de vifs débats²²⁹¹. Une voie favorable à la collaboration entre les cantons et la Confédération, au service d'une politique nationale de santé, reste en construction²²⁹². La politique nationale de la santé fait actuellement l'objet d'un plan stratégique « santé 2020 » dont l'objectif consiste à favoriser une approche globale pour le système de santé²²⁹³. Une plate-forme permanente, « politique nationale suisse de la santé » favorise les échanges entre la Confédération et les cantons²²⁹⁴.

327. Bien que la configuration des systèmes de santé français et suisse soit très différente, la politique de santé publique englobe plusieurs aspects qui sont susceptibles d'interagir avec les prérogatives familiales : éducation pour la santé, mesures contraignantes, lutte contre les maladies²²⁹⁵... L'équilibre existant entre le rôle de la famille et le rôle de l'État dans la protection de la santé ne sera pas détaillé, dans la mesure où notre sujet ne porte pas sur le rôle de la famille dans les décisions de soins, mais sur l'influence exercée par le droit de la santé sur le droit de la famille. Nous recherchons donc en quoi les règles de droit de la santé publique façonnent les droits-fonction exercés par la famille. Cette recherche se solde par le constat d'une reconnaissance contrastée des droits familiaux face à l'impératif de santé publique en France (A), laquelle s'oppose à la reconnaissance homogène des droits familiaux en Suisse (B).

A. Une reconnaissance contrastée des droits familiaux face à l'impératif de santé publique en droit français

328. La comparaison permet de révéler une particularité du droit français, lequel n'accorde pas les mêmes droits à la famille selon que la personne est vivante (1) ou aux frontières de la vie (2).

1. Des prérogatives familiales consacrées du vivant de la personne

329. Le renforcement des pouvoirs familiaux : l'exemple de la recherche – Le droit de la santé contribue parfois à renforcer les pouvoirs familiaux. Comme le relevait D. ROMAN à propos des prélèvements sur personnes vulnérables, le droit de la santé fait preuve d'un certain pragmatisme en autorisant les dons pour satisfaire à la pénurie de greffons²²⁹⁶. Cette même remarque peut être étendue à la recherche sur les personnes vulnérables qui constituera notre exemple. En effet, dans chacun des deux droits, les protecteurs peuvent désormais consentir à une recherche qui ne poursuit pas ou du moins pas exclusivement l'intérêt de la personne.

Traditionnellement, la jurisprudence considérait que l'expérimentation sans bénéfice direct pour l'homme était illicite quand bien même elle était pratiquée sur une personne consentante majeure et

²²⁹¹ KOCHER G., OGIER W., *Système de santé suisse 2010-2012. Survol de la situation actuelle*, Berne, Hans Huber, 2011, 477 p.

²²⁹² ACHTERMANN W., BERSET C., *Les politiques suisses de santé – potentiel pour une politique nationale, Vol. 1 : analyse et perspective*, Berne, OFSP, 2006, p. 6.

²²⁹³ DFI, *Politique de la santé : les priorités du Conseil fédéral, Santé 2020*, Berne, OFSP, Janvier 2013, 25 p.

²²⁹⁴ Voir le site web, Disponible sur : <http://www.nationalegesundheit.ch/fr/index.html>, Consulté le 16 août 2014.

²²⁹⁵ TRUCHET D., *Droit de la santé publique*, Paris, Mémentos, Dalloz, 2012, p. 79 et s.

²²⁹⁶ ROMAN D., « Libre disposition de son corps et protection de la santé », in LARRALDE J.-M. (Dir.), *La libre disposition de son corps*, Bruxelles, Droit & justice, Nemesis, Bruylant, 2009, p. 227.

capable de discernement²²⁹⁷. *A fortiori*, elle ne pouvait donc l'être sur un mineur ou un majeur protégé. Dans sa thèse, A. DECOQC retenait de manière classique que « *dès lors que le contrat envisagé a pour cause la satisfaction de l'intérêt d'un tiers, et qu'il doive en résulter une atteinte de quelque gravité à l'intégrité physique de l'incapable, le représentant légal de celui-ci n'est pas qualifié pour y consentir* »²²⁹⁸.

Progressivement, les règles de droit de la santé se sont toutefois prononcées en faveur d'un pouvoir des parents ou du tuteur de consentir à une recherche sur les corps de leurs protégés en dehors de tout bénéfice direct. Ainsi, la loi HURIET²²⁹⁹ autorisait les titulaires de l'exercice de l'autorité parentale ou le tuteur à consentir²³⁰⁰ à des recherches sur les mineurs et les majeurs sous tutelle, y compris en l'absence de finalité thérapeutique directe²³⁰¹. Pour les recherches en situation d'urgence, il était possible de se passer du consentement de la personne et de ne recueillir que celui des proches présents²³⁰².

La loi relative à la politique de santé publique a abandonné la distinction fondée sur l'existence ou l'inexistence d'un bénéfice direct au profit du critère de la « balance bénéfice-risques ». Elle autorise la recherche en situation d'urgence à condition de solliciter le consentement des membres de la famille ou celui de la personne de confiance s'ils sont présents²³⁰³. Pour les mineurs, l'autorisation doit être donnée par les titulaires de l'exercice de l'autorité parentale. Cependant, à titre dérogatoire, le consentement d'un seul des titulaires de l'exercice de l'autorité parentale peut être sollicité²³⁰⁴. Si le mineur ou le majeur est placé sous tutelle, l'autorisation est donnée par le représentant légal²³⁰⁵. Elle est donnée par le juge des tutelles ou le Conseil de famille si le comité de protection des personnes estime que la recherche comporte un risque sérieux d'atteinte à la vie privée ou à l'intégrité du corps humain, du fait de l'importance des contraintes ou de la spécificité des interventions auxquelles la recherche conduit²³⁰⁶. Enfin, pour les majeurs hors d'état d'exprimer leur consentement, l'autorisation est donnée par la personne de confiance, à défaut, par la famille, à défaut, par une personne entretenant avec l'intéressé des liens étroits et stables, voire, par le juge des tutelles²³⁰⁷.

Les règles applicables à la recherche seront à nouveau modifiées lors de l'entrée en vigueur de la loi JARDÉ, celle-ci étant suspendue à la publication de ses décrets d'application. Elle modifie la classification des recherches en prévoyant des modalités graduées d'expression du consentement²³⁰⁸. La loi

²²⁹⁷ AUBY J.-M., *Le droit de la santé*, Paris, Thémis, PUF, 1981, p. 314.

²²⁹⁸ DECOQC A., *Essai d'une théorie générale des droits sur la personne*, Paris, Bibliothèque de droit privé, LGDJ, 1960, p. 232.

²²⁹⁹ Loi n° 88-1138 du 20 décembre 1988 relative à la protection des personnes qui se prêtent à des recherches biomédicales, *JORF*, 22 décembre 1988, p. 16032.

²³⁰⁰ Art. L 209-10 ancien CSP.

²³⁰¹ Art. L 209-6 ancien CSP.

²³⁰² Art. L 209-9 al. 9 ancien CSP.

²³⁰³ Art. L 1122-1-2 CSP.

²³⁰⁴ Art. L 1122-2 CSP : cet article pose trois conditions : « *la recherche ne comporte que des risques et des contraintes négligeables et n'a aucune influence sur la prise en charge du mineur qui s'y prête ; la recherche est réalisée à l'occasion d'actes de soins ; l'autre titulaire de l'exercice de l'autorité parentale ne peut donner son autorisation dans des délais compatibles avec les exigences méthodologiques propres à la réalisation de la recherche au regard de ses finalités* ».

²³⁰⁵ Art. L 1122-2 CSP.

²³⁰⁶ *Ibid.*

²³⁰⁷ *Ibid.* L'autorisation est donnée par le juge des tutelles si le comité de protection des personnes « *considère que la recherche comporte, par l'importance des contraintes ou par la spécificité des interventions auxquelles elle conduit, un risque sérieux d'atteinte à la vie privée ou à l'intégrité du corps humain* ».

²³⁰⁸ La loi distingue les recherches en fonction des risques encourus et les classe en trois catégories : les recherches interventionnelles, les recherches interventionnelles comportant des risques et contraintes minimales, les recherches non interventionnelles. Elle prévoit une graduation dans les modalités d'expression du consentement : obligation d'information individuelle et consentement libre et éclairé donné par écrit pour les recherches interventionnelles ; une obligation d'information individuelle et un consentement libre exprès et éclairé pour les recherches interventionnelles comportant des risques et contraintes minimales ; une obligation d'information individuelle couplée à un droit d'opposition en cas de recherche non interventionnelle.

n'apporte que de légères modifications au régime des recherches sur les mineurs. Le champ d'application de la dérogation au double consentement parental se voit élargi²³⁰⁹. Le droit français a donc constamment accru les pouvoirs des titulaires de l'exercice de l'autorité parentale à des fins de santé publique, tout comme le droit suisse, ainsi que cela sera démontré ultérieurement. Le droit de la santé déroge donc aux règles classiquement instaurées en droit de la famille.

330. L'accompagnement des pouvoirs familiaux : l'exemple de l'éducation sexuelle – Par ailleurs, le droit de la santé contribue parfois au développement d'une compétence d'appui de l'État au soutien des pouvoirs familiaux. Un exemple peut en être donné en matière d'éducation sexuelle. Traditionnellement, dans chacun des pays, l'éducation relève de l'autorité parentale. Pourtant, la notion d'éducation sexuelle peut également s'inscrire dans le cadre d'une politique de santé publique, dès lors qu'est retenue la définition globale de la santé de l'OMS. L'éducation sexuelle se définit comme « *l'apprentissage des aspects cognitifs, sociaux, interactifs et physiques de la sexualité* »²³¹⁰. Plusieurs textes internationaux insistent sur l'importance d'un tel apprentissage et incitent les États à mettre en place des programmes d'éducation sexuelle obligatoires²³¹¹.

C'est essentiellement²³¹² à la fin des années 1960 et au début des années 1970 que des mesures en faveur de l'éducation sexuelle se sont développées en France. Un des premiers textes marquants²³¹³ fut la circulaire FONTANET²³¹⁴. Elle insistait sur l'importance à accorder au rôle de la famille et sur la complémentarité de l'intervention de l'école²³¹⁵. Le rôle de l'État a ensuite été mis en exergue par la loi du 11 juillet 1973²³¹⁶ qui posait que « *l'information de la population sur les problèmes de la vie est une responsabilité nationale* »²³¹⁷. Cette loi créa le Conseil supérieur de l'information sexuelle, de la régulation des naissances et

²³⁰⁹ Comme le souligne A. DIONISI-PEYRUSSE, « *le consentement de l'autre suffisait auparavant à condition que la recherche ne comporte que des risques et des contraintes négligeables, qu'elle n'ait aucune influence sur la prise en charge médicale du mineur et qu'elle soit réalisée à l'occasion d'actes de soins. Les conditions sont désormais légèrement réduites puisque le texte exige uniquement que la recherche ne comporte que des risques et des contraintes minimales (ce qui semble plus large que « négligeables ») et que le mineur ne se prête pas à la recherche à titre de volontaire sain* » : DIONISI-PEYRUSSE A., « La loi du 5 mars 2012 relative aux recherches impliquant la personne humaine : à la recherche d'une conciliation entre protection de la personne et développement de la recherche en vue des progrès médicaux », *RJPF*, 2012, n° 7-8, p. 9.

²³¹⁰ OMS Bureau régional pour l'Europe et BZgA, Standards pour l'éducation sexuelle en Europe, p. 20, Disponible sur : https://www.sante-sexuelle.ch/wp-content/uploads/2013/11/Standards-OMS_fr.pdf, Consulté le 17 août 2014.

²³¹¹ Voir parmi d'autres : OMS Bureau régional pour l'Europe et BZgA, Standards pour l'éducation sexuelle en Europe, p. 5 et p. 15, Disponible sur : https://www.sante-sexuelle.ch/wp-content/uploads/2013/11/Standards-OMS_fr.pdf, Consulté le 17 août 2014.

²³¹² On peut, en effet, souligner quelques initiatives ministérielles avant cette date : en 1923, introduction d'un comité interministériel par L. BÉRARD en charge d'une réflexion relative à l'introduction de l'éducation sexuelle dans les écoles dont les réflexions ont dû être abandonnées. En 1947, création du comité FRANÇOIS dont l'objectif était de se prononcer sur les modalités d'introduction de l'éducation sexuelle dans les établissements d'instruction publique : BRENOT P., *L'éducation à la sexualité*, Paris, que sais-je ?, PUF, 2007, pp. 12-13.

²³¹³ Une première circulaire concernant uniquement les classes préparatoires aux baccalauréats de techniciens est parfois mentionnée : ROMANO H., *École, sexe & vidéo*, Paris, Enfances, Dunod, 2014, p. 100.

²³¹⁴ Circulaire n° 73-057 du 2 février 1973 Information sexuelle, *BOEN*, 8 février 1973, n° 6 ; Circulaire n° 73-299 du 23 juillet 1973, Information et éducation sexuelles, *BOEN*, 26 juillet 1973, n° 30.

²³¹⁵ Il a parfois été souligné que « *la prudence à l'égard des familles est extrême dans ce texte* » (SAINT-MARTIN J., TERRET T., *Sport et genre – Vol. 3. Apprentissage du genre en institutions éducatives*, Paris, Espaces et temps du sport, L'Harmattan, 2006, p. 233) ou encore que « *cette circulaire laisse un rôle essentiel à la famille, l'école « n'ayant pas le droit de peser sur les consciences » et « devant respecter les différentes formes de pensée » (...)* « *c'est exclusivement dans le but d'aider les parents dans leur tâche éducatrice que les établissements pourront intervenir dans ce domaine* » » : KLEIN J., *L'éducation sexuelle à l'école. Entendre et comprendre les questionnements des parents*, Rennes, Étude professionnelle, École nationale de santé publique, 2000, p. 7.

²³¹⁶ Loi n° 73-649 du 11 juillet 1973 portant création d'un conseil supérieur de l'information sexuelle, de la régulation des naissances et de l'éducation familiale, *JORF*, 12 juillet 1973, p. 7531

²³¹⁷ Art. 1^{er}.

de l'éducation familiale, dont la composition laissait une place certaine aux familles²³¹⁸. Elle fit doublement preuve d'égards vis-à-vis des prérogatives familiales. D'une part, elle imposait que l'État intervienne « *dans le respect des convictions de chacun* »²³¹⁹. D'autre part, le CSIS se voyait attribuer la mission de « *propos[e] aux pouvoirs publics les mesures à prendre en vue de (...) promouvoir l'éducation sexuelle des jeunes, dans le respect du droit des parents* »²³²⁰. Par la suite, de nombreuses circulaires et un arrêté vinrent renforcer la place de l'éducation sexuelle en milieu scolaire²³²¹. Le processus d'institutionnalisation s'est poursuivi avec la création dans les EPLE des comités d'éducation à la santé et à la citoyenneté qui ont succédé aux comités d'environnement social²³²². Depuis un décret de 2005, ils ont compétence pour définir « *un programme d'éducation à la santé et à la sexualité et de prévention des comportements à risques* »²³²³. Chaque académie définit un projet d'éducation à la sexualité²³²⁴, cette dernière devant désormais s'inscrire dans une approche globale²³²⁵. Le développement de l'éducation sexuelle au sein de l'enseignement est donc réel même s'il demeure perfectible²³²⁶. La loi du 4 juillet 2001 a constitué une étape fondamentale²³²⁷ en imposant « *une information et une éducation à la sexualité (...) dans les écoles, les collèges et les lycées à raison d'au moins trois séances annuelles et par groupe d'âge homogène* »²³²⁸. Les débats parlementaires y afférant témoignent avec une particulière acuité de la

²³¹⁸ Art. 2 : « Il comprend : pour deux tiers, des représentants des associations, unions, fédérations ou confédérations nationales familiales, des organismes ayant vocation à la planification familiale, l'information des couples et l'information sexuelle, des établissements d'information, de consultation ou de conseil familial et des centres de planification ou d'éducation familiale ».

²³¹⁹ Art. 1^{er}.

²³²⁰ Art. 3.

²³²¹ Notamment : Arrêté du 18 février 1976 ; Circulaire n° 10/82/S82/256/EN du 15 juin 1982 relative aux orientations et au fonctionnement du service de santé scolaire, BOAS, n° 82/37 : mentionne les actions d'éducation pour la santé comprenant, parmi les thèmes prioritaires l'éducation sexuelle ; Circulaire du 31 mars 1989 relative au programme de prévention des abus sexuels à l'égard des enfants, NOR : PSA8900618C, JORF, 28 avril 1989, p. 5451 : les adultes conduisant les actions doivent être à l'aise avec le sujet de l'éducation sexuelle ; Circulaire n° 89-11 du 18 mai 1989 relative à la mise en œuvre au sein des établissements scolaires d'une politique d'information et de prévention en matière de santé et notamment du SIDA, NOR : MENL8950244C, BOEN, 1^{er} juin 1989, n° 22, p. 1352 : « Les élèves de lycées, lycées professionnels et élèves de 3^e des collèges, parce qu'ils sont exposés à divers risques et notamment celui du SIDA doivent (...) recevoir (...) une information suivie de discussions sur l'ensemble de ces matières (reproduction humaine, contraception, MST) non plus traitées comme des enseignements, mais qui devront constituer le point de départ d'une réflexion commune sur les démarches de prévention à entreprendre » ; Circulaire n° 96-100 du 15 avril 1996, Prévention du SIDA en milieu scolaire : éducation à la sexualité, NOR : MENL9600516C, BOEN, 25 avril 1996, n° 17, p. 1264 : Elle insiste sur la « nécessité d'inscrire la prévention du SIDA dans un projet éducatif à long terme » et sur la formation des personnels. Elle relève qu'« il va de soi que, si la famille a un rôle de premier plan à jouer (...), l'école a, dans le cadre de ses missions éducatives, un rôle spécifique complémentaire et essentiel dans la formation des individus à la vie contemporaine ». Elle met en place des séances d'éducation à la sexualité obligatoires, à raison de deux heures minimum, inscrites dans l'horaire global annuel ; Circulaire du 19 novembre 1998, Éducation à la sexualité et prévention du SIDA, NOR : MENE9802931C, BOEN, 10 décembre 1998, n° 46.

²³²² Circulaire n° 98-108 du 1^{er} juillet 1998, Prévention des conduits à risque et comité d'éducation à la santé et à la citoyenneté, NOR : SCOE9801172C, BOEN, 9 juillet 1998, n° 28.

²³²³ Art. 20 du décret n° 2005-1145 du 9 septembre 2005 modifiant le décret n° 85-924 du 30 août 1985 relatif aux établissements publics locaux d'enseignement, JORF, 11 septembre 2005, p. 14787. Ses missions sont actuellement prévues par le décret n° 2008-263 du 14 mars 2008 relatif aux dispositions réglementaires du livre IV du Code de l'éducation, JORF, 18 mars 2008, p. 30003. Pour davantage de précisions voir : Circulaire n° 2006-197 du 30 novembre 2006, Comité d'éducation à la santé et à la citoyenneté, NOR : MENE0602019C, BOEN, 7 décembre 2006, n° 45.

²³²⁴ Circulaire n° 2003-027 du 17 février 2003, L'éducation à la sexualité dans les écoles, les collèges et les lycées, NOR : MENE0300322C, BOEN, 27 février 2003, n° 9.

²³²⁵ C'est-à-dire qui « porte sur l'ensemble des déterminants de santé (...) comme sur les principaux besoins de santé des élèves (...) mais également sur la dimension de la citoyenneté » : Circulaire n° 2011-216 du 2 décembre 2011, Politique éducative de santé dans les territoires académiques, NOR : MENE1132801C, BOEN, 15 décembre 2011, n° 46. Cette circulaire fait de la généralisation de l'éducation à la sexualité un objectif prioritaire.

²³²⁶ Pour un exposé des lacunes du dispositif, voir : AN, Rapport d'information fait au nom de la délégation aux droits des femmes et à l'égalité des chances entre les hommes et les femmes sur la contraception des mineures, Par Mme Bérengère POLETTI, n° 3444, Enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 17 mai 2011, p. 7 et s. ; IGAS, Évaluation des politiques de prévention des grossesses non désirées et de prise en charge des interruptions volontaires de grossesse suite à la loi du 4 juillet 2001, Par Mmes Claire AUBIN, Danièle JOURDAIN MENNINGER et M. Laurent CHAMBAUD, Octobre 2009, p. 46 et s.

²³²⁷ Comme le relève l'IGAS les dispositions de la loi « consacrent le passage de l'information sexuelle à l'éducation à la sexualité », « en font une obligation au plan légal » et « généralisent et systématisent la démarche d'éducation à la sexualité » : Ibid.

²³²⁸ Art. 22 de la loi n° 2001-588 du 4 juillet 2001 relative à l'interruption volontaire de grossesse et à la contraception, JORF, 7 juillet 2001, p. 10823 ; Art. L 312-16 du Code de l'éducation.

problématique de la tension entre le rôle de l'école et le rôle des parents. En effet, alors que le Sénat avait adopté plusieurs amendements en faveur d'une collaboration accrue avec les parents²³²⁹, ceux-ci ne furent pas repris dans le texte finalement adopté.

331. La limitation des pouvoirs familiaux de décision : l'exemple de la vaccination obligatoire

– Enfin, il est possible de relever un dernier effet du droit de la santé sur le droit de la famille. Il s'agit de l'hypothèse dans laquelle les pouvoirs familiaux sont limités par des règles de droit de la santé. Nous prendrons ici l'exemple des vaccinations obligatoires. D'autres mesures, comme les actes réalisés lors de la grossesse ou de la scolarité, auraient également pu être envisagées. Néanmoins, dans la mesure où notre sujet ne porte pas sur les actes médicaux imposés²³³⁰, il n'est pas utile de multiplier les exemples. Signalons qu'il existe aujourd'hui en France trois vaccinations obligatoires que les personnes titulaires de l'autorité parentale sont tenues de faire pratiquer sur leurs enfants²³³¹. Ceux-ci ne se voient en revanche pas contraints de réaliser les vaccinations simplement recommandées. Une actualisation des obligations vaccinales est prévue à l'article L 3111-1 CSP, lequel dispose qu'« *un décret peut, compte tenu de l'évolution de la situation épidémiologique et des connaissances médicales et scientifiques, suspendre, pour tout ou partie de la population [ces] obligations* ». C'est ainsi que l'obligation de la vaccination par le BCG a été suspendue en 2007²³³². Les pouvoirs familiaux sont donc en principes limités dans la mesure de ce qui est nécessaire.

Le maintien des vaccinations imposées fait d'ailleurs l'objet d'un questionnement, au vu des exemples étrangers comme celui de la Suisse²³³³. Le haut conseil de la santé publique, après avoir rappelé que la France et l'Italie constituent les seuls pays européens à prévoir de telles contraintes, préconise qu'un débat des autorités de santé quant à l'opportunité de leur maintien soit programmé. Il montre notamment que les compositions polyvalentes alliant vaccins obligatoires et recommandés peuvent rendre difficile le respect des choix parentaux. Il insiste par ailleurs sur la nécessité de réviser la liste des vaccinations obligatoires en fonction de critères déterminés, dans l'hypothèse dans laquelle celles-ci seraient conservées. Il souligne qu'une communication accrue concernant l'intérêt de la vaccination devrait être organisée consécutivement à toute modification de l'obligation vaccinale. Enfin, il recommande de documenter les

²³²⁹ Amendement n° 18 présenté par F. GIRAUD proposant qu'une réunion annuelle soit organisée à l'attention des parents afin de les informer du contenu et des modalités du cours d'éducation sexuelle ; Sous-amendement n° 25 proposant que les réunions avec les parents permettent de définir une action menée conjointement sur l'information relative à la sexualité et à la fécondité ; Sous-amendement n° 76 rectifié proposant la création d'un conseil supérieur de l'éducation sexuelle : concernant ces trois amendements, voir les discussions relatives à l'art. 16 bis : SÉNAT, Séance du 28 mars 2001, Compte rendu intégral, Version électronique, p. 37.

²³³⁰ Sur cette question voir : BERTHET A.-C., *L'acte médical imposé*, Aix-Marseille, Thèse en droit, 2012, 460 p.

²³³¹ Art. L 3111-2 CSP : « *Les vaccinations antidiphtériques et antitétanique par l'anatoxine sont obligatoires, sauf contre-indication médicale reconnue ; elles doivent être pratiquées simultanément. Les personnes titulaires de l'autorité parentale ou qui ont la charge de la tutelle des mineurs sont tenues personnellement responsables de l'exécution de cette mesure, dont la justification doit être fournie lors de l'admission dans toute école, garderie, colonie de vacances ou autre collectivité d'enfants* » ; Art. L 3111-3 CSP : « *La vaccination antipoliomyélitique est obligatoire, sauf contre-indication médicale reconnue, à l'âge et dans les conditions déterminées par décret en Conseil d'Etat, pris après avis de l'Académie nationale de médecine et du Haut Conseil de la santé publique. Les personnes titulaires de l'autorité parentale ou qui ont la charge de la tutelle des mineurs sont tenues personnellement de l'exécution de cette obligation* ».

²³³² L'obligation vaccinale par le vaccin antituberculeux BCG, prévue à l'article L 3112-1 CSP, a été suspendue par l'article 1^{er} du décret n° 2007-1111 du 17 juillet 2007 relatif à l'obligation vaccinale par le vaccin antituberculeux BCG, JORF, 19 juillet 2007, p. 12177.

²³³³ Cette question fait l'objet d'une étude très fouillée : BÉLANGER M. (Dir.), *Droit éthique et vaccination. L'obligation vaccinale en question*, BNDS, LEH, 2013, 440 p.

propositions des médecins et les éventuels refus des parents, afin de préciser les responsabilités de chacun²³³⁴.

Cette problématique a trouvé un nouveau souffle le 9 octobre 2014. Une affaire dans laquelle un couple de parents était poursuivi pénalement pour avoir refusé de faire vacciner ses enfants a, en effet, conduit le tribunal de grande instance d'Auxerre à transmettre une QPC²³³⁵. Une réflexion, au sein de laquelle seront intégrées les questions de la proportionnalité de l'atteinte aux pouvoirs parentaux et aux droits corporels à des fins de santé publique, est donc en cours.

2. Des prérogatives familiales difficilement reconnues aux extrémités de la vie

332. Si des prérogatives familiales sont reconnues lorsque le patient est vivant, il n'en va pas de même lorsque le patient se trouve aux extrémités de la vie. En France, deux exemples permettent d'illustrer l'absence de pouvoir familial de disposer des éléments et produits du corps de l'un de ses membres : celui du don d'organes *post mortem* et celui du don de sang de cordon.

333. Absence de droit de disposer des organes du défunt – La question du rôle de la famille en matière de don d'organes *post mortem* se pose lorsque le défunt n'a pas fait connaître sa volonté quant au don. Le droit français refuse actuellement de consacrer un droit des proches de disposer des organes du défunt.

Sous l'empire de la loi CAILLAVET, les membres de la famille ou les proches pouvaient « témoigner qu'une personne hospitalisée a fait connaître qu'elle s'opposait à un prélèvement d'organes sur son cadavre »²³³⁶. Ils se voyaient donc attribuer un rôle de relais de la volonté du défunt.

La loi du 29 juillet 1994 était porteuse de difficultés dans la mesure où l'article L 671-7 du Code de la santé publique disposait que « si le médecin n'a pas connaissance de la volonté du défunt, il doit s'efforcer de recueillir le témoignage de sa famille ». Or, en pratique, le rôle attribué aux membres de la famille était ambigu quant au fait de savoir s'ils devaient faire connaître la volonté du défunt ou la leur²³³⁷.

La loi de 2004 a eu pour objectif de remédier à cette ambiguïté²³³⁸ puisqu'il est désormais expressément précisé que « si le médecin n'a pas directement connaissance de la volonté du défunt, il doit s'efforcer de recueillir auprès des proches l'opposition au don d'organes éventuellement exprimée de son vivant par le défunt »²³³⁹. Les proches ne se voient donc pas reconnaître le droit de refuser, en leur nom propre, le prélèvement d'organes. Ils doivent simplement rendre compte de l'opposition du défunt. Par ailleurs, du fait du consentement présumé, ils ne se voient pas non plus attribuer un droit de disposer des organes du défunt. C'est la loi elle-même, et non les proches, qui autorise le prélèvement sur le cadavre.

²³³⁴ HCSP, « Avis relatif à la politique vaccinale et à l'obligation vaccinale en population générale (hors milieu professionnel et règlement sanitaire international) et à la levée des obstacles financiers à la vaccination », 13 mars 2013 et 6 mars 2013, p. 2 et p. 5.

²³³⁵ BÉGUIN F., « Refus de vacciner ses enfants : le Conseil constitutionnel tranchera », *Lemonde.fr*, 9 octobre 2014, Disponible sur : http://www.lemonde.fr/sante/article/2014/10/09/le-vaccin-obligatoire-en-proces_4503054_1651302.html, Consulté le 10 octobre 2014.

²³³⁶ Art. 9 du décret n° 78-501 du 31 mars 1978 pris pour l'application de la loi 78-1181 du 22 décembre 1976 relative aux prélèvements d'organes, *JORF*, 4 avril 1978, p. 1497.

²³³⁷ AN, Projet de loi relatif à la bioéthique présenté au nom de M. Lionel JOSPIN par Mme Élisabeth GUIGOU, n° 3166, Enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 20 juin 2001, p. 22.

²³³⁸ *Ibid.*

²³³⁹ Art. L 1232-1 CSP.

Cette absence de reconnaissance des droits des proches contraste avec les dispositions relatives à l'organisation des funérailles. Alors qu'en Suisse la famille se voit accorder des prérogatives relativement similaires, et ce, qu'il y ait ou non don d'organes, en France l'étendue des prérogatives varie en fonction de la finalité poursuivie. Les proches se voient reconnaître des prérogatives plus importantes lorsque la santé d'autrui n'est pas en cause. Pour l'organisation des funérailles, le principe consiste à suivre la volonté exprimée par le défunt de son vivant²³⁴⁰, sous réserve du respect de la législation en vigueur²³⁴¹. À défaut de manifestation expresse, il convient de rechercher par tous moyens la volonté du défunt. Cependant, la famille ou les proches sont amenés à intervenir dès lors qu'aucun élément ne permet de déterminer la volonté du défunt. La Cour de cassation retient en effet que dans cette hypothèse, il convient « *de désigner la personne la plus qualifiée pour décider des modalités des funérailles* »²³⁴². C'est un véritable pouvoir de décision qui est ainsi conféré à la personne la plus qualifiée. Il est donc possible d'avancer l'idée selon laquelle la limitation des prérogatives de la famille et des proches dans le domaine du don d'organes est justifiée par des raisons de santé publique.

334. Refus de reconnaître un droit parental sur la destination du sang de cordon – Ce refus de reconnaître des droits à la famille sur les éléments et produits du corps humain apparaît également en ce qui concerne le don de sang de cordon. En effet, le droit français peine à reconnaître l'existence même d'un droit parental sur le cordon de l'enfant.

L'article L 1241-1 al. 4 du Code de la santé publique dispose que « *le prélèvement de cellules hématopoïétiques du sang de cordon et du sang placentaire ainsi que de cellules du cordon et du placenta ne peut être effectué qu'à des fins scientifiques ou thérapeutiques, en vue d'un don anonyme et gratuit, et à la condition que la femme, durant sa grossesse, ait donné son consentement par écrit au prélèvement et à l'utilisation de ces cellules, après avoir reçu une information*

²³⁴⁰ L'article 3 de la loi du 15 novembre 1887 dispose en effet que « *tout majeur ou mineur émancipé, en état de tester peut régler les conditions de ses funérailles, notamment en ce qui concerne le caractère civil ou religieux à leur donner et le mode de sa sépulture. Il peut charger une ou deux personnes de veiller à l'exécution de ses dispositions. Sa volonté exprimée dans un testament ou dans une déclaration faite en forme testamentaire, soit par-devant notaire, soit sous signature privée, a la même force qu'une disposition testamentaire relative aux biens, elle est soumise aux mêmes règles quant aux conditions de la révocation* » : Loi du 15 novembre 1887 sur la liberté des funérailles, Recueil Duvergier, p. 451.

²³⁴¹ Plusieurs affaires ont été concernées par cette question. En premier lieu, l'affaire Leroy dans laquelle la cryogénéisation dans une propriété privée a été refusée : Conseil d'État, 5^e et 7^e sous sections réunies, 29 juillet 2002, n° 222180 : D., 2002, IR, 2583 ; JCP G., 2003, I, 150, n° 2, Note TEYSSIER B. ; RJP, 2002-12/21, Note PUTMAN E. En appel, voir CAA Bordeaux, 29 mai 2000, n° 99BX02454 : AJDA, 2000, 896, Obs. R. J.-L. ; AJDA, 2000, 958 ; Droit administratif, 2000, Comm. 236, EXPOSTA N. En première instance voir : TA, Saint-Denis de la Réunion, 21 octobre 1999 : JCP G., 2000, II, 10287, Note LEMAIRE F. Dans l'affaire Martinot, le Conseil d'État a fait preuve du même refus, mais a ajouté qu'« *en vertu des articles 8 et 9 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, le choix du mode de sépulture, qui est intimement lié à la vie privée et par lequel une personne peut entendre manifester ses convictions, peut faire l'objet de restrictions notamment dans l'intérêt de l'ordre et de la santé publics ; que les restrictions que prévoient les dispositions précitées du Code général des collectivités territoriales, en n'autorisant, après le décès d'une personne, que l'incinération ou la crémation de son corps, lesquelles visent à organiser les modes de sépulture selon les usages et à protéger la santé publique, ne sont pas disproportionnées par rapport à ces objectifs et ne méconnaissent pas, par suite, les stipulations de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales* » : Conseil d'État, 5^e et 4^e sous sections réunies, 6 janvier 2006, n° 260307 : D., 2006, 1875, Note CORPART I. ; D., 2006, Pan., 1207, GALLOUX J.-C. ; JCP G., 2006, II, 10059, Note ERSTEIN L. ; Defrénois, 2006, 500, Note POPU H. ; AJDA, 2006, 757, Note BURGOGNE-LARSEN L. ; JCP A., 16 janvier 2006, Act. 60, ROUAULT M.-C. Cet arrêt est l'épilogue d'une longue bataille judiciaire. Avant cette décision voir : TGI Saumur, 13 mars 2002 (Ord. Référé) : LPA, 4 octobre 2002, 15, Note ROLLAND B. ; CA Angers, 9 septembre 2002 : JCP G., 2003, II, 10052 DOUAY S. ; TA Nantes, 5 septembre 2002, n° 0201396, n° 0201395, n° 0201394, n° 0201756 : JCP G., 2003, II, 10052, Note DOUAY S. ; CAA Nantes, 27 juin 2003, n° 02NT01704 : AJDA, 2003, 1871, Note MILLET J.-F.

²³⁴² Cass. civ. 1^{re}, 15 juin 2005, n° 05-15.839 : Bull. civ., I, n° 267 ; D., 2005, IR, 1807 ; Dr. fam., 2005, Comm. 193, BEIGNIER B. Précédemment : CA Paris, 3 juin 2005 : D., 2005, 2431, Note LABBÉE X. ; Cass. civ. 1^{re}, 27 mai 2009, n° 09-66.589 : Bull. civ., 2009, I, n° 106 ; Dr. fam., 2009, Comm. 94, BEIGNIER B. ; Cass. civ. 1^{re}, 2 février 2010, n° 10-11.295 : Bull. civ., 2010, I, n° 24 ; CA Fort-de-France, Chambre civile, 18 janvier 2013, RG n° 10/00166 ; CA Paris, 24 juin 1996 : Dr. fam., 1998, Comm. 176, BEIGNIER B.

sur les finalités de cette utilisation. Ce consentement est révocable sans forme et à tout moment tant que le prélèvement n'est pas intervenu. Par dérogation, le don peut être dédié à l'enfant né ou aux frères ou sœurs de cet enfant en cas de nécessité thérapeutique avérée et dûment justifiée lors du prélèvement ». Il exige donc le consentement de la mère au don de sang de cordon. On pourrait dès lors penser que ce consentement constitue une reconnaissance d'un droit de disposition en faveur de la femme.

Toutefois, la décision du Conseil constitutionnel du 16 mai 2012²³⁴³ tend à nuancer un tel raisonnement. Était en cause la conformité aux droits et libertés que la Constitution garantit de l'article L 1241-1 al. 4 du Code de la santé publique. Sur renvoi du Conseil d'État²³⁴⁴, le Conseil constitutionnel déclare la disposition conforme à la Constitution et n'accueille aucun des griefs soulevés par la société Cryo-Save. Cette société arguait, d'abord, que l'interdiction de conserver le sang de cordon en vue d'une utilisation ultérieure au sein de la famille portait atteinte à la liberté personnelle. Il paraissait en effet possible de soutenir que « l'utilisation d'éléments et produits du corps humain, même en l'absence de caractère patrimonial reconnu à ces éléments, doit renvoyer à l'autonomie de la personne »²³⁴⁵. Pourtant le Conseil constitutionnel retient que la liberté personnelle n'est pas en cause. La portée de cette décision est particulièrement bien mise en lumière par M.-X. CATTO qui relève que « le Conseil confirme (...) une logique (...) selon laquelle loin de reconnaître un droit de disposer de son corps ou de ses éléments et produits corporels, le « don » est l'autorisation d'une atteinte, ou l'autorisation d'un prélèvement, mais nullement la reconnaissance d'un « droit sur » l'élément « donné » »²³⁴⁶. Cette idée est encore confirmée par la comparaison du droit français au droit suisse.

B. Une reconnaissance homogène des droits familiaux face à l'impératif de santé publique en droit suisse

335. En droit suisse, les droits familiaux sont reconnus de manière homogène que la personne soit vivante (1) ou décédée (2).

²³⁴³ Conseil constitutionnel, Décision n° 2012-249 QPC, 16 mai 2012, Société Cryo Save France : *Lettre Actualités Droits-Libertés du CREDOF*, 3 juin 2012, Note CATTO M.-X. ; *RGDM*, 2012, n° 44, 375, Note BINET J.-R. ; *RLDC*, 2012, n° 95, 62, Note ROCHE T. ; *Constitutions*, 2012, 474, Note BIOY X. ; *RDSS*, 2012, 851, Note LOHEAC-DERBOUILLE P. ; *RFDC*, 2012, 874, Note NICOLAS G.

²³⁴⁴ Conseil d'État, 1^{re} et 6^e sous-sections réunies, 19 mars 2012, n° 388764. À cette occasion, la société Cryo-Save France demandait l'annulation, pour excès de pouvoir, de la décision implicite du ministre du travail, de l'emploi et de la santé rejetant sa demande d'abrogation de la circulaire du 18 janvier 2010 relative aux modalités d'application de l'arrêté fixant le contenu du dossier accompagnant la demande d'autorisation ou la demande de renouvellement d'autorisation d'effectuer des prélèvements de cellules à des fins thérapeutiques.

²³⁴⁵ VIALETTES M., Concl. sous CE, 19 mars 2012, n°34764 : cité par : CATTO M.-X., « Éléments et produits du corps humain (Art. L 1241-1 CSP) : constitutionnalité de l'interdiction de conserver, à titre préventif, le sang de cordon dans le cadre intrafamilial » (PDF), in *Lettre Actualités Droits-Libertés du CREDOF*, 3 juin 2012. Voir également dans ce sens la position de X. BIOY qui inclut le choix de l'usage qui sera fait des produits issus de son corps dans la liberté personnelle : BIOY X., RIAL-SEBBAG E., « Les ressources biologiques devant le Conseil constitutionnel », *Constitutions*, 2012, n° 3, p. 476.

²³⁴⁶ CATTO M.-X., « Éléments et produits du corps humain (Art. L 1241-1 CSP) : constitutionnalité de l'interdiction de conserver, à titre préventif, le sang de cordon dans le cadre intrafamilial » (PDF), in *Lettre Actualités Droits-Libertés du CREDOF*, 3 juin 2012.

1. Des prérogatives familiales consacrées du vivant de la personne

336. Le renforcement des pouvoirs familiaux : l'exemple de la recherche – Tout comme en droit français, l'encadrement juridique de la recherche helvétique a favorisé un renforcement des pouvoirs familiaux. Avant l'adoption d'une loi fédérale, D. SPRUMONT²³⁴⁷ considérait qu'il convenait de distinguer en fonction de l'existence ou de l'absence d'objectif thérapeutique. En présence d'un bénéfice thérapeutique pour le patient, il avançait que la jurisprudence traditionnelle du Tribunal fédéral ne devait pas être interprétée « *de manière extensive* »²³⁴⁷. Il en déduisait que les recherches sur la personne incapable de discernement étaient autorisées à condition, notamment, que le représentant légal y consente²³⁴⁸. En revanche, il soulignait « *qu'en vertu de la force dérogatoire du droit fédéral, une règle de droit public cantonal ne peut aller à l'encontre d'une disposition constitutionnelle (in casu, garantie de la liberté personnelle), ni d'une règle de droit privé fédéral, sous peine de nullité. En l'espèce, cela signifie que les dispositions de droit cantonal relatives à la recherche sur l'homme ne peuvent prévoir que le représentant légal d'un incapable de discernement consente à ce que son pupille participe à une recherche ne présentant pas de bénéfices thérapeutiques. En effet, la relation entre un incapable de discernement et son représentant légal est fixée par le Code civil. Une règle de droit public cantonal ne peut pas y déroger* »²³⁴⁹. L'apparition de règles de droit de la santé au niveau fédéral a contribué à remettre en cause ces principes en permettant un accroissement des pouvoirs du représentant légal sur le corps du représenté. En effet, la loi fédérale relative à la recherche sur l'être humain²³⁵⁰ autorise le représentant légal à consentir à un projet de recherche sans bénéfice direct sur un enfant²³⁵¹, un adolescent²³⁵² ou un adulte incapable de discernement²³⁵³.

337. L'accompagnement des pouvoirs familiaux : l'exemple de l'éducation sexuelle – Le droit de la santé a, par ailleurs, conféré à l'État des prérogatives relatives à l'éducation sexuelle à des fins de protection de la santé publique. Les domaines de l'éducation²³⁵⁴ et de la santé relèvent des cantons, sous réserve d'une habilitation au profit de la Confédération. La loi fédérale sur la lutte contre les maladies transmissibles de l'homme²³⁵⁵ constitue la seule base légale fédérale susceptible d'être mobilisée en faveur d'une politique d'éducation sexuelle²³⁵⁶. Elle a été révisée récemment²³⁵⁷ et prévoit, dans sa version qui entrera en vigueur en 2016, que « *le Conseil fédéral peut enjoindre aux institutions des domaines de l'éducation et de la santé de fournir des informations sur les risques liés aux maladies transmissibles et des conseils sur les moyens de les prévenir et de les combattre* »²³⁵⁸. Le message du Conseil fédéral précise à cet égard que « *certaines groupes de population tels*

²³⁴⁷ SPRUMONT D., *La protection des sujets de recherche notamment dans le domaine biomédical*, Berne, Stämpfli, 1993, p. 213.

²³⁴⁸ *Ibid.*, p. 214.

²³⁴⁹ *Ibid.*

²³⁵⁰ Loi fédérale relative à la recherche sur l'être humain du 30 septembre 2011, Entrée en vigueur au 1^{er} janvier 2014, RS 810.30, RO 2013 3215.

²³⁵¹ Art. 22 al. 4 LRH.

²³⁵² Art. 23 al. 3 LRH.

²³⁵³ Art. 24 al. 2 LRH.

²³⁵⁴ Art. 62 Cst féd.

²³⁵⁵ Loi fédérale sur la lutte contre les maladies transmissibles de l'homme (loi sur les épidémies) du 18 décembre 1970, Entrée en vigueur au 1^{er} juillet 1974, RS 818. 101, RO 1974 1071.

²³⁵⁶ JACOT-DESCOMBES C., « Éducation sexuelle et mise en œuvre locale : efficacité des modèles retenus en Suisse au regard du droit international », in *Colloque international : Comment l'État fait-il notre lit ? La régulation des sexualités en Europe*, Université libre de Bruxelles, 25 et 26 mars 2010, p. 2, Disponible sur : <http://normes-genre-sexualites.ulb.ac.be/fr/agenda-des-activites/colloque-international-comment-letat-fait-il-notre-lit-la-regulation-des-sexualites-en-europe/>, Consulté le 17 août 2014.

²³⁵⁷ Loi fédérale sur la lutte contre les maladies transmissibles de l'homme du 28 septembre 2012, FF 2012 7543.

²³⁵⁸ Art. 19 al. 2 let. c LÉp.

que les enfants et les adolescents (...) particulièrement menacés ont droit à une protection particulière. Le Conseil fédéral peut donc, si nécessaire, obliger les institutions relevant de l'éducation et de la santé publique (p. ex. : écoles, foyers) à informer les personnes qui leur sont confiées de manière adaptée à leur âge et leurs connaissances, ainsi qu'à leur fournir des conseils adéquats sur la prévention et la lutte contre les maladies transmissibles»²³⁵⁹. Ainsi, l'éducation sexuelle ne bénéficie que d'un fondement parcellaire au niveau fédéral. En dehors des informations relatives aux maladies transmissibles, il faut s'en référer au droit cantonal. Les règles sont diversifiées et varient selon les spécificités culturelles et linguistiques des cantons²³⁶⁰. Une scission se dessine cependant entre les cantons romands et les cantons alémaniques²³⁶¹. Dans les premiers, l'éducation sexuelle a débuté dans les années 1960 et s'est appuyée sur des acteurs externes qui se sont professionnalisés²³⁶². L'information porte non seulement sur la santé sexuelle, mais aborde également des questions plus larges²³⁶³. L'association ARTANES œuvre en faveur de la reconnaissance et de la formation dans le domaine de l'éducation sexuelle²³⁶⁴. Dans les cantons alémaniques, une approche interne recourant à la transmission par les enseignants s'est développée, d'abord sous l'influence de la prévention du VIH²³⁶⁵. Ces dernières années, la Suisse alémanique a toutefois vu apparaître des modèles fondés sur la coopération entre enseignants et professionnels²³⁶⁶. En 2006, sur mandat de l'office fédéral de la santé publique, la Haute école pédagogique de Suisse centrale a été chargée de mettre en place le centre de compétence national pour l'éducation sexuelle à l'école²³⁶⁷. Ce dernier succédait au projet « amorix – éducation et santé sexuelle » mené par la fondation PLANes et l'AAS²³⁶⁸. Il visait à « mettre en place les bases d'un ancrage dans les écoles, à l'échelle nationale, des thèmes en rapport avec la sexualité et la procréation »²³⁶⁹. Cet ancrage passait non seulement par l'information de tous les enfants lors de leur scolarité, mais également par la formation de l'ensemble

²³⁵⁹ Message concernant la révision de la loi fédérale sur la lutte contre les maladies transmissibles de l'homme, 3 décembre 2010, FF 2011 358.

²³⁶⁰ Pour s'en tenir à l'exemple du canton de Vaud, l'article 45 de la loi sur la santé prévoit que « les mesures de santé scolaire sont notamment la promotion de la santé, la prévention, la surveillance de l'état de santé des élèves fréquentant les établissements scolaires, l'éducation sexuelle, l'éducation pour la santé dentaire ainsi que l'appui utile à l'intégration des élèves en situation de handicap ou de maladie chronique ». L'article 31 précise que « l'État et les communes peuvent collaborer notamment avec (...) la Fondation Profa, pour l'éducation sexuelle, le planning familial, le Conseil en périnatalité et le Conseil conjugal » : GRAND CONSEIL DU CANTON DE VAUD, Loi sur la santé publique (LSP), Du 29 mai 1985, RSV, 800. 01. L'article 7 du règlement sur la promotion de la santé intègre l'éducation sexuelle dans les activités de promotion de la santé et de prévention en milieu scolaire : CONSEIL D'ÉTAT DU CANTON DE VAUD, Règlement sur la promotion de la santé et la prévention en milieu scolaire (RPSPS), Du 31 août 2011, RSV, 400. 01. 2. Pour l'exemple du canton du Valais, voir : « Éducation sexuelle dans le canton du Valais », Disponible sur : http://www.amorix.ch/fileadmin/media/amorix.ch/EScantonValais_Newsletter_gvc.pdf, Consulté le 17 août 2014.

²³⁶¹ JACOT-DESCOMBES C., « Éducation sexuelle et mise en œuvre locale : efficacité des modèles retenus en Suisse au regard du droit international », in *Colloque international : Comment l'État fait-il notre lit ? La régulation des sexualités en Europe*, Université libre de Bruxelles, 25 et 26 mars 2010, p. 3 et s., Disponible sur : <http://normes-genre-sexualites.ulb.ac.be/fr/agenda-des-activites/colloque-international-comment-letat-fait-il-notre-lit-la-regulation-des-sexualites-en-europe/>, Consulté le 17 août 2014.

²³⁶² *Ibid.*, p. 2.

²³⁶³ *Ibid.*, p. 5.

²³⁶⁴ Voir son site internet, Disponible sur : <http://www.artanes.ch/>, Consulté le 17 août 2014.

²³⁶⁵ JACOT-DESCOMBES C., « Éducation sexuelle et mise en œuvre locale : efficacité des modèles retenus en Suisse au regard du droit international », in *Colloque international : Comment l'État fait-il notre lit ? La régulation des sexualités en Europe*, Université libre de Bruxelles, 25 et 26 mars 2010, p. 6, Disponible sur : <http://normes-genre-sexualites.ulb.ac.be/fr/agenda-des-activites/colloque-international-comment-letat-fait-il-notre-lit-la-regulation-des-sexualites-en-europe/>, Consulté le 17 août 2014.

²³⁶⁶ JEGGE G., « L'éducation sexuelle à l'école », in CFEJ, *La sexualité des jeunes au fil du temps. Évolution, influences et perspectives*, Berne, Octobre 2009, p. 73.

²³⁶⁷ KUNZ D., BÜRGISSER T., *L'éducation sexuelle à l'école – Analyse de la situation*, Lucerne, Centre de compétences pour l'éducation sexuelle à l'école, 2007, p. 3.

²³⁶⁸ *Ibid.*

²³⁶⁹ KUNZ D., *Document établissant les bases d'une éducation sexuelle à l'école. Base pour une harmonisation et un ancrage au niveau national de l'éducation sexuelle à l'école et réflexions sur la formation et la formation continue des enseignants dans les hautes écoles pédagogiques*, Lucerne, Centre de compétences pour l'éducation sexuelle à l'école, 2008, p. 3.

des enseignants²³⁷⁰. Ce centre a été dissous courant 2013²³⁷¹. On peut également signaler, dans le domaine plus large de la promotion de la santé, l'existence du « réseau suisse éducation + santé » qui a pour objectif la promotion de la santé à l'école, la diffusion des connaissances et la mise en réseau des organisations et institutions intervenant dans ce domaine²³⁷². La commission fédérale pour l'enfance et la jeunesse s'est par ailleurs intéressée à l'éducation sexuelle, en faisant de la sexualité des jeunes un thème d'étude pour les années 2007 à 2009²³⁷³. Elle préconise notamment de sensibiliser et d'informer les parents sur leurs responsabilités dans le domaine de l'éducation sexuelle²³⁷⁴. Elle insiste, en outre, sur le nécessaire partenariat entre les parents et l'école²³⁷⁵. Elle recommande, enfin, que des cours obligatoires soient inscrits dans les plans d'étude dès l'école enfantine et que les parents ne puissent pas opposer un veto à la participation de leurs enfants aux cours d'éducation sexuelle²³⁷⁶.

La question de la cohabitation entre instruction publique et autorité parentale est régulièrement au cœur des débats, bien que plusieurs recommandations insistent sur l'importance d'une étroite collaboration avec les parents et sur la complémentarité entre école et famille²³⁷⁷. Cette problématique a récemment été relancée avec la polémique des « sex-box » qui s'est développée à Bâle²³⁷⁸. Dans ce canton, des parents ont saisi la justice en demandant que leurs enfants soient dispensés d'éducation sexuelle. Ils ont été déboutés par la cour d'appel de Bâle qui a considéré que l'atteinte à leur droit d'éducation était justifiée²³⁷⁹. Le Tribunal fédéral avait d'ailleurs rejeté leur demande de mesures préventives²³⁸⁰. Une initiative populaire relative à la « protection contre la sexualisation à l'école maternelle et à l'école primaire »²³⁸¹ a ensuite abouti²³⁸², en réaction à l'annonce de l'étude du développement sexuel dans le Lehrplan 21²³⁸³ et au PNVI 2011-2017²³⁸⁴. Elle visait notamment à compléter la Constitution en précisant que « l'éducation sexuelle est l'affaire des parents »²³⁸⁵. Seul un cours destiné à la prévention des abus sexuels

²³⁷⁰ JEGGE G., « L'éducation sexuelle à l'école », CFEJ, *La sexualité des jeunes au fil du temps. Évolution, influences et perspectives*, Berne, Octobre 2009, p. 75.

²³⁷¹ « Dissolution du centre de compétence pour l'éducation sexuelle à l'école », Lucerne, 28 mars 2013, Disponible sur : http://www.amorix.ch/fileadmin/media/amorix.ch/Aktuell/Information_dissolution_centre_education_sexuelle_Version_F.pdf, Consulté le 2 septembre 2014.

²³⁷² Voir son site internet, Disponible sur : <http://www.bildungundgesundheits.ch>, Consulté le 17 août 2014.

²³⁷³ Voir le rapport : CFEJ, *La sexualité des jeunes au fil du temps. Évolution, influences et perspectives*, Berne, Octobre 2009, 102 p.

²³⁷⁴ *Ibid.*, p. 98.

²³⁷⁵ *Ibid.*, p. 99.

²³⁷⁶ *Ibid.*

²³⁷⁷ UNESCO, Principes directeurs internationaux sur l'éducation sexuelle, Vol. 1 : le bien fondé de l'éducation sexuelle, Paris, UNESCO, Mai 2010, p. 9 et p. 13.

²³⁷⁸ BOURGEOIS L., « Éducation sexuelle : des partis crient au porno », *Tribune de Genève*, 18-19 juin 2011, p. 6 : « L'histoire a démarré à la fin de mai avec la révélation par le *SonntagsBlick* des moyens que Bâle entend utiliser pour ses prochains cours d'éducation sexuelle à l'intention d'enfants de 10 ans, dès la rentrée. Les spécialistes de la branche ont fait confectionner une sex-box, une sorte de kit pédagogique, où l'élève trouvera des pénis en bois et en peluche ainsi que des sexes féminins à manipuler ».

²³⁷⁹ « L'éducation sexuelle conforme à la Constitution », *20minutes.ch*, Disponible sur : <http://www.20min.ch/ro/news/suisse/story/13126842>, Consulté le 17 août 2014.

²³⁸⁰ TF, 2C.105/2012, 29 février 2012.

²³⁸¹ Initiative populaire fédérale « Protection contre la sexualisation à l'école maternelle et à l'école primaire », Examen préliminaire, FF 2012 5397.

²³⁸² Initiative populaire fédérale « Protection contre la sexualisation à l'école maternelle et à l'école primaire », Aboutissement, FF 2014 1453.

²³⁸³ « Le cours d'éducation sexuelle doit rester une compétence cantonale », Disponible sur : <https://www.news.admin.ch/message/index.html?lang=fr&msg-id=52609>, Consulté le 17 août 2014. Le Lehrplan 21 constitue un plan d'étude de scolarité obligatoire relatif à l'ensemble de la Suisse alémanique.

²³⁸⁴ STAUB R (Dir.), *Programme national. VIH et autres infections sexuellement transmissibles (PNVI) 2011-2017*, Berne, OFSP, Décembre 2010, p. 79, p. 87, p. 97 et p. 132. L'éducation sexuelle s'inscrit dans le premier axe d'intervention (relatif à la prévention) du PNVI.

²³⁸⁵ Art. 11 al. 3.

pouvait être dispensé à partir de l'école maternelle²³⁸⁶. Un cours facultatif d'éducation sexuelle pouvait être dispensé par le maître de classe aux enfants de plus de 9 ans. Enfin, un cours obligatoire, visant à transmettre les savoirs sur la reproduction et le développement, pouvait être dispensé par le professeur de biologie à partir de 12 ans²³⁸⁷. En dehors de ces hypothèses, aucun élève ne pouvait être contraint à assister à un cours d'éducation sexuelle²³⁸⁸. Le Conseil fédéral a proposé le rejet de cette initiative en soulignant qu'elle allait à l'encontre de la pratique actuellement en vigueur. Il a chargé le département fédéral de l'économie, de la formation et de la recherche de rédiger un message au Parlement d'ici décembre 2014²³⁸⁹.

338. La limitation des pouvoirs familiaux de décision : l'exemple de la vaccination obligatoire

– Les pouvoirs familiaux peuvent parfois être circonscrits, si des vaccinations sont déclarées obligatoires. En droit suisse, la loi sur les épidémies actuellement en vigueur²³⁹⁰ prévoit que les cantons doivent déterminer si les vaccinations sont obligatoires²³⁹¹. La Confédération avait, à l'époque, renoncé à édicter une règle au niveau fédéral du fait de disparités importantes entre les réglementations cantonales, lesquelles n'imposaient pas toutes la vaccination²³⁹². Les règles restent aujourd'hui fixées par les cantons qui, dans leur majorité, ne fixent pas d'obligation vaccinale²³⁹³. La nouvelle loi sur les épidémies, qui entrera en vigueur en 2016, prévoit qu'un programme national concernant les vaccinations soit élaboré par l'OFSP avec le concours des cantons²³⁹⁴. Afin d'élaborer et de publier le plan national de vaccination, l'OFSP doit collaborer avec la commission fédérale pour les vaccinations²³⁹⁵. Les cantons doivent donc encourager la vaccination²³⁹⁶. Ils peuvent également « *déclarer obligatoires des vaccinations pour des groupes à risques, pour les personnes particulièrement exposées et pour les personnes exerçant certaines activités* » à condition « *qu'un danger sérieux soit établi* »²³⁹⁷. Le pouvoir d'édicter des vaccinations obligatoires est donc davantage conditionné²³⁹⁸. En cas de situation particulière, le Conseil fédéral pourra, après avoir consulté les cantons, déclarer des vaccinations obligatoires pour certains groupes de population particulièrement en danger ou

²³⁸⁶ Art. 11 al. 4.

²³⁸⁷ Art. 11 al. 5.

²³⁸⁸ Art. 11 al. 6.

²³⁸⁹ « Le cours d'éducation sexuelle doit rester une compétence cantonale », Berne, 9 avril 2014, Disponible sur : <https://www.news.admin.ch/message/index.html?lang=fr&msg-id=52609>, Consulté le 17 août 2014.

²³⁹⁰ Loi fédérale sur la lutte contre les maladies transmissibles à l'homme (loi sur les épidémies) du 18 décembre, Entrée en vigueur au 1^{er} juillet 1974, RS 818.101, RO 1974 1071.

²³⁹¹ Art. 23 de la loi sur les épidémies.

²³⁹² Message du Conseil fédéral à l'Assemblée fédérale concernant le projet de loi fédérale sur la lutte contre les maladies transmissibles de l'homme, 11 février 1970, FF 1970 I 425 : « Cette solution est certainement préférable à l'introduction d'une disposition générale dans la loi fédérale. Elle tient compte du fait que des vaccinations obligatoires existent actuellement dans un certain nombre de cantons, et que la plupart ne les ont pas introduites. Aujourd'hui, il n'y a que les cantons de Fribourg, Tessin, Vaud et Genève (vaccination contre la variole et la diphtérie), Soleure, Valais (contre la variole) et Neuchâtel (contre la diphtérie) qui connaissent la vaccination obligatoire en vertu du droit cantonal ».

²³⁹³ Voir par exemple : CONSEIL D'ÉTAT DU CANTON DE VAUD, Règlement sur la lutte contre la tuberculose dans le Canton de Vaud (RLCT), Du 22 mai 1996, RSV, 818. 155. 1 ; CONSEIL D'ÉTAT DE LA RÉPUBLIQUE ET CANTON DE NEUCHÂTEL, Règlement sur les vaccinations et les revaccinations, Du 4 juillet 1961, RSN, 807. 201 ; CONSEIL D'ÉTAT DE LA RÉPUBLIQUE ET CANTON DE GENÈVE, Règlement concernant les vaccinations obligatoires et facultatives (RVOF), Du 28 février 1979, RSG, K1 15. 08.

²³⁹⁴ Art. 5 de la loi fédérale sur la lutte contre les maladies transmissibles de l'homme du 28 septembre 2012, FF 2012 7543.

²³⁹⁵ Art. 20 al. 1 LÉp.

²³⁹⁶ Art. 21 LÉp : « Les cantons encouragent la vaccination par les mesures suivantes : informer les personnes concernées des recommandations figurant dans le plan national de vaccination ; contrôler régulièrement le statut vaccinal des enfants et des adolescents pendant la scolarité obligatoire ; veiller à ce que les personnes visées par les recommandations reçoivent une vaccination complète. Les cantons peuvent en particulier prendre les mesures suivantes : proposer des vaccinations dans le cadre du service médical scolaire ; effectuer des vaccinations gratuites ou remettre des vaccins à un prix inférieur à celui du marché ».

²³⁹⁷ Art. 23 LÉp.

²³⁹⁸ Message concernant la révision de la loi fédérale sur la lutte contre les maladies transmissibles, 3 décembre 2010, FF 2011 360.

encore pour des personnes particulièrement en danger ou exerçant certaines activités²³⁹⁹. Si une situation extraordinaire se présente, des mesures peuvent être ordonnées par le Conseil fédéral à l'encontre de tout ou partie de la population du pays²⁴⁰⁰. Bien que l'obligation vaccinale soit très limitée en droit suisse, il n'est pas exclu que les détenteurs de l'autorité parentale se voient contraints, par une règle de droit cantonal, de vacciner leur enfant.

2. Des prérogatives familiales reconnues aux extrémités de la vie

339. Aux extrémités de la vie, le droit suisse se distingue du droit français, en ce qu'il reconnaît à la famille un droit de disposer des organes du défunt et une faculté parentale de disposer du sang de cordon.

340. Droit de la personnalité des proches de disposer du cadavre – Avant même l'adoption de la loi fédérale sur la transplantation, le Tribunal fédéral avait eu l'occasion de se prononcer sur les droits des membres de la famille ou des proches sur le corps du défunt. Le Tribunal a considéré, à plusieurs reprises, que l'atteinte au cadavre était susceptible de constituer une atteinte aux intérêts personnels des parents de celui-ci²⁴⁰¹. Il retient qu'« *en l'absence d'une décision du défunt, ses parents et ses proches peuvent avoir dans [les limites de la loi, de l'ordre public et des bonnes mœurs], une certaine prétention à disposer du sort de son cadavre. Bien que, d'un point de vue privatiste, ce droit soit comparable au droit de propriété, il n'est pas régi par les droits réels, mais est une émanation des droits généraux de la personnalité (art. 28 CC). Il est fondé sur les rapports étroits qu'ont eus les intéressés avec le défunt et protège les relations sentimentales qui en résultent. (...) On peut, en conclusion, admettre que la garantie constitutionnelle de la liberté personnelle protège également le sentiment de piété des parents et, en conséquence, le droit de ceux-ci de s'opposer à une intervention injustifiée sur la dépouille d'un défunt* »²⁴⁰².

Cette position a été confirmée par la loi fédérale sur la transplantation. Son article 8 dispose que « *des organes, des tissus et des cellules peuvent être prélevés sur une personne décédée si elle a consenti, avant son décès, à un tel prélèvement* ». Si le défunt n'a pas consenti au préalable, il convient de faire application du modèle du consentement au sens large. Cela signifie que si aucun document n'atteste du consentement ou du refus de la personne, les proches vont être sollicités. Leur intervention peut avoir lieu à double titre. En premier lieu, il leur est demandé « *s'ils ont connaissance d'une déclaration de don* »²⁴⁰³. Comme en droit français, dans cette hypothèse, les proches se contentent de témoigner de la volonté du défunt. Le droit suisse va cependant plus loin. En effet, en second lieu, « *si les proches n'ont pas connaissance d'une telle déclaration, un prélèvement d'organes, de tissus ou de cellules ne peut être effectué que s'ils y consentent* », étant précisé « *qu'en prenant leur décision, ils doivent respecter la volonté présumée de la personne décédée* »²⁴⁰⁴. Le droit suisse confère donc aux proches un véritable pouvoir de décision puisqu'ils consentent « *en lieu et place de la personne décédée* »²⁴⁰⁵ en respectant sa volonté putative. Ce pouvoir de décision trouve son fondement juridique dans leur liberté

²³⁹⁹ Art. 6 LÉp.

²⁴⁰⁰ Art. 7 LÉp.

²⁴⁰¹ ATF 101 II 177 = JT, 1976, I, 362 ; ATF 111 Ia 231 ; ATF 127 I 115.

²⁴⁰² ATF 111 Ia 231, 233-234.

²⁴⁰³ Art. 8 al. 2 de la loi fédérale sur la transplantation d'organes, de tissus et de cellules du 8 octobre 2004, Entrée en vigueur au 1^{er} juillet 2007, RS 810.21, RO 2007 1935.

²⁴⁰⁴ *Ibid.*, Art. 8 al. 3.

²⁴⁰⁵ Message concernant la loi fédérale sur la transplantation d'organes, de tissus et de cellules, 12 septembre 2001, FF 2002 136.

personnelle en droit public et leurs droits de la personnalité en droit privé. La « *clause générale* » de l'article 28 du Code civil suisse permet, en effet, de fonder la protection du sentiment de pitié des proches qui garantit une protection médiate du corps du défunt. Le rôle des proches est au cœur de la révision de la loi sur la transplantation. L'article 8 al. 3 bis du projet de loi prévoit que la demande de prélèvement ne peut intervenir que postérieurement à la décision d'interrompre les soins. L'article 10 précise par ailleurs le rôle des proches en matière de mesures médicales préliminaires. Ceux-ci doivent transmettre la volonté présumée de la personne concernée et, à défaut, consentir eux-mêmes. Ainsi en l'absence de prise de contact avec les proches, aucun prélèvement ne peut être envisagé²⁴⁰⁶.

341. La faculté parentale de disposer du sang de cordon – Le droit suisse se montre également relativement souple en matière de don de sang de cordon. L'État ne semble pas imposer un modèle prédéfini. Dans ce pays, en effet, « *il existe des banques spéciales, tant publiques que privées* »²⁴⁰⁷.

Deux banques publiques y sont actuellement implantées. Ainsi, « *si la mère le désire, le sang de son nouveau-né peut (...) être testé et congelé conformément aux dispositions légales, dans une banque prévue à cet effet dans les hôpitaux de Bâle ou de Genève, pour éventuellement être utilisé par la suite. L'activité des banques publiques est coordonnée par le Service des transfusions sanguines CRS SA* »²⁴⁰⁸.

À côté de ces banques publiques, « *quelques sociétés proposent aux parents, moyennant finances, de stocker le sang de cordon de leurs nouveau-nés aux fins d'une utilisation autologue ultérieure* »²⁴⁰⁹. Ces banques privées se sont notamment implantées en Valais²⁴¹⁰, dans le Tessin²⁴¹¹, à Fribourg²⁴¹² ou encore dans le Canton de Zürich²⁴¹³. Il en résulte que le législateur laisse aux parents la possibilité de disposer du sang de cordon de leur enfant comme bon leur semble.

342. Conclusion de la section 2 : l'influence de la protection de la santé d'autrui sur les droits et devoirs familiaux – Le droit comparé constitue un outil indispensable à la connaissance des systèmes juridiques. Il montre comment l'objectif de protection de la santé peut influencer les droits et devoirs familiaux.

La protection de la santé d'un des membres de la famille contribue d'abord à l'évolution des droits et devoirs familiaux. Une forme renouvelée de solidarité familiale, à la fois corporelle et informationnelle,

²⁴⁰⁶ Message concernant la modification de la loi sur la transplantation, 8 mars 2013, FF 2013 2097.

²⁴⁰⁷ OFSP, « Origine des cellules souches sanguines et risques encourus par le donneur », Disponible sur : <http://www.bag.admin.ch/transplantation/00697/01681/02858/03306/index.html?lang=fr>, Consulté le 11 novembre 2013.

²⁴⁰⁸ OFSP, « Transplantation allogène de cellules souches hématopoïétiques », Disponible sur : <http://www.bag.admin.ch/transplantation/00697/01681/02858/03224/index.html?lang=fr>, Consulté le 11 novembre 2013.

²⁴⁰⁹ *Ibid.*

²⁴¹⁰ Société Cordsavings : « Une banque de sang de cordon ombilical lancée en Valais », *Le matin.ch*, Disponible sur : <http://www.lematin.ch/suisse/Une-banque-de-sang-de-cordon-ombilical-lancee-en-Valais/story/13751530>, Consulté le 11 novembre 2013.

²⁴¹¹ Swiss stem cell bank dont le site internet est disponible sur : <http://www.stembank.ch/>, Consulté le 11 novembre 2013 ; Pro Crea Stem Cells SA dont le site internet est disponible sur : <http://www.procrea-stem-cells.ch/>, Consulté le 11 novembre 2013. Ces banques privées favorisent d'ailleurs le tourisme éthique en provenance de l'Italie. Sur cette question voir : « Ces cellules souches qui attirent les italiens au Tessin », *Swissinfo.ch*, Disponible sur : http://www.swissinfo.ch/fre/A_La_une/Archive/Ces_cellules_souches_qui_attirent_les_Italiens_au_Tessin.html?cid=6275868, Consulté le 11 novembre 2013.

²⁴¹² « Création d'une banque de sang de cordon ombilical », *La liberté.ch*, Disponible sur : <http://www.laliberte.ch/canton/creation-dune-banque-de-cellules-souches-de-cordon-ombilical>, Consulté le 11 novembre 2013.

²⁴¹³ Société Cryo-Save, implantée à Pfäffikon, dont le site est disponible sur : <http://ch.cryo-save.com/fr-ch/overview/cssly/what-are-stem-cells/overview>, Consulté le 11 novembre 2013.

peut être identifiée dans chacun des deux pays. Elle exerce un mouvement de balancier à l'égard des règles de droit civil en renforçant tantôt les pouvoirs, tantôt les devoirs des membres de la famille.

La protection de la santé d'autrui contribue ensuite à la mutation des droits et devoirs des membres de la famille. L'analyse parallèle du droit de la santé publique de chacun des deux pays dévoile cependant des évolutions différentes. Une distinction doit être réalisée entre les prérogatives familiales reconnues du vivant de la personne et celles reconnues aux extrémités de la vie.

Du vivant de la personne, le droit de la santé de chacun des pays se montre soucieux de rechercher un équilibre entre les prérogatives familiales et la protection de la santé publique. Deux types d'influences contradictoires sur les pouvoirs parentaux ont été identifiés. D'une part, la poursuite d'un objectif de santé publique participe au renforcement des droits-fonction des parents. Les pouvoirs des parents sont renforcés au service de la protection de la santé d'autrui. Ce renforcement dérogeant aux règles classiques applicables à l'autorité parentale, des critères permettant de contrôler l'étendue des dérogations devront être fixés. D'autre part, le droit de la santé agit comme un motif de justification de l'atteinte aux pouvoirs familiaux. Cette atteinte est parfois limitée lorsque le droit se contente d'organiser une certaine complémentarité entre le rôle parental et le rôle étatique. Elle est parfois plus profonde, lorsque les parents peuvent être sanctionnés s'ils ne se plient pas aux exigences étatiques. Cette restriction aux droits des parents nécessitera, comme toute restriction des droits, d'être encadrée.

En revanche, les deux droits ont suivi une évolution différente lorsqu'il s'est agi d'établir un équilibre entre les prérogatives familiales et l'impératif de protection de la santé publique aux extrémités de la vie. Alors que le droit de la santé suisse n'exerce que peu d'influence sur le droit de la famille en reconnaissant l'étendue des pouvoirs familiaux, le droit de la santé français adopte une conception opposée qui tend à supprimer le pouvoir décisionnel de la famille. Cette évolution semble pouvoir s'expliquer par l'existence d'une forte politique publique en faveur du don d'organes en France, qui s'oppose à l'attitude plus libérale du droit de la santé suisse.

343. Conclusion du chapitre 2 : l'influence de l'impératif de protection de la santé sur les droits et devoirs familiaux – Quelques grandes lignes semblent émerger de la comparaison des droits en ce qui concerne l'influence exercée par l'impératif de protection de la santé sur les droits et devoirs familiaux.

Les deux droits de la santé font preuve d'un pragmatisme certain en favorisant l'apparition de nouveaux protecteurs du patient. Cette multiplication des notions s'avère plus harmonieuse en droit suisse qu'en droit français où la détermination des frontières des nouveaux concepts et leur coexistence avec les concepts tirés du droit civil est parfois complexe. La portée du pouvoir accordé aux membres de la famille est différente dans chacun des deux pays. Alors que le droit suisse leur octroie un véritable pouvoir de représentation, le droit français reste attaché à la « *décision médicale* » à laquelle la famille est associée.

Le droit de la santé favorise, par ailleurs, l'émergence de différentes formes de solidarité. La solidarité familiale est renouvelée. Elle justifie à la fois l'évolution des pouvoirs et des devoirs familiaux. Nous avons ainsi pu faire émerger le concept de solidarités corporelle et informationnelle, partagé par les deux pays. En revanche, la solidarité nationale apparaît plus marquée en droit français, particulièrement aux extrémités de la vie.

344. Conclusion du titre 2 : l'influence du droit de la santé sur les droits et devoirs familiaux –

L'influence exercée par l'impératif de protection de la santé sur les droits et devoirs familiaux est indiscutablement protéiforme. Deux objectifs poursuivis par le droit de la santé contribuent à modeler ces droits et devoirs.

Dans chacun des deux pays, le droit de la santé encourage l'autonomie du patient, y compris lorsque celui-ci est mineur ou majeur protégé. Cet encouragement exerce une influence différente sur chacun des deux droits. L'influence est très limitée en droit suisse, car le droit de la famille accorde une large place à l'autodétermination. L'influence est en revanche plus forte sur le droit de la famille français qui accorde une place moins importante à l'autodétermination. Le droit de la santé de ce pays contribue dès lors à la subversion des concepts de droit civil.

Le droit de la santé poursuit en outre un objectif de protection de la santé, tant publique qu'individuelle. Cet objectif conduit cette branche du droit à adopter une approche pragmatique favorisant l'apparition de nouveaux protecteurs dans l'intérêt du patient. La consécration de nouvelles notions, commune aux deux pays, ne s'articule pas de manière identique avec les concepts préexistants en droit civil. Le droit de la santé français peine parfois à se doter de concepts opérationnels, alors même qu'il partage avec le droit de la famille un objectif similaire.

Cette approche pragmatique pousse également le droit de la santé à faire évoluer le contenu même des droits et devoirs familiaux, afin qu'ils ne constituent pas un obstacle trop important à l'atteinte de l'objectif qui lui est assigné. L'implication de l'État dans la poursuite de cet objectif est différente dans chacun des deux droits, la législation française privilégie la protection de la santé publique, au détriment des pouvoirs familiaux. Le droit français de la santé s'émancipe donc davantage des conceptions civilistes que son homologue suisse.

345. Conclusion de la partie 1 : le droit comparé comme révélateur de l'influence du droit de la santé sur le droit de la famille – La comparaison des deux systèmes est un outil de connaissance du droit, un révélateur de l'influence du droit de la santé sur le droit de la famille. À l'issue de la recherche des manifestations de cette influence, diverses conclusions peuvent être posées.

La comparaison a permis de faire émerger des rapprochements et des divergences entre le droit français et le droit suisse. Le modèle restrictif de l'AMP, le consentement à l'acte médical, la multiplication des protecteurs du patient et l'utilisation du corps à des fins de solidarité familiale constituent des points de convergences entre les deux droits. Des oppositions fortes se dessinent également. Elles se manifestent principalement en ce qui concerne l'importance accordée à la capacité naturelle du patient, la portée des pouvoirs des proches, et la fonction de la santé publique dans la limitation des libertés corporelles.

D'une manière générale, le droit de la santé français perturbe, plus que le droit de la santé suisse, les règles posées par le droit de la famille. Il a ainsi joué un rôle novateur en consacrant un droit commun du couple, en battant en brèche le concept d'incapacité et en évinçant davantage les pouvoirs familiaux dans l'intérêt de la santé publique.

Ce bouleversement plus important nous semble à la fois trouver sa source dans des raisons de fond et de méthode.

Sur le fond, le droit de la santé et le droit de la famille de chacun des deux pays se sont structurés différemment.

Les deux droits de la famille ont en effet été historiquement traversés par des contrastes opposés, du moins si l'on examine le « *formant légal* »²⁴¹⁴. Le droit suisse de la famille s'est montré favorable à l'autonomie de la personne protégée capable de discernement à l'égard de ses protecteurs familiaux. Il s'avérait ainsi particulièrement adapté à l'appréhension de la plasticité des faits. En revanche, il s'est révélé nettement moins flexible lorsqu'il était question d'établir les liens familiaux, du fait de son attachement plus prégnant à la protection de la famille dans le mariage. À l'inverse, la législation française était nettement plus rigide face à l'autodétermination de la personne protégée à l'égard de ses protecteurs. Il faisait par contre preuve de souplesse dans la définition de la famille, en raison du déclin plus précoce du mariage.

Cette différence de physionomie se retrouve également si l'on étudie le droit de la santé de chacun des pays. Les deux droits s'opposent quant à l'étendue de l'autonomie du patient relativement aux actes corporels, puisque le droit suisse n'a jamais reconnu à l'indisponibilité du corps humain la même force que le droit français. Par ailleurs, l'intervention étatique est plus limitée en droit suisse. Cela est non seulement dû au fédéralisme, qui rend plus ardue la mise en œuvre des politiques de santé, mais aussi à la nature plus libérale du système de santé de ce pays.

Du point de vue de la méthode, deux différences pourraient expliquer que le droit de la santé français bouleverse davantage le droit de la famille que le droit suisse.

Le droit suisse se révèle plus souple que le droit français, notamment du fait de la « *clause générale* » de protection de la personnalité et du mécanisme de restriction des droits fondamentaux posé par l'article 36 Cst. féd. Cette souplesse transparait dans les modalités du raisonnement juridique. Le juge suisse, dont la légitimité a été moins controversée que celle du juge français²⁴¹⁵, manie sans réticence les approches *in concreto* s'accompagnant d'une mise en balance des intérêts en présence. Il se montre ainsi plus pragmatique que son homologue français, lequel demeure attaché au syllogisme et aux grands principes théoriques. Or, l'affirmation de grands principes rend plus complexe l'articulation des règles de droit poursuivant des finalités inconciliables, ce qui implique de prévoir des dérogations.

Enfin, on peut penser que la méthode législative suisse favorise à la fois la stabilité et la cohérence du droit. La première est encouragée par la longueur de la procédure et le consensualisme qui s'imposent lors de l'élaboration du droit fédéral. La seconde pourrait s'expliquer, dans le domaine qui nous concerne, par la préexistence des droits cantonaux qui constituent une sorte de laboratoire d'expérimentation.

²⁴¹⁴ Rappelons que l'expression « formant » est proposée par le Professeur R. SACCO et qu'elle peut être définie comme un « *facteur modelant le droit* » : LEGRAND P., « À propos d'une réflexion sur la comparaison juridique », *RIDC*, 1993, Vol. 45, n° 4, p. 883.

²⁴¹⁵ Puisque d'un point de vue historique, la tradition politique française a envisagé le juge comme la « *bouche de la loi* ».

PARTIE 2 : L'INFLUENCE DU DROIT DE LA SANTÉ SUR LE DROIT EXTRAPATRIMONIAL DE LA FAMILLE, REPENSÉE GRÂCE AU DROIT COMPARÉ

346. L'utilisation du droit comparé pour repenser l'influence du droit de la santé sur le droit de la famille – L'utilisation du droit comparé en tant que vecteur de proposition d'évolution du droit national ne va pas de soi. La fonction d'« *amélioration* » du droit qui présente « *un caractère normatif* » s'avère « *contingente* »²⁴¹⁶. Cette fonction fait l'objet de multiples reproches. Elle « *instrumentalise le droit comparé* », en reléguant au second plan sa fonction essentielle de connaissance du droit²⁴¹⁷. Elle peut conduire à un phénomène de « *rejet* », lié à la difficile « *acculturation* » d'une proposition étrangère²⁴¹⁸. Enfin, elle est soupçonnée de constituer un « *instrument de propagande* »²⁴¹⁹.

Ces critiques doivent être gardées à l'esprit. Elles ne constituent toutefois pas une fin de non-recevoir à toute forme de proposition. L'utilité de réaliser de telles propositions découle des conclusions qui ont été tirées de l'étude des manifestations de l'influence du droit de la santé sur le droit de la famille.

En premier lieu, les oppositions théoriques, notamment en ce qui concerne le domaine de l'incapacité juridique, semblent plus apparentes que réelles. En effet, une étude de droit comparé doit tenir compte de l'ensemble des « *formants* » composant un système juridique donné²⁴²⁰. Or, l'étude du « *formant jurisprudentiel* » et du « *formant doctrinal* » témoigne incontestablement d'un rapprochement des droits. L'étude comparée favorise l'émergence de « *cryptotypes* », c'est-à-dire de « *modèles implicites* », dans la mesure où il arrive que « *des solutions identiques au stade de l'application so[ient] produites par des lois différentes* »²⁴²¹. Le droit suisse permet alors de repenser les grilles de lecture du droit français.

En second lieu, le rôle moteur du droit de la santé français, qui s'explique parfois par des raisons historiques et culturelles, s'avère porteur de quelques incohérences. La perturbation est inéluctable lorsque le droit de la santé et le droit de la famille poursuivent des buts différents, elle est en revanche plus problématique lorsque ces deux branches du droit poursuivent une même finalité. Il semble alors utile d'appréhender le droit français à la lumière du droit suisse, afin de renforcer la cohérence du droit.

²⁴¹⁶ LAITHIER Y.-M., *Droit comparé*, Paris, Cours, Dalloz, 2009, p. 17.

²⁴¹⁷ *Ibid.*, p. 19.

²⁴¹⁸ *Ibid.*, p. 20.

²⁴¹⁹ *Ibid.*

²⁴²⁰ SACCO R., *La comparaison juridique au service de la connaissance du droit*, Paris, Études juridiques comparatives, Economica, 1991, p. 35 : « Nous avons vu que le juriste oppose tout naturellement la règle légale, la proposition doctrinale, la règle jurisprudentielle. Il faut donc mettre en relief les caractères spécifiques de chacun de ces ensembles de règles ou de propositions. La première constatation est qu'en chaque système nous trouvons chacun de ces divers ensembles, que nous pouvons appeler les « *formants* » du système : nous parlerons ainsi d'un « *formant légal* », d'un « *formant doctrinal* », etc ».

²⁴²¹ GAMBARO A. et al., *Le droit de l'occident et d'ailleurs*, Paris, LGDJ, 2011, p. 6.

Ce renouvellement de l'analyse grâce au droit comparé passera par la limitation du rôle du droit de la santé dans la détermination des liens familiaux (Titre 1) ainsi que par l'affirmation du rôle complémentaire du droit de la santé dans la détermination des droits et devoirs familiaux (Titre 2).

TITRE 1 : LA LIMITATION DU RÔLE DU DROIT DE LA SANTÉ DANS LA DÉTERMINATION DES LIENS FAMILIAUX

347. Rôle fondamental du droit civil dans la définition juridique des liens familiaux – En réglementant les conditions d'accès à des actes médicaux particuliers, le droit de la santé a posé des conditions permettant d'encadrer la création des liens familiaux et a, par là même, contribué à la consécration d'un modèle familial. L'étude comparée des deux droits a montré que le droit de la santé français tendait à s'émanciper du droit civil lorsqu'il déterminait les personnes susceptibles d'accéder à l'AMP. Il est à l'époque apparu comme un droit novateur. On pourrait en déduire une certaine « *autorité des critères biomédicaux* »²⁴²² sur les critères civilistes traditionnels et une autonomisation du droit de la santé.

Ce mouvement est toutefois trompeur. En effet, bien que la notion de couple ait été mentionnée dans le cadre d'une réglementation technique de droit de la santé, elle constitue indiscutablement une « *notion de droit civil* » dans la mesure où « *il s'agit (...) de la condition juridique de mise en œuvre d'une procédure entraînant des conséquences sur l'état de l'enfant, qui ressort évidemment du droit civil* »²⁴²³. Cette constatation plaide en faveur de l'absence d'autonomie du droit de la santé. Ce que l'on a pu qualifier de droit de la santé apparaît davantage ici comme un champ spécifique du droit se superposant au droit civil. La réglementation adoptée nourrit le droit civil du couple et participe à un phénomène de « *décodification (...) par les textes concurrents* »²⁴²⁴. Ainsi, la réglementation du Code de la santé publique, en se référant à la notion de couple, agit comme un « *moteur d'évolution du droit commun* »²⁴²⁵. Elle contribue à l'apparition et à l'ancrage d'une notion juridique non autonome, mettant en lumière les évolutions de la société. En 1999, la notion de couple s'est développée au sein même du Code civil avec la loi du 15 décembre relative au pacte civil de solidarité²⁴²⁶ qui définit le concubinage comme « *une union de fait, caractérisée par une vie commune présentant un caractère de stabilité et de continuité, entre deux personnes, de sexe différent ou de même sexe, qui vivent en couple* »²⁴²⁷. La notion a ensuite été reprise par le droit pénal dans la loi renforçant la prévention et la répression des violences au sein du couple ou commises contre des mineurs²⁴²⁸. La loi relative aux violences faites spécifiquement aux femmes, aux violences au sein des couples et aux incidences de ces dernières sur les

²⁴²² LABRUSSE-RIOU C., « Code civil et Code de la santé publique », *RDSS*, 2008, n° 3, p. 434.

²⁴²³ DEKEUWER-DÉFOSSEZ F., « Réflexions sur les mythes fondateurs du droit contemporain de la famille », *RTD civ.*, 1995, n° 2, p. 251.

²⁴²⁴ FENOUILLET D., « Le droit civil de la famille hors le Code civil », *LP4*, 21 septembre 2005, n° 188, p. 6.

²⁴²⁵ TRÉBULLE F.-G., « Place et domaine d'un droit privé de l'environnement », *Bulletin du droit de l'environnement industriel*, 2009, Supplément au n° 19, p. 23.

²⁴²⁶ Loi n° 99-944 du 15 novembre 1999 relative au pacte civil de solidarité, *JORF*, 16 novembre 1999, p. 16959.

²⁴²⁷ Art. 515-8 CC.

²⁴²⁸ Loi n° 2006-399 du 4 avril 2006 renforçant la prévention et la répression des violences au sein du couple ou commises contre les mineurs, *JORF*, 5 avril 2006, p. 5097.

enfants²⁴²⁹ s'est inscrite dans cette lignée en insérant dans le livre premier du Code civil un titre quatorze, intitulé « des mesures de protection des victimes de violences ».

Ainsi, la détermination des liens familiaux entre les individus relève fondamentalement du droit civil et plus particulièrement du droit de la famille. C'est parce que la société cherchait à protéger un modèle familial particulier que le droit de la santé a pu, à l'époque, être utilisé comme une sorte d'outil, voire d'alibi, au service de la protection de ce modèle. Or, le recours au droit comparé permet de montrer les limites du droit de la santé dans la détermination des liens familiaux. Ces limites sont justifiées par la spécificité de l'acte médical procréatif qui constitue un acte à dimension civile et familiale (Chapitre 1). La diversité des législations montre clairement que c'est la manière dont une société donnée conçoit le lien de couple et le lien de filiation qui explique les règles applicables dans le domaine de l'assistance médicale à la procréation. Le droit comparé peut alors être mis au service de la reconstruction du modèle (Chapitre 2), non pas pour plaider en faveur d'une évolution forcée des droits, mais pour insister davantage sur les fondements civilistes et familiaux du droit de l'AMP. Ainsi, c'est l'évolution et la multiplication des modèles familiaux au sein d'une société donnée et à un moment particulier qui justifie une éventuelle évolution de la réglementation de l'AMP. Le rôle du droit de la santé dans le domaine de la procréation doit donc être limité ; il doit être envisagé comme un droit technique, suiveur des évolutions du droit de la famille.

²⁴²⁹ Loi n° 2010-769 du 9 juillet 2010 relative aux violences faites spécifiquement aux femmes, aux violences au sein des couples et aux incidences de ces dernières sur les enfants, *JORF*, 10 juillet 2010, p. 12762.

CHAPITRE 1 : UNE LIMITATION JUSTIFIÉE PAR LA SPÉCIFICITÉ DE L'ACTE MÉDICAL PROCRÉATIF : UN ACTE À DIMENSION CIVILE ET FAMILIALE

348. Rappel du rôle moteur du droit de la santé français et des incohérences en résultant – Le droit de la santé français a exercé un rôle moteur en participant à la reconnaissance d'un droit commun du couple. Il a contribué à l'émancipation du droit de la santé qui s'est détaché de la vision traditionnelle du couple conjugal et des règles relatives à l'adoption. Il se montre indifférent au statut juridique du couple en accordant une place centrale à la stérilité, c'est-à-dire à un critère médical. Or, un tel détachement est porteur d'incohérences. Ces incohérences sont plus visibles qu'en droit suisse car l'AMP est ouverte plus largement. Elles résident dans le fait que le régime juridique de l'assistance médicale à la procréation a été calqué sur le modèle de la procréation charnelle dont il se distingue pourtant doublement. D'un côté, l'AMP donne un caractère central à la volonté du couple porteur d'un projet parental, alors que la volonté individuelle est plus prégnante dans le domaine de la filiation charnelle du fait de l'atteinte à l'intégrité corporelle de la femme. D'un autre côté, l'AMP valorise la place de la volonté dans la détermination du lien de filiation, alors même que les tests génétiques occupent une place importante, bien que non exclusive, dans la détermination de la filiation charnelle. Ces incohérences ont encore été renforcées par l'adoption de la loi ouvrant le mariage aux couples de même sexe. L'adoption est désormais ouverte à ces couples qui ne peuvent néanmoins pas recourir à l'AMP sur le territoire national. Ainsi, après avoir exercé un rôle moteur, le droit de la santé joue à présent un rôle neutralisant à l'égard des évolutions du droit de la famille.

349. Nécessité de limiter le rôle du droit de la santé du fait de la spécificité de l'acte médical procréatif – Ces incohérences expliquent que nous proposons de limiter le rôle du droit de la santé dans la détermination des liens familiaux du fait de la spécificité de l'acte médical procréatif. Ce dernier constitue un acte médical d'un type particulier, ainsi que le révèlent deux principaux indices.

350. Premier indice de la spécificité de l'acte médical procréatif : le tourisme procréatif – Un premier indice est tiré de l'existence du tourisme procréatif. En effet, si le droit français et le droit suisse envisagent tous deux l'AMP comme ayant une fonction « thérapeutique », c'est-à-dire que cette technique médicale doit servir à pallier la stérilité d'un couple, tel n'est pas le cas d'autres pays. Les deux droits sont alors confrontés à un phénomène de tourisme procréatif qui tend à révéler la relativité des modèles nationaux.

Le terme de « tourisme procréatif » a été utilisé pour la première fois par B.-M. KNOPPERS et S. LE BRIS en 1991. Dès cette époque, ces auteurs relèvent que « *today's modern « global village », with its means*

of transportation and communication, would allow citizens to practice « procreative tourism » in order to exercise their personal reproductive choices in other less restrictive states »²⁴³⁰. Cette première définition a ensuite été complétée par A.-P. FERRARETTI qui l'envisage comme « the travelling of citizens from their country of residence to another country in order to receive a specific treatment or to exercise personal reproductive choice »²⁴³¹. L'expression « tourisme procréatif » a été discutée par plusieurs auteurs²⁴³² qui l'ont jugée inadéquate. R. MATTORAS critique celle de tourisme reproductif qui renvoie à l'idée de voyage d'agrément, qui n'a pas lieu d'être et qui tend à banaliser les problèmes d'infertilité. Il ajoute que cette expression est susceptible d'orienter défavorablement l'opinion et préconise celle d'« exil reproductif »²⁴³³. Cette dernière expression serait d'ailleurs davantage en adéquation avec l'expérience des patients²⁴³⁴. D'autres auteurs préfèrent l'idée de « soins génésiques transfrontaliers », jugée plus neutre et objective²⁴³⁵, mais aussi moins stigmatisante²⁴³⁶. Il apparaît toutefois nécessaire de garder à l'esprit qu'il s'agit d'une vision très large des soins. En effet, dans ce contexte les patients peuvent être des personnes célibataires ou homosexuelles, si bien que le terme de soins ne renvoie pas nécessairement à l'idée de remédier à une pathologie, à savoir la stérilité, mais suggère le recours à un acte médical. En cela, le « tourisme procréatif » apparaît comme une composante du tourisme médical²⁴³⁷.

La littérature sur les soins génésiques transfrontaliers est relativement récente et encore insuffisamment développée, particulièrement en langue française²⁴³⁸. Les recherches empiriques demeurent lacunaires malgré le développement de quelques initiatives d'envergure²⁴³⁹ ces dernières années.

²⁴³⁰ KNOPPERS B.-M., LEBRIS S., « Recent advances in medically assisted conception : legal, ethical and social issues », *American journal of law and medicine*, 1991, n° 17, p. 333.

²⁴³¹ FERRARETTI A.-P., PENNINGS G., GIANAROLI L., NATALI F., MAGLI M.-C., « Cross-border reproductive care : a phenomenon expressing the controversial aspects of reproductive technologies », *Reproductive biomedicine online*, 2010, Vol. 20, n° 2, p. 261.

²⁴³² CROCKIN S.-L., « Growing families in a shrinking world : legal and ethical challenges in cross-border surrogacy », *Reproductive biomedicine online*, 2013, Vol. 27, n° 6, p. 734.

²⁴³³ MATTORAS R., « Reproductive exile versus reproductive tourism », Letters to the editor, *Human reproduction*, 2005, Vol. 20, n° 12, p. 3571.

²⁴³⁴ INHORN M. C., PATRIZIO P., « Rethinking « reproductive tourism » as « reproductive exile » », *Fertility and sterility*, 2009, Vol. 92, n° 3, p. 904 et p. 905.

²⁴³⁵ FERRARETTI A.-P., PENNINGS G., GIANAROLI L., NATALI F., MAGLI M.-C., « Cross-border reproductive care : a phenomenon expressing the controversial aspects of reproductive technologies », *Reproductive biomedicine online*, 2010, Vol. 20, n° 2, p. 262.

²⁴³⁶ SHENFIELD F., DE MOUZON J., PENNINGS G., FERRARETTI A.-P., NYBOE ANDERSEN A., DE WERT G., GOOSSENS V. the ESHRE taskforce on cross border reproductive care, « Cross border reproductive care in six european countries », *Human reproduction*, 2010, Vol. 25, n° 6, p. 1361.

²⁴³⁷ EVRARD A. et al., *Tourisme médical*, Immersion en communauté, Université de Genève, Faculté de médecine, Mai-juin 2011, p. 5, Disponible sur :

http://www.medecine.unige.ch/enseignement/apprentissage/module4/immersion/archives/2010_2011/travaux/11_r_tourisme.pdf, Consulté le 29 décembre 2013 ; CORTEZ N., « Patients without borders : the emerging global market for patients and the evolution of modern health care », *Indiana law journal*, 2008, Vol. 83, Issue 1, Article 3, p. 77 ; MENVIELLE L., MENVIELLE W., « Le tourisme médical : une nouvelle façon de voyager », *Téoros*, 2010, Vol. 29, n° 1, p. 118.

²⁴³⁸ Voir essentiellement : COHEN J., « Le tourisme procréatif : un pis-aller », *Gynécologie, obstétrique et fertilité*, 2006, Vol. 34, n° 10, pp. 881-882 ; ROZÉE V., « L'AMP sans frontière », *Bulletin épidémiologique hebdomadaire*, 14 juin 2011, n° 23-24, pp. 270-273 ; NAU J.-Y., « En Europe, souvent le droit à se reproduire varie », *Revue médicale suisse*, 10 avril 2013, n° 381, pp. 788-789 ; ROZÉE V., « L'homomaternité issue de l'assistance médicale à la procréation en France : état des lieux d'un recours transnational », *Raison-publique.fr*, 15 mai 2012, Disponible sur : <http://www.raison-publique.fr/article531.html>, Consulté le 8 janvier 2013 ; LETUR H., « État des pratiques du don d'ovocytes en France et en Europe », *Journal de gynécologie obstétrique et biologie de la reproduction*, 2007, Vol. 36, n° 8, pp. 727-737 ; MERLET F., SÉNÉMAUD B., « Prise en charge du don d'ovocytes : réglementation du don : la face cachée du tourisme procréatif », *Gynécologie, obstétrique et fertilité*, 2010, Vol. 38, n° 1, pp. 36-44. Voir également les nombreuses réponses à l'article de J. COHEN reproduites dans la partie débat de : *Gynécologie, obstétrique et fertilité*, Février 2007, Vol. 35, n° 2, pp. 158-173 ; LEMOULAND J.-J., « Le tourisme procréatif », *LPA*, 28 mars 2001, n° 62, pp. 24-33.

²⁴³⁹ Groupe de travail de la société européenne de reproduction humaine et d'embryologie : SHENFIELD F., DE MOUZON J., PENNINGS G., FERRARETTI A.-P., NYBOE ANDERSEN A., DE WERT G., GOOSSENS V. the ESHRE taskforce on

La pratique semble née aux États-Unis dans les années 1980. R. F. STORROW se réfère ainsi à l'affaire Rios qui constitue, selon lui, le premier cas médiatisé de « *tourisme de la fertilité* »²⁴⁴⁰. En France, elle aurait débuté à la fin des années 1990 pour les couples de même sexe, après que la loi de 1994 a mis fin à une première vague d'insémination avec donneur réalisée sur le territoire français et se serait intensifiée dans les années 2000²⁴⁴¹. Selon l'enquête de l'ESHRE, l'activité liée au tourisme procréatif en Europe représenterait entre 11 000 et 14 000 patients²⁴⁴².

Bien qu'il soit facilité par le principe de la libre circulation, le recours aux soins transfrontaliers s'explique par de multiples raisons. Il arrive que le traitement ne soit pas disponible dans le pays d'origine²⁴⁴³, qu'il soit interdit par la loi pour des raisons morales²⁴⁴⁴, considéré comme insuffisamment sûr²⁴⁴⁵ ou qu'il existe un manque d'expertise ou d'équipement permettant de le développer²⁴⁴⁶. Le traitement peut également être partiellement indisponible du fait d'importantes listes d'attente²⁴⁴⁷ ou parce que la personne en question n'est pas éligible au titre des bénéficiaires de ce traitement²⁴⁴⁸. Le coût et la prise en charge par la collectivité entrent également en ligne de compte²⁴⁴⁹. Enfin, il est possible de mentionner la meilleure efficacité²⁴⁵⁰ ou la plus grande confidentialité²⁴⁵¹ du traitement prodigué à l'étranger.

cross border reproductive care, « Cross border reproductive care in six european countries », *Human reproduction*, 2010, Vol. 25, n° 6, pp. 1361-1368 ; NYGREN K., MOUZON M.-D., « Cross-border fertility care – international committee monitoring assisted reproductive technologies global survey : 2006 data and estimates », *Fertility and sterility*, 2010, Vol. 94, n° 1, pp. e4-e10 ; ROZÉE V., « L'AMP sans frontière », *Bulletin épidémiologique hebdomadaire*, 14 juin 2011, n° 23-24, pp. 270-273.

²⁴⁴⁰ Un riche couple californien avait eu recours à une FIV avec don de sperme dans une clinique australienne. Deux embryons avaient été conservés et la question de leur statut s'était posée à la suite du décès du couple dans un accident d'avion : STORROW R. F., « Quests for conception : fertility tourists, globalization and feminist legal theory », *Hastings law journal*, 2006, Vol. 57, p. 302.

²⁴⁴¹ ROZÉE V., « L'homomaternité issue de l'assistance médicale à la procréation en France : état des lieux d'un recours transnational », *Raison-publique.fr*, 15 mai 2012, Disponible sur : <http://www.raison-publique.fr/article531.html>, Consulté le 8 janvier 2014.

²⁴⁴² SHENFIELD F., DE MOUZON J., PENNINGS G., FERRARETTI A.-P., NYBOE ANDERSEN A., DE WERT G., GOOSSENS V. the ESHRE taskforce on cross border reproductive care, « Cross border reproductive care in six european countries », *Human reproduction*, 2010, Vol. 25, n° 6, p. 1365.

²⁴⁴³ CYRUS-ROEDER F., « Le tourisme médical est en marche en Asie », *Courrier du médecin vaudois*, 2011, n° 8, p. 7.

²⁴⁴⁴ PENNINGS G., « Reproductive tourism as moral pluralism in motion », *Journal of medical ethics*, 2002, Vol. 28, n° 6, p. 338.

²⁴⁴⁵ *Ibid.*

²⁴⁴⁶ *Ibid.* ; EVRARD A. *et al.*, *Tourisme médical*, Immersion en communauté, Université de Genève, Faculté de médecine, Mai-juin 2011, p. 5, Disponible sur : http://www.medecine.unige.ch/enseignement/apprentissage/module4/immersion/archives/2010_2011/travaux/11_r_tourisme.pdf, Consulté le 29 décembre 2013.

²⁴⁴⁷ DEONANDAN R., « An introduction to the ethical dimensions of reproductive medical tourism », in INSTITUTE OF POPULATION HEALTH, *Travelling well : essays in medical tourism*, Transdisciplinary studies in population health series, 2013, Vol. 4 (1), p. 152 ; PENNINGS G., « Reproductive tourism as moral pluralism in motion », *Journal of medical ethics*, 2002, Vol. 28, n° 6, p. 338.

²⁴⁴⁸ *Ibid.* ; *Ibid.*

²⁴⁴⁹ CYRUS-ROEDER F., « Le tourisme médical est en marche en Asie », *Courrier du médecin vaudois*, 2011, n° 8, p. 7 ; DEONANDAN R., « An introduction to the ethical dimensions of reproductive medical tourism », in INSTITUTE OF POPULATION HEALTH, *Travelling well : essays in medical tourism*, Transdisciplinary studies in population health series, 2013, Vol. 4 (1), p. 152 ; EVRARD A. *et al.*, *Tourisme médical*, Immersion en communauté, Université de Genève, Faculté de médecine, Mai-juin 2011, p. 5, Disponible sur : http://www.medecine.unige.ch/enseignement/apprentissage/module4/immersion/archives/2010_2011/travaux/11_r_tourisme.pdf, Consulté le 29 décembre 2013 ; PENNINGS G., « Reproductive tourism as moral pluralism in motion », *Journal of medical ethics*, 2002, Vol. 28, n° 6, p. 338.

²⁴⁵⁰ DEONANDAN R., « An introduction to the ethical dimensions of reproductive medical tourism », in INSTITUTE OF POPULATION HEALTH, *Travelling well : essays in medical tourism*, Transdisciplinary studies in population health series, 2013, Vol. 4 (1), p. 152.

²⁴⁵¹ CYRUS-ROEDER F., « Le tourisme médical est en marche en Asie », *Courrier du médecin vaudois*, 2011, n° 8, p. 7.

Ces mouvements des patients sont encouragés par la libre circulation des personnes et par les règles de coordination émanant de l'Union européenne qui favorisent le remboursement des soins transfrontaliers²⁴⁵². Cela n'est toutefois pas le cas en Suisse. En effet, en droit suisse il convient de distinguer les soins relevant de l'assurance obligatoire de ceux qui n'en relèvent pas et qui, de ce fait, relèvent uniquement des assurances complémentaires. En ce qui concerne les soins relevant de l'assurance obligatoire fournis à l'étranger, ils ne sont en principe pas remboursés du fait du principe de territorialité prévu par la LAMal²⁴⁵³. L'article 34 al. 2 prévoit cependant des limites au principe de territorialité lorsqu'il dispose que le Conseil fédéral « *peut décider de la prise en charge par l'assurance obligatoire des soins, des coûts des prestations prévues aux articles 25, al. 2, ou 29 fournies à l'étranger pour des raisons médicales. Il peut désigner les cas où l'assurance obligatoire des soins prend en charge les coûts d'accouchements à l'étranger pour des raisons autres que médicales. Il peut limiter la prise en charge des coûts et prestations fournies à l'étranger* ». C'est sur le fondement de cette compétence que trois exceptions ont été prévues par l'article 36 de l'ordonnance sur l'assurance maladie²⁴⁵⁴. Ces exceptions concernent les prestations désignées par le département fédéral de l'intérieur et qui ne peuvent être fournies en Suisse²⁴⁵⁵, les traitements effectués en urgence à l'étranger et les coûts d'un

²⁴⁵² Règlement (CEE) n° 1408/71 du Conseil du 14 juin 1971 relatif à l'application des régimes de sécurité sociale aux travailleurs salariés, aux travailleurs non salariés et aux membres de leur famille qui se déplacent à l'intérieur de la communauté, JO L 149, 5 juillet 1971, p. 2 (son article 22 envisage le cas des personnes dont l'état exige des prestations en nature nécessaires d'un point de vue médical au cours d'un séjour sur le territoire d'un autre État membre, le cas de la personne qui, après avoir été admis au bénéfice des prestations à charge de l'institution compétente est autorisée par cette institution à retourner sur le territoire de l'État membre où il réside ou à transférer sa résidence sur le territoire d'un autre État membre et le cas de la personne qui est autorisée par l'institution compétente à se rendre sur le territoire d'un autre État membre pour y recevoir des soins appropriés à son état) ; Règlement (CEE) n° 574 du Conseil du 21 mars 1972, fixant les modalités d'application du règlement (CEE) n° 1408/71 relatif à l'application des régimes de sécurité sociale aux travailleurs salariés et à leur famille qui se déplacent à l'intérieur de la Communauté, JO L 074, 27 mars 1972, p. 1 ; Règlement (CE) n° 883/2004 du Parlement européen et du Conseil du 29 avril 2004 portant sur la coordination des systèmes de sécurité sociale, JO L 166, 30 avril 2004, p. 1 ; Règlement (CE) n° 987/2009 du Parlement européen et du Conseil du 16 septembre fixant les modalités d'application du règlement (CE) n° 883/2004 portant sur la coordination des systèmes de sécurité sociale, JO L 284, 30 octobre 2009, p. 1 ; Directive 2011/24/UE du Parlement européen et du Conseil du 9 mars 2011 relative à l'application des droits des patients en matière de soins de santé transfrontaliers, JOUE L 88/45, 4 avril 2011 (son article 8. 2. circonscrit les soins de santé susceptibles d'être soumis à autorisation préalable). La jurisprudence de la CJCE, devenue CJUE, a également enrichi les droits des patients dans le cadre des soins transfrontaliers : CJCE, Kohll et Decker, 28 avril 1998, C 158/96 et C-120/95 (dans ces affaires, la Cour considère que tout ressortissant communautaire a le droit au remboursement des produits ou traitements médicaux fournis dans un autre État membre, même en l'absence d'autorisation préalable. Le remboursement a lieu selon le barème de l'État d'affiliation) ; CJCE Smits et Peerbooms, 12 juillet 2001, C 157/99 (concernait les services hospitaliers. La cour considère que l'autorisation préalable constitue un obstacle à la libre prestation des services médicaux. La restriction peut cependant être justifiée par des raisons impérieuses liées à la nécessité de maintenir l'équilibre des systèmes de sécurité sociale et à l'accessibilité du service médical et hospitalier) ; CJCE, Van Braeckel, 12 juillet 2001, C 368/98 ; CJCE, Müller-Fauré et Van Riet, 13 mai 2003, C 385/99 (la Cour pose une distinction en fonction de la nature des soins. Pour les soins non hospitaliers, l'autorisation préalable n'est pas justifiée. Pour les soins hospitaliers, l'autorisation préalable peut être justifiée. L'autorisation peut être refusée uniquement lorsqu'un traitement identique et de même efficacité peut être dispensé dans un temps opportun) ; CJCE, Watts, 16 mai 2006, C 372/04 (dans cette affaire, le système de planification britannique était en cause. La Cour rappelle que la planification n'est pas contraire au droit communautaire dès lors qu'elle permet de maintenir un service médical équilibré et accessible à tous. Toutefois, le refus de remboursement des soins n'est justifié que si le délai d'attente n'excède pas le délai médicalement acceptable qui doit être évalué au regard de la situation personnelle de l'intéressé) ; CJCE, Inizian et caisse primaire d'assurance maladie des Hauts de Seine, 23 octobre 2003, C 56/01 (la procédure d'autorisation préalable à la prise en charge des soins hospitaliers doit présenter des garanties de délais, d'objectivité, d'impartialité et de recours).

²⁴⁵³ Art. 34 *a contrario* de la loi fédérale sur l'assurance maladie du 18 mars 1994, Entrée en vigueur au 1^{er} janvier 1996, RS 832.10, RO 1995, 1328.

²⁴⁵⁴ Ordonnance sur l'assurance maladie du 27 juin 1995, Entrée en vigueur au 1^{er} janvier 1996, RS 832.102, RO 1995 3867.

²⁴⁵⁵ À cet égard A. AYER relève qu'« *il n'existe aucune liste actuellement établie des prestations qui ne sont pas disponibles en Suisse. Malgré cette lacune, le Tribunal fédéral des assurances (TFA) a précisé dans un arrêt récent que l'absence de liste ne fait pas obstacle à la prise en charge de traitements à l'étranger. Ces derniers doivent toutefois répondre aux critères d'adéquation, d'efficacité et d'économie de l'article 32 LAMal (ATF 131 V 271 et ATF 128 V 75). Le TFA a alors développé les critères suivants afin d'admettre la prise en charge des prestations à l'étranger : soit il n'existe aucune possibilité de traitement en Suisse, soit, dans un cas particulier, la mesure disponible en Suisse présente un risque important et notablement plus élevé que l'alternative de traitement proposée à l'étranger* » : AYER A., « Nul n'est censé ignorer... que les patients circulent librement en Europe, Revue médicale suisse, 2006, Vol. 2, n° 64, Disponible sur : <http://revue.medhyg.ch/infos/article.php?sid=2143>, Consulté le 9 janvier 2013.

accouchement à l'étranger s'il constitue l'unique moyen de procurer à l'enfant la nationalité du père ou de la mère ou lorsque l'enfant serait apatride s'il était né en Suisse. Il est également possible de mentionner les projets pilotes pour la prise en charge des prestations fournies à l'étranger²⁴⁵⁶. En ce qui concerne les prestations non couvertes par la LAMal, comme c'est le cas de la fécondation *in vitro*²⁴⁵⁷, elles relèvent des assurances complémentaires et constituent l'essentiel du tourisme médical²⁴⁵⁸. Le droit de l'Union n'exerce pour l'instant que peu d'influence, dans la mesure où les règles de remboursement par l'assurance obligatoire des soins sont déterminées par le droit suisse.

La diversité des droits, qui favorise le déplacement des personnes, montre clairement la spécificité de l'acte médical procréatif dont la finalité réside dans la naissance d'un enfant et donc dans l'établissement d'un lien de filiation (Section 1).

351. Deuxième indice de la spécificité de l'acte médical procréatif : la dimension identitaire du don de gamètes – L'acte médical procréatif est également porteur d'une seconde spécificité en ce qu'il nécessite l'utilisation des gamètes d'un tiers à des fins de procréation. Si l'utilisation des éléments et produits du corps humain d'un tiers dans le cadre d'un acte médical ne constitue pas une spécificité, en revanche, la naissance d'un enfant, tiers à l'opération, qui bénéficiera du matériel génétique du donneur, est tout à fait particulière. Elle témoigne de la dimension identitaire du don de gamètes (Section 2).

²⁴⁵⁶ Art. 36 a al. 1 de l'ordonnance sur l'assurance maladie du 27 juin 1995, Entrée en vigueur au 1^{er} janvier 1996, RS 832.102, RO 1995 3867.

²⁴⁵⁷ TF, 9C.835/2011, 1^{er} octobre 2012 : « Non au remboursement des frais liés à une FIV, *Jusletter*, 5 novembre 2012 ; TF, 9C.513/2011, 22 août 2011 ; TFA, K 107/03, 2 mars 2005 ; ATF 125 V 21 ; TFA, K 966, 23 mai 1995 ; ATF 119 V 26 ; TF, 2 mai 1990, cité par ATF 119 V 26 ; ATF 113 V 42 ; TFA, K 117/02, 4 juillet 2013. Sur cette question, voir l'exposé critique de : JUNOD V., SPRUMONT D., « Non au remboursement de la fécondation *in vitro* : il est temps de changer d'avis », *RSAS*, 2014, Fasc. 5, p. 387.

²⁴⁵⁸ EVRARD A. *et al.*, *Tourisme médical*, Immersion en communauté, Université de Genève, Faculté de médecine, Mai-juin 2011, p. 113, Disponible sur : http://www.medecine.unige.ch/enseignement/apprentissage/module4/immersion/archives/2010_2011/travaux/11_r_tourisme.pdf, Consulté le 10 janvier 2013.

SECTION 1 : LA FINALITÉ SPÉCIFIQUE DE L'ACTE MÉDICAL PROCRÉATIF RÉVÉLÉE PAR LE TOURISME PROCRÉATIF

352. Modèles de réponses au développement des soins génésiques transfrontaliers – Du fait de la mondialisation, de nombreux pays sont confrontés au recours aux soins transfrontaliers et tous n'y apportent pas nécessairement le même type de réponse. G. PENNINGS identifie trois principales positions visant à réduire les difficultés liées au tourisme procréatif. En premier lieu, il identifie le « pluralisme moral interne » qui peut être retenu lorsque le pays abolit toute forme de régulation légale concernant les pratiques procréatives autorisées. Le pays tient ainsi compte du pluralisme moral existant au sein de la société. Il cite l'exemple de la Belgique²⁴⁵⁹, pays dans lequel chaque clinique ou hôpital fixe lui-même la liste des prestations qu'il accepte de fournir²⁴⁶⁰. Ce n'est pas le système qui prévaut en France et en Suisse dans la mesure où, dans les deux pays, le législateur fixe la liste des bénéficiaires de l'assistance médicale à la procréation. En second lieu, l'auteur se réfère aux pays pratiquant ce qu'il appelle la « conformité contrainte ». Dans ce système, il distingue trois types d'actions étatiques visant à limiter le tourisme procréatif : l'accès restreint aux citoyens, les restrictions à la liberté de mouvement, le contrôle et les poursuites pénales à l'encontre des délinquants²⁴⁶¹. Enfin, G. PENNINGS mentionne l'« harmonisation internationale » dont il souligne les difficultés liées à la variété des systèmes juridiques. Il mentionne à cet égard qu'un consensus est susceptible de se former sur des grands principes comme la dignité ou l'inviolabilité de la personne humaine, mais qu'il est difficile de le maintenir dès lors qu'il s'agit d'établir les conséquences de ces principes dans des cas concrets²⁴⁶². Quelques tentatives d'harmonisation ont déjà eu lieu. Il est possible de se référer à l'initiative du Conseil de l'Europe qui avait mis en place le CAHBI, afin d'harmoniser les législations dans le domaine de la bioéthique. Toutefois, la diversité des conceptions nationales en matière de procréation a abouti à l'échec de la tentative de réglementation du CAHBI, même si la publication du rapport sur la procréation humaine a été autorisée en 1989²⁴⁶³. Par ailleurs, si la Convention européenne sur les droits de l'homme et la biomédecine a par la suite été adoptée²⁴⁶⁴, force est de constater qu'elle contient peu de dispositions relatives à la PMA. La question du tourisme procréatif n'est pas réglée et les travaux menés par la Conférence de La Haye semblent donc particulièrement utiles²⁴⁶⁵. Le constat des soins transfrontaliers contribue à mettre en exergue l'effectivité limitée du modèle naturalisant établi en France et en Suisse (I). En effet, les déplacements en vue de

²⁴⁵⁹ PENNINGS G., « Reproductive tourism as moral pluralism in motion », *Journal of medical ethics*, 2002, Vol. 28, n° 6, p. 338.

²⁴⁶⁰ RENCHON J.-L., « Le système Belge », Contribution orale au colloque L'assistance médicale à la procréation – Perspectives d'avenir, Laboratoire de sociologie juridique de l'Université Panthéon Assas, Paris II, le 25 novembre 2013, À paraître.

²⁴⁶¹ PENNINGS G., « Reproductive tourism as moral pluralism in motion », *Journal of medical ethics*, 2002, Vol. 28, n° 6, p. 339.

²⁴⁶² *Ibid.*

²⁴⁶³ LOZANO R.-M., *La protection européenne des droits de l'homme dans le domaine de la biomédecine*, Paris, Monde européen et international, La documentation française, 2001, p. 319.

²⁴⁶⁴ Ratifiée par la France par l'article 1^{er} de la loi n° 2011-814 relative à la bioéthique, du 7 juillet 2011, *JORF*, 8 juillet 2011, p. 11826.

²⁴⁶⁵ Sur l'ensemble de ces travaux, voir : « Les questions de droit international privé concernant le statut des enfants, notamment celles découlant des conventions de maternité de substitution à caractère international », Disponible sur : http://www.hcch.net/index_fr.php?act=text.display&tid=178, Consulté le 10 octobre 2014.

bénéficier d'une technique procréative interdite par le droit national impliquent de s'interroger sur le statut juridique des enfants conçus à l'étranger²⁴⁶⁶. Cela témoigne clairement de la spécificité du tourisme procréatif au sein du tourisme médical et par là même de la spécificité de l'acte médical procréatif. La réponse du droit au développement de ces pratiques apparaît complexe dans les deux pays et révélatrice d'enjeux spécifiques (II).

I. LES LIMITES DU MODÈLE « THÉRAPEUTIQUE » FACE À LA RÉALITÉ DU TOURISME PROCRÉATIF DANS CHACUN DES DEUX PAYS

353. Appartenance des droits français et suisse aux pays restrictifs – La multiplication des études de droit comparé relatives à l'assistance médicale à la procréation²⁴⁶⁷ a permis de souligner la variété des législations et de proposer des classifications. En ce qui concerne la maternité de substitution, le rapport établi par le Conseil fédéral suisse distingue les États prohibant les conventions de maternité de substitution, les États dans lesquels la maternité de substitution est essentiellement non réglementée, les États autorisant expressément et encadrant la maternité de substitution et les États ayant une approche permissive de la maternité de substitution, y compris à caractère commercial²⁴⁶⁸. En ce qui concerne l'assistance médicale à la procréation, il est notamment possible de distinguer les pays ayant une conception familiale de ceux ayant une conception plus individualiste²⁴⁶⁹. Le cadre de l'assistance médicale à la procréation varie en fonction des conceptions culturelles, religieuses et politiques de chacun des pays²⁴⁷⁰. Il apparaît, tant en matière d'assistance médicale à la procréation qu'en matière de maternité pour

²⁴⁶⁶ CCNE, Avis n° 105, « Questionnements pour les états généraux de la bioéthique », 9 septembre 2008, p. 6.

²⁴⁶⁷ SÉNAT, *L'accès à l'assistance médicale à la procréation*, Les documents de travail du Sénat, Série législation comparée, n° LC 193, Janvier 2009, 29 p. ; AGENCE DE LA BIOMÉDECINE, *Étude comparative de l'encadrement juridique international dans les différents domaines de la bioéthique*, Actualisation 2012, pp. 24-36, Disponible sur : http://www.agence-biomedecine.fr/IMG/pdf/2012_encadrement_juridique_version_internet.pdf, Consulté le 11 janvier 2014 ; DEVAUX A., « Aspects médico-légaux comparés de l'assistance médicale à la procréation en Europe », in PONCELET C., SIFER C., *Physiologie, Pathologie et thérapie de la reproduction chez l'humain*, Paris, Springer, 2011, pp. 141-150 ; CONSEIL DE L'EUROPE, *Assistance médicale à la procréation et protection de l'embryon humain étude comparative sur la situation dans 39 pays*, Strasbourg, 2 juin 1998, CDBI/INF (98) 8, 223 p. ; BAQUÉ L., *L'aide médicale à la procréation : étude comparée des principales législations européennes*, Toulouse 1, Thèse de droit privé, 1999, 350 p. ; BARDY H., *La prise en compte de l'intérêt de l'enfant à travers les législations européennes relatives à l'assistance médicale à la procréation*, Paris 8, Thèse en droit, 2000, 635 p. ; CONSEIL DE L'EUROPE, *Replies by the members states to the questionnaire on access to medically assisted procreation (MAP) and on the right to know about their origin for children born after MAP*, Strasbourg, 9 février 2012, CDBI/INF (2005) 7 REV 2, 88 p. ; SÉNAT, *La gestation pour autrui*, Les documents de travail du Sénat, Série législation comparée, n° LC 182, Janvier 2008, 42 p. ; KUBIAK S.-A., *Les aspects juridiques de la gestation pour autrui en droit comparé*, Sarrebruck, Éditions universitaires européennes, 2011, 64 p. ; MONÉGER F., *Gestation pour autrui : surrogate motherhood*, Paris, Société de législation comparée, 2011, 275 p. ; WILLEMS G., SOSSON J., « Légiférer en matière de gestation pour autrui : quelques repères de droit comparé et de droit international », in SCHAMPS G. (Dir.), *La gestation pour autrui : vers un encadrement*, Bruxelles, Bruylant, 2013, pp. 239-286 ; SÉNAT, *Rapport d'information fait au nom de la commission des affaires sociales et de la commission des lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du règlement et d'administration générale par le groupe de travail sur la maternité pour autrui*, Par Mme Michèle ANDRÉ, MM. Alain MILON et Henri de RICHEMONT, n° 421, Annexe au procès-verbal de la séance du 25 juin 2008, pp. 21-34 ; PARLEMENT EUROPÉEN, Policy department C : citizens' rights and constitutional affairs, Legal affairs, *A comparative study on the regime of surrogacy in EU member states*, 2013, 382 p. ; ACADÉMIE NATIONALE DE MÉDECINE, « Rapport de l'Académie nationale de médecine. La gestation pour autrui », in DAVID G., HENRION R., JOUANNET P., BERGOIGNAN-ESPER C., *La gestation pour autrui*, Paris, Rapports de l'Académie nationale de médecine, Médecine sciences publications, 2011, p. 8 ; OPECST, *Rapport sur l'évaluation de l'application de la loi n°2004-800 du 6 août 2004 relative à la bioéthique*, Par MM. Alain CLAEYS et Jean-Sébastien VIALATTE, n° 1325, Enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 17 décembre 2008, pp. 148-154.

²⁴⁶⁸ CONSEIL FÉDÉRAL, *Rapport sur la maternité de substitution*, Rapport du Conseil fédéral du 29 novembre 2013 en exécution du postulat 12.3917 du 28 septembre 2012, pp. 21-23.

²⁴⁶⁹ POUSSON-PETTIT J., « Procréation artificielle dans les pays romanistes », in MEULDERS-KLEIN M.-T., DEECH R., VLAARDINGERBROEK P. (Dir.), *Biomedicine, the family and human rights*, La Haye, Kluwer law international, 2002, p. 515.

²⁴⁷⁰ COHEN J., « Le tourisme procréatif : un pis-aller », *Gynécologie, obstétrique et fertilité*, 2006, Vol. 34, n° 10, p. 881.

autrui, que la France et la Suisse se classent parmi les pays restrictifs²⁴⁷¹. En effet, les deux États ont imposé une « *norme sociale procréative* »²⁴⁷² en construisant l'AMP par référence à un « *modèle traditionnel* »²⁴⁷³.

354. Identification des « circuits du tourisme procréatif » – Ce caractère restrictif de la législation conduit au développement des soins génésiques transfrontaliers. Bien que la législation des deux pays soit différente, notamment en ce qui concerne le don d'ovules et l'ouverture de l'AMP aux couples de concubins, les deux pays sont confrontés à trois principaux circuits du tourisme procréatif. Ces trois circuits, identifiés par V. ROZÉE, sont ceux du don de sperme, du don d'ovocytes et de la gestation pour autrui²⁴⁷⁴. Il en résulte à la fois un affaiblissement, tant des interdictions (A) que des conditions restrictives d'accès posées par les législations nationales (B).

A. L'affaiblissement des interdictions, mis en exergue par les déplacements transfrontaliers

355. Les interdictions existant dans chacun des pays donnent lieu au développement de recours aux soins transfrontaliers. Certaines interdictions sont spécifiques à la Suisse, à savoir celles du don d'ovocytes et d'embryons (1). L'interdiction de la maternité de substitution est en revanche commune à la France et à la Suisse (2).

1. Le contournement de l'interdiction suisse du don d'ovocytes et du don d'embryons

356. Interdiction du don d'ovocytes et du don d'embryons – Actuellement, le don d'ovocytes et le don d'embryons sont interdits par la LPMA²⁴⁷⁵. L'interdiction du don d'embryons résultait déjà de l'article 24^{novies} de la Constitution. Cet article a été adopté après le dépôt d'un contre-projet indirect à l'initiative du Beobachter. Alors que l'initiative populaire présentait une densité normative élevée, le choix avait été fait de proposer un contre-projet avec une densité normative moyenne afin de laisser une certaine latitude au législateur fédéral²⁴⁷⁶. Ainsi, l'article 24^{octies} du contre-projet prévoyait simplement que la Confédération édicterait des prescriptions visant à réguler le développement des embryons humains. Toutefois, le Conseil national interdit le don d'embryons à l'alinéa 2 de la lettre e²⁴⁷⁷. Le Conseil des États ne revint pas sur cette modification lors de l'élimination des divergences²⁴⁷⁸. Ainsi, pour le constituant, « *un des parents au moins doit*

²⁴⁷¹ SÉNAT, *La gestation pour autrui*, Les documents de travail du Sénat, Série législation comparée, n° LC 182, Janvier 2008, p. 7 ; SÉNAT, *L'accès à l'assistance médicale à la procréation*, Les documents de travail du Sénat, Série législation comparée, n° LC 193, Janvier 2009, p. 6 et p. 7 ; ROZÉE V., « L'AMP sans frontière », *Bulletin épidémiologique hebdomadaire*, 14 juin 2011, n° 23-24, p. 270.

²⁴⁷² ROZÉE V., ROCHEBROCHARD E. de la, « L'accès à l'assistance médicale à la procréation en France : reflet de la norme sociale procréative ? », *Santé, société et solidarité*, 2010, Vol. 9, n° 2, pp. 109-114.

²⁴⁷³ MEHL D., « Les exclus de l'assistance médicale à la procréation », *Raison-publique.fr*, 15 mai 2012, Disponible sur : <http://www.raison-publique.fr/article527.html>, Consulté le 30 décembre 2013.

²⁴⁷⁴ ROZÉE V., « L'AMP sans frontière », *Bulletin épidémiologique hebdomadaire*, 14 juin 2011, n° 23-24, p. 272.

²⁴⁷⁵ Art. 4 de la loi fédérale sur la procréation médicalement assistée du 18 décembre 1998, Entrée en vigueur au 1^{er} janvier 2001, RS 810.11, RO 2000 3055.

²⁴⁷⁶ Message concernant l'initiative populaire « contre l'application abusive des techniques de reproduction et de manipulation génétique à l'espèce humaine », 18 septembre 1989, FF 1989 III 970.

²⁴⁷⁷ BO 1991 N 601.

²⁴⁷⁸ SCHWEIZER R.-J., SALADIN P., « Article 24 novies », in *Commentaire de la Constitution Fédérale de la Confédération Suisse du 29 mai 1874*, Berne, Stämpfli, 1996, p. 12.

être le père ou la mère génétique ainsi que social/e »²⁴⁷⁹. L'interdiction a été reprise à l'article 4 de la LPMA. Pour justifier cette interdiction, le message du Conseil fédéral souligne notamment que « *l'éclatement de la parenté n'est pas désirable du point de vue du bien de l'enfant* » et que « *l'admission du don d'embryons pourrait avoir pour résultat la production abusive d'embryons « surnuméraires »* »²⁴⁸⁰. L'interdiction du don d'ovocytes résulte quant à elle uniquement de l'article 4 de la LPMA et les raisons de cette interdiction ont déjà été développées²⁴⁸¹.

357. Discussions actuelles de l'interdiction du don d'ovocytes – Il convient cependant de relever que l'interdiction du don d'ovules est actuellement discutée. En 2013, la commission de la science, de l'éducation et de la culture du Conseil national a discuté le projet de modification de l'article 119 de la Constitution fédérale et de la loi sur la procréation médicalement assistée visant à autoriser le diagnostic préimplantatoire. La commission souligne à cet égard que « *le gros de la discussion a cependant porté sur un sujet qui ne faisait pas partie du projet, à savoir l'autorisation du don d'ovules. Ce sujet a soulevé de vives controverses, notamment sur la question de la lutte contre le tourisme médical, mais également en ce qui concerne l'égalité entre les hommes et les femmes (le don de sperme étant autorisé). La commission a finalement décidé de ne pas intégrer l'épineuse question du don d'ovules dans le projet* »²⁴⁸². Une initiative parlementaire visant à autoriser le don d'ovules a été déposée le 4 décembre 2012²⁴⁸³. Le Conseiller national du Canton de Vaud à l'origine de cette initiative souligne qu'« *il n'y a pas de raison biologique ou éthique de faire une distinction entre les deux types de gamètes* »²⁴⁸⁴. La commission de la science de l'éducation et de la culture du Conseil national (CSEC-N) a donné suite à cette initiative²⁴⁸⁵ et la CSEC-E a approuvé cette décision²⁴⁸⁶. Cette initiative n'a toutefois pas encore été traitée. Il convient également de relever que le don d'ovocytes et d'embryons, ainsi que la maternité de substitution ont fait partie des problématiques étudiées par un groupe de travail de la Commission nationale d'éthique pour la médecine humaine en 2013. Cette dernière s'est prononcée en faveur de l'autorisation du don d'ovocytes²⁴⁸⁷.

358. Recours au don d'ovocytes et d'embryons à l'étranger – Quoi qu'il en soit, l'interdiction du don d'ovocytes prévaut toujours actuellement et conduit au développement des soins transfrontaliers. En effet, « *l'on sait (...) que les couples (...) se rendent à l'étranger pour recourir à une pratique interdite (...) telle que le don*

²⁴⁷⁹ *Ibid.*, p. 49.

²⁴⁸⁰ Message relatif à l'initiative populaire « pour la protection de l'être humain contre les techniques de reproduction artificielle (Initiative pour une procréation respectant la dignité humaine, PPD) » et à la loi fédérale sur la procréation médicalement assistée (LPMA), du 26 juin 1996, FF 1996 III 247.

²⁴⁸¹ Voir *supra* § 31.

²⁴⁸² CSEC-E, Autorisation du diagnostic préimplantatoire, La commission souhaite assouplir certaines conditions d'autorisation, Communiqué de presse, 12 novembre 2013, Disponible sur : <http://www.parlament.ch/f/mm/2013/Pages/mm-wbk-s-2013-11-12.aspx>, Consulté le 11 janvier 2014.

²⁴⁸³ Initiative parlementaire de Jacques NEIRYNCK, Autoriser le don d'ovules, Déposée au Conseil national, 4 décembre 2012, n° 12.487.

²⁴⁸⁴ Développement de l'initiative disponible sur : http://www.parlament.ch/f/suche/pages/geschaefte.aspx?gesch_id=20120487#, Consulté le 11 janvier 2014.

²⁴⁸⁵ CSEC-N, Séance des 16 et 17 janvier 2014, Communiqué de presse, 17 janvier 2014, Disponible sur : <http://www.parlament.ch/f/mm/2014/Pages/mm-wbk-n-2014-01-17.aspx>, Consulté le 20 mai 2014.

²⁴⁸⁶ CSEC-E, Séance des 10 et 11 avril 2014, Communiqué de presse du 11 avril 2014, Disponible sur : <http://www.parlament.ch/f/mm/2014/Pages/mm-wbk-s-2014-04-11.aspx>, Consulté le 20 mai 2014.

²⁴⁸⁷ NEK-CNE, La procréation médicalement assistée. Considérations éthiques et propositions pour l'avenir, Prise de position n° 22/2013, Berne, Décembre 2013, p. 42.

d'ovules»²⁴⁸⁸. L'information sur les possibilités de recourir à un don à l'étranger circule largement, que ce soit par le biais d'internet ou par l'intermédiaire des médecins suisses. Les dangers d'une réglementation trop restrictive avaient déjà été identifiés par le Conseil fédéral et mis en avant pour rejeter l'initiative populaire pour une procréation respectant la dignité humaine²⁴⁸⁹. Pourtant, le Conseil fédéral n'en a pas tenu compte « *par rapport au contenu, restrictif également du projet de LPMA* »²⁴⁹⁰. L'efficacité des interdictions prescrites par la LPMA tend donc à être remise en cause. Les couples recourent au don d'ovocytes à l'étranger, notamment en Espagne, Belgique, République Tchèque et Finlande²⁴⁹¹ ou encore en Ukraine²⁴⁹². Il en va de même en ce qui concerne le don d'embryons. Les études empiriques sont encore rares, mais une étude de 2006 indique que les Suissesses ont subi 400 traitements en Espagne pour des FIV classiques, 300 traitements en Espagne pour des femmes célibataires ou des dons d'ovules et 50 traitements en Europe de l'Est pour des dons d'ovules ou pour contourner l'interdiction suisse de l'anonymat²⁴⁹³. Une autre étude réalisée au centre IVI de Madrid montre que 20 % des patientes de cette clinique sont d'origine étrangère et viennent, pour l'essentiel, bénéficier d'un don d'ovules. Une proportion d'entre elles est d'origine suisse²⁴⁹⁴. L'interdiction suisse du don d'ovules et du don d'embryons n'est pas la seule à être contournée.

2. Le contournement des interdictions française et suisse de la maternité pour autrui

359. Distinction entre procréation et gestation pour autrui – En France comme en Suisse, l'interdiction de la maternité pour autrui est également contournée. Précisons d'emblée que nous adopterons le terme de « maternité pour autrui » dans la mesure où le droit français et le droit suisse n'emploient pas le même vocabulaire. Le Code civil français distingue la procréation et la gestation pour autrui bien qu'il les interdise toutes les deux²⁴⁹⁵. La Constitution fédérale²⁴⁹⁶ et la LPMA²⁴⁹⁷ se réfèrent, quant à elles, au terme de maternité de substitution, la mère de substitution étant définie comme « *une femme qui accepte de porter un enfant conçu au moyen d'une méthode de procréation médicalement assistée et de le remettre définitivement à des tiers après l'accouchement* »²⁴⁹⁸. Contrairement au droit français, le droit suisse ne semble

²⁴⁸⁸ GUILLOD O., HELLE N., « Les voyages forment la jeunesse ou tourisme et procréation médicalement assistée », in *Mélanges Knoepfler*, Bâle, Helbing & Lichtenhahn, 2005, p. 436.

²⁴⁸⁹ Message relatif à l'initiative populaire « pour la protection de l'être humain contre les techniques de reproduction artificielle (initiative pour une procréation respectant la dignité humaine, PPD) » et à la loi fédérale sur la procréation médicalement assistée (LPMA), 26 juin 1996, FF 1996 III 224.

²⁴⁹⁰ GUILLOD O., HELLE N., « Les voyages forment la jeunesse ou tourisme et procréation médicalement assistée », in *Mélanges Knoepfler*, Bâle, Helbing & Lichtenhahn, 2005, p. 436.

²⁴⁹¹ EMERY D.-M., MEGALO A., « Procréation médicalement assistée. Une question éthique, personnelle et... légale », *Courrier du médecin vaudois*, 2011, n° 8, p. 11.

²⁴⁹² EVRARD A. et al., *Tourisme médical*, Immersion en communauté, Université de Genève, Faculté de médecine, Mai-juin 2011, p. 6, Disponible sur : http://www.medecine.unige.ch/enseignement/apprentissage/module4/immersion/archives/2010_2011/travaux/11_r_tourisme.pdf, Consulté le 29 décembre 2013.

²⁴⁹³ NYGREN K., MOUZON M.-D., « Cross-border fertility care – international committee monitoring assisted reproductive technologies global survey : 2006 data and estimates », *Fertility and sterility*, 2010, Vol. 94, n° 1, p. e6.

²⁴⁹⁴ LUMBRERAS M., MARTIN LLUESMA S., RODRIGUEZ B., *Infertilité, FIV, ovodonation : parcours d'une vie*, Immersion en communauté, Université de Genève, Faculté de Médecine, 2011, p. 30, Disponible sur : http://www.medecine.unige.ch/enseignement/apprentissage/module4/immersion/archives/2010_2011/travaux/11_r_infertile.pdf, Consulté le 13 janvier 2014.

²⁴⁹⁵ Article 16-7 CC.

²⁴⁹⁶ Art. 119 Cst. Féd.

²⁴⁹⁷ Art. 4 LPMA.

²⁴⁹⁸ Art. 2 LPMA.

donc pas distinguer la mère porteuse, qui pratique la gestation pour autrui, de la mère de substitution, qui pratique la procréation pour autrui²⁴⁹⁹. Le terme générique de « maternité pour autrui » désignera donc à la fois la procréation et la gestation pour autrui. Cette précision terminologique étant faite, il est loisible de constater que les deux pays interdisent tant la procréation que la gestation pour le compte d'autrui. Le bref rappel de cette interdiction et de ses fondements laisse à penser que le droit de la santé ne devrait *a priori* exercer aucune influence sur le droit de la filiation. La volonté de ne pas bouleverser le droit de la filiation étant d'ailleurs une des justifications apportées au soutien de la prohibition. Néanmoins, il est possible de déceler une influence indirecte potentielle de l'interdiction de la maternité pour autrui sur le droit de la filiation du fait du développement des soins génésiques transfrontaliers.

360. Fondements de l'interdiction commune de la maternité pour autrui – La maternité de substitution est actuellement prohibée en France comme en Suisse. Les sources de cette interdiction n'ont toutefois pas été les mêmes dans chacun des pays, du fait de leur histoire mais aussi de leur système politique. Si les fondements textuels sont en partie divergents, les arguments visant à justifier la prohibition de cette pratique ont été relativement similaires.

S'agissant des sources de cette interdiction, il est possible de souligner une double divergence entre la France et la Suisse. D'une part, l'abondance de la jurisprudence en droit français contraste avec l'absence de jurisprudence sur cette question en droit suisse. En droit français, la jurisprudence a joué un rôle majeur dans ce domaine puisque les juges ont rapidement été confrontés à l'apparition d'associations visant à mettre en relation des couples et des mères porteuses. Ces dernières se sont vues refuser l'inscription au registre des associations par la juridiction administrative²⁵⁰⁰ et ont été dissoutes par les juridictions judiciaires²⁵⁰¹. La jurisprudence française a ensuite été amenée à prononcer la nullité des contrats de maternité de substitution²⁵⁰². Il n'existe pas de jurisprudence en Suisse dans la mesure où ce type d'associations ne semble pas s'être développé²⁵⁰³. Par ailleurs, à l'époque, la réalité de la pratique ne semble pas être attestée, « *son existence éventuelle serait donc suffisamment bien vécue pour être inconnue du public et des tribunaux* »²⁵⁰⁴. C'est donc essentiellement la doctrine qui a été amenée à s'intéresser aux fondements éventuels de la prohibition. D'autre part, la consécration textuelle de l'interdiction ne s'est pas faite au

²⁴⁹⁹ Pour un rappel de la distinction, voir notamment : GOBERT M., « Réflexions sur les sources du droit et les principes d'indisponibilité du corps humain et de l'état des personnes », *RTD civ.*, 1992, n° 3, p. 489 et s., § 21.

²⁵⁰⁰ TA Strasbourg, 17 juin 1986 : *LPA*, 4 déc. 1987, 14, note NEIRINCK C. ; Conseil d'État, 22 janvier 1988, n° 80936 : *RDSS*, 1988, 317, Note DUBOIS L. ; *D.*, 1988, IR, 45. ; Comm. EDH, 5 juin 1991, n° 14223/88 : *Cabiers de l'IDEDH*, 1992/1, 112, Note SERMET L. et 1993/2, 8, Note LAMBOLEY A. : « *Il s'ensuit que, pour autant qu'il y ait eu ingérence dans le droit à la liberté d'association de la requérante, cette ingérence était justifiée au sens de l'article 11 par. 2* ».

²⁵⁰¹ TGI Marseille, 16 décembre 1987 : *Juridata* n° 1987-600054 ; CA, Aix-en-Provence, 1^{re} chambre civile, Section A, 29 avril 1988 : *JCP G.*, 1989, II, 21191, Note PEDROT P. ; Cass. civ. 1^{re}, 13 décembre 1989, n° 88-15.655 : *Bull. civ.*, 1989, I, n° 387 ; *Juridata* n° 1989-704182 ; *D.*, 1990, 273, Rapp. MASSIP ; *JCP G.*, 1990, II, 21526, Note SÉRIAUX A. ; *Deffrénois*, 1990, 743, Note AUBERT J.-L. ; *RTD civ.*, 1990, 254, Obs. RUBELLIN-DEVICHI J. ; *Gaz. Pal.*, 10 mai 1990, 66 ; TGI Créteil, 23 mars 1988 : *Juridata* n° 1988-600527 ; TGI Paris, 20 janvier 1988 : *Juridata* n° 1988-041202 ; CA Paris, 1^{re} chambre, Section A, 11 octobre 1988 : *Bulletin Joly sociétés*, 1989, n° 4, 340, Note SAINTOURENS B. ; TGI Paris, Chambre 1, Section 1, 25 octobre 1991 : *Juridata* n° 1991-05312.

²⁵⁰² Cass. ass. plén., 31 mai 1991, n° 90-20.105. : *Bull. Ass. plén.*, 1991, n° 4 ; *GAJC*, 2007, n° 50 ; *D.*, 1991, 417, Rapp. CHARTIER, Note THOUVENIN D. ; *JCP G.*, 1991, II, 21752, Comm. BERNARD, Concl. DONTENWILLE, Note TERRÉ F. ; *Deffrénois*, 1991, 947, Obs. MASSIP J. ; *RTD civ.*, 1991, 517, Obs. HUET-WEILLER D.

²⁵⁰³ GUILLOD O., « Implications juridiques de certains progrès scientifiques dans le domaine de la procréation et du génie génétique aspects du droit de la personnalité », *Semaine judiciaire*, 1986, n° 8, p. 114, Note 3.

²⁵⁰⁴ MANDOFIA-BERNEY M., *Vérités de la filiation et procréation assistée. Étude des droits suisse et français*, Bâle et Francfort-sur-le-Main, Collection Genevoise, Helbing & Lichtenhahn, 1993, p. 141.

même niveau. Cette seconde divergence s'explique toutefois, en partie, par la spécificité organisationnelle de la Suisse. Comme en matière de procréation assistée avec donneur, l'interdiction a d'abord été posée par des lois de santé cantonales. Schématiquement, quatre principales positions émergeaient²⁵⁰⁵. Certains cantons avaient expressément prévu cette interdiction. Dans d'autres cantons, l'interdiction résultait d'une interprétation *a contrario* des dispositions prévoyant les pratiques autorisées. D'autres encore se contentaient de renvoyer aux directives de l'ASSM²⁵⁰⁶ prohibant la pratique. Enfin, un dernier groupe de cantons n'avait pas légiféré, du moins pendant une certaine période. Cette variété des législations a toutefois rapidement été abandonnée et remplacée par la législation fédérale. En effet, une initiative populaire « contre l'application abusive des techniques de reproduction et de manipulation génétique à l'espèce humaine » a été déposée à la chancellerie fédérale²⁵⁰⁷. Elle visait à introduire dans la Constitution fédérale un article 24^{octies} interdisant notamment de « proposer par métier des personnes susceptibles de concevoir ou d'engendrer des enfants pour les tiers »²⁵⁰⁸. Cette formulation, visant la maternité de substitution, laissait cependant en suspens de nombreuses questions quant aux personnes visées et à l'étendue de la prohibition²⁵⁰⁹. En réaction, le contre-projet proposé a été formulé de manière plus large et moins directive puisqu'il se contentait de donner compétence à la Confédération pour régler la maternité de substitution²⁵¹⁰. Mais, après le vote de l'Assemblée fédérale, cette formulation ne fut pas conservée²⁵¹¹. Depuis cette date, l'article 24^{novies}, devenu article 119 de la Constitution fédérale²⁵¹², pose une interdiction constitutionnelle de la maternité de substitution. Cette interdiction est reprise à l'article 4 de la LPMA²⁵¹³. L'explication liée à la spécificité du fédéralisme suisse et à la nécessité de créer une base habilitant la Confédération à légiférer ne doit toutefois pas amenuiser l'importance de la Constitution fédérale suisse dans la réglementation de la biomédecine. Cette forte place contraste particulièrement avec le texte de la Constitution française. Bien que l'utilité de la constitutionnalisation du droit de la biomédecine ait parfois été appelée de ses vœux par la doctrine française²⁵¹⁴ invoquant l'exemple suisse, il apparaît nécessaire de rappeler que la précision de l'article 24^{novies} a fait l'objet de critiques doctrinales. Aussi, M. MANDOFIA a-t-elle considéré l'interdiction constitutionnelle de la maternité de substitution extrêmement discutable. L'auteur souligne notamment que l'intégralité de la doctrine s'accorde sur la nullité du contrat et que seule la filiation, qui pourrait être réglée indépendamment de la Constitution, pose difficulté. Elle ajoute que la proclamation de principes sans sanction efficace est inutile et s'interroge sur la sanction adéquate. Enfin, elle critique l'interdiction de la pratique en général et non celle de la commercialisation de la maternité

²⁵⁰⁵ Le rappel des positions cantonales est tiré de : *Ibid.*, p. 147, Note 96 et DUBLER-NÜSS H., *Les nouveaux modes de procréation artificielle et le droit suisse de la filiation*, Berne, Peter Lang, 1988, p. 175.

²⁵⁰⁶ ASSM, *Directives médico-éthiques pour le traitement de la stérilité par fécondation in vitro et transfert d'embryons*, 1985. Remplacées par : ASSM, *Directives médico-éthiques pour la procréation médicalement assistée*, 1990.

²⁵⁰⁷ Message concernant l'initiative populaire « contre l'application abusive des techniques de reproduction et de manipulation génétique à l'espèce humaine », 18 septembre 1989, FF 1989 III 948.

²⁵⁰⁸ *Ibid.*, Art. 24^{octies} al. 3, let. c.

²⁵⁰⁹ *Ibid.*, FF 1989 III 955.

²⁵¹⁰ *Ibid.*, FF 1989 III 969 ; Art. 24^{octies}, al. 3, let. b.

²⁵¹¹ MANDOFIA-BERNEY M., *Vérités de la filiation et procréation assistée. Étude des droits suisse et français*, Bâle et Francfort-sur-le-Main, Collection Genevoise, Helbing & Lichtenhahn, 1993, p. 144.

²⁵¹² Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999, Entrée en vigueur au 1^{er} janvier 2000, RS 101, RO 1999 2556.

²⁵¹³ Loi fédérale sur la procréation médicalement assistée du 18 décembre 1998, Entrée en vigueur au 1^{er} janvier 2001, RS 810.11, RO 2000 3055.

²⁵¹⁴ NICOLAS G., « La Constitution, instrument de régulation du droit et de la bioéthique ? », in BYK C. (Dir.), *La Constitution face au défi de la bioéthique*, Bordeaux, Les cahiers du droit de la santé du sud-est, LEH, 2008, n° 9, p. 21.

d'emprunt²⁵¹⁵. Quoi qu'il en soit, l'interdiction de pratiquer la maternité pour autrui est commune aux deux pays.

Cette interdiction est fondée sur plusieurs arguments. En droit suisse, même en l'absence de disposition légale ou constitutionnelle en ce sens, la doctrine tendait à considérer que le droit des contrats s'opposait à la maternité de substitution. En effet, l'article 19 du Code des obligations²⁵¹⁶ encadre l'objet du contrat. Si ce dernier peut en principe être déterminé librement, c'est uniquement dans les limites fixées par la loi. Ces limites sont précisées par l'alinéa deux de ce texte qui dispose que « *la loi n'exclut les conventions des parties que lorsqu'elle édicte une règle de droit strict, ou lorsqu'une dérogation à son texte serait contraire aux mœurs, à l'ordre public ou aux droits attachés à la personnalité* ». Ainsi, est réputé nul le contrat qui porterait sur une « *chose impossible, illicite ou contraire aux mœurs* »²⁵¹⁷. La contrariété aux mœurs a été mise en avant par la doctrine²⁵¹⁸, tout comme l'illicéité²⁵¹⁹. L'atteinte à la personnalité a également été soulignée tant du point de vue de l'enfant²⁵²⁰ que du fait de la protection de la personnalité contre les engagements excessifs²⁵²¹. Avec l'adoption de l'article 24^{novies} de la Constitution et de l'article 4 de la LPMA, la prohibition du contrat résulte d'une règle de droit stricte au sens de l'article 19 CO. Elle se fonde notamment sur le refus d'instrumentaliser la mère de substitution et sur la protection du bien de l'enfant²⁵²².

En droit français, antérieurement à l'adoption de l'article 16-7 et malgré quelques décisions en sens contraire²⁵²³, la jurisprudence, dans la lignée de l'avis du CCNE du 23 octobre 1984²⁵²⁴, a condamné la pratique en se fondant tant sur l'indisponibilité du corps humain que sur l'indisponibilité de l'état des

²⁵¹⁵ MANDOFIA-BERNEY M., *Vérités de la filiation et procréation assistée*, Etude des droits suisse et français, Bâle et Francfort-sur-le-Main, Collection Genevoise, Helbing & Lichtenhahn, 1993, p. 146.

²⁵¹⁶ Loi fédérale complétant le Code civil suisse (livre cinquième : droit des obligations) du 30 mars 1911, Entrée en vigueur au 1^{er} janvier 1912, RS 220, RO 27 321.

²⁵¹⁷ Art. 20 CO.

²⁵¹⁸ Voir : DUBLER-NÜSS H., *Les nouveaux modes de procréation artificielle et le droit suisse de la filiation*, Berne, Peter Lang, 1988, p. 233, et la doctrine citée en note 264 ; MANDOFIA-BERNEY M., *Vérités de la filiation et procréation assistée. Étude des droits suisse et français*, Bâle et Francfort-sur-le-Main, Collection Genevoise, Helbing & Lichtenhahn, 1993, p. 148.

²⁵¹⁹ *Ibid.*

²⁵²⁰ DUBLER-NÜSS H., *Les nouveaux modes de procréation artificielle et le droit suisse de la filiation*, Berne, Peter Lang, 1988, p. 233, et la doctrine citée en note 266.

²⁵²¹ MANDOFIA-BERNEY M., *Vérités de la filiation et procréation assistée. Étude des droits suisse et français*, Bâle et Francfort-sur-le-Main, Collection Genevoise, Helbing & Lichtenhahn, 1993, p. 148, Notes 98 et 99. L'article 27 CCS dispose que « *nul ne peut aliéner sa liberté ni s'en interdire l'usage dans une mesure contraire aux lois ou aux mœurs* ».

²⁵²² Message relatif à l'initiative populaire « pour la protection de l'être humain contre les techniques de reproduction artificielle (initiative pour une procréation respectant la dignité humaine, PPD) » et à la loi fédérale sur la procréation médicalement assistée (LPMA), 26 juin 1996, FF 1996 III 247.

²⁵²³ CA Paris, 15 juin 1990 : *Jurisdata* n° 1990-023380 : La cour met notamment en avant que « *l'adoption plénière trouve sa cause dans l'engagement par lequel la mère de substitution a accepté de mettre à disposition d'autrui ses forces reproductrices et promis de remettre l'enfant à sa naissance* » ; « *la promesse de la mère substituée et la situation résultant de la réalisation doivent être déclarées licites au regard tant des principes généraux que des règles légales applicables* » ; « *au nombre des droits naturels figure celui de fonder une famille par la procréation, dans le respect des droits d'autrui* » ; « *la maternité substituée (...) n'apparaît pas contraire à l'ordre public et aux bonnes mœurs au sens de l'article 6 du Code civil* » ; « *l'engagement de la mère de substitution (...) ne méconnaît pas les règles légales sur la parenté et la filiation* » ; « *dans ces conditions, il n'est pas porté atteinte au principe de l'indisponibilité de l'état des personnes* » ; absence d'atteinte à l'article 1128 du Code civil ; l'adoption plénière est seule de nature à « *assurer la parfaite cohésion de la famille* » et « *à garantir le droit au respect de la vie familiale* » ; conformité à l'intérêt supérieur de l'enfant ; « *la maternité de substitution, en tant que libre expression de la volonté et de la responsabilité individuelle de ceux qui y souscrivent en dehors de toutes préoccupations lucratives, doit être considérée comme licite et conforme à l'ordre public* ». Dans un contexte de droit international privé, voir : CA Paris, 15 juin 1990, n° XP150690X : *Jurisdata* n° 1990-600737 ; D., 1990, 540, Note BOULANGER F. ; JDI, 1990, 982, Note GAUDEMET-TALLON H. : conformité à l'ordre public international atténué de la maternité de substitution à l'étranger suivie de l'adoption plénière. La cour d'appel écarte notamment l'indisponibilité du corps humain et l'indisponibilité de l'état des personnes.

²⁵²⁴ CCNE, Avis n° 3, « Problèmes éthiques nés des techniques de reproduction artificielle », 23 octobre 1984, p. 14. Dans cet avis, le CCNE rappelle l'illicéité de l'objet et de la cause ainsi que la fraude à la loi sur l'adoption.

personnes²⁵²⁵. L'atteinte est portée à l'indisponibilité des corps de l'enfant et de la mère porteuse qui met à disposition ses forces reproductrices²⁵²⁶. L'atteinte à l'indisponibilité de l'état des personnes résulte, quant à elle, du fait de « *faire venir au monde un enfant dont l'état ne correspondra pas à sa filiation réelle au moyen d'une renonciation et d'une cession, également prohibées, des droits reconnus par la loi à la future mère* »²⁵²⁷. Ce double fondement a été rappelé régulièrement lors des travaux préparatoires à l'adoption de la loi relative au corps humain, qui ont mis en exergue la volonté d'entériner cette jurisprudence²⁵²⁸. La nullité des conventions de maternité pour autrui, déjà prévue dans l'avant-projet de loi pour les sciences de la vie et les droits de l'homme²⁵²⁹, a été reprise à l'article 3 du projet de loi relatif au corps humain²⁵³⁰. À aucun moment des

²⁵²⁵ TGI Marseille, 16 décembre 1987 : *Jurisdata* n° 1987-600054 : ce jugement rendu en première instance dans l'affaire Alma Mater retient, d'après le *Jurisdata*, que « *le but poursuivi, à savoir la satisfaction du désir d'enfant d'un couple stérile, pour si légitime et digne de respect que soit ce désir, ne peut justifier l'atteinte portée au principe posé par l'article 1128 C. civ. de l'indisponibilité des choses qui sont hors commerce, ce qui est à l'évidence le cas du corps humain* ». Dans la même affaire, en appel, la cour d'appel d'Aix-en-Provence rappelle également le principe : « *il serait certes loisible à cette mère de ne pas tenir son engagement nul et annulable, au support, entre autres, de l'article 1128 du Code civil qui prohibe les conventions sur les choses hors commerce* » : CA, Aix-en-Provence, 1^{re} chambre civile, Section A, 29 avril 1988 : *JCP G*, 1989, II, 21191, Note PÉDROT P. Il convient de relever qu'en cassation, le 13 décembre 1989, la première chambre civile ne s'est fondée expressément que sur l'indisponibilité de l'état des personnes : BINET J.-R., *Jurisclasser Civil Code*, Fascicule 12, « Protection de la personne – Le corps humain », n° 138. Pourtant la formule utilisée renvoie à l'indisponibilité du corps humain selon M. GOBERT ; TGI Créteil, 23 mars 1988 : *Jurisdata* n° 1988-600527 : ce jugement, rendu en première instance dans l'affaire Sainte Sarah, retient qu'« *une telle convention qui porte à double titre sur le corps humain, celui de la mère de substitution et celui de l'enfant, viole le principe d'ordre public de l'indisponibilité du corps humain, principe dérivé de l'article 1128 du Code civil et sanctionné par l'article 6 du même code ; que le but poursuivi par les parties, aussi respectable soit-il, ne saurait justifier une atteinte au principe sus-énoncé, en l'absence de dispositions législatives particulières comme il en existe en matière de don de sang et de don d'organes* ». Le principe de l'indisponibilité a également été mis en exergue dans l'affaire concernant l'ANIAS. En première instance, d'après le *Jurisdata*, le TGI de Paris a retenu que « *doit être dissoute pour objet illicite comme portant atteinte à l'indisponibilité du corps humain l'association créée pour favoriser la rencontre de couples stériles et de mères de substitution, et faciliter entre eux la conclusion d'un accord ayant pour objet, contre compensation financière, d'aboutir à une naissance par insémination* » : TGI Paris, 20 janvier 1988 : *Jurisdata* n° 1988-041202. L'association fit appel de ce jugement devant la cour d'appel de Paris qui retint que la convention est illicite « *en ce qu'elle a un objet interdit par la loi, puisqu'elle porte à la fois sur la mise à disposition du couple demandeur des fonctions reproductives de la mère de substitution, et sur l'enfant à naître, - objet ultime et essentiel du contrat, qui en assure le transfert au couple demandeur -, toutes choses qui ne sont pas dans le commerce, au sens de l'article 1128 du Code civil, qui ne comporte à cet égard aucune dérogation légale* » : CA Paris, 1^{re} chambre, Section A, 11 octobre 1988 : *Bulletin Joly sociétés*, 1989, n° 4, 340, Note SAINTOURENS B. Le principe a également été rappelé concernant l'association Mater cordis. Le TGI de Paris retient que « *de telles conventions qui contreviennent au principe de l'indisponibilité du corps humain (...), sont prohibées par l'article 1128 du Code civil qui dispose qu'il n'y a que les choses qui sont dans le commerce qui puissent être l'objet de conventions* » : TGI Paris, Chambre 1, Section 1, 25 octobre 1991 : *Jurisdata* n° 1991-05312. Dans son arrêt d'Assemblée plénière la Cour de cassation considère que « *la convention par laquelle la 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* » : Cass. ass. plén., 31 mai 1991, n° 90-20.105. : *Bull. ass. plén.*, 1991, n° 4 ; *GAJF*, 12^e éd., n° 50 ; *D.*, 1991, 417, Rapp. CHARTIER, Note THOUVENIN D. ; *JCP G*, 1991, II, 21752, Comm. BERNARD, Concl. DON'TENWILLE, Note TERRÉ F. ; *Deffrénois*, 1991, 947, Obs. MASSIP J. ; *RTD civ.*, 1991, 517, Obs. HUET-WEILLER D. L'arrêt du 29 juin 1994, cassant l'arrêt de la cour d'appel de Poitiers du 22 janvier 1992, reprend le même attendu : Cass. civ. 1^{re}, 29 juin 1994, n° 92-13.563 : *D.*, 1994, 581, Note CHARTIER Y. ; *RTD civ.*, 1994, 842, Obs. HAUSER J. ; *JCP*, 1995, II, 22362, Note RUBELLIN-DEVICHI J. ; *RDS*, 1995, 377, Note MONÉGER F.

²⁵²⁶ Cass. civ. 1^{re}, 13 décembre 1989, n° 88-15.655 : *Bull. civ.*, 1989, I, n° 387 ; *Jurisdata* n° 1989-704182 ; *D.*, 1990, 273, Rapp. MASSIP ; *JCP G*, 1990, II, 21526, Note SÉRIAUX A. ; *Deffrénois*, 1990, 743, Note AUBERT J.-L. ; *RTD civ.*, 1990, 254, Obs. RUBELLIN-DEVICHI J. ; *Gaz. Pal.*, 10 mai 1990, 6. Pour de plus amples développements, voir : AN, Rapport d'information fait au nom de la mission d'information sur la révision des lois de bioéthique, Rapporteur M. Jean LÉONETTI, n° 2235, Enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 20 janvier 2010, p. 122 ; CONSEIL D'ÉTAT, *La révision des lois de bioéthique*, Les études du Conseil d'Etat, 9 avril 2009, pp. 49-50 ; GOBERT M., « Réflexions sur les sources du droit et les principes d'indisponibilité du corps humain et de l'état des personnes », *RTD civ.*, 1992, n° 3, p. 489.

²⁵²⁷ *Ibid.* Pour de plus amples développements voir : *Ibid.*, pp. 122-123 ; *Ibid.*, p. 49 ; *Ibid.*

²⁵²⁸ Voir par exemple : CONSEIL D'ÉTAT (Section du rapport et des études), *Sciences de la vie : de l'éthique au droit*, Paris, La documentation française, 25 mars 1988, pp. 59-60 ; AN, Rapport au nom de la commission spéciale sur les projets de loi : (n° 2599) relatif au corps humain et modifiant le Code civil ; (n° 2600) relatif au don et à l'utilisation des éléments et produits du corps humain et à la procréation médicalement assistée, et modifiant le Code de la santé publique ; (n° 2601) relatif au traitement de données nominatives ayant pour fin la recherche en vue de la protection ou l'amélioration de la santé et modifiant la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés, Rapporteur M. Bernard BIOULAC, n° 2871, Tome I, Enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 30 juin 1992, p. 17 ; MATTEI J.-F., *La vie en questions : pour une éthique biomédicale*, Rapport au Premier ministre, Paris, Collection des rapports officiels, La documentation française, 1994, pp. 95-96 ; SÉNAT, Rapport fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du Règlement et d'administration générale sur le projet de loi, adopté par l'Assemblée nationale, relatif au corps humain, Par M. Guy CABANEL, n° 230, Annexe au procès-verbal de la séance du 12 janvier 1994, p. 54.

²⁵²⁹ BRAIBANT G., *Avant projet de loi sur les sciences de la vie et les droits de l'homme*, Paris, Conseil d'Etat, 1988.

débats parlementaires il n'a été envisagé de remettre en cause la nullité des conventions de maternité pour autrui. Un amendement proposé en commission par N. CATALA, visant à limiter « *cette prohibition aux conventions portant sur la gestation pour le compte d'autrui et autori[sant], par conséquent, celles ayant pour objet la procréation pour le compte d'autrui* »²⁵³¹, aurait pu laisser penser à une volonté d'autoriser la maternité de substitution. Toutefois, cette proposition était uniquement liée à la volonté de ne pas remettre en cause le don de sperme²⁵³². La prohibition est actuellement consacrée par l'article 16-7 du Code civil²⁵³³. La jurisprudence a donc maintenu sa ligne de conduite et se réfère régulièrement à cet article²⁵³⁴. Si l'interdiction de la maternité pour autrui a été confirmée lors de la révision de 2004 sans provoquer de réel débat, elle a au contraire été largement débattue lors de la révision de 2011. Cette résurgence du débat semble pouvoir être expliquée par la demande croissante d'autonomie au regard des choix procréatifs ainsi que par le contexte international marqué par la liberté de circulation et l'émergence d'un *baby business*²⁵³⁵. Il convient d'y ajouter l'arrêt de la cour d'appel de Paris du 25 octobre 2007²⁵³⁶ qui a grandement contribué à relancer le débat²⁵³⁷. Il valide la transcription sur les registres d'état civil français des actes de naissance de jumelles, issues des gamètes d'un Français et d'une mère de substitution américaine et désignant comme père génétique et mère légale un couple français. Bien que le rapport du groupe de travail du Sénat se soit

²⁵³⁰ AN, Projet de loi relatif au corps humain et modifiant le Code civil, Présenté au nom de Mme Édith CRESSON par M. Michel SAPIN, n° 2599, Enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 25 mars 1992, p. 12. L'article 3 visait notamment l'introduction d'un article 23 au sein du Code civil disposant que « *les conventions de procréation ou de gestation pour le compte d'autrui sont nulles* ».

²⁵³¹ AN, Rapport fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République sur le projet de loi, modifié par le Sénat, relatif au respect du corps humain, Par M. Jérôme BIGNON, n° 1062, Enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 31 mars 1994, p. 42.

²⁵³² *Ibid.*, pp. 42-43. Voir les discussions concernant l'amendement n° 18 : AN, 1^{re} séance du 19 avril 1994, *JORF, Débats parlementaires*, 20 avril 1994, Compte rendu intégral, p. 930.

²⁵³³ « *Toute convention portant sur la procréation ou la gestation pour le compte d'autrui est nulle* ».

²⁵³⁴ Cass. civ. 1^{re}, 9 décembre 2003, n° 01-03.927 : *Bull. civ.*, I, n° 252 ; *D.*, 2005, 541, Obs. GALLOUX J.-C. ; *AJ famille*, 2004, 62 ; *D.*, 2004, 1998, Note POISSON-DROCOURT E. ; *RTD civ.*, 2004, 75, Obs. HAUSER J. ; *Deffrénois*, 2004, 592, Obs. MASSIP J. ; *Dr. fam.*, 2004, Comm. 17, MURAT P. ; *RJPF*, 2004-4/35, Note GARÉ T. : « *la maternité pour autrui, dont le caractère illicite se déduit des principes généraux du Code civil et, aujourd'hui, de son article 16-7* » ; Cass. civ. 1^{re}, 17 décembre 2008, n° 07-20.468 : *Bull. civ.*, 2008, I, n° 289 ; *D.*, 2009, 332, Avis SARCELET ; *D.*, 2009, 340, Note BRUNET L. ; *D.*, 2009, 773, Note GRANET-LAMBRECHTS F. ; *D.*, 2009, 1557, Note JAULT-SESEKE F. ; *D.*, 2010, 604, Obs. GALLOUX J.-C. ; *JCP G.*, 2009, I, 102, Obs. RUBELLIN-DEVICHI J. ; *JCP G.*, 2009, II, 10020, Note MIRKOVIC A. ; *JCP G.*, 2009, II, 10021, Note AVOUT L. (d) ; *LP4*, 1^{er}-2 juin 2009, Note BOURGAULT-COUDEVILLE D. ; *AJ famille*, 2009, 80, Note CHÉNÉDÉ F. ; *Dr. fam.*, 2009, Comm. 15, MURAT P. ; *Gaz. Pal.*, 2009, 429, Note WEISS-GOUT B. ; *RJPF*, 2009-1/13, Note CORPART I. ; *Deffrénois*, 2009, 549, Obs. MASSIP J. ; *RTD civ.*, 2009, 106, Obs. HAUSER J. : « *Vu l'article 423 du Code de procédure civile, ensemble l'article 16-7 du Code civil ; - Attendu (...) que selon le second, toute convention portant sur la procréation ou la gestation pour autrui est nulle* » ; Cass. civ. 1^{re}, 6 avril 2011, n° 09-66.486, n° 09-17.130, n° 10-19.053 : *D.*, 2011, 1522, Note BERTHIAU D., BRUNET L. ; *D.*, 2011, 1001, Édito, ROME F. ; *D.*, 2011, 1064, Note LABBÉE X. ; *D.*, 2011, 1585, Note GRANET-LAMBRECHTS F. ; *AJ famille*, 2011, 262, Interview DOMINGO M. ; *AJCT*, 2011, 301, Obs. SIFFREIN-BLANC C., *RTD civ.*, 2011, 340, Obs. HAUSER J. ; Cass. civ. 1^{re}, 13 septembre 2013, n° 12-18.315 : *Dalloz actualité*, 17 septembre 2013, GALLMEISTER I. ; *AJ famille*, 2013, 579, Note CHÉNÉDÉ F. ; *RTD civ.*, 2013, 816, Obs. HAUSER J. ; *AJ famille*, 2013, 600 ; *AJCT*, 2013, 517, Note MESA R. ; *D.*, 2013, 2377, PETIT C. ; *D.*, 2013, 2384, Note FABRE-MAGNAN ; *D.*, 2013, 2349, Note FULCHIRON H. ; *JCP G.*, 23 septembre 2013, n° 39, 985, Note MIRKOVIC A. ; *LP4*, 1^{er} octobre 2013, 7, Note LEGRAND V. ; *RJPF*, 2013-10/11, Obs. CORPART I. ; *RJPF*, 2013-10/8, Note DREIFUSS-NETTER F. ; *RJPF*, 2013-11/5, Note LE BOURSICOT M.-C. ; *RLDC*, 2013, n° 109, 41, Note BRUNETTI-PONS C. ; Cass. civ. 1^{re}, 19 mars 2014, n° 13-50.005.

²⁵³⁵ CCNE, Avis n° 110, « *Problèmes éthiques soulevés par la gestation pour autrui* », 1^{er} avril 2010, p. 4.

²⁵³⁶ CA Paris, 25 octobre 2007, n° 06/00507 : *BICC*, 15 janvier 2008 : *D.*, 2007, 2953, Note LUXEMBOURG F. ; *D.*, 2008, 434, Note BANDRAC M., DELAISI-DE-PARSEVAL G., DEPADT-SEBAG V. ; *D.*, 2008, 1371, Note GRANET-LAMBRECHTS F. ; *AJ famille*, 2007, 478, Note CHÉNÉDÉ F. ; *RJPF*, 2008-2/12, Note LE BOURSICOT M.-C. ; *RTD civ.*, 2008, 93, Obs. HAUSER J. ; *JDI*, 2008, 145, Obs. CUNIBERTI G. ; *Dr. fam.*, 2007, Alerte 87, LAMARCHE M. ; *JCP G.*, 2009, I, 102, Note RUBELLIN-DEVICHI J. ; *D.*, 2008, 1507, Note JAULT-SESEKE F.

²⁵³⁷ Cet arrêt a conduit la commission des affaires sociales et la commission des lois à constituer un groupe de travail sur la maternité pour autrui : SÉNAT, Rapport d'information fait au nom de la commission des affaires sociales et de la commission des lois constitutionnelles, de la législation, du suffrage universel, du Règlement d'administration générale par le groupe de travail sur la maternité pour autrui, Par Mme Michèle André, MM. Alain MILON et Henri de RICHEMONT, n° 421, Annexe au procès-verbal de la séance du 25 juin 2008, 119 p.

prononcé pour l'autorisation encadrée de la gestation pour autrui²⁵³⁸, la plupart des rapports et avis ne se sont pas montrés favorables à l'autorisation de la gestation pour autrui²⁵³⁹. Ils témoignent néanmoins clairement d'une démarche de discussion dans la mesure où de nombreux rapports ont rappelé les arguments favorables à une évolution législative²⁵⁴⁰.

361. Absence d'influence du droit de la santé sur le lien familial du fait de la prohibition – En permettant la dissociation de la maternité, la fécondation *in vitro* aurait pu permettre de bouleverser et de repenser en profondeur le lien de filiation maternelle. Certes, la dissociation de la maternité a de tout temps existé ; la pratique de la procréation pour autrui étant déjà mentionnée dans le chapitre 16 de la Genèse²⁵⁴¹ et « le développement de la pratique des mères nourricières au siècle dernier nous a donné l'exemple d'une pratique largement acceptée par la société »²⁵⁴². Cependant, le développement des techniques scientifiques de procréation médicalement assistée contribue à renouveler la dissociation de la maternité dans la mesure. En effet, l'ovocyte implanté dans la femme qui portera l'enfant peut être le sien, mais aussi provenir de la mère d'intention ou d'une donneuse. Bien que les évolutions scientifiques soient porteuses de fortes

²⁵³⁸ Les recommandations sont synthétisées dans : *Ibid.*, pp. 5-7.

²⁵³⁹ ÉTATS GÉNÉRAUX DE LA BIOÉTHIQUE, *Rapport final*, p. 43 : « Les citoyens se sont prononcés, dans leur avis, unanimement contre la légalisation en France de la GPA en raison, essentiellement, des effets conjugués de cette pratique (marchandisation, instrumentalisation du corps de la mère porteuse etc...). Dans le droit fil de leur réflexion sur les rapports entre la parentalité et la détermination biologique, les panelistes ont estimé « plus important de protéger l'enfant et la mère porteuse que de satisfaire un désir de filiation biologique » » ; OPECST, *Rapport sur l'évaluation de l'application de la loi n°2004-800 du 6 août 2004 relative à la bioéthique*, Par MM. Alain CLAEYS et Jean-Sébastien VIALATTE, n° 1325, Enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 17 décembre 2008, pp. 138-157 et notamment pp. 156-157 : le rapport considère qu'un débat est nécessaire mais insiste sur les objections de fond entourant cette pratique et sur la nécessité de réfléchir au sort de l'enfant et de la mère porteuse. Il ajoute que l'autorisation encadrée n'empêchera pas d'importants délais d'attente et le tourisme procréatif ; CCNE, Avis n° 110, « Problèmes éthiques soulevés par la gestation pour autrui », 1^{er} avril 2010, pp. 17-18 : après un rappel des arguments favorables et défavorables au maintien de l'interdiction, le CCNE retient que « pour les six ordres de raisons qui viennent d'être exposées et pour la grande majorité des membres du CCNE, l'ensemble des arguments favorables au maintien de la législation en vigueur l'emportent sur ceux qui sont favorables à la légalisation de ce procédé de PMA, même de manière strictement limitée et contrôlée ». Une note annexe présente le vœu d'un certain nombre de membres du CCNE que « la GPA strictement encadrée de façon à préserver la dignité et la sécurité de tous les protagonistes impliqués, soit prévue, à titre dérogatoire, dans la loi à l'occasion de sa future révision » ; CONSEIL D'ÉTAT, *La révision des lois de bioéthique*, Les études du Conseil d'État, 9 avril 2009, p. 49 : le rapport propose d'« envisager des solutions ponctuelles pour pallier les difficultés pratiques des familles dans lesquelles des enfants sont nés illégalement de gestation pour autrui, sans cependant modifier les règles relatives à la filiation » ; ACADÉMIE NATIONALE DE MÉDECINE, « Rapport de l'Académie nationale de médecine. La gestation pour autrui », in DAVID G., HENRION R., JOUANNET P., BERGOIGNAN-ESPER C., *La gestation pour autrui*, Paris, Rapports de l'Académie nationale de médecine, Médecine sciences publications, 2011 : l'Académie estime qu'au titre de sa mission médicale elle ne peut être favorable à la gestation pour autrui ; AGENCE DE LA BIOMÉDECINE, Conseil d'orientation, « La gestation pour autrui », Délibération du 18 septembre 2009, n° 2009-CO-38, p. 6 : « Une large majorité des membres s'est exprimée contre toute modification de la loi. Certains membres se sont exprimés en faveur d'une modification de la loi sous certaines conditions et dans le cadre d'une « expérimentation éthique » assurant une évaluation et un suivi de qualité » ; AN, Rapport d'information fait au nom de la mission d'information sur la révision des lois de bioéthique, Rapporteur M. Jean LÉONETTI, n° 2235, Enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 20 janvier 2010, p. 171 : « Les membres de la mission, dans leur très large majorité, préconisent en conséquence de maintenir les dispositions protectrices de la loi et de ne pas légaliser la gestation pour autrui » ; CONSEIL NATIONAL DE L'ORDRE DES MÉDECINS, « La gestation pour autrui », Rapport adopté lors de la session du Conseil national de l'ordre des médecins du 4 février 2010, p. 4, Disponible sur : <http://www.conseil-national.medecin.fr/sites/default/files/GPA.pdf>, Consulté le 26 janvier 2014 : « Si l'on peut comprendre et accompagner le désir de procréation légitime et naturel des couples stériles et si la procréation médicalement assistée est admise par la loi, des méthodes qui mettent en jeu le corps et la santé d'autrui ne sont éthiquement et médicalement pas justifiées. L'utilisation du corps d'autrui porte atteinte à la notion même de dignité ».

²⁵⁴⁰ CCNE, Avis n° 110, « Problèmes éthiques soulevés par la gestation pour autrui », 1^{er} avril 2010, p. 6 et s. ; SÉNAT, Rapport d'information fait au nom de la commission des affaires sociales et de la commission des lois constitutionnelles, de la législation, du suffrage universel, du Règlement d'administration générale par le groupe de travail sur la maternité pour autrui, Par Mme Michèle ANDRÉ, MM. Alain MILON et Henri de RICHEMONT, n° 421, Annexe au procès-verbal de la séance du 25 juin 2008, p. 55 et s. ; AN, Rapport d'information fait au nom de la mission d'information sur la révision des lois de bioéthique, Rapporteur M. Jean LÉONETTI, n° 2235, Enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 20 janvier 2010, p. 126 et s. ; ACADÉMIE NATIONALE DE MÉDECINE, « Rapport de l'Académie nationale de médecine. La gestation pour autrui », in DAVID G., HENRION R., JOUANNET P., BERGOIGNAN-ESPER C., *La gestation pour autrui*, Paris, Rapports de l'Académie nationale de médecine, Médecine sciences publications, 2011, p. 15 et s. ; AGENCE DE LA BIOMÉDECINE, Conseil d'orientation, « La gestation pour autrui », Délibération du 18 septembre 2009, n° 2009-CO-38, p. 7 et s.

²⁵⁴¹ http://www.bibleforyou.net/Genesis/Book/Chapter_16_fr.html, Consulté le 26 janvier 2014.

²⁵⁴² CCNE, Avis n° 42, « Avis sur l'évolution des pratiques d'assistance médicale à la procréation », 30 mars 1994, p. 17.

évolutions potentielles, le droit de la biomédecine, en encadrant les nouvelles pratiques, a circonscrit l'influence du droit de la santé sur le lien familial. En ce qui concerne le don d'ovocytes d'abord, la redéfinition de la maternité apparaît très limitée en France. En effet, si le don d'ovules a été autorisé, le critère de l'accouchement continue à prévaloir. En Suisse, l'influence est même nulle puisque la LPMA interdit le don d'ovocytes et par là même toute dissociation de la maternité. En ce qui concerne la maternité pour autrui, ensuite, son interdiction par le droit de la santé aboutit à ce qu'il n'existe, *a priori*, aucune influence sur le droit de la filiation. Le droit de la biomédecine s'est contenté de reconduire « *le modèle traditionnel de la filiation dite « cognatique », organisée autour du triptyque père/mère/enfants* »²⁵⁴³. En France, la volonté de ne pas bouleverser la définition de la maternité a été mise en avant dans le rapport d'Y. CHARTIER²⁵⁴⁴ relatif à l'arrêt du 31 mai 1991. Pour autant, l'argument de la dissociation de la maternité n'a pas été mentionné lors des travaux parlementaires français qui se sont référés, plus généralement, au principe de l'indisponibilité de l'état des personnes²⁵⁴⁵. Au contraire, l'argument a été central en droit suisse dans lequel aucune forme de dissociation de la maternité, telle que le don d'ovocytes ou d'embryons, n'est autorisée²⁵⁴⁶. Quoi qu'il en soit, l'interdiction permet d'éviter la remise en cause de *mater semper certa est*, « *règle fondamentale du droit de la filiation de la plupart des pays occidentaux* »²⁵⁴⁷.

362. Une influence indirecte potentielle de l'interdiction posée par le droit de la santé – Malgré cette interdiction juridique de principe, le droit se trouve rattrapé par le fait dans les deux pays.

D'une part, malgré l'interdiction, il n'est pas exclu que les pratiques perdurent sur le plan national. En effet, à la suite de l'arrêt du 31 décembre 1991, une partie de la doctrine n'a pas manqué de s'interroger sur l'effectivité de la prohibition. D. HUET-WEILLER relève en ce sens : « *ne suffira-t-il pas à l'avenir (...) que les couples concernés fassent preuve de plus de discrétion et que l'épouse stérile présente l'enfant dont elle sollicite l'adoption comme un enfant né de relations adultères de son mari qu'elle a généreusement pardonnées ?* »²⁵⁴⁸. Ce type de montage a d'ailleurs parfois été repéré. Ainsi, dans un arrêt du 16 février 1999, une femme avait présenté une requête en adoption plénière d'une enfant née sans déclaration de filiation maternelle et reconnue par son mari dans l'acte de naissance. La Cour de cassation considère que la cour d'appel n'a pas excédé ses pouvoirs ni méconnu le principe général de bonne foi en ordonnant un examen comparé des sangs de l'enfant et du père afin de vérifier s'il n'y a pas eu fraude aux conditions légales de l'adoption²⁵⁴⁹. Néanmoins, et comme le souligne J. HAUSER, « *la vérification de la réalité de la paternité du mari, auteur de la reconnaissance, permettra*

²⁵⁴³ CCNE, Avis n° 105, « Questionnement pour les états généraux de la bioéthique », 9 octobre 2008, p. 3.

²⁵⁴⁴ Dans son rapport relatif à l'arrêt d'Assemblée plénière du 31 mai 1991, Y. CHARTIER relève : « *La voie vers laquelle vent nous engager la substitution de mère ne tend-elle pas à redéfinir le concept de maternité, à opérer une rupture avec ce qu'elle a été, ce qu'elle est, depuis les origines de l'homme ?* » : Un extrait du rapport est reproduit dans : CHARTIER Y., « L'illicéité de l'adoption plénière de l'enfant né d'une « mère porteuse » », *D.*, 1991, n° 30 p. 417.

²⁵⁴⁵ Aucun des rapports parlementaires ne mentionne le terme de dissociation de la maternité.

²⁵⁴⁶ Invoqué pour le don d'ovules il est valable *a fortiori* pour la maternité pour autrui : Message relatif à l'initiative populaire « pour la protection de l'être humain contre les techniques de reproduction artificielle (initiative pour une procréation respectant la dignité humaine, PPD) » et à la loi fédérale sur la procréation médicalement assistée (LPMA), 26 juin 1996, FF 1996 III 248.

²⁵⁴⁷ SÉNAT, Rapport d'information fait au nom de la commission des affaires sociales et de la commission des lois constitutionnelles, de la législation, du suffrage universel, du Règlement d'administration générale par le groupe de travail sur la maternité pour autrui, Par Mme Michèle ANDRÉ, MM. Alain MILON et Henri de RICHEMONT, n° 421, Annexe au procès-verbal de la séance du 25 juin 2008, p. 9.

²⁵⁴⁸ HUET-WEILLER D., « Détournement de l'adoption. L'illicéité de la maternité de substitution et de l'adoption subséquente », *RTD civ.*, 1991, n° 3, p. 518.

²⁵⁴⁹ Cass. civ. 1^{re}, 16 février 1999, n° 96-21.223 et 97-12.781 : *Bull. civ.*, 1999, I, n° 53 ; *D.*, 1999, 692, Note MASSIP J. ; *D.*, 1999, Somm., 201, GRANET F. ; *D.*, 2000, Somm., 170, VASSEUR-LAMBRY F. ; *JCP G.*, 1999, II, 10117, Note ARDEEFF I.

seulement d'écarter les conventions de mère de substitution où aucun des deux membres du couple n'a de lien biologique avec l'enfant. Par contre, elle sera sans utilité si on est en présence seulement d'une mère porteuse »²⁵⁵⁰. F. BOZZI relève que le montage, passant par le truchement de la reconnaissance paternelle consécutive à un accouchement sous X, est cependant tombé en désuétude depuis l'ordonnance de 2005 relative à la filiation²⁵⁵¹. Quoi qu'il en soit, le rapport du Sénat témoigne de la réalité de la pratique sur notre territoire en relevant que « ceux qui ne disposent ni du temps ni des moyens pour se rendre à l'étranger recourent aux services d'une mère de substitution sur le territoire français, généralement par internet : le traitement médical est pratiqué en Belgique puis la mère de substitution accouche anonymement en France »²⁵⁵². Il existe donc un véritable « marché noir »²⁵⁵³ en France, mais celui-ci n'exerce aucune influence sur le droit de la filiation.

D'autre part, le développement des soins génésiques transfrontaliers pourrait, par l'argument du fait accompli, exercer une influence indirecte sur le droit de la filiation. En effet, un certain nombre d'États autorisent la maternité pour autrui²⁵⁵⁴ et attirent les personnes originaires d'États prohibant cette pratique comme la France ou la Suisse. La réalité de ces déplacements est attestée, même si le phénomène reste encore peu étudié²⁵⁵⁵, l'interdiction de la pratique rendant difficile tout recueil de données officielles²⁵⁵⁶. En France, selon l'association CLARA, « une centaine de couples français se rendraient chaque année à l'étranger depuis 1991 »²⁵⁵⁷. En Suisse, le Conseil fédéral a eu connaissance de dix cas. Se référant à des études journalistiques, il évalue à environ cinquante les parents d'intention suisses pris en charge en Ukraine et estime que les chiffres doivent être comparables en Inde et aux États-Unis²⁵⁵⁸. Dans le monde, la maternité pour autrui serait à l'origine de cinq à six cents naissances par an²⁵⁵⁹. Schématiquement, deux modalités de prise en charge coexistent. Dans certains pays, les couples sont en contact direct avec la gestatrice. Ils concluent un contrat de droit privé, souvent par le biais d'agences intermédiaires. Dans d'autres pays, au contraire, il n'existe aucune relation entre le couple et la gestatrice²⁵⁶⁰. Le choix de la destination varie selon le sexe des parents d'intention, la technique requise, la proximité géographique et

²⁵⁵⁰ HAUSER J., « Le réveil du ministère public », *RTD civ.*, 1999, n° 2, p. 373.

²⁵⁵¹ AN, Rapport d'information fait au nom de la mission d'information sur la révision des lois de bioéthique, Rapporteur M. Jean LÉONETTI, n° 2235, Enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 20 janvier 2010, Tome 2, p. 883.

²⁵⁵² SÉNAT, Rapport d'information fait au nom de la commission des affaires sociales et de la commission des lois constitutionnelles, de la législation, du suffrage universel, du Règlement d'administration générale par le groupe de travail sur la maternité pour autrui, Par Mme Michèle ANDRÉ, MM. Alain MILON et Henri de RICHEMONT, n° 421, Annexe au procès-verbal de la séance du 25 juin 2008, p. 34.

²⁵⁵³ ROZÉE V., « L'homomaternité issue de l'assistance médicale à la procréation en France : état des lieux d'un recours transnational », *Raison-publique.fr*, 15 mai 2012, Disponible sur : <http://www.raison-publique.fr/article531.html>, Consulté le 26 janvier 2014.

²⁵⁵⁴ Voir le tableau comparatif dans : IGAS, *État des lieux et perspectives du don d'ovocytes en France*, Par MM. Pierre ABALLEA, Jérôme GUEDJ et Mme Anne BURSTIN, Tome II, Février 2011, p. 206.

²⁵⁵⁵ CONSEIL FÉDÉRAL, *Rapport sur la maternité de substitution*, En exécution du postulat 12.9317 du 28 septembre 2012, 29 novembre 2013, p. 6.

²⁵⁵⁶ *Ibid.*, p. 9.

²⁵⁵⁷ SÉNAT, Rapport d'information fait au nom de la commission des affaires sociales et de la commission des lois constitutionnelles, de la législation, du suffrage universel, du Règlement d'administration générale par le groupe de travail sur la maternité pour autrui, Par Mme Michèle ANDRÉ, MM. Alain MILON et Henri de RICHEMONT, n° 421, Annexe au procès-verbal de la séance du 25 juin 2008, p. 34.

²⁵⁵⁸ CONSEIL FÉDÉRAL, *Rapport sur la maternité de substitution*, En exécution du postulat 12.9317 du 28 septembre 2012, 29 novembre 2013, p. 10.

²⁵⁵⁹ FERRARETTI A.-P., PENNINGS G., GIANAROLI L., NATALI F., MAGLI M.-C., « Cross-border reproductive care : a phenomenon expressing the controversial aspects of reproductive technologies », *Reproductive biomedicine online*, 2010, Vol. 20, n° 2, p. 264.

²⁵⁶⁰ Ces deux modalités sont mises en exergue dans le rapport de l'Académie nationale de médecine : ACADÉMIE NATIONALE DE MÉDECINE, « Rapport de l'Académie nationale de médecine. La gestation pour autrui », in DAVID G., HENRION R., JOUANNET P., BERGOIGNAN-ESPER C., *La gestation pour autrui*, Paris, Rapports de l'Académie nationale de médecine, Médecine sciences publications, 2011.

les revenus disponibles²⁵⁶¹. En Suisse, les principales destinations sont la Géorgie, l'Inde, l'Ukraine et les États-Unis ; l'Afrique du Sud et la Russie sont des destinations plus marginales²⁵⁶². La plupart du temps, la gestatrice est rémunérée. Aux États-Unis, les chiffres avancés par les principaux intéressés semblent osciller entre 10 000 et 18 000 \$²⁵⁶³. L'Académie nationale de médecine relève que le dédommagement de la gestatrice est de 15 000 à 30 000 euros sur un coût total estimé entre 60 000 et 150 000 euros²⁵⁶⁴. La Présidente de l'association Maïa avance quant à elle un coût total moyen de 50 000 euros²⁵⁶⁵. En Inde, le coût total est d'environ 15 000 euros et le dédommagement de la gestatrice est de l'ordre de 3000 euros, pour un marché total représentant pas moins de 290 millions d'euros par an²⁵⁶⁶. En Géorgie, l'opération présente également un caractère commercial avec des « offres spéciales » à 6500 \$ au 26 août 2013²⁵⁶⁷. De nombreuses personnes ayant recours à ce type de pratique à l'étranger ne sont pas remarquées par les autorités nationales, faute d'indices concrets sur l'acte de naissance ou le visa, tant en Suisse²⁵⁶⁸ qu'en France²⁵⁶⁹. Le vice-procureur chargé du service civil du parquet du TGI de Nantes fait mention de la découverte, lors d'une perquisition au domicile d'un homme pour abus de confiance, de « *deux enfants dont l'état civil figurait au service central de l'état civil et qui venaient des États-Unis. Ils avaient été ramenés en France par cet homme, qui y vivait avec un autre homme, et qui avait obtenu pour eux un certificat de nationalité française. Ce certificat avait été transmis à l'officier d'état civil consulaire compétent et l'acte d'état civil avait été dressé sans difficulté particulière, avec mention de la mère américaine et du père français* »²⁵⁷⁰. Bien que les affaires connues à l'étranger soient très marginales, moins d'une vingtaine jusqu'en 2009²⁵⁷¹, elles conduisent à affaiblir les prohibitions nationales et poussent la doctrine à interroger la faculté du droit de la filiation à réceptionner ces situations²⁵⁷².

²⁵⁶¹ ROZÉE V., TAIN L., « Le recours aux techniques procréatives : des disparités nationales aux circuits transnationaux », in CHASLES V. (Dir.), *Santé et Mondialisation*, Lyon, Service édition de l'université Lyon III, 2010, pp. 297-314.

²⁵⁶² CONSEIL FÉDÉRAL, *Rapport sur la maternité de substitution*, En exécution du postulat 12.9317 du 28 septembre 2012, 29 novembre 2013, p. 11.

²⁵⁶³ AN, Rapport d'information fait au nom de la mission d'information sur la révision des lois de bioéthique, Rapporteur M. Jean LÉONETTI, n° 2235, Enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 20 janvier 2010, p. 149.

²⁵⁶⁴ ACADÉMIE NATIONALE DE MÉDECINE, « Rapport de l'Académie nationale de médecine. La gestation pour autrui », in DAVID G., HENRION R., JOUANNET P., BERGOIGNAN-ESPER C., *La gestation pour autrui*, Paris, Rapports de l'Académie nationale de médecine, Médecine sciences publications, 2011.

²⁵⁶⁵ SÉNAT, Rapport d'information fait au nom de la commission des affaires sociales et de la commission des lois constitutionnelles, de la législation, du suffrage universel, du Règlement d'administration générale par le groupe de travail sur la maternité pour autrui, Par Mme Michèle ANDRÉ, MM. Alain MILON et Henri de RICHEMONT, n° 421, Annexe au procès-verbal de la séance du 25 juin 2008, p. 34.

²⁵⁶⁶ ACADÉMIE NATIONALE DE MÉDECINE, « Rapport de l'Académie nationale de médecine. La gestation pour autrui », in DAVID G., HENRION R., JOUANNET P., BERGOIGNAN-ESPER C., *La gestation pour autrui*, Paris, Rapports de l'Académie nationale de médecine, Médecine sciences publications, 2011.

²⁵⁶⁷ CONSEIL FÉDÉRAL, *Rapport sur la maternité de substitution*, En exécution du postulat 12.9317 du 28 septembre 2012, 29 novembre 2013, p. 11.

²⁵⁶⁸ *Ibid.*, p. 10.

²⁵⁶⁹ AN, Rapport d'information fait au nom de la mission d'information sur la révision des lois de bioéthique, Rapporteur M. Jean LÉONETTI, n° 2235, Enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 20 janvier 2010, Tome 1, p. 180.

²⁵⁷⁰ *Ibid.*, Tome 2, p. 880.

²⁵⁷¹ *Ibid.*, p. 879.

²⁵⁷² Voir *infra* § 379 et s.

B. L'affaiblissement de l'encadrement des pratiques, mis en exergue par les déplacements transfrontaliers

363. Si les interdictions posées par les lois nationales donnent lieu à des contournements, il en va de même dès lors que des restrictions sont posées par la loi. Ces restrictions produisent un double effet. D'une part, elles conduisent les individus qui en sont exclus à se rendre à l'étranger où ils pourront bénéficier de l'accès à une technique qui leur est refusée en France ou en Suisse (1). D'autre part, l'encadrement du don de gamètes lui-même aboutit à limiter le nombre de gamètes disponibles et pose par là même des restrictions de fait à l'accès aux techniques d'assistance médicale à la procréation (2). Ces restrictions constituent un vecteur d'explication du recours aux soins génésiques transfrontaliers auquel il convient d'ajouter la recherche de discrétion²⁵⁷³.

1. Le contournement des conditions légales encadrant les pratiques

364. Dans chacun des pays, le droit encadre l'accès à l'assistance médicale à la procréation en encadrant les conditions de sa réalisation. Le droit français et le droit suisse réglementent ainsi la différence de sexe et le statut du couple, l'âge, l'anonymat du donneur. Les restrictions légales constituent un facteur important d'explication du tourisme procréatif. Ainsi, selon une étude réalisée par l'ESHRE, 64,5 % des Français concernés par le tourisme procréatif voyageraient pour des raisons juridiques²⁵⁷⁴.

365. Différence de sexe et statut du couple – Les exigences relatives à la différence de sexe et au statut du couple conduisent les célibataires, les couples homosexuels et les concubins suisses à partir à l'étranger²⁵⁷⁵. Le même phénomène se retrouve en France, mais uniquement pour les personnes célibataires et les couples de même sexe dans la mesure où l'accès à l'assistance médicale à la procréation avec tiers donneur est autorisé pour les concubins. V. ROZÉE identifie deux principaux circuits. S'agissant des circuits du don de sperme, « *ils sont essentiellement empruntés par les couples de femmes et les femmes célibataires, et par certains couples hétérosexuels. Ces couples et femmes se tournent majoritairement vers l'Espagne et la Belgique, le choix du pays se faisant en fonction de son accessibilité géographique, financière et linguistique, de la qualité et de la rapidité de la prise en charge* »²⁵⁷⁶. Les tarifs sont plus accessibles en Belgique qu'en Espagne mais les délais de prise en charge sont plus longs²⁵⁷⁷. S'agissant des circuits du don d'ovocytes, les déplacements liés à la différence de sexe ou de statut ne concernent que trois cas sur les trente et un entretiens menés par la sociologue. Il s'agissait de « *deux femmes seules et [d'] un couple venu pour un double don* »²⁵⁷⁸.

²⁵⁷³ EMERY D.-M., MEGALO A., « Procréation médicalement assistée. Une question éthique, personnelle et... légale », *Courrier du médecin vaudois*, 2011, n° 8, p. 11.

²⁵⁷⁴ SHENFIELD F., DE MOUZON J., PENNINGS G., FERRARETTI A.-P., NYBOE ANDERSEN A., DE WERT G., GOOSSENS V. the ESHRE taskforce on cross border reproductive care, « Cross border reproductive care in six european countries », *Human reproduction*, 2010, Vol. 25, n° 6, p. 1363.

²⁵⁷⁵ EMERY D.-M., MEGALO A., « Procréation médicalement assistée. Une question éthique, personnelle et... légale », *Courrier du médecin vaudois*, 2011, n° 8, p. 11.

²⁵⁷⁶ ROZÉE V., « L'AMP sans frontière », *Bulletin épidémiologique hebdomadaire*, 14 juin 2011, n° 23-24, p. 272.

²⁵⁷⁷ ROZÉE V., « L'homomaternité issue de l'assistance médicale à la procréation en France : état des lieux d'un recours transnational », *Raison-publique.fr*, 15 mai 2012, Disponible sur : <http://www.raison-publique.fr/article531.html>, Consulté le 27 janvier 2014.

²⁵⁷⁸ ROZÉE V., « L'AMP sans frontière », *Bulletin épidémiologique hebdomadaire*, 14 juin 2011, n° 23-24, p. 272.

366. Limite d'âge – Le circuit du don d'ovocytes en provenance de la France concerne régulièrement le dépassement de la condition d'âge. Dans l'étude de V. ROZÉE, l'âge de la femme, supérieur à quarante-trois ans, était à la source du déplacement de treize couples sur trente et un entretiens réalisés en Grèce²⁵⁷⁹. Dans les faits, les femmes se trouvent cependant exclues du don en France dès quarante ans du fait des longs délais d'attente²⁵⁸⁰. Cette cause est aussi relevée en Suisse où elle concerne également les « *hommes d'un certain âge* »²⁵⁸¹.

367. Anonymat – L'anonymat est moins souvent mis en exergue comme facteur de tourisme procréatif. Il est intéressant de noter que cette condition de réalisation de l'assistance médicale à la procréation opère à double sens. D'une part, elle donne lieu à un déplacement des pays dans lesquels l'anonymat n'est pas garanti, vers les pays dans lesquels l'anonymat est garanti. Il en a été ainsi en Suède après la levée de l'anonymat. Il en est de même en Suisse où un certain nombre de couples suisses se rendent à l'étranger pour bénéficier d'un don anonyme²⁵⁸². D'autre part, certaines personnes originaires de pays dans lesquels l'anonymat est garanti se déplacent vers des pays laissant davantage de place à la connaissance de ses origines. De nombreux couples sont en phase avec le don anonyme mais il est possible d'observer que « *certain couples de femmes font le choix de partir aux Pays-Bas, au Danemark ou en Finlande pour bénéficier d'un don non-anonyme* »²⁵⁸³. L'expérience du centre de procréation médicalement assistée de Lausanne atteste également que les couples français, dont l'homme est stérile, se rendent en Suisse, « *convaincus que leur enfant devait avoir le choix de connaître l'identité du donneur de sperme* »²⁵⁸⁴. La Belgique semble également parfois être choisie pour cette raison ainsi que le souligne G. PENNING²⁵⁸⁵. D. MEHL relève également que « *le refus du don anonyme est partagé par une poignée de femmes à la source d'une (petite) migration procréative* »²⁵⁸⁶.

²⁵⁷⁹ *Ibid.*

²⁵⁸⁰ MEHL D., « Les exclus de l'assistance médicale à la procréation », *Raison-publique.fr*, Mardi 15 mai 2012, Disponible sur : <http://www.raison-publique.fr/article527.html>, Consulté le 26 janvier 2013.

²⁵⁸¹ EMERY D.-M., MEGALO A., « Procréation médicalement assistée. Une question éthique, personnelle et... légale », *Courrier du médecin vaudois*, 2011, n° 8, p. 11.

²⁵⁸² *Ibid.*

²⁵⁸³ ROZÉE V., « L'homomaternité issue de l'assistance médicale à la procréation en France : état des lieux d'un recours transnational », *Raison-publique.fr*, 15 mai 2012, Disponible sur : <http://www.raison-publique.fr/article531.html>, Consulté le 27 janvier 2014.

²⁵⁸⁴ EMERY D.-M., MEGALO A., « Procréation médicalement assistée. Une question éthique, personnelle et... légale », *Courrier du médecin vaudois*, 2011, n° 8, p. 11.

²⁵⁸⁵ PENNING G., « Reproductive tourism as moral pluralism in motion », *Journal of medical ethics*, 2002, Vol. 28, n° 6, p. 338 : « *Approximately 2700 oocyte pickups are performed in Belgium for foreign patients. The proportion is significantly higher when oocyte donation is considered : 60 % of all patients requesting oocyte donation are foreigners. In one large centre for reproductive medicine, more than half of the oocyte recipients come from abroad. About 10 % of these women come from France. These French patients come for two main reasons : (...) ii) because they do not accept the compulsory « personalised anonymity » which operates in France* ».

²⁵⁸⁶ MEHL D., « Les exclus de l'assistance médicale à la procréation », *Raison-publique.fr*, Mardi 15 mai 2012, Disponible sur : <http://www.raison-publique.fr/article527.html>, Consulté le 26 janvier 2013.

2. Le contournement de la pénurie due à l'encadrement des pratiques

368. Soins génésiques transfrontaliers dus à la pénurie française – Malgré l'autorisation du don d'ovocytes en France, les femmes se rendent également à l'étranger. En effet, il existe en France une véritable pénurie dans la mesure où le délai d'attente pour bénéficier d'une FIV avec don d'ovocytes varie de deux à cinq ans²⁵⁸⁷, alors que dans d'autres pays comme l'Espagne, il est de deux mois²⁵⁸⁸. Cela conduit un certain nombre de couples à se diriger vers l'étranger alors même qu'ils répondent aux conditions exigées par la loi française. Ainsi, en 2009, 80 à 85 % des prises en charge des couples français ayant recours à un don d'ovocytes ont été réalisées à l'étranger²⁵⁸⁹. La rapidité de la prise en charge constitue donc un des facteurs d'explication²⁵⁹⁰ important des circuits du tourisme procréatif du don d'ovocytes mais aussi du don de sperme²⁵⁹¹. Dès lors que le couple remplit les conditions d'accès à l'AMP en France, il peut, en outre, bénéficier d'une prise en charge par l'assurance maladie sur le fondement de la libre circulation. Selon une étude de F. MERLET, en 2008, l'assurance maladie a pris en charge environ 400 dons dans d'autres pays européens : 66% en Espagne, 14% en Belgique, 7% en Grèce et 5% en République tchèque²⁵⁹². En 2011, 902 dons de gamètes ont été pris en charge dont 786 en Espagne, 47 en Belgique, 44 en République tchèque et 18 en Grèce²⁵⁹³. Pour une FIV avec don d'ovocytes en Espagne, un couple peut être remboursé à hauteur de 1581 € sur un total de 5420 €²⁵⁹⁴. L'assurance maladie prend également en charge les conséquences en France des pratiques parfois plus agressives réalisées dans des cliniques étrangères. F. MERLET se réfère par exemple à « *la naissance de triplés chez une primipare de 59 ans, à la suite d'un don d'ovocytes réalisé au Vietnam (...) qui a occulté une autre réalité, le coma d'une femme de 46 ans, venant elle aussi de mettre au monde des triplés, grâce à un don d'ovocytes réalisé en Grèce* »²⁵⁹⁵.

La pénurie d'ovocytes est problématique. D'abord, parce qu'il en résulte une inégalité d'accès aux soins entre ceux qui auront suffisamment d'argent pour bénéficier de soins à l'étranger et ceux qui ne le pourront pas. De plus, le don à l'étranger est rémunéré, ce qui tend à cautionner ce que notre législation conçoit comme une instrumentalisation de la femme. Enfin, ce tourisme peut placer les couples « *à la merci*

²⁵⁸⁷ Voir annexe 8 : délais d'attente pour un don d'ovules en France.

²⁵⁸⁸ OPECST, *Rapport sur l'évaluation de l'application de la loi n°2004-800 du 6 août 2004 relative à la bioéthique*, Par MM. Alain CLAEYS et Jean-Sébastien VIALATTE, n° 1325, Enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 17 décembre 2008, p. 161.

²⁵⁸⁹ IGAS, *État des lieux et perspectives du don d'ovocytes en France*, Par MM. Pierre ABALLEA, Jérôme GUEDJ et Mme Anne BURSTIN, Tome II, Février 2011, p. 29.

²⁵⁹⁰ 12,1 % des personnes interrogées font état des difficultés d'accès en France : SHENFIELD F., DE MOUZON J., PENNING G., FERRARETTI A.-P., NYBOE ANDERSEN A., DE WERT G., GOOSSENS V. the ESHRE taskforce on cross border reproductive care, « Cross border reproductive care in six european countries », *Human reproduction*, 2010, Vol. 25, n° 6, p. 1364 et p. 1366.

²⁵⁹¹ ROZÉE V., « L'AMP sans frontière », *Bulletin épidémiologique hebdomadaire*, 14 juin 2011, n° 23-24, p. 270.

²⁵⁹² MERLET F., SÉNÉMAUD B., « Prise en charge du don d'ovocytes : réglementation du don : la face cachée du tourisme procréatif », *Gynécologie obstétrique et fertilité*, 2010, Vol. 38, n° 1, p. 38.

²⁵⁹³ CLAVREUL L., « Don d'ovocytes à l'étranger : le ministère de la santé s'inquiète des dérives », *Le Monde.fr*, 6 février 2013, Disponible sur : http://www.lemonde.fr/societe/article/2013/02/06/dons-d-ovocytes-a-l-etranger-le-ministere-de-la-sante-s-inquiete-de-derives_1827870_3224.html, Consulté le 27 janvier 2014.

²⁵⁹⁴ CHABAS F., « Couples cherchent ovocytes désespérément », *Le Monde.fr*, 11 janvier 2013, Mis à jour le 15 janvier 2013, Disponible sur : http://www.lemonde.fr/societe/article/2013/01/11/couples-cherchent-ovocytes-desesperement_1815367_3224.html, Consulté le 27 janvier 2014.

²⁵⁹⁵ MERLET F., SÉNÉMAUD B., « Prise en charge du don d'ovocytes : réglementation du don : la face cachée du tourisme procréatif », *Gynécologie, obstétrique et fertilité*, 2010, Vol. 38, n° 1, p. 41.

d'intermédiaires peu fiables»²⁵⁹⁶. Cette situation de pénurie est également dangereuse en dehors de tout tourisme procréatif. En effet, les centres sont contraints d'inciter les couples demandeurs à venir accompagnés d'une donneuse d'ovocytes (dont le don bénéficiera à un autre couple conformément au principe d'anonymat) en échange d'un délai d'attente écourté. Une telle pratique, même si elle ne tombe pas sous le coup de la loi pénale qui est d'interprétation stricte²⁵⁹⁷, semble contraire à son esprit²⁵⁹⁸. Elle aboutit à des discriminations en termes d'accès aux soins et conduit à des pressions ou à des arrangements financiers²⁵⁹⁹. La réduction des délais d'attente du fait d'un don relationnel a clairement été soulignée par l'IGAS²⁶⁰⁰. La situation est préoccupante, dans la mesure où le principe de non-patrimonialité censé protéger les donneuses est largement mis à mal. Malgré l'autorisation du don d'ovules, supposée permettre un contrôle de cette pratique sur notre territoire, la France est confrontée à des difficultés similaires à la Suisse.

Ces difficultés expliquent que la loi du 7 juillet 2011 a mis en place plusieurs mécanismes visant à remédier à la pénurie d'ovocytes. D'abord, elle renforce l'information en faveur des dons de gamètes²⁶⁰¹. Ensuite, elle prévoit la possibilité d'autoconservation des gamètes en faveur des donneurs²⁶⁰². Enfin, l'article L 1244-5 dispose désormais que « *la donneuse bénéficie d'une autorisation d'absence de son employeur pour se rendre aux examens et se soumettre aux interventions nécessaires à la stimulation ovarienne et au prélèvement ovocytaire* ». L'agence de la biomédecine a lancé une vaste campagne d'information en 2011²⁶⁰³. Quoi qu'il en soit, tant que la France ne sera pas en situation d'autosuffisance, le tourisme procréatif est amené à prospérer malgré l'autorisation du don d'ovocytes sur le territoire national.

369. La description du phénomène de tourisme procréatif auquel sont confrontés les deux droits montre que les modèles médicaux de l'AMP avec don de gamètes sont largement questionnés. En effet, dans d'autres pays, la PMA avec don de gamètes n'est qu'une technique médicale au service d'un projet parental d'un individu ou d'un couple.

Cette constatation ne doit pas conduire à s'aligner sur les législations les plus permissives, sans égard pour les spécificités nationales. Cela est d'autant plus vrai que l'ouverture de l'accès à une technique médicale ne garantit aucunement l'absence de déplacements transfrontaliers.

²⁵⁹⁶ AN, Rapport d'information fait au nom de la mission d'information sur la révision des lois de bioéthique, Rapporteur M. Jean LÉONETTI, n° 2235, Enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 20 janvier 2010, p. 91.

²⁵⁹⁷ En effet, l'article 511-13 CP dispose : « *Le fait de subordonner le bénéfice d'un don de gamètes à la désignation par le couple receveur d'une personne ayant volontairement accepté de procéder à un tel don en faveur d'un couple tiers en violation de l'article L 1244-7 du Code de la santé publique est puni de deux ans d'emprisonnement et de 30000 euros d'amende* ». Or, la pratique médicale n'aboutit pas à subordonner le bénéfice du don à la désignation d'une donneuse, mais se contente de raccourcir les délais d'attente.

²⁵⁹⁸ AN, Rapport d'information fait au nom de la mission d'information sur la révision des lois de bioéthique, Rapporteur M. Jean LÉONETTI, n° 2235, Enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 20 janvier 2010, pp. 98-99.

²⁵⁹⁹ « *Nous recevons des femmes qui sont les employées de celle qui a besoin d'ovocytes ou qui sont en tractation financières avec elle. Il existe réellement un phénomène de marchandisation et l'anonymat ne préserve absolument pas de cela* ». Propos tenus par Mme Ginette GUIBERT : AN, Rapport d'information fait au nom de la mission d'information sur la révision des lois de bioéthique, Rapporteur M. Jean LÉONETTI, n° 2235, Enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 20 janvier 2010, p. 99.

²⁶⁰⁰ Voir le tableau relatif aux délais d'attente en fonction de la présence ou de l'absence d'une donneuse : IGAS, *État des lieux et perspectives du don d'ovocytes en France*, Par MM. Pierre ABALLEA, Jérôme GUEDJ et Mme Anne BURSTIN, Tome II, Février 2011, p. 24, reproduit à l'annexe 8.

²⁶⁰¹ Art. L 1244-1-1 et L 1244-1-2 CSP.

²⁶⁰² Art. L 1244-2 CSP.

²⁶⁰³ Disponible sur : <http://www.dondovocytes.fr/2011/11/lagence-de-la-biomedecine-lance-une-nouvelle-campagne-grand-public-sur-le-don-de-gametes/>. Consulté le 27 janvier 2014.

Le constat du tourisme procréatif nous conduit, cependant, à recadrer le rôle du droit de la santé dans la construction du droit de la procréation. Ce rôle ne peut être que subsidiaire, les techniques médicales étant largement mises au service d'un modèle familial particulier à chacun des pays.

II. LA SPÉCIFICITÉ DES ENJEUX DU TOURISME PROCRÉATIF

370. La définition des soins génésiques transfrontaliers contient en elle-même l'idée de contournement de la loi nationale, dans l'objectif de bénéficier d'une loi plus souple. Se pose alors une double question, à savoir celle de l'intervention du droit face à une situation créée en contournement des interdictions posées et celle de la réception de la situation créée à l'étranger sur le territoire national. Dès 1991, F. DEKEUWER-DÉFOSSEZ relevait à propos de la maternité pour autrui que *« l'on répète à l'envi que ces pratiques sont illégales et susceptibles de sanctions civiles et pénales. Que l'on sache, jusqu'à présent, la seule réaction sociale a été la dissolution des associations les promouvant. Il n'a pas été fait état que les poursuites disciplinaires et pénales, possibles dans l'état actuel de la législation, aient été exercées contre ceux qui organisent ce véritable marché. Dans ce contexte, la prise d'une sanction qui atteint au premier chef l'enfant n'est pas exempte de relents d'injustice »*²⁶⁰⁴. Plus de vingt ans plus tard, force est de constater que les choses n'ont que peu évolué, ce qui témoigne des limites de l'effectivité des droits sanctionneurs et des difficultés tirées de l'intérêt de l'enfant. Or, ces deux problématiques, inhérentes au phénomène du tourisme procréatif, montrent clairement que l'acte médical procréatif est différent des autres actes médicaux. D'abord, sa particularité transparaît à travers l'étude de la répression pénale de ce phénomène qui montre une certaine réticence à sanctionner les parents ayant conçu un enfant à l'étranger (A). Ensuite, contrairement aux autres actes réalisés dans le cadre du tourisme médical, l'acte médical procréatif donne lieu à la naissance d'un enfant qui conduit les droits à s'interroger sur l'établissement d'un lien de filiation (B).

A. La spécificité révélée par le droit pénal : la faible volonté de poursuivre les couples

371. L'émergence d'un droit pénal de la bioéthique a fréquemment été soulignée par la doctrine²⁶⁰⁵. Le domaine de la procréation n'a pas échappé à ce phénomène d'incrimination. Toutefois, les deux droits ont adopté des positions théoriques opposées à l'égard de la pénalisation du comportement du couple (1). Cette opposition est toutefois limitée en pratique, ainsi que le montre la faible effectivité de l'arsenal pénal français (2).

²⁶⁰⁴ DEKEUWER-DÉFOSSEZ F., « Nullité de la convention par laquelle une femme s'engage à concevoir et à porter un enfant pour l'abandonner à sa naissance », *D.*, 1992, n° 7, Somm., p. 60.

²⁶⁰⁵ PROTHAIS A., « Un droit pénal pour les besoins de la bioéthique », *RSC*, 2000, n° 1, p. 39 ; DELOFFRE-VYE F., « Le droit pénal des lois de bioéthique : un droit pénal inhibiteur de la recherche scientifique ? », *RGDM*, 2001, n° 5, p. 91 ; GIUDICELLI A., « Le droit pénal de la bioéthique », *LPA*, 14 décembre 1994, n° 149, p. 79 ; PROTHAIS A., « Tribulations d'un pénaliste au royaume de l'éthique médicale », *JCP G*, 1999, n° 15, I, 129 ; LONGO A., « Le droit pénal entre autonomie et ouverture », in DUPRAT J.-P. (Dir.), *Jeux de normes dans la recherche biomédicale*, Paris, Publications de la Sorbonne, 2002, p. 57.

1. L'opposition théorique des deux pays face à la pénalisation du comportement du couple

372. L'étude du « *formant* » légal montre que les deux pays s'opposent lorsqu'il s'agit de sanctionner les couples qui recourent à une opération interdite sur le territoire national.

373. L'absence de sanction du couple en tant qu'auteur direct en droit suisse – Le droit pénal suisse est mobilisé tant en ce qui concerne l'interdiction du don d'ovocytes qu'en ce qui concerne l'interdiction de la maternité pour autrui. Néanmoins, il apparaît qu'il n'existe pas d'infraction visant spécifiquement les couples qui recourraient à des techniques prohibées en Suisse.

S'agissant de la maternité de substitution, elle est pénalement sanctionnée par l'article 31 LPMA qui punit d'une part « *quiconque applique une méthode de procréation médicalement assistée à une mère de substitution* » et d'autre part, « *quiconque sert d'intermédiaire à une maternité de substitution* ». Le message du Conseil fédéral précise que la mère de substitution n'est pas punissable à ce titre²⁶⁰⁶ et il semble possible de retenir le même raisonnement pour le couple commanditaire²⁶⁰⁷ qui n'« applique » pas une méthode de PMA. Néanmoins, si à la suite d'un recours à une PMA hors du territoire national une reconnaissance mensongère est effectuée, une sanction pénale pour faux pourrait être envisagée, sans préjudice de l'action en contestation de l'article 260 a CCS²⁶⁰⁸.

S'agissant du don d'ovocytes, l'article 37 c. LPMA dispose que « *sera puni de l'emprisonnement ou d'une amende de 100 000 F au plus quiconque, intentionnellement utilise des ovules provenant de dons, développe un embryon conçu à la fois au moyen d'un spermatozoïde provenant d'un don ou transfère à une femme des embryons provenant d'un don* ». Le terme « utilise » est relativement vague et l'on peut se demander s'il se réfère uniquement au médecin ou s'il désigne également le couple. Peut-on dire qu'une femme qui se fait implanter un embryon issu d'une FIV à la suite d'un don d'ovocytes utilise l'ovule ? Cela n'est pas certain. Selon O. GUILLOD, « *la lecture d'ensemble des dispositions pénales de la LPMA, de même que celles du message - où un lien est fait entre sanctions pénales et administratives, qui ne peuvent frapper que le détenteur d'une autorisation - montrent (...) que le législateur entendait sanctionner pénalement les personnes qui pratiquaient des procédés interdits de PMA et non les couples qui y avaient recours* »²⁶⁰⁹. De plus, le fait que la phrase édicte trois interdictions dont les deux dernières sont manifestement applicables au praticien uniquement plaide en ce sens²⁶¹⁰, et ce d'autant plus que le droit

²⁶⁰⁶ Message relatif à l'initiative populaire « pour la protection de l'être humain contre les techniques de reproduction artificielle (initiative pour une procréation respectant la dignité humaine, PPD) » et à la loi fédérale sur la procréation médicalement assistée (LPMA), 26 juin 1996, FF 1996 III 273.

²⁶⁰⁷ GRANET F., « L'application en matière d'état civil des principes posés par la Convention européenne des droits de l'homme », *RTD eur.*, 1997, n° 3, p. 663 ; CONSEIL FÉDÉRAL, Rapport sur la maternité de substitution, Rapport du Conseil fédéral du 29 novembre 2013 en exécution du postulat 12.3917 du 28 septembre 2012, pp. 21.

²⁶⁰⁸ MONTINI M., « La fraude en matière d'état civil », Séminaire de perfectionnement DFAE-DFJP, Giswil, 6-8 septembre 2000, Disponible sur : <https://www.bj.admin.ch/content/dam/data/gesellschaft/eazw/dokumentation/referate/ref20000906-fraude.pdf>, Consulté le 15 janvier 2014.

²⁶⁰⁹ GUILLOD O., HELLE N., « La loi sur la procréation médicalement assistée : un tigre de papier ? », in *Privatrecht in Spannungsfeld zwischen gesellschaftlichem Wandel und ethischer Verantwortung*, Berne, Stämpfli, 2002, p. 696.

²⁶¹⁰ *Ibid.*

pénal est d'interprétation stricte. Toutefois, il semble éventuellement possible de qualifier le couple d'instigateur au sens de l'article 24 du Code pénal suisse. L'instigateur peut être défini comme « *quiconque a intentionnellement décidé autrui à commettre un crime ou un délit* »²⁶¹¹. Cette lecture permettrait d'assurer la répression du couple qui aurait décidé un médecin à commettre une des deux infractions précitées en lui appliquant la même peine qu'à l'auteur de l'infraction²⁶¹².

374. La variété des incriminations relatives au couple en droit français – Cet unique mode de sanction indirecte contraste avec le droit français qui prévoit plusieurs textes susceptibles d'appréhender le comportement du couple, notion encore peu présente en droit pénal²⁶¹³. Le don d'ovocytes étant autorisé en droit français, seul est incriminé le fait d'obtenir des gamètes contre paiement²⁶¹⁴.

Il s'agira donc essentiellement de se concentrer sur le recours à la gestation pour autrui²⁶¹⁵. Dans ce cadre, le comportement du couple peut être sanctionné directement sur un quadruple fondement. En premier lieu, il convient de mentionner la provocation à l'abandon d'enfants de l'article 227-12 al. 1²⁶¹⁶. Cet alinéa, créé par la loi du 23 janvier 1992²⁶¹⁷, se substitue à l'ancien article 353-1²⁶¹⁸. Sans revenir sur l'intégralité des éléments constitutifs²⁶¹⁹, il est possible de souligner que la formulation recouvre un vaste domaine qui permet de sanctionner le couple commanditaire. D'une part, la notion de parents doit être entendue au sens large²⁶²⁰. Elle inclut donc la gestatrice en cas de maternité de substitution. D'autre part, la provocation peut s'effectuer alternativement dans un but lucratif ou par don, promesse, menace ou abus d'autorité. Si le premier terme de l'alternative semble exclure le couple qui n'agit pas dans un but lucratif, le second terme permet en revanche d'appréhender tant le comportement du couple commanditaire²⁶²¹ que celui des proches²⁶²². La tentative n'est pas punissable²⁶²³, mais il n'est pas nécessaire que la provocation ait été suivie d'effets²⁶²⁴.

²⁶¹¹ Art. 24 CPS.

²⁶¹² Art. 24 CPS.

²⁶¹³ LEBLOIS-HAPPE J., « L'appréhension par le droit pénal de la solidarité au sein du couple », *AJ famille*, 2004, n° 1, p. 17.

²⁶¹⁴ Art. 511-9 CP.

²⁶¹⁵ Il s'agit du terme utilisé par le Code pénal mais il va de soi qu'il englobe à la fois la procréation et la gestation pour autrui, toutes deux interdites par l'article 16-7 du Code civil.

²⁶¹⁶ « *Le fait de provoquer soit dans un but lucratif, soit par don, promesse, menace ou abus d'autorité les parents ou l'un d'entre eux à abandonner un enfant né ou à naître est puni de six mois d'emprisonnement et de 7500 euros d'amende* ».

²⁶¹⁷ Loi n° 92-684 du 22 juillet 1992 portant réforme des dispositions du code pénal relatives à la répression des crimes et délits contre les personnes, *JORF*, 23 juillet 1992, p. 9875.

²⁶¹⁸ Article qui avait été créé par l'ordonnance du 23 janvier 1958 : « *Sera puni de dix jours à six mois d'emprisonnement et de 500 F à 20 000 F d'amende : 1° Quiconque aura, dans un esprit de lucre provoqué les parents ou l'un d'eux à abandonner leur enfant né ou à naître ; 2° Toute personne qui aura fait souscrire ou tenté de faire souscrire par les futurs parents ou l'un d'eux, un acte aux termes duquel ils s'engagent à abandonner l'enfant à naître, qui aura détenu un tel acte, en aura fait usage ou aura tenté d'en faire usage* ».

²⁶¹⁹ Pour des détails sur ces derniers, voir : LASSALLE J.-Y., *Répertoire de droit pénal et de procédure pénale* Dalloz, « Provocation », n° 84 et s. ; MURAT P. (Dir.), *Droit de la famille*, Paris, Dalloz action, Dalloz, 2013, n° 622.110 et s. ; BONFILS P., *Jurisclasser pénal code*, Fascicule 20, « Atteintes à la filiation », n° 6 et s.

²⁶²⁰ MURAT P. (Dir.), *Droit de la famille*, Paris, Dalloz action, Dalloz, 2013, n° 622.111 ; BONFILS P., *Jurisclasser pénal code*, Fascicule 20, « Atteintes à la filiation », n° 8 ; LASSALLE J.-Y., *Répertoire de droit pénal et de procédure pénale* Dalloz, « Provocation », n° 85.

²⁶²¹ *Ibid.*

²⁶²² BONFILS P., *Jurisclasser pénal code*, Fascicule 20, « Atteintes à la filiation », n° 9 ; LASSALLE J.-Y., *Répertoire de droit pénal et de procédure pénale* Dalloz, « Provocation », n° 85.

²⁶²³ Interprétation *a contrario* de l'article 227-12 al. 4.

²⁶²⁴ LASSALLE J.-Y., *Répertoire de droit pénal et de procédure pénale* Dalloz, « Provocation », n° 86.

En second lieu, il est possible de poursuivre le couple commanditaire pour les faits de simulation et/ou dissimulation ayant entraîné une atteinte à l'état civil de l'enfant, actuellement réprimés par l'article 227-13 du Code pénal. Cet article correspond à l'ancien article 345 qui punissait la supposition d'enfant, la jurisprudence considérant que la simulation et la dissimulation constituent les deux aspects de l'ancienne supposition d'enfant²⁶²⁵. La dissociation opérée permet désormais de poursuivre indépendamment chacun de ces faits²⁶²⁶. Ces infractions peuvent être utilisées en cas de recours à une maternité de substitution dans la mesure où la simulation est définie comme « *le fait pour une femme de faire croire qu'elle a été enceinte et qu'elle a accouché d'un enfant* »²⁶²⁷ et la dissimulation comme le fait de « *cacher une maternité et l'accouchement qui la suit* »²⁶²⁸. L'atteinte à l'état civil est exigée, mais à défaut la simple tentative pourrait être retenue²⁶²⁹ sur le fondement de l'alinéa 2 de cet article. Si le délit concerne en premier lieu la femme, l'homme du couple commanditaire pourra être considéré comme coauteur en fonction des circonstances²⁶³⁰. En ce qui concerne la fausse reconnaissance qui serait établie, cette fois-ci, par l'homme, il a pu être souligné que « *ces infractions n'ont jamais été retenues à l'encontre de l'auteur d'une fausse reconnaissance* »²⁶³¹. En effet, la Cour de cassation a retenu, dans un arrêt ancien que « *la reconnaissance mensongère d'un enfant naturel dans un acte d'état civil ne constitue pas en soi un faux-punissable, cette reconnaissance pouvant toujours (...) être contestée par son auteur lui-même* »²⁶³². Néanmoins, il semble qu'il faille distinguer les reconnaissances de complaisance et les reconnaissances frauduleuses²⁶³³, ces dernières étant susceptibles, aux termes de la circulaire du 28 octobre 2011, de faire l'objet de poursuites pour faux sur le fondement de l'article 441-1 du Code pénal²⁶³⁴. La Cour de cassation ayant retenu le caractère frauduleux de la reconnaissance paternelle conforme à la vérité biologique en cas de recours à une maternité de substitution à l'étranger dans un des arrêts du 13 septembre 2013²⁶³⁵, les poursuites pour faux ne sont pas à exclure à l'encontre d'un homme qui recourrait à la gestation pour autrui.

²⁶²⁵ Cass. crim., 12 janvier 2000, n° 99-82.905 : *Bull. crim.*, 2000, n° 21 ; *D.*, 2001, 2791, Note POMART C. ; *Dr. pénal*, 2000, Comm. 84, VERON M. L'arrêt reprend les dispositions de la circulaire du 14 mai 1993 présentant les dispositions du nouveau Code pénal et de la loi n° 92-1336 du 16 décembre 1992 relative à son entrée en vigueur.

²⁶²⁶ GOUTTENOIRE A., *Répertoire de droit pénal et de procédure pénale* Dalloz, « Enfance », n° 28 ; POMART C., « Délits de simulation et de dissimulation d'enfant : conflit de lois pénales dans le temps », *D.*, 2001, n° 34, p. 2791. Selon cet auteur, une doctrine minoritaire considérait, à l'époque que cela était déjà possible sous l'empire de la loi ancienne : PRADEL J., DANTI-JUAN M., *Droit pénal spécial*, Paris, Cujas, 1995, p. 410.

²⁶²⁷ BONFILS P., *Jurisclasser pénal code*, Fascicule 20, « Atteintes à la filiation », n° 41.

²⁶²⁸ *Ibid.*, n° 42.

²⁶²⁹ *Ibid.*, n° 38.

²⁶³⁰ GRANET F., « La possession d'état de dix ans n'éteint l'action en contestation de la reconnaissance qu'autant qu'elle sera entièrement accomplie après l'entrée en vigueur de la loi du 3 janvier 1972 », *D.*, 1997, n° 20, p. 157.

²⁶³¹ *Lamy droit des personnes et de la famille*, n° 410-33.

²⁶³² Cass. crim., 8 mars 1988, n° 87-92108 : *JCP G*, 1989, II, 21162, JEANDIDIER W.

²⁶³³ *Lamy droit des personnes et de la famille*, n° 410-33.

²⁶³⁴ Circulaire du 28 octobre 2011 relative aux règles particulières à divers actes de l'état civil relatifs à la naissance et à la filiation, NOR : JUSC1119808C, BOMJL, 30 novembre 2011, n° 2011-11, n° 264 à 266 pour l'exposé de la distinction et n° 266 pour la sanction pénale de la reconnaissance frauduleuse.

²⁶³⁵ Cass. civ. 1^{re}, 13 septembre 2013, n° 12-18.315 : *Dalloz actualité*, 17 septembre 2013, GALLMEISTER I. ; *AJ famille*, 2013, 579, Note CHÉNÉDÉ F. ; *RTD civ.*, 2013, 816, Obs. HAUSER J. ; *AJ famille*, 2013, 600 ; *AJCT*, 2013, 517, Note MESA R. ; *D.*, 2013, 2377, PETIT C. ; *D.*, 2013, 2384, Note FABRE-MAGNAN M. ; *D.*, 2013, 2349, Note FULCHIRON H. ; *JCP G*, 23 septembre 2013, n° 39, 985, Note MIRKOVIC A. ; *LPA*, 1^{er} octobre 2013, 7, Note LEGRAND V. ; *RJPF*, 2013-10/11, Obs. CORPART I. ; *RJPF*, 2013-10/8, Note DREIFUSS-NETTER F. ; *RJPF*, 2013-11/5, Note LE BOURSICOT M.-C. ; *RLDC*, 2013, n° 109, 41, Note BRUNETTI-PONS C. : « Mais attendu que l'action en contestation de paternité exercée par le ministère public pour fraude à la loi, fondée sur l'article 336 du Code civil, n'est pas soumise à la preuve que l'auteur de la reconnaissance n'est pas le père au sens de l'article 332 du même Code ».

En troisième lieu, le couple pourrait être poursuivi, selon les circonstances, pour insémination par sperme frais, punie de deux ans d'emprisonnement et 30 000 euros d'amende par l'article 511-12 du Code pénal.

En dernier lieu, le comportement du couple pourrait être appréhendé, de manière plus indirecte, pour complicité à l'entremise en vue de la GPA. Ce délit, issu de la loi relative au respect du corps humain²⁶³⁶, a eu pour objectif d'incriminer « *le fait de s'entremettre entre une personne ou un couple désireux d'accueillir un enfant et une femme acceptant de porter en elle cet enfant* »²⁶³⁷. Antérieurement, seule l'hypothèse de l'entremise en vue de l'adoption était prévue, si bien que les poursuites n'étaient possibles qu'en présence d'un projet d'adoption consécutif à la maternité pour autrui²⁶³⁸. *A priori*, ce délit ne semble pas concerner le couple commanditaire. Cette idée est d'ailleurs confirmée par les travaux parlementaires ayant précédé l'adoption de cette loi, au cours desquels il a été précisé que « *le projet de loi ne prévoit de sanction ni à l'encontre des mères porteuses ni à celle des parents souhaitant avoir un enfant dans de telles conditions, compte tenu de la détresse financière ou morale qui les pousse à recourir à de telles pratiques* »²⁶³⁹. Toutefois, certains auteurs considèrent que le comportement du couple et de la gestatrice pourrait être appréhendé par le truchement de la complicité²⁶⁴⁰. S'il semble difficile de retenir que le couple aurait ici facilité la préparation ou la consommation du délit par aide ou assistance au sens de l'alinéa premier de l'article 121-7 du Code pénal, il ne semble pas impossible de retenir qu'il a provoqué à l'infraction ou donné des instructions pour la commettre par don, promesse ou ordre au sens de l'alinéa 2. Ce second alinéa semble d'ailleurs se rapprocher des faits constitutifs d'une instigation en droit suisse.

Il apparaît donc qu'en France le couple commanditaire est susceptible d'engager sa responsabilité pénale sur de nombreux fondements. Ces fondements sont de prime abord inexistant en droit suisse, mais l'instigation pourrait tout de même permettre de sanctionner le couple. Cette divergence théorique quant au traitement pénal du couple étant constatée, il est désormais possible de mesurer l'effectivité des règles de droit pénal et de s'interroger sur leur capacité à endiguer le phénomène du tourisme procréatif.

²⁶³⁶ Loi n° 94-653 du 29 juillet 1994 relative au respect du corps humain, *JORF*, 30 juillet 1994, p. 11056.

²⁶³⁷ Art. 227-12 al. 3 CP.

²⁶³⁸ BYK C., « La loi relative au respect du corps humain », *JCP G*, 1994, n° 39, I 3788.

²⁶³⁹ AN, Rapport au nom de la commission spéciale sur les projets de loi : (n° 2599) relatif au corps humain et modifiant le Code civil ; (n° 2600) relatif au don et à l'utilisation des éléments et produits du corps humain et à la procréation médicalement assistée, et modifiant le Code de la santé publique ; (n° 2601) relatif au traitement de données nominatives ayant pour fin la recherche en vue de la protection ou l'amélioration de la santé et modifiant la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés, Rapporteur M. Bernard BIOULAC, n° 2871, Tome I, Enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 30 juin 1992, p. 18. Dans ce sens également : DEPADT-SEBAG V., « Non-lieu dans une affaire de maternité pour autrui », *D.*, 2005, n° 7, p. 476 ; BOURRAT-GUEGUEN A., « La mère porteuse ne peut pas se voir retirer l'autorité parentale en l'absence de danger pour l'enfant », *JCP G*, 2004, n° 16, II, 10058 ; MARTIN G. J., RACINE J.-B., *Jurisclasser civil code*, Fascicule 10, « Contrats et obligations. – Objet du contrat », n° 58.

²⁶⁴⁰ MURAT P. (Dir.), *Droit de la famille*, Paris, Dalloz action, Dalloz, 2013, n° 622.120 ; BONFILS P., *Jurisclasser pénal code*, Fascicule 20, « Atteintes à la filiation », n° 9 ; BYK C., « La loi relative au respect du corps humain », *JCP G*, 1994, n° 39, I, 3788 ; BOURRAT-GUEGUEN, « La mère porteuse ne peut pas se voir retirer l'autorité parentale en l'absence de danger pour l'enfant », *JCP G*, 2004, n° 16, II, 10058.

2. La convergence des pratiques franco-suisse : la faible effectivité de l'arsenal pénal français

375. Le droit pénal français, permettant de saisir les contournements des interdictions nationales, étant très développé et la réalité du tourisme procréatif étant établie, une jurisprudence pénale relativement abondante devrait en découler. Après l'adoption des lois « bioéthiques » de 1994, un auteur avait ainsi souligné qu'« *il [serait] intéressant de voir dans les cinq ans, puisque le bilan de ces lois doit être fait à l'expiration de ce délai, combien de poursuites [auraient] été engagées et combien de condamnations prononcées* »²⁶⁴¹. Or, l'étude du « *formant* » jurisprudentiel montre que les résultats s'avèrent peu probants. La mesure de l'effectivité du droit pénal passe par l'étude de la répression des faits commis en intégralité sur le territoire national et des faits pour lesquels il existe un élément d'extranéité. Bien que nos développements soient, en principe, centrés sur le tourisme procréatif, la sanction des actes réalisés à l'étranger ne peut se comprendre qu'à la lumière de la réaction pénale à l'égard des faits commis en intégralité sur le territoire national.

376. La faiblesse de la répression des faits commis en intégralité sur le territoire national par les couples et la gestatrice – Il n'existe pas, à notre connaissance, de jurisprudence cantonale faisant état de poursuites pour non-respect des dispositions pénales de la LPMA en Suisse²⁶⁴².

Quant au droit français, la jurisprudence était relativement pauvre jusqu'à une date récente. En effet, si les infractions mentionnées plus haut étaient mobilisées, elles ne concernaient pas directement des hypothèses de gestation pour autrui²⁶⁴³. On observe néanmoins un sursaut, dont on peut se demander s'il est en lien avec l'adoption de la loi ouvrant le mariage aux couples de même sexe au cours de l'année 2013, puisque plusieurs affaires pénales ont été portées en justice.

Dans un jugement récent, le tribunal correctionnel de Saint-Brieuc a condamné à la fois une mère porteuse et le couple qui lui avait commandé un enfant. Ce couple s'était mis en relation, par internet, avec une femme proposant de concevoir un enfant pour le compte d'autrui. Cette dernière avait donc été inséminée artisanalement dans un hôtel. Il avait été convenu que cette femme devait être présentée comme la maîtresse du mari lors d'une procédure en divorce mise en œuvre fictivement par le couple. Elle devait ensuite accoucher sous X. Toutefois, le scénario n'est pas suivi par la gestatrice qui rompt tout contact avec le couple et procède à une reconnaissance prénatale. Ce n'est que lorsque le couple s'en prend à elle que ce scénario est découvert par la police. L'ensemble des protagonistes est alors poursuivi. Le tribunal correctionnel de Saint-Brieuc condamne la mère de substitution à une amende de 5000 euros, dont 4000 euros avec sursis pour insémination artificielle par sperme frais, chaque membre du couple commanditaire étant condamné à une amende de 5000 euros pour complicité de ces mêmes faits. L'enfant

²⁶⁴¹ RAYMOND G., « L'assistance médicale à la procréation (Après la promulgation des « lois bioéthiques »), *JCP G*, 1994, n° 43, I, 3796, p. 454.

²⁶⁴² Dans ce sens : JUNOD V., « La procréation médicalement assistée », in LA HARPE R., UMMEL M., DUMOULIN J.-F., *Droit de la santé et médecine légale*, Chêne-Bourg, Médecine et hygiène, 2014, p. 424.

²⁶⁴³ Cass. crim., 23 juin 2004, n° 03-82.371 : *D.*, 2005, 1399, Note ROYO M. ; *AJ pénal*, 2004, 366, Note COSTE J. ; *RSC*, 2004, 883, Note MAYAUD Y. ; *RSC*, 2004, 897, Note COMMARET N. ; *Dr. pénal*, 2004, 143, Note VERON M. Dans cette même affaire en appel : CA Riom, 12 mars 2003 : *Jurisdata* n° 2003-207652 ; *Dr. fam.*, 2004, Comm. 11, CASTELLA C.

a été confié au père biologique²⁶⁴⁴. Cette affaire appelle quelques remarques. Il est possible de relever que seule l'insémination par sperme frais est visée alors même que d'autres fondements, relatifs à l'atteinte à la filiation de l'enfant auraient pu être envisagés. En outre, elle montre clairement que des montages tendent à dissimuler les faits. Les difficultés de poursuites sont réelles et concrètement, il semble que ce n'est qu'en cas de dysfonctionnement, comme ce fut le cas en l'espèce, que les faits pourront être découverts. L'existence de l'accouchement sous X simplifie l'opération. Par ailleurs, même si l'on peut convenir que l'existence d'une condamnation pénale est importante par son caractère symbolique, le jugement apparaît relativement clément pour les principaux acteurs lorsqu'on le compare d'une part, avec la fermeté dont fait preuve la Cour de cassation lorsqu'il s'agit d'établir la filiation d'enfants conçus à l'étranger²⁶⁴⁵ et d'autre part, avec la peine maximale envisagée par le Code pénal de deux ans d'emprisonnement et 30 000 euros d'amende. On peut penser, avec G. RAYMOND, que le prononcé du maximum de la sanction « *serait le seul moyen efficace pour faire disparaître les pratiques répréhensibles* »²⁶⁴⁶. Enfin, force est de constater que l'enfant a été confié au père biologique alors même que la mère souhaitait le garder ce qui, dans les faits, revient à rendre effective l'opération planifiée par le couple commanditaire.

Une affaire de vente d'enfants, pour une somme de 15 000 € à un couple en Seine et Marne, a également défrayé la chronique. La mère et sa propre mère ont respectivement été poursuivies pour délaissement de mineur et provocation à l'abandon d'enfant. Le couple d'acheteurs recherché se serait présenté spontanément à la police et l'enfant aurait ensuite été placé²⁶⁴⁷.

Enfin, une troisième affaire mérite d'être mentionnée. Elle concerne une femme, dans une situation financière difficile, soupçonnée d'avoir vendu certains de ses enfants. Un premier bébé aurait été cédé sans contrepartie, puis un second avec contrepartie. L'affaire a par la suite été découverte. En effet, la mère serait convenue avec un couple homosexuel rencontré sur internet de lui remettre son enfant, conçu avec le sperme d'un des membres du couple, en échange de 15 000 €. Elle aurait toutefois également promis l'enfant à un autre couple hétérosexuel. Après l'accouchement en présence du second couple, elle aurait annoncé au premier couple que l'enfant était mort-né. C'est dans ces conditions que la justice aurait été alertée. La mère de substitution aurait été mise en examen et placée en détention provisoire. Une information judiciaire aurait été ouverte pour escroquerie et provocation à l'abandon d'enfants. L'enfant aurait été laissé chez le second couple. Bien que les faits exacts ne soient pas directement accessibles, il est intéressant de constater que l'enfant est confié au couple qui l'a acheté, alors même qu'il est

²⁶⁴⁴ Le résumé des faits est tiré de : « GPA : condamnation d'une mère porteuse et de ses clients », *RLDC*, Septembre 2013, n° 107, p. 49 ; AFP, « Condamnation d'un couple et d'une mère porteuse à Saint-Brieuc », *Libération.fr*, 4 juillet 2013, Disponible sur : http://www.liberation.fr/societe/2013/07/04/condamnation-d-un-couple-et-d-une-mere-porteuse-a-saint-brieuc_915931, Consulté le 16 février 2014 ; V. D., « Saint-Brieuc : un couple et une mère porteuse condamnés », *bfmtv*, 5 juillet 2013, Disponible sur : <http://www.bfmtv.com/societe/saint-brieuc-un-couple-une-mere-porteuse-condamnes-553080.html>, Consulté le 16 février 2014.

²⁶⁴⁵ Voir *infra* § 386.

²⁶⁴⁶ RAYMOND G., « L'assistance médicale à la procréation (Après la promulgation des « lois bioéthiques »), *JCP G*, 1994, n° 43, I, 3796, p. 454.

²⁶⁴⁷ Informations tirées de : « Un autre cas exemplaire en Seine-et-Marne », *Lanouvellepresse.fr*, 21 juin 2013, Disponible sur : <http://www.lanouvellepresse.fr/France-Monde/Actualite/Faits-divers-justice/n/Contenus/Articles/2013/06/21/Un-autre-cas-exemplaire-en-Seine-et-Marne-1519108>, Consulté le 16 février 2014 ; SIPA MEDIA AVEC AFP, « Un bébé vendu en Seine-et-Marne recherché », *Bfmtv.fr*, 20 juin 2014, Disponible sur : <http://www.bfmtv.com/societe/un-bebe-vendu-recherche-541938.html>, Consulté le 16 février 2014.

biologiquement lié à la mère porteuse et à l'homme du premier couple²⁶⁴⁸. Cette affaire, tout comme la première, témoigne des difficultés de poursuites lorsque l'opération est acceptée par toutes les parties. La problématique de la preuve est centrale²⁶⁴⁹ et il semble alors intéressant que la Cour de cassation qualifie de clandestines par nature certaines infractions susceptibles de sanctionner la gestation pour autrui²⁶⁵⁰. Elle montre par ailleurs l'importance d'internet dans la mise en relation des différents protagonistes. Il serait intéressant d'avoir des précisions sur les suites civiles et pénales données à cette affaire. La portée des peines prononcées permettra de mesurer l'effectivité de la sanction pénale. Il en va, à notre sens, de la crédibilité du droit pénal et de l'efficacité de la prohibition de la gestation pour autrui.

L'ensemble des développements réalisés met en exergue l'efficacité somme toute limitée du droit pénal pour saisir les faits qui se sont intégralement déroulés en France. Si des sanctions ont été prononcées en France à l'égard des couples, le *quantum* de la peine n'est pas dissuasif et la question de la filiation reste posée. Cette difficulté est encore plus prégnante lorsque les faits présentent un élément d'extranéité.

377. La sanction pénale dans les hypothèses de tourisme procréatif – Le droit suisse se montre moins apte que le droit français à saisir le comportement des couples. Afin de pouvoir comprendre cette divergence et de mesurer la capacité du droit pénal à se saisir des hypothèses de tourisme procréatif, un rappel des principes en matière d'application de la loi pénale dans l'espace s'impose. En effet, les divergences entre les deux droits s'expliquent en partie par une conception différente de l'application de la loi dans l'espace, qui est particulièrement marquée sur trois points.

D'abord, bien que les deux pays posent le principe de la territorialité des lois, ils ne lui donnent pas une portée similaire. Il apparaît qu'*« en droit français, la notion de territoire est beaucoup plus vaste que celle retenue en droit suisse »*²⁶⁵¹. En France, la territorialité des lois résulte de l'article 113-2 du Code pénal aux termes duquel *« la loi française est applicable aux infractions commises sur le territoire de la République »*. Toutefois, le principe de territorialité fait l'objet d'une extension qui résulte à la fois de la loi et de la jurisprudence. L'article 113-2 alinéa 2 dispose que *« l'infraction est réputée commise sur le territoire de la République dès lors qu'un de ses faits constitutifs a eu lieu sur ce territoire »*. Il en résulte qu'une infraction peut relever de la loi française alors même qu'elle n'a été commise que partiellement sur le territoire français, étant précisé que le droit français

²⁶⁴⁸ Pour établir le résumé de cette seconde affaire ont été consultés : OGER L., DOMENICI R., « Une mère porteuse soupçonnée d'escroquerie », *Lanouvelletépublique.fr*, 21 juillet 2013, Disponible sur : <http://www.lanouvelletépublique.fr/Loir-et-Cher/Actualite/Faits-divers-justice/n/Contenus/Articles/2013/06/21/Une-mere-porteuse-soupconnee-d-escroquerie-1519063>, Consulté le 16 février 2014 ; « Le terrifiant passé de la mère porteuse », *Leparisien.fr*, 4 juillet 2013, Disponible sur : <http://www.leparisien.fr/espace-premium/actu/le-terrifiant-passe-de-la-mere-porteuse-04-07-2013-2952499.php>, Consulté le 16 février 2014 ; « Mère porteuse soupçonnée d'escroquerie », *Lefigaro.fr*, 21 juin 2013, Disponible sur : <http://www.lefigaro.fr/flash-actu/2013/06/21/97001-20130621FILWWW00764-mere-porteuse-soupconnee-d-escroquerie.php>, Consulté le 16 février 2014 ; « Une mère porteuse soupçonnée d'escroquerie envers un couple d'homosexuels », *Lexpress.fr*, 22 juin 2006, Disponible sur : http://www.lexpress.fr/actualite/societe/une-mere-porteuse-soupconnee-d-escroquerie-envers-un-couple-d-homosexuels_1259885.html, Consulté le 16 février 2014.

²⁶⁴⁹ RAYMOND G., « L'assistance médicale à la procréation (Après la promulgation des « lois bioéthiques »), *JCP G*, 1994, n° 43, I, 3796, p. 454.

²⁶⁵⁰ Cass. crim., 23 juin 2004, n° 03-82.371 : D., 2005, 1399, Note ROYO M. ; *AJ pénal*, 2004, 366, Note COSTE J. ; RJC, 2004, 883, Note MAYAUD Y. ; RJC, 2004, 897, Note COMMARET N. ; *Dr. pénal*, 2004, 143, Note VERON M.

²⁶⁵¹ MOREILLON L., « Droit du vivant et principe de la territorialité : Où allons-nous ? », in MOREILLON L., KUHN A. *et al.*, *Aspects pénaux du droit du vivant*, Bruxelles, Collection latine, Bruylant, 2004, p. 338.

applique la théorie de l'ubiquité²⁶⁵². La notion de « faits constitutifs », qui remplace celle d'« actes caractérisant un des éléments constitutifs de l'infraction », contenue dans l'article 693 de l'ancien Code de procédure pénale, ne conduit pas à faire évoluer la notion qui a toujours été entendue de manière large par la Cour de cassation²⁶⁵³. Logiquement, la compétence de la loi pénale française a pu être retenue pour des infractions complexes, des infractions d'habitude et des infractions continues²⁶⁵⁴ ; mais de manière opportuniste, la jurisprudence a parfois appliqué le même raisonnement pour des infractions simples et instantanées²⁶⁵⁵. Elle a également fait jouer aux conditions préalables et aux actes préparatoires un rôle attributif de compétence²⁶⁵⁶. Au-delà de cette extension par assimilation, la jurisprudence a étendu le principe de territorialité en appliquant la loi française à des infractions totalement commises à l'étranger, mais présentant un lien d'indivisibilité avec des infractions commises en France²⁶⁵⁷. La doctrine se montre très critique sur cette extension, reprochant à la jurisprudence de parfois confondre indivisibilité et connexité²⁶⁵⁸.

Cette vision extensive semble moins prégnante en droit suisse. Selon l'article 3 du CPS, le droit pénal fédéral est applicable à quiconque commet un crime ou un délit en suisse. L'article 8 prévoit quant à lui que les crimes et délits sont réputés commis tant au lieu où l'auteur a agi ou aurait dû agir qu'au lieu où le résultat s'est produit. Si dans un premier temps le Tribunal fédéral avait eu une interprétation extensive, il est par la suite revenu sur cette jurisprudence en considérant que « *le résultat désigne une modification du monde extérieur, imputable à l'auteur et faisant partie des éléments constitutifs de l'infraction* »²⁶⁵⁹. Hors hypothèses particulières²⁶⁶⁰, lorsqu'un crime ou un délit est commis à l'étranger, le Code pénal suisse ne peut s'appliquer que si trois conditions sont réunies. L'acte doit être également réprimé dans l'État dans lequel il a été commis ou le lieu de commission de l'acte ne doit relever d'aucune juridiction pénale, l'auteur doit se trouver en Suisse ou être remis à la Suisse en raison de cet acte et enfin, l'acte doit pouvoir donner lieu à extradition mais l'auteur ne doit pas avoir été extradé²⁶⁶¹.

Cette divergence quant à la portée du principe de territorialité se retrouve également lorsqu'il s'agit de sanctionner la complicité des infractions, le droit français se montrant beaucoup plus souple que le droit suisse²⁶⁶². La loi française est applicable non seulement aux actes de complicité à l'étranger lorsque l'infraction principale est commise en France, mais aussi à la complicité en France d'une infraction commise à l'étranger²⁶⁶³. Cette seconde hypothèse est expressément prévue par l'article 113-5 du CP. Elle

²⁶⁵² DREYER E., *Droit pénal général*, Paris, Manuel, Lexis-Nexis, 2012, pp. 1135-1136.

²⁶⁵³ DESPORTES F., LE GUNEHEC F., *Droit pénal général*, Paris, Corpus droit privé, Economica, 2009, p. 354.

²⁶⁵⁴ *Ibid.*, pp. 356-357.

²⁶⁵⁵ HUET A., KOERING-JOULIN R., *Jurisclasser procédure pénale*, Fascicule 20, « Compétence des tribunaux répressifs français et de la loi pénale française – Introduction générale. – Infractions commises en France, n° 58 et s.

²⁶⁵⁶ DREYER E., *Droit pénal général*, Paris, Manuel, Lexis-Nexis, 2012, pp. 1138-1139 ; PRADEL J., *Droit pénal général*, Paris, Référence, Cujas, 2012, pp. 184-185.

²⁶⁵⁷ MAYAUD Y., *Droit pénal général*, Paris, Droit fondamental pénal, PUF, 2013, pp. 107-108.

²⁶⁵⁸ DREYER E., *Droit pénal général*, Paris, Manuel, Lexis-Nexis, 2012, pp. 1143.

²⁶⁵⁹ ATF 109 IV, 1, 3, Consid. 3 b et ATF 105 IV 326, cités par GUILLOD O., HELLE N., « La loi sur la procréation médicalement assistée : un tigre de papier ? », in *Privatrecht in Spannungsfeld zwischen gesellschaftlichem Wandel und ethischer Verantwortung*, Berne, Stämpfli, 2002, p. 701.

²⁶⁶⁰ Art. 4, 5 et 6 CPS.

²⁶⁶¹ Art. 7 CPS.

²⁶⁶² MOREILLON L., « Droit du vivant et principe de la territorialité : Où allons-nous ? », in MOREILLON L., KUHN A. *et al.*, *Aspects pénaux du droit du vivant*, Bruxelles, Collection latine, Bruylant, 2004, p. 341.

²⁶⁶³ RENOULT H., *Droit pénal général*, Bruxelles, Paradigme, Larcier, 2012, p. 82.

nécessite que la personne soit complice d'un crime ou d'un délit punis à la fois par la loi française et la loi étrangère et constatés par une décision définitive de la juridiction étrangère. Le droit suisse applique quant à lui le principe de l'accessorité, si bien que la participation en Suisse à une infraction principale commise à l'étranger est considérée comme commise à l'étranger²⁶⁶⁴.

Enfin, il convient de relever que quand bien même l'infraction est commise à l'étranger, la loi nationale peut être compétente sur le fondement de la personnalité active, de la personnalité passive, de la compétence réelle ou de la compétence universelle²⁶⁶⁵. La compétence personnelle active résulte de l'article 113-6 du Code pénal français. La loi française s'applique d'une part, aux crimes commis à l'étranger par un Français et d'autre part, aux délits sous réserve de la double incrimination et du respect des dispositions de l'article 113-8²⁶⁶⁶. L'article 113-9²⁶⁶⁷ doit également être respecté. Il convient toutefois de relever que la condition de réciprocité est exclue pour certaines infractions²⁶⁶⁸. On peut notamment citer l'article 511-1-1 en matière de clonage reproductif s'appliquant à la fois aux Français et aux personnes résidant habituellement sur le territoire français et qui rend inapplicable la condition de double incrimination et de plainte préalable de la victime ou de dénonciation par l'autorité officielle du pays où les faits ont été commis. La loi française peut également s'appliquer sur le fondement de la personnalité passive de l'article 113-7 du Code pénal. L'infraction doit être un crime ou un délit puni d'emprisonnement et la victime doit être française au moment de l'infraction pour pouvoir justifier la compétence du droit français. Les articles 113-8 et 9 sont applicables. La règle de la nationalité est parfois assouplie pour certaines infractions particulières pour lesquelles il suffit que la victime réside habituellement en France²⁶⁶⁹. S'il n'est pas utile de développer la compétence réelle, il est en revanche nécessaire de signaler la potentielle application de la compétence universelle qui résulte notamment des énonciations d'une convention internationale lorsque le coupable a été trouvé en France²⁶⁷⁰.

Ces précisions étant apportées, intéressons-nous désormais à la répression d'actes réalisés par des nationaux, mais présentant un élément d'extranéité. Le droit français et le droit suisse peinent à appréhender le comportement des couples qui se rendraient à l'étranger pour y subir un acte interdit par le droit national. Le droit français se montre toutefois un peu moins désarmé que le droit suisse.

En Suisse, comme nous l'avons vu, il est peu probable que les articles 31 et 37 permettent d'englober le comportement du couple. Mais quand bien même ils le permettraient, le principe de territorialité des lois constitue un obstacle à la répression pénale. En effet, au vu de la jurisprudence du Tribunal fédéral, les actes doivent être considérés comme commis à l'étranger. Or, selon l'article 7 du

²⁶⁶⁴ Message concernant la modification du Code pénal suisse (dispositions générales, entrée en vigueur et application du Code pénal) et du Code pénal militaire ainsi qu'une loi fédérale régissant la condition pénale des mineurs, 21 septembre 1998, FF 1999 1799-1800. Pour la jurisprudence, voir notamment ATF 104 IV 77 = JT, 1980, IV, 34 ; ATF 108 Ib 301 = JT, 1983, IV, 119.

²⁶⁶⁵ RENOULT H., *Droit pénal général*, Bruxelles, Paradigme, Larcier, 2012, p. 82.

²⁶⁶⁶ « La poursuite des délits ne peut être exercée qu'à la requête du ministère public. Elle doit être précédée d'une plainte de la victime ou de ses ayants droit ou d'une dénonciation officielle par l'autorité du pays où le fait a été commis ».

²⁶⁶⁷ « Aucune poursuite ne peut être exercée contre une personne justifiant qu'elle a été jugée définitivement à l'étranger pour les mêmes faits et, en cas de condamnation, que la peine a été subie ou prescrite ».

²⁶⁶⁸ Pour une liste, voir : MAYAUD Y., *Droit pénal général*, Paris, Droit fondamental pénal, PUF, 2013, p. 115.

²⁶⁶⁹ MAYAUD Y., *Droit pénal général*, Paris, Droit fondamental pénal, PUF, 2013, p. 115.

²⁶⁷⁰ Pour une liste détaillée, voir : PRADEL J., *Droit pénal général*, Paris, Référence, Cujas, 2012, pp. 184-185.

Code pénal, la loi suisse n'est applicable que s'il existe une double incrimination, ce qui ne serait manifestement pas le cas dans une hypothèse de tourisme procréatif.

En droit français, le comportement du couple pourrait être appréhendé d'un triple point de vue. D'abord, il pourrait l'être sur le fondement d'une interprétation extensive de la notion de territoire national à laquelle la Cour de cassation a déjà procédé en matière d'infractions simples.

Ensuite, il pourrait l'être sur le fondement de la personnalité active ou encore, sur le fondement de la personnalité passive. Toutefois, la seule décision de justice disponible a refusé d'appliquer le droit français à un couple ayant procédé à une gestation pour autrui à l'étranger. Dans une ordonnance du 30 septembre 2004, le TGI de Créteil²⁶⁷¹ refuse de retenir les délits d'entremise en vue de la gestation pour le compte d'autrui²⁶⁷² et de simulation ayant entraîné une atteinte à l'état civil des enfants. S'agissant de la première infraction, il relève en effet que « *toutes les démarches entreprises par les époux M... l'ont été aux États-Unis où de tels faits ne sont pas constitutifs d'une infraction* ». L'acte ayant été commis hors du territoire de la République, seule la compétence tirée de la personnalité active aurait en effet pu permettre la répression. S'agissant de la simulation d'enfant, l'ordonnance prend soin de détailler l'ensemble des faits²⁶⁷³ pour conclure qu'ils n'ont pas été commis sur le territoire de la République. Elle en déduit que la répression est impossible à la fois sur le fondement de l'article 113-2 et sur celui de l'article 113-6 dans la mesure où la condition de double incrimination n'est pas remplie. Cette affaire inspire plusieurs remarques. D'abord, *a contrario*, il est possible d'en déduire que dans d'autres circonstances, le droit français aurait pu être appliqué, notamment si un des faits constitutifs avait eu lieu sur le territoire²⁶⁷⁴, telle une prise de contact avec la gestatrice. La jurisprudence a ainsi pu appliquer le droit français au délit de dissimulation dans d'autres hypothèses que celle de la maternité pour autrui²⁶⁷⁵. Par ailleurs, même si l'interprétation faite ici de la notion de faits constitutifs semble approuvée par la doctrine pénaliste²⁶⁷⁶, force est de constater que tout rattachement n'était pas impossible au vu de la jurisprudence extensive de la Cour de cassation. Comme le constate F. BELLIVIER, « *dans d'autres contextes, le juge pénal qui voulait faire application de la loi pénale française a bien su trouver des trésors d'imagination pour rattacher, même de façon ténue, un élément constitutif de l'infraction au territoire français. Ici on aurait pu imaginer qu'une interprétation extensive de la notion d'« éléments constitutifs », permettant d'intégrer les actes préparatoires (peut-être commis en France) ou les effets de l'infraction (tangibles en France), convainque le juge d'appliquer la loi pénale française* »²⁶⁷⁷. Cette idée serait à notre sens encore plus prégnante en cas d'AMP avec tiers donneur, réalisée à l'étranger en violation des conditions posées par la

²⁶⁷¹ TGI Créteil, 30 septembre 2004, n° XTGIC300904X : D., 2005, 476, Note DEPADT-SEBAG V. ; RTD civ., 2005, 378, Obs. HAUSER J.

²⁶⁷² D'un point de vue matériel, le délit n'était à notre sens pas adéquat car, ainsi que nous l'avons vu plus haut, seule la complicité à l'entremise en vue de la gestation pour autrui peut être envisagée à l'égard du couple.

²⁶⁷³ Tentatives infructueuses de recueillir des ovules de Mme M., insémination de la mère porteuse avec le sperme de M. M., jugement de la Cour supérieure qui légitime leur qualité de père et de mère, établissement des actes de naissance et des passeports, tentative de transcription (les consulats faisant partie intégrante de l'État accréditaire), transcription à Nantes qui n'a pas eu lieu à l'initiative des époux.

²⁶⁷⁴ CHALTIÉL F., « La gestation pour autrui : réflexions avant la révision des lois bioéthiques », LPA, 1^{er} septembre 2010, n° 174, p. 8.

²⁶⁷⁵ Omission par un couple de déclarer aux autorités qu'ils avaient introduit en France un enfant qui n'était pas le leur : Cass. crim., 12 janvier 2000, n° 99-82.905 : Bull. crim., 2000, n° 21 ; D., 2001, 2791, Note POMART C. ; Dr. pénal, 2000, Comm. 84, VERON M.

²⁶⁷⁶ HUET A., KOERING-JOULIN R., *Jurisclasser procédure pénale*, Fascicule 20, « Compétence des tribunaux répressifs français et de la loi pénale française – Introduction générale. – Infractions commises en France, n° 58.

²⁶⁷⁷ BELLIVIER F., NOIVILLE C., « Le contrat de mère porteuse : émancipation ou aliénation ? », RDC, 2008, n° 2, p. 552.

loi française, puisque l'on pourrait imaginer que l'accouchement constitue le résultat de l'infraction. Cette idée semble toutefois contestée par un auteur qui considère que l'inefficacité de la répression pénale en matière de GPA peut être transposée à l'AMP²⁶⁷⁸. La répression serait en toute hypothèse délicate à mettre en œuvre du fait des difficultés de preuve.

Enfin, il n'est pas inutile de s'interroger sur la compétence tirée de la personnalité passive. En effet, en cas de concurrence entre la compétence tirée de la personnalité active et de la personnalité passive, il est reconnu que « *la personnalité passive prévaut, quelle que soit la nationalité de l'auteur de l'infraction* »²⁶⁷⁹, ce qui permettrait d'évincer la condition de réciprocité d'incrimination. Toutefois, ce chemin s'avère semé d'embûches. D'une part, la compétence fondée sur la personnalité passive suppose que la victime ait la nationalité française au moment de l'infraction. Or, dans les affaires de tourisme procréatif, tant la notion de victime que celle de nationalité posent difficulté. S'agissant de la notion de victime, il semblerait que l'on puisse considérer qu'il s'agisse de l'enfant. Ce dernier n'est pas encore né au moment de la réalisation de l'infraction. Il semble toutefois possible de le considérer comme né s'il en va de son intérêt. S'agissant de la nationalité la question s'avère épineuse, puisque dans cette hypothèse la nationalité serait transmise par la filiation paternelle et que, sur ce point, les arrêts du 13 septembre 2013²⁶⁸⁰ et la circulaire TAUBIRA²⁶⁸¹ ne clarifient pas les choses²⁶⁸². En tout état de cause il n'est pas possible, comme c'est le cas en matière de personnalité active, de retenir la compétence de la loi française si la nationalité est acquise postérieurement aux faits²⁶⁸³. D'autre part, selon l'article 113-8, la poursuite du délit suppose une plainte de la victime ou de ses ayants droit ou une dénonciation officielle par l'autorité du pays où le fait a été commis. Or, comme le souligne P. BONFILS, « *on imagine mal que ses ayants droit viennent déposer plainte* »²⁶⁸⁴. Ainsi qu'on le constate, la répression du couple s'avère complexe.

378. Faible volonté d'améliorer la sanction pénale – Dans chacun des pays, le droit fait face à des difficultés pour appréhender le phénomène de tourisme procréatif. Pourtant, il n'est pas totalement démuné pour ce faire. En droit français, une interprétation plus volontaire de la part de la jurisprudence permettrait de favoriser l'effectivité des sanctions et une extension de la compétence par une disposition spécifique, comme c'est le cas en matière d'excision, pourrait être adoptée en droit suisse. Ces modestes

²⁶⁷⁸ MURAT P., CIMAR L. (Collaboration), *Jurisclasser civil code*, Fascicule 40, « Respect et protection du corps humain. – Assistance médicale à la procréation. – Accès », n° 81.

²⁶⁷⁹ DREYER E., *Droit pénal général*, Paris, Manuel, Lexis-Nexis, 2012, p. 1154.

²⁶⁸⁰ Cass. civ. 1^{re}, 13 septembre 2013, n° 12-18.315 : *Dalloz actualité*, 17 septembre 2013, GALLMEISTER I. ; *AJ famille*, 2013, 579, Note CHÉNEDÉ F. ; *RTD civ.*, 2013, 816, Obs. HAUSER J. ; *AJ famille*, 2013, 600 ; *AJCT*, 2013, 517, Note MESA R. ; *D.*, 2013, 2377, PETIT C. ; *D.*, 2013, 2384, Note FABRE-MAGNAN M. ; *D.*, 2013, 2349, Note FULCHIRON H. ; *JCP G*, 23 septembre 2013, n° 39, 985, Note MIRKOVIC A. ; *LPA*, 1^{er} octobre 2013, 7, Note LEGRAND V. ; *RJPF*, 2013-10/11, Obs. CORPART I. ; *RJPF*, 2013-10/8, Note DREIFUSS-NETTER F. ; *RJPF*, 2013-11/5, Note LE BOURSICOT M.-C. ; *RLDC*, 2013, n° 109, 41, Note BRUNETTI-PONS C.

²⁶⁸¹ Circulaire du 25 janvier 2013 relative à la délivrance de certificats de nationalité – convention de mère porteuse – État civil étranger, NOR : JUSC1301528C, *BOMJ*, 31 janvier 2013, n° 2013-01 : *AJ famille*, 2013, 74, Note AVENA-ROBARDET V. ; *RCDIP*, 2013, 275 ; *JCP G*, 2013, 161, Note BINET J.-R. ; *RLDC*, 2013, n° 102, 49 ; *RJPF*, 2013-3/34. Les requêtes contre la circulaire ont été rejetées par le Conseil d'État : Conseil d'État, 12 décembre 2014, n° 367324, n° 366989, n° 366710, n° 365779, n° 368861 : « *la seule circonstance que la naissance d'un enfant à l'étranger ait pour origine un contrat qui est entaché de nullité au regard de l'ordre public français ne peut, sans porter une atteinte disproportionnée à ce qu'il implique, en termes de nationalité, le droit de l'enfant au respect de sa vie privée, garanti par l'article 8 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, conduire à priver cet enfant de la nationalité française à laquelle il a droit, en vertu de l'article 18 du code civil et sous le contrôle de l'autorité judiciaire, lorsque sa filiation avec un Français est établie* ».

²⁶⁸² Voir *infra* § 451.

²⁶⁸³ DREYER E., *Droit pénal général*, Paris, Manuel, Lexis-Nexis, 2012, p. 1154.

²⁶⁸⁴ BONFILS P., *Jurisclasser pénal code*, Fascicule 20, « Atteintes à la filiation », n° 30.

sanctions traduisent en réalité une faible volonté de favoriser la sanction pénale, ainsi qu'en témoigne la motion de rejet préalable opposée à la proposition de loi visant à lutter contre les démarches engagées par des Français pour obtenir une gestation pour autrui²⁶⁸⁵. Cette dernière semble s'expliquer par les interrogations liées à la pertinence de la mobilisation du droit pénal pour sanctionner des parents qui ont contribué à la naissance d'un enfant. Ces interrogations, soulignées par la doctrine, témoignent de la spécificité de l'acte médical procréatif.

B. La spécificité liée à la naissance d'un enfant : la question de l'établissement de la filiation

379. La spécificité de l'acte médical procréatif apparaît également à travers le deuxième enjeu du tourisme procréatif, à savoir la réception de la filiation de l'enfant issu de cet acte.

380. La question essentielle qui se pose est la suivante : « *l'intérêt de l'enfant d'être adopté [et plus largement de voir sa filiation établie] est-il plus ou moins important que l'intérêt qui s'attache à la sanction de la maternité de substitution ?* »²⁶⁸⁶. Le droit français et le droit suisse posent des solutions différentes lorsqu'il s'agit d'établir un lien de filiation entre l'enfant et ses parents d'intention. Le droit français assure la prohibition de la gestation pour autrui en refusant d'établir la filiation. Il favorise ainsi une appréciation *in abstracto* de l'intérêt de l'enfant au détriment d'un enfant particulier. Le droit suisse se montre plus souple, en préférant une appréciation *in concreto* de l'intérêt de l'enfant ou, en tout cas, en adoptant une vision différente de l'intérêt abstrait de l'enfant. Cette différence semble se retrouver dans deux hypothèses. D'une part, les deux systèmes s'opposent en ce qui concerne la divisibilité de l'opération réalisée en intégralité sur le territoire national (1). Ils s'opposent, d'autre part, en ce qui concerne la réaction de l'ordre juridique interne face aux situations créées à l'étranger (2). L'exposé du droit interne constitue un préalable nécessaire, dans la mesure où il permet d'expliquer les réactions divergentes de chacun des deux pays lors de la réception des situations présentant un élément d'extranéité.

1. Des systèmes opposés face à la divisibilité de l'opération réalisée en intégralité sur le territoire national

381. L'absence de jurisprudence suisse sur la question de la maternité de substitution limite les perspectives de comparaison. Toutefois, il semble possible de déceler, à la lecture de la doctrine, une importante opposition entre les deux pays.

²⁶⁸⁵ AN, Proposition de loi visant à lutter contre les démarches engagées par des Français pour obtenir une gestation pour autrui, Présentée par M. Jean LÉONETTI *et al.*, n° 2277, Enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 14 octobre 2014. L'article 1^{er} de la proposition visait à augmenter les peines prévues par l'article 227-12 du Code pénal. L'article 2 s'attachait à réprimer, d'une part « *le fait d'effectuer des démarches auprès d'agences ou d'organismes, français ou étrangers, permettant ou facilitant, contre un paiement, la pratique de la gestation pour le compte d'autrui* » et, d'autre part, « *le fait d'obtenir ou de tenter d'obtenir la naissance d'un enfant par la pratique de la gestation pour le compte d'autrui, sur le sol français ou à l'étranger, contre un paiement, quelle qu'en soit la forme* ».

²⁶⁸⁶ DEKEUWER-DÉFOSSEZ F., « Nullité de la convention par laquelle une femme s'engage à concevoir et à porter un enfant pour l'abandonner à la naissance », *D.*, 1992, n° 7, p. 59.

382. Le refus de consacrer la divisibilité de l'opération en droit français – Le droit français refuse de diviser l'opération en considérant indépendamment le recours à la maternité de substitution et l'établissement du lien de filiation.

Pourtant, les juges du fond avaient parfois accepté de distinguer ces deux aspects pour prononcer soit l'adoption simple, soit l'adoption plénière de l'enfant du conjoint.

En ce qui concerne l'adoption plénière de l'enfant du conjoint, l'arrêt rendu par la cour d'appel de Pau le 19 février 1991 illustre particulièrement bien la dissociation intellectuelle des opérations. En effet, après avoir souligné que les conventions de « *mère porteuse* » sont nulles et passibles de sanctions pénales, la cour d'appel avait relevé qu'elle n'était « *pas saisie de la validité ni même de l'existence d'une telle convention* » et qu'elle devait se prononcer uniquement « *sur la requête aux fins d'adoption* ». Elle avait alors constaté que les conditions posées par la loi étaient remplies et avait prononcé l'adoption plénière de l'enfant du conjoint²⁶⁸⁷. Dans une des cinq affaires qui lui avaient été soumises, la cour d'appel de Paris avait également accepté de prononcer l'adoption plénière de l'enfant du conjoint après avoir relevé que les conditions posées par la loi étaient remplies. Néanmoins, cette solution ne se fonde pas sur un argument lié à la divisibilité de l'opération. La cour d'appel prend soin, en effet, de relever que « *l'adoption plénière trouve sa cause dans l'engagement par lequel la mère de substitution a accepté de mettre à la disposition d'autrui ses fonctions reproductrices et a promis de remettre l'enfant dès sa naissance à son père biologique aux fins de reconnaissance par lui-même et d'adoption par son épouse* ». Ainsi, « *l'adoption plénière ne peut (...) être prononcée que si cet engagement n'est pas atteint de nullité* »²⁶⁸⁸. Ce n'est donc qu'après avoir considéré la maternité de substitution comme « *licite et conforme à l'ordre public* »²⁶⁸⁹ que la cour accepte de prononcer l'adoption.

En ce qui concerne l'adoption simple, elle avait notamment été prononcée par le TGI d'Aix-en-Provence dans un jugement du 5 décembre 1984. Le tribunal se contente de vérifier si les conditions posées par la loi sont remplies et si l'adoption est conforme à l'intérêt de l'enfant. Après avoir refusé de prononcer l'adoption plénière au motif que « *la requérante, son mari et sa sœur habitent dans la même localité (...), que la concertation qui a présidé à la naissance de l'enfant est révélatrice du caractère harmonieux des rapports familiaux qui se trouvent renforcés par la proximité des résidences respectives, (...) que l'existence même et la qualité de ces rapports sont un obstacle à l'adoption requise en ce qu'ils sont de nature à faire ressortir plus encore la discordance existant entre la réalité biologique et la fiction légale et à compromettre, par la suite, l'équilibre psycho-affectif de l'enfant qui serait nécessairement conduit à apprendre, en raison de la symbiose dans laquelle vivent les membres de sa famille, que celle qu'il considérerait comme sa mère serait en réalité sa tante et que celle qu'il considérerait comme sa tante serait en réalité sa mère* », le tribunal accepte de prononcer l'adoption simple. Il considère en effet que « *cette solution, qui n'aurait pas l'inconvénient de rompre définitivement tous les liens résultant de la filiation naturelle, paraît mieux appropriée à l'intérêt bien compris de l'enfant qui est élevé depuis sa naissance au foyer de la requérante* »²⁶⁹⁰. L'adoption simple avait également été retenue par la cour d'appel de Poitiers au motif qu'elle constituait « *une nécessité qui découle des réalités de la vie issues d'erreurs d'adultes dont l'enfant ne doit pas subir les conséquences* »²⁶⁹¹. La cour avait refusé de prononcer

²⁶⁸⁷ CA Pau, 19 février 1991 : D., 1991, 381, Note LARRIBAU-TERNEYRE V.

²⁶⁸⁸ CA Paris, 1^{re} chambre, 15 juin 1990 : JCP G, 1991, II, 21653, p. 107.

²⁶⁸⁹ Ibid., p. 108.

²⁶⁹⁰ TGI Aix-en-Provence, 5 décembre 1984 : RTD civ., 1986, 579, Obs. RUBELLIN-DEVICHI J. ; JCP G, 1986, II, 20561, Note BOULANGER F.

²⁶⁹¹ CA Poitiers, 22 janvier 1992, n° XPOIT220192X : D., 1993, 119.

l'adoption plénière qui aurait supprimé tout lien entre l'enfant et son père biologique dans la mesure où le couple s'était séparé²⁶⁹².

La doctrine était divisée quant à l'opportunité de prononcer l'adoption. Alors que certains auteurs ne s'y opposaient pas²⁶⁹³, d'autres au contraire considéraient que l'adoption ne pouvait pas être appréhendée séparément de la maternité pour autrui. V. LARRIBAU-TERNEYRE observe que trois arguments²⁶⁹⁴ permettaient de lier le sort de l'adoption à celui de la convention de gestation pour autrui : l'indivisibilité entre la convention de mère porteuse et l'adoption, la cause illicite et la fraude à la loi²⁶⁹⁵.

Toutefois, tant l'adoption plénière que l'adoption simple ont été refusées par la Cour de cassation. Dans son arrêt du 31 mai 1991, cette dernière refuse l'adoption plénière subséquente au processus de GPA au motif 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 d'indisponibilité du corps humain et de l'état des personnes, ce processus constituait un détournement de l'institution de l'adoption* »²⁶⁹⁶. D'après le rapport d'Y. CHARTIER, deux arguments permettent de condamner l'adoption. D'une part, « *l'adoption plénière est la fin d'un processus d'ensemble dont il est artificiel de l'isoler. Elle n'est que la partie, l'ultime partie d'un tout. Ainsi, dès lors que le « contrat » de maternité de substitution est nul, admettre l'adoption, n'est-ce pas donner indirectement force à cette convention ?* »²⁶⁹⁷. Il s'agit donc d'assurer le respect de la prohibition par l'impossibilité d'établir la filiation de l'enfant. D'autre part, il souligne le détournement de l'institution de l'adoption qui n'a pas pour finalité de créer un enfant pour le donner à une famille²⁶⁹⁸. Déjà retenue par la Cour de cassation²⁶⁹⁹, cette utilisation de l'adoption s'inscrit dans ce que la doctrine a qualifié d'« *adoption à tout faire* »²⁷⁰⁰.

La Cour de cassation a utilisé le même type de raisonnement²⁷⁰¹ pour refuser de prononcer l'adoption simple de l'enfant du conjoint dans son arrêt du 29 juin 1994. Elle casse l'arrêt de la cour d'appel de Poitiers en retenant que l'adoption constitue l'ultime phase d'un processus d'ensemble qui

²⁶⁹² *Ibid.*, Note VASSAUX-VANOVERSCHELDE J. ; *RTD civ.*, 1992, 553, Obs. HAUSER J.

²⁶⁹³ Dans ce sens : CORNU G., « Aspects familiaux », in *Actes du colloque génétique, procréation et droit*, Paris, Actes sud, 1985, p. 487 ; TERRÉ F., *L'enfant de l'esclave, génétique et droit*, Paris, Flammarion, 1987, p. 194 ; RUBELLIN-DEVICHI J., « Le recours à une mère porteuse et l'utilisation de l'adoption de l'enfant du conjoint », *RTD civ.*, 1990, n° 2, p. 255 ; RUBELLIN-DEVICHI J., « Mère porteuse et filiation », *RTD civ.*, 1990, n° 3, p. 457.

²⁶⁹⁴ LARRIBAU-TERNEYRE V., « La nullité d'une convention de mère porteuse n'interdit pas de prononcer l'adoption plénière de l'enfant », *D.*, 1991, n° 26, p. 381.

²⁶⁹⁵ Pour des développements sur l'argument tiré de la fraude à la loi, voir : ATIAS C., « Le contrat de substitution de mère », *D.*, 1986, 9^e cahier, Chron. IX, p. 67 ; LABRUSSE-RIOU C., EDELMAN B., « Note sous CA Paris, 15 juin 1990 », *JCP G.*, 1991, II, 21653, p. 113.

²⁶⁹⁶ Cass. ass. plén., 31 mai 1991, n° 90-20.105. : *Bull. ass. plén.*, 1991, n° 4 ; *GAJC*, 2007, n° 50 ; *D.*, 1991, 417, Rapp. CHARTIER, Note THOUVENIN D. ; *JCP G.*, 1991, II, 21752, Comm. BERNARD, Concl. DONTENWILLE, Note TERRÉ F. ; *Deffrénois*, 1991, 947, Obs. MASSIP J. ; *RTD civ.*, 1991, 517, Obs. HUET-WEILLER D.

²⁶⁹⁷ CHARTIER Y., « L'illicéité de l'adoption plénière de l'enfant d'une « mère porteuse » », *D.*, 1991, n° 30, pp. 421-422.

²⁶⁹⁸ *Ibid.*, p. 422.

²⁶⁹⁹ Cass. civ. 1^{re}, 7 mars 1989 : *D.*, 1989, 477, Obs. HAUSER J. ; *Gaz. Pal.*, 8 mars 1990, 131, Obs. MASSIP J.

²⁷⁰⁰ HAUSER J., « L'adoption à tout faire », *D.*, 1987, 30^e cahier, Chron. XXXVII, p. 205 et s. Plus largement sur la question du détournement d'institution, voir : CORDIER-DUMONNET N., *Le détournement d'institution*, Université de Bourgogne, Thèse en droit, 2010, 526 p.

²⁷⁰¹ Un auteur avait ainsi relevé que l'arrêt de 1991 impliquait également l'impossibilité de prononcer l'adoption simple : HUET-WEILLER D., « Détournement de l'adoption. L'illicéité de la maternité de substitution et de l'adoption subséquente », *RTD civ.*, 1991, n° 3, p. 518.

constitue un détournement de l'institution²⁷⁰². Comme le souligne Y. CHARTIER, « *la modification juridique du statut de l'enfant est en toute hypothèse atteinte, ab initio, d'un vice qui interdit au juge de la consacrer : que ses effets puissent être d'une importance inégale ne modifie en rien les données fondamentales du problème* »²⁷⁰³. L'intérêt de l'enfant qui avait parfois été mis en avant par les juges du fond²⁷⁰⁴ n'apparaît pas comme un motif permettant l'établissement du lien de filiation²⁷⁰⁵. Cette position a été confirmée par la Cour de cassation après l'adoption des lois de 1994²⁷⁰⁶.

Si cette solution a pu être approuvée, certains auteurs plaidaient toutefois en faveur de la divisibilité de l'opération²⁷⁰⁷, arguant notamment de l'absence de différence entre la situation de l'enfant adultérin et celle de l'enfant issu d'une maternité pour autrui²⁷⁰⁸. La critique émise par F. DEKEUWER-DÉFOSSEZ nous semble particulièrement pertinente. L'auteur relève que les arguments retenus en faveur du refus de l'adoption ne tiennent « *pas compte d'un événement important survenu entre la convention et la demande d'adoption, qui est la naissance de l'enfant. Considérer l'adoption indissociable de la convention revient à ne voir l'enfant que comme l'objet de cette convention, ce que l'on reproche précisément aux parents d'avoir fait, et non pas comme un sujet de la procédure d'adoption. Ainsi, l'on peut souscrire à l'affirmation selon laquelle l'ensemble du processus est un détournement de l'adoption, mais seulement du point de vue des parents. Pour l'enfant, être adopté par l'épouse de son père est totalement conforme aux finalités de l'institution* »²⁷⁰⁹.

Quoi qu'il en soit, la jurisprudence de la Cour de cassation ne s'est pas engagée dans cette voie. Non seulement la jurisprudence a refusé d'établir le lien de filiation par adoption, mais elle a aussi refusé d'établir le lien de filiation en recourant à d'autres mécanismes du droit français tels que la reconnaissance ou la possession d'état²⁷¹⁰.

383. La divisibilité de l'opération pour prononcer l'adoption en droit suisse – Même s'il n'existe pas de jurisprudence en Suisse, la doctrine semble se prononcer en faveur d'un traitement dissocié de la filiation. Ce choix montre clairement, à notre sens, qu'il est possible de maintenir une prohibition forte tout en ne pénalisant pas l'enfant et en ne laissant pas la filiation à la libre disposition des individus.

²⁷⁰² Cass. civ. 1^{re}, 29 juin 1994, n° 92-13.563 : *D.*, 1994, 581, Note CHARTIER Y. ; *RTD civ.*, 1994, 842, Obs. HAUSER J. ; *JCP*, 1995, II, 22362, Note RUBELLIN-DEVICHI J. ; *RDSS*, 1995, 377, Note MONÉGER F.

²⁷⁰³ CHARTIER Y., « La maternité de substitution constitue un détournement de l'adoption », *D.*, 1994, n° 42, pp. 581-582.

²⁷⁰⁴ Par exemple : CA Poitiers, 22 janvier 1992, n° XPOIT220192X : *D.*, 1193, 119, Note VASSAUX-VANOVERSCHELDE J. ; *RTD civ.*, 1992, 553, Obs. HAUSER J. ; CA Pau, 19 février 1991 : *D.*, 1991, 380, Note LARRIBAU-TERNEYRE V. ; CA Paris, 1^{re} chambre, 15 juin 1990 : *JCP G*, 1991, II, 21653.

²⁷⁰⁵ Cass. civ. 1^{re}, 29 juin 1994, n° 92-13.563 : *D.*, 1994, 581, Note CHARTIER Y. ; *RTD civ.*, 1994, 842, Obs. HAUSER J. ; *JCP*, 1995, II, 22362, Note RUBELLIN-DEVICHI J. ; *RDSS*, 1995, 377, Note MONÉGER F.

²⁷⁰⁶ Cass. civ. 1^{re}, 9 décembre 2003, n° 01-03.927 : *Bull. civ.*, I, n° 252 ; *D.*, 2005, 541, Obs. GALLOUX J.-C. ; *AF famille*, 2004, 62 ; *D.*, 2004, 1998, Note POISSON-DROCOURT E. ; *RTD civ.*, 2004, 75, Obs. HAUSER J. ; *Defrénois*, 2004, 592, Obs. MASSIP J. ; *Dr. fam.*, 2004, Comm. 17, MURAT P. ; *RJPF*, 2004-4/35, Note GARÉ T. : rejet de la requête en adoption plénière ; l'intérêt supérieur de l'enfant et la protection de la vie familiale ne peuvent être utilement invoqués.

²⁷⁰⁷ VASSAUX-VANOVERSCHELDE J., « Maternité de substitution : le consentement à l'adoption plénière de l'enfant par l'épouse du père », *D.*, 1993, n° 15, p. 119.

²⁷⁰⁸ MONÉGER F., « Contrat de mère porteuse. Nullité. Impossibilité de prononcer l'adoption de l'enfant pour détournement de l'institution », *RDSS*, 1995, n° 2, p. 59.

²⁷⁰⁹ DEKEUWER-DÉFOSSEZ, « Nullité de la convention par laquelle une femme s'engage à concevoir et à porter un enfant pour l'abandonner à sa naissance », *D.*, 1992, n° 7, p. 59.

²⁷¹⁰ Cela concernait des affaires ayant eu lieu à l'étranger, la question est donc traitée dans le 2. de ce B.

S'agissant de la filiation maternelle, les auteurs s'accordent en général²⁷¹¹ pour retenir que la mère est la femme qui accouche²⁷¹². Les raisonnements pour arriver à cette conclusion sont toutefois divers. Selon H. DUBLER-NÜSS, la gestatrice, qui réunit trois des quatre critères de la maternité²⁷¹³ est la mère juridique. Elle exclut l'existence d'une lacune improprement dite²⁷¹⁴ et refuse de considérer que l'article 252 CCS se contente de poser une présomption, par analogie avec la présomption de paternité. Cette analogie, proposée par C. HEGNAUER a été fréquemment critiquée²⁷¹⁵. Le refus d'y recourir se justifie par l'absence de similitude profonde entre les situations, par l'intérêt de l'enfant et la sécurité juridique et par le fait qu'une telle règle permettrait à la mère de désavouer l'enfant dès lors qu'elle n'a pas consenti à l'implantation ou que son consentement n'était pas valable²⁷¹⁶. Ainsi, en application de l'article 252 CCS, la mère est la gestatrice, que les ovules aient été fournis par la mère d'intention²⁷¹⁷ ou non²⁷¹⁸. M. MANDOFIA arrive à la même conclusion après avoir retenu l'existence d'une lacune et avoir proposé de la combler en retenant l'accouchement comme critère de la maternité²⁷¹⁹.

Mais si l'on considère que l'accouchement fait la maternité, il faut aussi se demander comment la filiation peut être établie à l'égard de la mère d'intention. Là encore, les auteurs divergent. Certains auteurs envisagent la possibilité pour l'enfant ou pour la mère porteuse²⁷²⁰ d'agir en désaveu. La mère d'intention pourrait ainsi recourir à une reconnaissance prénatale qui serait suspendue à la condition que la mère biologique exerce l'action en désaveu²⁷²¹. Pour d'autres auteurs toutefois, le recours à l'adoption apparaît plus opportun, tant pour la mère de substitution²⁷²² que pour la mère porteuse²⁷²³. Il n'est pas dans notre objectif de rentrer dans le détail technique des différents modes d'établissement de la filiation maternelle et paternelle en cas de maternité pour autrui²⁷²⁴. Il s'agit simplement de constater que la nullité du contrat

²⁷¹¹ Se prononçant en faveur de la filiation avec la mère génétique : FRANCK R., « Der verwaiste Embryo – ein Anwendungsfall des Persönlichkeitsrechts », *RSJ*, 80/1984, pp. 365-367 : cité par DUBLER-NÜSS H., *Les nouveaux modes de procréation artificielle et le droit suisse de la filiation*, Berne, Peter Lang, 1988, p. 144.

²⁷¹² ALBERTI A., « Des parents à tout prix », *Revue de l'état civil*, 1985, n° 7/8, p. 228 ; GUINAND J., « Les nouvelles techniques médicales de procréation et le droit », in *ACADÉMIE DES SCIENCES, BELLES-LETTRES ET ARTS DE BESANÇON, Procès-verbaux et mémoires*, 1984-1985, Vol. 186, p. 309 ; HEGNAUER C., « Family relations and modern medicine under Swiss law », in *Rapports suisses présentés au XII^e Congrès international de droit comparé*, Zurich, Schulthess, 1987, p. 115 ; CONSEIL FÉDÉRAL, Rapport sur la maternité de substitution, Rapport du Conseil fédéral du 29 novembre 2013 en exécution du postulat 12.3917 du 28 septembre 2012, p. 21.

²⁷¹³ Élément biologique, psychologique, publicité de la naissance. L'élément génétique fait en revanche défaut. Voir : DUBLER-NÜSS H., *Les nouveaux modes de procréation artificielle et le droit suisse de la filiation*, Berne, Peter Lang, 1988, p. 138.

²⁷¹⁴ *Ibid.*, pp. 143-144.

²⁷¹⁵ MANDOFIA-BERNEY M., *Vérités de la filiation et procréation assistée. Étude des droits suisse et français*, Bâle et Francfort-sur-le-Main, Collection Genevoise, Helbing & Lichtenhahn, 1993, p. 174.

²⁷¹⁶ DUBLER-NÜSS H., *Les nouveaux modes de procréation artificielle et le droit suisse de la filiation*, Berne, Peter Lang, 1988, pp. 181-182.

²⁷¹⁷ *Ibid.*, pp. 206-207.

²⁷¹⁸ *Ibid.*, pp. 181-182.

²⁷¹⁹ MANDOFIA-BERNEY M., *Vérités de la filiation et procréation assistée. Étude des droits suisse et français*, Bâle et Francfort-sur-le-Main, Collection Genevoise, Helbing & Lichtenhahn, 1993, p. 174.

²⁷²⁰ Favorable à l'action de l'enfant et de la mère porteuse : BUCHLI-SCHNEIDER, *Künstliche Fortpflanzung aus zivilrechtlicher Sicht*, Bern, Stämpfli, 1987, pp. 188-192. Favorable à l'action de la mère porteuse uniquement : STETTLER M., *Le droit suisse de la filiation*, Vol. III, Tome II, Fribourg, Traité de droit privé suisse, Éditions universitaires, 1987, p. 22 et pp. 209-210 : cités par : MANDOFIA-BERNEY M., *Vérités de la filiation et procréation assistée. Étude des droits suisse et français*, Bâle et Francfort-sur-le-Main, Collection Genevoise, Helbing & Lichtenhahn, 1993, p. 185.

²⁷²¹ STETTLER M., *Le droit suisse de la filiation*, Vol. III, Tome II, Fribourg, Traité de droit privé suisse, Éditions universitaires, 1987, p. 22 et pp. 209-210 : cité par : *Ibid.*

²⁷²² *Ibid.*, p. 184.

²⁷²³ *Ibid.*, p. 186.

²⁷²⁴ Pour les distinctions selon qu'il y a FIV ou IAD, que la femme est mariée ou non et que l'on se situe pendant ou après la vie du demandeur, voir : DUBLER-NÜSS H., *Les nouveaux modes de procréation artificielle et le droit suisse de la filiation*, Berne, Peter Lang, 1988, pp. 179-215.

n'empêche pas l'adoption²⁷²⁵. Le consentement à l'adoption ne se confond pas avec le consentement à la maternité de substitution car, comme le souligne H. DUBLER-NÜSS, le consentement à l'adoption ne peut porter que sur un enfant conçu²⁷²⁶. Cette remarque nous semble conforter l'idée selon laquelle le sort de la convention de maternité de substitution doit être dissocié de celui de la filiation. D'une part, il n'y a pas réellement de disposition de la filiation. En effet, la convention est nulle si bien qu'il est impossible de contraindre la génitrice ou son mari d'abandonner l'enfant. Le couple d'intention ne peut pas non plus bénéficier du prononcé de l'adoption s'il n'en remplit pas les conditions. D'autre part, envisagé sous cet angle, le détournement de l'institution est moins flagrant dans la mesure où il s'agit bien de donner une famille à un enfant né que ses parents souhaitent abandonner. Si la gestatrice est mariée, elle devra consentir à l'adoption, tout comme son époux²⁷²⁷. S'il n'y a pas eu de recours au sperme du mari de la gestatrice, on peut considérer que ce dernier pourra, en outre, agir en désaveu car l'article 256 al. 3 CCS ne nous paraît pas viser cette hypothèse²⁷²⁸. Cela permettrait donc au père biologique de reconnaître l'enfant²⁷²⁹. Si la filiation est établie à l'égard du demandeur, la mère d'intention pourra bénéficier du régime assoupli de l'adoption de l'enfant du conjoint. À défaut, il conviendra d'appliquer les règles de l'adoption par un couple. Si la gestatrice n'est pas mariée, le père d'intention qui est aussi le père biologique pourra reconnaître sa paternité²⁷³⁰ et la mère d'intention adopter l'enfant de son conjoint.

2. Des réactions différentes de l'ordre juridique interne face aux situations créées à l'étranger

384. Même s'il n'existe qu'une seule affaire récente sur la question en Suisse²⁷³¹, il semblerait que les deux droits n'accueillent pas de la même manière la situation créée à l'étranger. La comparaison portera essentiellement sur quatre points. Il s'agira d'abord de mettre en exergue les mécanismes juridiques permettant la réception de la situation créée à l'étranger puis de présenter la réaction du for en mettant en parallèle le champ de l'ordre public international dans chacun des pays. Il s'agira ensuite de comparer la place accordée à l'intérêt de l'enfant et de présenter le sort accordé au lien de filiation. Il en résultera que

²⁷²⁵ WIDMER P., « Procréation artificielle, génétique et droit », *Revue de l'état civil*, Année 55, 1987, n° 11, p. 355 ; CONSEIL FÉDÉRAL, Rapport sur la maternité de substitution, Rapport du Conseil fédéral du 29 novembre 2013 en exécution du postulat 12.3917 du 28 septembre 2012, p. 21.

²⁷²⁶ DUBLER-NÜSS H., *Les nouveaux modes de procréation artificielle et le droit suisse de la filiation*, Berne, Peter Lang, 1988, pp. 186-187.

²⁷²⁷ GUINAND J., « Les nouvelles techniques médicales de procréation et le droit », in ACADÉMIE DES SCIENCES, BELLES-LETTRES ET ARTS DE BESANÇON, *Procès-verbaux et mémoires*, 1984-1985, Vol. 186, p. 309.

²⁷²⁸ Dans ce sens : MANDOFIA-BERNEY M., *Vérités de la filiation et procréation assistée. Étude des droits suisse et français*, Bâle et Francfort-sur-le-Main, Collection Genevoise, Helbing & Lichtenhahn, 1993, p. 187 ; BUCHLI-SCHNEIDER, *Künstliche Fortpflanzung aus zivilrechtlicher Sicht*, Bern, Stämpfli, 1987, pp. 168-172, cité par : MANDOFIA-BERNEY M., *Vérités de la filiation et procréation assistée. Étude des droits suisse et français*, Bâle et Francfort-sur-le-Main, Collection Genevoise, Helbing & Lichtenhahn, 1993, p. 187. *Contra*, préférant une interprétation littérale du texte : DUBLER-NÜSS H., *Les nouveaux modes de procréation artificielle et le droit suisse de la filiation*, Berne, Peter Lang, 1988, p. 195.

²⁷²⁹ MANDOFIA-BERNEY M., *Vérités de la filiation et procréation assistée. Étude des droits suisse et français*, Bâle et Francfort-sur-le-Main, Collection Genevoise, Helbing & Lichtenhahn, 1993, p. 187.

²⁷³⁰ GUINAND J., « Les nouvelles techniques médicales de procréation et le droit », in ACADÉMIE DES SCIENCES, BELLES-LETTRES ET ARTS DE BESANÇON, *Procès-verbaux et mémoires*, 1984-1985, Vol. 186, p. 309 ; CONSEIL FÉDÉRAL, Rapport sur la maternité de substitution, Rapport du Conseil fédéral du 29 novembre 2013 en exécution du postulat 12.3917 du 28 septembre 2012, p. 21.

²⁷³¹ TA, Saint Gall, 19 août 2014, mentionné par : « Un bébé né d'une mère porteuse aura deux papas », *Lematin.ch*, 25 août 2014, Disponible sur : <http://www.lematin.ch/suisse/faits-divers/Un-bebe-ne-d-une-mere-porteuse-aura-deux-papas/story/24901728>, Consulté le 30 août 2014. L'OFJ a déposé un recours contre cette décision devant le Tribunal fédéral qui devrait donc se prononcer prochainement : OFJ, « Maternité de substitution : l'office fédéral de la justice dépose un recours devant le Tribunal fédéral », Disponible sur : <http://www.admin.ch/aktuell/00089/?lang=fr&msg-id=54606>, Consulté le 5 octobre 2014.

dans chacun des pays, la situation demeure insatisfaisante. Si la protection de l'intérêt de l'enfant apprécié *in concreto* est plus importante en droit suisse, elle demeure encore lacunaire.

385. Les règles applicables à la réception des situations créées à l'étranger – En cas de recours à une gestation pour autrui à l'étranger, la filiation de l'enfant à l'égard du couple commanditaire peut être établie par décision d'un tribunal, figurer directement sur l'acte de naissance de l'enfant ou nécessiter le prononcé d'une adoption à l'étranger²⁷³².

En droit suisse, la réception de cette situation se fera conformément aux articles 70, 73 ou 78 LDIP²⁷³³ selon le cas de figure. Les articles 70 et 73 subordonnent respectivement la reconnaissance de la décision étrangère établissant la filiation par la naissance et la reconnaissance de l'enfant réalisée à l'étranger aux mêmes critères. Pour pouvoir être reconnues, elles doivent être intervenues valablement dans l'« *État de la résidence habituelle de l'enfant, dans son État national ou dans l'État du domicile ou dans l'État national de la mère ou du père* »²⁷³⁴. En revanche, l'article 78 relatif à l'adoption réalisée à l'étranger est plus restreint puisque la reconnaissance de l'adoption nécessite qu'elle ait été prononcée « *dans l'État du domicile ou dans l'État national de l'adoptant ou des deux époux adoptants* ». Les critères de la reconnaissance varieront donc en fonction du cas d'espèce. On peut simplement relever, avec O. GUILLOD, que « *si l'enfant naissait aux États-Unis, il obtiendrait ipso facto la nationalité américaine, ce qui ouvrirait la voie à une reconnaissance en Suisse* »²⁷³⁵. Cette solution ne nous paraît toutefois pas applicable à l'hypothèse de l'article 78 qui ne vise pas la loi nationale. L'existence de critères de rattachement comme condition préalable à la reconnaissance pourrait déjà permettre d'exclure la réception de certaines situations. Mais d'autres conditions viennent s'ajouter à celles posées par les articles 70, 73 et 78. En effet, la reconnaissance et l'exécution des décisions étrangères sont également subordonnées au respect des articles 25 et suivants LDIP. Selon l'article 25, la reconnaissance implique que la compétence des autorités judiciaires ou administratives soit donnée, que la décision soit définitive ou qu'elle ne soit plus susceptible de recours ordinaire et qu'il n'existe pas de motifs de refus au sens de l'article 27 LDIP. Un des motifs de refus, précisé par l'article 27 al. 1, réside dans l'incompatibilité manifeste avec l'ordre public suisse, ce qui signifie que la reconnaissance pourra être écartée sur le fondement de la réserve d'ordre public. Si toutes ces conditions sont remplies, la transcription de la décision ou de l'acte étranger pourra être réalisée dans les registres de l'état civil suisse en vertu d'une décision de l'autorité cantonale de surveillance²⁷³⁶. La notion de fraude n'apparaît pas dans la LDIP. Elle est tout de même reconnue par la doctrine majoritaire suisse²⁷³⁷.

²⁷³² Tout dépend de l'État dans lequel l'opération est réalisée. Pour un exposé des différentes législations, voir notamment : SÉNAT, *La gestation pour autrui*, Les documents de travail du Sénat, Série législation comparée, n° LC 182, Janvier 2008, 42 p.

²⁷³³ Loi fédérale sur le droit international privé du 18 décembre 1987, Entrée en vigueur au 1^{er} janvier 1989, RS 291, RO 1998 1776.

²⁷³⁴ Art. 70 et art. 73 al. 2.

²⁷³⁵ GUILLOD O., HELLE N., « Les voyages forment la jeunesse ou tourisme et procréation médicalement assistée », in *Mélanges Knoepfler*, Bâle, Helbing & Lichtenhahn, 2005, p. 445, Note 77.

²⁷³⁶ Art. 32 LDIP.

²⁷³⁷ OTHENIN-GIRARD S., *La réserve d'ordre public en droit international privé suisse. Personnes – famille – successions*, Neuchâtel, Thèse en droit, 1999, n° 87.

En droit français, les actes d'état civil étrangers établis conformément à la loi étrangère font foi. Pour être utilisés, il suffit que ces actes soient légalisés²⁷³⁸ et traduits²⁷³⁹. Néanmoins, ils ne feront plus foi « si d'autres actes ou pièces détenus, des données extérieures ou des éléments tirés de l'acte lui-même établissent (...) que cet acte est irrégulier, falsifié ou que les faits qui y sont déclarés ne correspondent pas à la réalité »²⁷⁴⁰. La transcription des actes étrangers peut être demandée, elle n'est pas obligatoire mais présente un réel intérêt. En effet, elle évite « à l'intéressé de devoir s'adresser aux autorités ayant établi l'acte pour en obtenir un extrait ou une copie, de supporter des démarches plus ou moins longues et difficiles et de s'exposer éventuellement à des frais de traduction. L'acte étranger se trouve « transformé » en acte français et il devient possible d'en obtenir une copie ou un extrait, ainsi que la délivrance et la mise à jour d'un livret de famille, auprès du consulat français ou du service central de l'état civil, installé à Nantes »²⁷⁴¹. La transcription peut être sollicitée par les parents d'intention ou par le ministère public aux fins d'annulation. Dans chacune de ces deux hypothèses, l'annulation de la transcription pourra être sollicitée par le ministère public dont le droit à agir a été reconnu par la Cour de cassation dans un arrêt du 17 décembre 2008²⁷⁴².

Plusieurs voies permettent alors de trancher la réception, en droit français, de la situation constituée à l'étranger²⁷⁴³. Tout d'abord, la transcription peut être refusée sur le fondement de l'article 47 du Code civil s'il est établi que les faits ne correspondent pas à la réalité. Se pose alors la question de savoir si l'acte étranger est conforme à la réalité. Pour certains auteurs, il va de soi qu'un tel acte ne serait pas conforme à la réalité en cas de stérilité de la femme. En effet, « la transcription produit un acte de l'état civil français, lequel est conçu pour représenter une réalité telle que la détermine la loi française ou encore toute loi étrangère qui partage la même conception de la réalité ; lorsque cet acte de l'état civil français évoque la filiation ou le père ou la mère, il vise ces relations et qualités telles que les définit la loi civile française »²⁷⁴⁴. D'autres auteurs nuancent cette idée en relevant que l'acte étranger « ne dit pas que la femme commanditaire a accouché de l'enfant mais qu'elle en est la mère légale »²⁷⁴⁵ ou encore que « les énonciations des actes transcrits étaient « exactes » au regard des termes du jugement

²⁷³⁸ CLAVEL S., *Droit international privé*, Paris, Hypercours, Dalloz, 2012, p. 352.

²⁷³⁹ REVILLARD M., *Répertoire de droit international Dalloz*, « Actes de l'état civil », n° 54 et 55.

²⁷⁴⁰ Art. 47 CC.

²⁷⁴¹ SÉNAT, Rapport d'information fait au nom de la commission des affaires sociales et de la commission des lois constitutionnelles, de la législation, du suffrage universel, du Règlement d'administration générale par le groupe de travail sur la maternité pour autrui, Par Mme Michèle ANDRÉ, MM. Alain MILON et Henri de RICHEMONT, n° 421, Annexe au procès-verbal de la séance du 25 juin 2008, p. 49.

²⁷⁴² Cass. civ. 1^{re}, 17 décembre 2008, n° 07-20.468 : *Bull. civ.*, 2008, I, n° 289 ; *D.*, 2009, 332, Avis SARCELET ; *D.*, 2009, 340, Note BRUNET L. ; *D.*, 2009, 773, Note GRANET-LAMBRECHTS F. ; *D.*, 2009, 1557, Note JAULT-SESEKE F. ; *D.*, 2010, 604, Obs. GALLOUX J.-C. ; *JCP G*, 2009, I, 102, Obs. RUBELLIN-DEVICHI J. ; *JCP G*, 2009, II, 10020, Note MIRKOVIC A. ; *JCP G*, 2009, II, 10021, Note AVOUT L. (d) ; *LP4*, 1^{er}-2 juin 2009, Note BOURGAULT-COUDEVILLE D. ; *AJ famille*, 2009, 80, Note CHÉNÉDÉ F. ; *Dr. fam.*, 2009, Comm. 15, MURAT P. ; *Gaz. Pal.*, 2009, 429, Note WEISS-GOUT B. ; *RJPF*, 2009-1/13, Note CORPART I. ; *Deffrénois*, 2009, 549, Obs. MASSIP J. ; *RTD civ.*, 2009, 106, Obs. HAUSER J. Dans cette affaire, la transcription était nécessaire avant toute action en annulation dans la mesure où le ministère public n'avait pas compétence pour demander l'annulation d'un acte dressé à l'étranger. Sur l'évolution du droit à agir du ministère public, notamment en cas de gestation pour autrui, voir : LEBORGNE A., « Le ministère public partie principale à un contentieux de la filiation : réflexion sur la montée d'un ordre public de direction ? », in WICKER G. (Dir.), *Mélanges en l'honneur du professeur Jean Hauser*, Paris, Lexis-Nexis, Dalloz, 2012, pp. 311-328 et spécialement p. 321 et p. 325 ; ILLY M., *Le ministère public et la protection de l'intérêt de l'enfant, en droit civil*, Aix-en-Provence, Thèse en cours de préparation.

²⁷⁴³ BRUNET L., « Un arrêt en trompe-l'œil sur la gestation pour autrui : retour du droit ou recul de la raison juridique ? », *D.*, 2009, n° 5, p. 342.

²⁷⁴⁴ ANCEL B., « L'épreuve de vérité. Propos de surface sur la transcription des actes de naissance des enfants issus d'une gestation pour autrui délocalisée », in *Le droit entre tradition et modernité. Mélanges à la mémoire de Patrick Courbe*, Paris, Études, mélanges, travaux, Dalloz, 2012, p. 3.

²⁷⁴⁵ LAGARDE P., « Annulation de la transcription d'un acte de naissance californien résultant d'une convention de gestation pour autrui », *RCDIP*, 2009, n° 2, p. 320 et s., § 15.

californien qui avait conféré au couple français la qualité de parents des enfants à naître de la femme porteuse et des actes de naissance dressés en conséquence de ce jugement »²⁷⁴⁶. Mais quoi qu'il en soit, l'acte est conforme à la réalité en cas de gestation pour autrui réalisée au profit d'un couple homosexuel dans la mesure où le père biologique est bien le père de l'enfant, si bien que cette voie ne sera pas praticable.

Il est alors possible d'emprunter une seconde voie²⁷⁴⁷ qui consiste à examiner la situation du point de vue du droit international privé. Comme le souligne V. LEGRAND, « la doctrine est divisée quant à la méthode à retenir pour déterminer les effets d'un acte public étranger non juridictionnel. Certains considèrent qu'un tel acte est une règle et qu'il importe alors de trancher un conflit de règles en appliquant la méthode des conflits de lois. D'autres en revanche, estiment qu'il faut raisonner en termes de conflits de juridictions ou, à tout le moins, en termes de reconnaissance, et se placent sur le terrain du contrôle de la régularité de l'acte étranger »²⁷⁴⁸.

Plusieurs auteurs se montrent favorables à la méthode du conflit de lois en refusant de considérer que les actes publics étrangers non juridictionnels constituent des décisions²⁷⁴⁹. D'autres proposent de retenir un conflit de lois au sens large en considérant que « l'existence d'un acte public ou d'une décision de justice étrangère ne fait pas écran au conflit de lois préexistant »²⁷⁵⁰. Toutefois, une autre partie de la doctrine est favorable à la méthode de la reconnaissance qui s'est imposée dans la droite ligne de la pensée de P. MAYER²⁷⁵¹. La reconnaissance des actes juridictionnels étrangers doit se faire en application des critères dégagés dans l'affaire Cornelissen du 20 février 2007²⁷⁵² qui a supprimé la condition de conformité de la loi appliquée à la règle de conflits français. Depuis cette date, trois conditions sont exigées pour que la régularité internationale d'une décision étrangère soit reconnue : la compétence du juge étranger, le respect de l'ordre public international français et l'absence de fraude à la loi. Il convient d'ajouter que la Cour de cassation a affirmé que l'acte d'état civil dressé en exécution d'un jugement est indissociable de celui-ci et implique donc le contrôle de la régularité internationale²⁷⁵³. Pour les actes publics étrangers non juridictionnels, une extension du domaine de la méthode de la reconnaissance a été proposée²⁷⁵⁴. Ainsi, bien que les conditions de la régularité internationale des jugements et des actes publics étrangers ne soient pas identiques, il apparaît que le contrôle du respect de l'ordre public international et de l'absence de fraude à la loi est également applicable aux actes publics étrangers²⁷⁵⁵. Il en résulte qu'en droit français

²⁷⁴⁶ Rappelant la position de la cour d'appel de Paris : BRUNET L., « Un arrêt en trompe-l'œil sur la gestation pour autrui : retour du droit ou recul de la raison juridique ? », *D.*, 2009, n° 5, p. 342.

²⁷⁴⁷ *Ibid.*

²⁷⁴⁸ LEGRAND V., « Reconnaissance d'une convention de gestation pour le compte d'autrui réalisée à l'étranger : la Cour de cassation durcit le ton... », *LPA*, 1^{er} octobre 2013, n° 196, p. 11. Pour une présentation claire de la de ces deux méthodes et l'application de la seconde par la CA de Paris, voir : CUNIBERTI G., « Note sous CA Paris, 25 octobre 2007 », *JDI*, 2008, n° 1, Comm. 1.

²⁷⁴⁹ PAMBOUKIS C., « Note sous CA Paris, 2 avr. 1998 », *RCDIP*, 1999, n° 1, p. 106.

²⁷⁵⁰ AVOUT L. (d'), « Mères porteuses : analyse de droit international privé », *JCP G*, 2009, n° 6, II, 10021, p. 40.

²⁷⁵¹ Voir notamment les références citées par : BOLLÉE S., « L'extension du domaine de la reconnaissance unilatérale », *RCDIP*, 2007, n° 2, p. 307.

²⁷⁵² Cass. civ. 1^{re}, 20 février 2007, n° 05-14.082 : *Bull. civ.*, 2007, I, n° 68.

²⁷⁵³ SÉNAT, Rapport d'information fait au nom de la commission des affaires sociales et de la commission des lois constitutionnelles, de la législation, du suffrage universel, du Règlement d'administration générale par le groupe de travail sur la maternité pour autrui, Par Mme Michèle ANDRÉ, MM. Alain MILON et Henri de RICHEMONT, n° 421, Annexe au procès-verbal de la séance du 25 juin 2008, p. 49 ; Cass. civ. 1^{re}, 18 juillet 2000, n° 99-10.848 : *Bull. civ.*, 2000, I, n° 219 ; *RCDIP*, 2001, 349, Note MUIR-WATT H. ; *JCP G*, 2001, II, 10588, Note MORENO A.

²⁷⁵⁴ BOLLÉE S., « L'extension du domaine de la reconnaissance unilatérale », *RCDIP*, 2007, n° 2, p. 307. Constatant le mouvement d'extension du domaine de la reconnaissance : VIGNAL T., « Ordre public et reconnaissance », in *Le droit entre tradition et modernité. Mélanges à la mémoire de Patrick Courbe*, Paris, Études, mélanges, travaux, Dalloz, 2012, p. 528.

²⁷⁵⁵ CUNIBERTI G., « Note sous CA Paris, 25 octobre 2007 », *JDI*, 2008, n° 1, Comm. 1.

comme en droit suisse, la notion d'ordre public international s'avère centrale en présence d'une gestation pour autrui réalisée à l'étranger. Il est dès lors utile de comparer la réaction de la réserve d'ordre public dans chacun des pays. Le droit suisse distingue deux effets de la réserve d'ordre public : l'effet indirect et l'effet direct. Nous les envisagerons successivement.

386. La réaction du for lors de la reconnaissance de situations créées à l'étranger – Les mécanismes permettant d'assurer la réception des situations créées à l'étranger viennent d'être décrits. Il s'agit désormais de s'interroger sur l'effectivité de la réception de ces situations. Plus particulièrement, il s'agit de comparer le rôle joué par les notions d'ordre public international et de fraude à la loi dans chacun des pays lorsqu'il s'agit de reconnaître, en droit interne, une situation créée à l'étranger.

En France, l'ordre public et la fraude à la loi ont été utilisés pour refuser la transcription sur les registres français de l'état civil dans des arrêts du 6 avril 2011²⁷⁵⁶ et du 13 septembre 2013²⁷⁵⁷.

L'ordre public a été mobilisé notamment à l'occasion de l'affaire MENESSION. Ce couple, dont la femme ne pouvait porter des enfants, s'était rendu en Californie. Un enfant avait été conçu avec les gamètes du père d'intention et ceux d'une amie du couple. Un jugement de la Cour suprême de Californie avait alors conféré au père biologique et à la mère d'intention la qualité de père génétique et de mère légale des enfants issus de la gestatrice. Il en allait de même des actes de naissance. Le ministère public demandait l'annulation de la transcription des actes de naissance. Il s'était fondé, en appel, sur l'instruction générale de l'état civil. Confirmant le jugement rendu par le TGI de Créteil le 13 décembre 2005, tout en procédant à une substitution de motifs, la cour d'appel avait retenu que « *le ministère public, qui ne conteste ni l'opposabilité en France du jugement américain, ni la foi à accorder, au sens de l'article 47 du Code civil aux actes dressés en Californie dans les formes usitées dans cet État, est irrecevable au regard de l'ordre public international, à solliciter l'annulation des actes transcrits sur les registres du service central de l'état civil de Nantes* »²⁷⁵⁸. Cet arrêt a été frappé d'un pourvoi et a donné l'occasion à la Cour de cassation de retenir, au visa des articles 423 du Code de procédure civile et 16-7 du Code civil, que « *le ministère public peut agir pour la défense de l'ordre public à l'occasion de faits portant atteinte à celui-ci* »²⁷⁵⁹. Sur renvoi, la cour d'appel de Paris a jugé recevable l'action du ministère

²⁷⁵⁶ Cass. civ. 1^{re}, 6 avril 2011, n° 09-66.486, n° 09-17.130, n° 10-19.053 : *D.*, 2011, 1522, Note BERTHIAU D., BRUNET L. ; *D.*, 2011, 1064, Note LABBÉE X. ; *D.*, 2011, 1585, Note GRANET-LAMBRECHTS F. ; *AJ famille*, 2011, 262, Interview DOMINGO M. ; *AJCT*, 2011, 301, Obs. SIFFREIN-BLANC C., *RTD civ.*, 2011, 340, Obs. HAUSER J.

²⁷⁵⁷ Cass. civ. 1^{re}, 13 septembre 2013, n° 12-18.315 : *Dalloz actualité*, 17 septembre 2013, GALLMEISTER I. ; *AJ famille*, 2013, 579, Note CHÉNÉDÉ F. ; *RTD civ.*, 2013, 816, Obs. HAUSER J. ; *AJ famille*, 2013, 600 ; *AJCT*, 2013, 517, Note MESA R. ; *D.*, 2013, 2377, PETIT C. ; *D.*, 2013, 2384, Note FABRE-MAGNAN ; *D.*, 2013, 2349, Note FULCHIRON H. ; *JCP G*, 2013, n° 39, 985, Note MIRKOVIC A. ; *LPA*, 1^{er} octobre 2013, 7, Note LEGRAND V. ; *RJPF*, 2013-10/11, Obs. CORPART I. ; *RJPF*, 2013-10/8, Note DREIFUSS-NETTER F. ; *RJPF*, 2013-11/5, Note LE BOURSICOT M.-C. ; *RLDC*, 2013, n° 109, 41, Note BRUNETTI-PONS C. Confirmé par : Cass. civ. 1^{re}, 19 mars 2014, n°13-50.005 : *D.*, 2014, 1797, Note CHÉNÉDÉ F. ; *D.*, 2014, 1806, AVOUT L. (d').

²⁷⁵⁸ CA Paris, 25 octobre 2007, n° 06/00507 : *BICC*, 15 janvier 2008 : *D.*, 2007, 2953, Note LUXEMBOURG F. ; *D.*, 2008, 434, Note BANDRAC M., DELAISI-DE-PARSEVAL G., DEPADT-SEBAG V. ; *D.*, 2008, 1371, Note GRANET-LAMBRECHTS F. ; *AJ famille*, 2007, 478, Note CHÉNÉDÉ F. ; *Gaz. Pal.*, 2008, 1, 308, Note GEOUFFRE DE LA PRADELLE G. (de) ; *RJPF*, 2008-2/12, Note LE BOURSICOT M.-C. ; *RTD civ.*, 2008, 93, Obs. HAUSER J. ; *JDI*, 2008, 145, Obs. CUNIBERTI G. ; *Dr. fam.*, 2007, Alerte 87, LAMARCHE M. ; *JCP G*, 2009, I, 102, Note RUBELLIN-DEVICHI J. ; *D.*, 2008, 1507, Note JAULT-SESEKE F.

²⁷⁵⁹ Cass. civ. 1^{re}, 17 décembre 2008, n° 07-20.468 : *Bull. civ.*, 2008, I, n° 289 ; *D.*, 2009, 332, Avis SARCELET ; *D.*, 2009, 340, Note BRUNET L. ; *D.*, 2009, 773, Note GRANET-LAMBRECHTS F. ; *D.*, 2009, 1557, Note JAULT-SESEKE F. ; *D.*, 2010, 604, Obs. GALLOUX J.-C. ; *JCP G*, 2009, I, 102, Obs. RUBELLIN-DEVICHI J. ; *JCP G*, 2009, II, 10020, Note MIRKOVIC A. ; *JCP G*, 2009, II, 10021, Note AVOUT L. (d') ; *AJ famille*, 2009, 80, Note CHÉNÉDÉ F. ; *Dr. fam.*, 2009, Comm. 15, MURAT P. ; *RJPF*, 2009-1/13, Note CORPART I. ; *Defrénois*, 2009, 549, Obs. MASSIP J. ; *RTD civ.*, 2009, 106, Obs. HAUSER J.

public. Bien qu'elle n'y ait pas été « *strictement invitée* »²⁷⁶⁰, elle relève que les actes d'état civil sont indissociables de la décision qui en constitue le soutien et procède au contrôle de sa régularité internationale. Elle annule ensuite la transcription des actes de naissance et ordonne la transcription de son arrêt en marge des actes de naissance annulés, en se fondant sur la contrariété avec la conception française de l'ordre public international²⁷⁶¹. Le pourvoi des époux n'a pas été accueilli par la Cour de cassation dans un de ses arrêts du 6 avril 2011²⁷⁶². Elle y retient qu'« *est justifié le refus de transcription d'un acte de naissance établi en exécution d'une décision étrangère, fondé sur la contrariété à l'ordre public international français de cette décision, lorsque celle-ci comporte des dispositions qui heurtent des principes essentiels du droit français ; 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, au regard de la filiation, à une convention portant sur la gestation pour le compte d'autrui, qui, fut-elle licite à l'étranger, est nulle d'une nullité d'ordre public aux termes des articles 16-7 et 16-9 du Code civil* ». Il en résulte l'inclusion de l'article 16-7 au sein de la conception française de l'ordre public international. Cette inclusion « *traduit l'idée que la notion d'ordre public n'est pas réservée à la sauvegarde des seuls droits fondamentaux. Elle doit également servir à la défense de certaines valeurs spécifiques au « droit français », sous-entendu de conception et d'origine nationale, tels certains choix sociétaux par exemple* »²⁷⁶³. Cette solution n'allait pas nécessairement de soi dans la mesure où l'indisponibilité de l'état des personnes n'apparaît pas comme un principe absolument intangible en droit français²⁷⁶⁴, d'autant que l'ordre public international est une notion plus restreinte que l'ordre public interne²⁷⁶⁵. Un arrêt de la Cour de cassation du 8 juillet 2010²⁷⁶⁶ avait d'ailleurs pu laisser imaginer un potentiel assouplissement de sa jurisprudence²⁷⁶⁷. Toutefois, comme le souligne J. HAUSER, il était difficile de fonder un assouplissement de la jurisprudence sur une analogie avec l'arrêt du 8 juillet 2010, car il n'y a « *pas grand-chose de commun entre le fait de partager l'autorité parentale en cas d'adoption simple (...) et le fait de recourir à une mère porteuse* »²⁷⁶⁸.

Il convient d'ajouter que la jurisprudence refuse d'écarter la réaction de l'ordre public par le recours à l'intérêt de l'enfant. Dans l'affaire Menesson²⁷⁶⁹, la cour d'appel de Paris avait retenu dans son arrêt du 25 octobre 2007 que « *la non-transcription aurait des conséquences contraires à l'intérêt supérieur des enfants qui, au regard du droit français, se verraient privés d'actes d'état civil indiquant leur lien de filiation, y compris à l'égard de*

²⁷⁶⁰ GEOUFFRE DE LA PRADELLE G. (de), « Gestation pour autrui à l'étranger : annulation de la transcription des actes de naissance constatant une filiation cependant reconnue », *D.*, 2010, n° 26, p. 1685.

²⁷⁶¹ Ayant retenu la contrariété à la conception française de l'ordre public international, la cour considère qu'il est inutile de rechercher une éventuelle fraude à la loi.

²⁷⁶² Cass. civ. 1^{re}, 6 avril 2011, n° 10-19.053 : *Bull. civ.*, 2011, I, n° 72.

²⁷⁶³ SIFFREIN-BLANC C., « Mère porteuse : refus de transcription à l'état civil », *AJCT*, 2011, n° 6, p. 301 et s.

²⁷⁶⁴ BRUNET L., BERTHIAU D., « L'ordre public au préjudice de l'enfant », *D.*, 2011, n° 22, p. 1524.

²⁷⁶⁵ LOUSSOUARN Y., BOUREL P., DE VAREILLES-SOMMIÈRES P., *Droit international privé*, Paris, Précis, Dalloz, 2013, p. 356 ; VIGNAL T., *Droit international privé*, Paris, Université, Sirey, 2014, p. 113.

²⁷⁶⁶ Cass. civ. 1^{re}, 8 juillet 2010, n° 08-21.740 : *Bull. civ.*, 2010, I, n° 162 : *AJ famille*, 2010, 387, Note MIRKOVIC A., HAFTEL B., MÉCARY C. ; *RDS*, 2010, 1128, Note NEIRINCK C. ; *RCDIP*, 2010, 747, Note HAMMJE P. ; *RTD civ.*, 2010, 547, Obs. HAUSER J. ; *JDI*, 2011, 119, Note BOLLÉE S. Dans cette affaire la Cour de cassation rappelle que le refus d'*exequatur* fondé sur la contrariété de la décision étrangère avec la conception française de l'ordre public international nécessite que la décision étrangère comporte des dispositions qui heurtent les principes essentiels du droit français. Il n'en va pas ainsi d'une décision partageant l'autorité parentale entre la mère et l'adoptante de l'enfant.

²⁷⁶⁷ HAFTEL B., « Gestation pour autrui : éclairage de droit international privé », *AJ famille*, 2011, n° 5, p. 265 ; BRUNET L., BERTHIAU D., « L'ordre public au préjudice de l'enfant », *D.*, 2011, n° 22, p. 1524.

²⁷⁶⁸ HAUSER J., « L'externalisation et la délocalisation de la fabrication des enfants : arrêt sur image de la maternité pour autrui », *RTD civ.*, 2011, n° 2, p. 341.

²⁷⁶⁹ L'affaire a été tranchée par la CEDH. Sur cette question, voir *infra* § 446 et 451.

leur père biologique»²⁷⁷⁰. Toutefois, sur renvoi de la Cour de cassation, cette cour d'appel autrement composée a refusé de prendre en compte l'intérêt supérieur de l'enfant après avoir relevé, d'une part que cette notion ne saurait permettre de valider *a posteriori* le processus, et d'autre part, que les enfants ne sont pas privés du lien de filiation reconnu par le droit américain²⁷⁷¹. Elle procède ainsi à une appréciation *in abstracto* de l'intérêt de l'enfant²⁷⁷². Cette même position a été consacrée à l'issue du pourvoi en cassation, puisque dans son arrêt du 6 avril 2011, la Cour retient qu'il n'y a pas de violation des articles 8 CEDH et 3 CIDE, car les enfants ne sont ni privés de leur filiation dans l'État étranger ni empêchés de vivre avec leurs parents d'intention²⁷⁷³. Par ces jurisprudences, le droit français « refuse ici la logique du fait internationalement accompli »²⁷⁷⁴, ces arrêts marquant un refus « d'utiliser la notion d'intérêt supérieur de l'enfant pour évincer les normes d'ordre public interne »²⁷⁷⁵.

La Cour de cassation a également mobilisé la notion de fraude à la loi pour justifier le refus de transcription. Dans ses arrêts du 13 septembre 2013, elle retient qu'« en l'état du droit positif, est justifié le refus de transcription d'un acte de naissance fait en pays étranger et rédigé dans les formes usitées dans ce pays lorsque la naissance est l'aboutissement, en fraude à la loi française, d'un processus d'ensemble comportant une convention de gestation pour le compte d'autrui, convention qui, fut-elle licite à l'étranger, est nulle d'une nullité d'ordre public aux termes des articles 16-7 et 16-9 du Code civil »²⁷⁷⁶. Dans ces affaires, les faits étaient différents de ceux des arrêts de 2011 dans la mesure où les actes de naissance indiquaient comme parents l'homme français et la mère porteuse. Leurs énonciations étaient donc conformes à la vérité biologique. Cela explique que dans une de ces affaires, la cour d'appel de Rennes ait ordonné la transcription en se fondant sur la régularité formelle et la conformité à la réalité des énonciations des actes. La Cour de cassation exclut toutefois la transcription en se fondant sur la fraude à la loi. L'intérêt de l'enfant n'a pas été plus efficace que dans les arrêts du 6 avril 2011. En effet, la Cour de cassation relève ici « qu'en présence de cette fraude, ni l'intérêt supérieur de l'enfant que garantit l'article 3 § 1 de la convention internationale des droits de l'enfant, ni le respect de la vie privée et familiale au sens de l'article 8 de la CESDH ne sauraient être utilement invoqués »²⁷⁷⁷. Même si l'on peut regretter la formule, qui ne nous paraît pas suffisamment distinguer le champ d'application de l'article 8 et celui de l'admissibilité des restrictions, l'un des objectifs a été d'« attirer l'attention sur les limites de l'invocation des droits fondamentaux, et

²⁷⁷⁰ CA Paris, 25 octobre 2007, n° 06/00507 : *BICC*, 15 janvier 2008 : *D.*, 2007, 2953, Note LUXEMBOURG F. ; *D.*, 2008, 434, Note BANDRAC M., DELAISI-DE-PARSEVAL G., DEPADT-SEBAG V. ; *D.*, 2008, 1371, Note GRANET-LAMBRECHTS F. ; *AJ famille*, 2007, 478, Note CHÉNÉDÉ F. ; *RJPF*, 2008-2/12, Note LE BOURSICOT M.-C. ; *RTD civ.*, 2008, 93, Obs. HAUSER J. ; *JDI*, 2008, 145, Obs. CUNIBERTI G. ; *Dr. fam.*, 2007, Alerte 87, LAMARCHE M. ; *JCP G.*, 2009, I, 102, Note RUBELLIN-DEVICHI J. ; *D.*, 2008, 1507, Note JAULT-SESEKE F.

²⁷⁷¹ CA Paris, Pôle 1, Chambre 1, 18 mars 2010, n° 09/11017 : *D.*, 2010, 1683, Note GEOUFFRE DE LA PRADELLE G. (de) ; *AJ famille*, 2010, 233, Note CHÉNÉDÉ F. ; *RTD civ.*, 2010, 317, Obs. HAUSER J. ; *D.*, 2010, 1210, Note ÉGÉA V.

²⁷⁷² ÉGÉA V., « Gestation pour autrui : épilogue ? », *Dalloz actualité*, 4 mai 2010.

²⁷⁷³ Cass. civ. 1^{re}, 6 avril 2011, n° 09-66.486, n° 09-17.130, n° 10-19.053 : *D.*, 2011, 1522, Note BERTHIAU D., BRUNET L. ; *D.*, 2011, 1064, Note LABBÉE X. ; *D.*, 2011, 1585, Note GRANET-LAMBRECHTS F. ; *AJ famille*, 2011, 262, Interview DOMINGO M. ; *AJCT*, 2011, 301, Obs. SIFFREIN-BLANC C., *RTD civ.*, 2011, 340, Obs. HAUSER J.

²⁷⁷⁴ ÉGÉA V., « Gestation pour autrui : épilogue ? », *Dalloz actualité*, 4 mai 2010.

²⁷⁷⁵ *Ibid.*

²⁷⁷⁶ Cass. civ. 1^{re}, 13 septembre 2013, n° 12-18.315 : *Dalloz actualité*, 17 septembre 2013, GALLMEISTER I. ; *AJ famille*, 2013, 579, Note CHÉNÉDÉ F. ; *RTD civ.*, 2013, 816, Obs. HAUSER J. ; *AJ famille*, 2013, 600 ; *AJCT*, 2013, 517, Note MESA R. ; *D.*, 2013, 2377, PETIT C. ; *D.*, 2013, 2384, Note FABRE-MAGNAN M. ; *D.*, 2013, 2349, Note FULCHIRON H. ; *JCP G.*, 2013, n° 39, 985, Note MIRKOVIC A. ; *LP4*, 1^{er} octobre 2013, 7, Note LEGRAND V. ; *RJPF*, 2013-10/11, Obs. CORPART I. ; *RJPF*, 2013-10/8, Note DREIFUSS-NETTER F. ; *RJPF*, 2013-11/5, Note LE BOURSICOT M.-C. ; *RLDC*, 2013, n° 109, 41, Note BRUNETTI-PONS C.

²⁷⁷⁷ Cass. civ. 1^{re}, 13 septembre 2013, n° 12-18.315 ; Confirmé par : Cass. civ. 1^{re}, 19 mars 2014, n° 13-50.005 : *D.*, 2014, 1797, Note CHÉNÉDÉ F. ; *D.*, 2014, 1806, AVOUT L. (d').

plus particulièrement de l'intérêt de l'enfant, lorsqu'une fraude à la loi est en jeu. En effet, si la situation concrète de l'enfant en cause devait prévaloir sur toute autre considération, on aboutirait à faire « exploser » tout le droit relatif à l'adoption »²⁷⁷⁸.

Il s'agit désormais de comparer cette réaction, fondée sur l'ordre public et la fraude à la loi, avec celle de la Suisse qui est également un pays ayant adopté une législation restrictive sur la maternité de substitution.

En ce qui concerne la fraude à la loi, le droit suisse se montre hostile à la reconnaissance de la théorie française de la fraude à l'effet atténué de l'ordre public. Dans ce sens, S. OTHENIN-GIRARD considère que cette théorie « revient à qualifier de frauduleux des comportements qui ne le sont pas puisque les parties n'ont commis aucune manipulation des critères de rattachement »²⁷⁷⁹. Cela n'implique pas pour autant la reconnaissance en suisse dans la mesure où la *Binnenbeziehung*²⁷⁸⁰ pourra éventuellement permettre de faire intervenir la réserve en matière d'effet indirect²⁷⁸¹.

En ce qui concerne l'ordre public, notion « caméléon »²⁷⁸² par excellence, la doctrine apparaît divisée en l'absence de jurisprudence. Les autorités suisses²⁷⁸³ tendent à considérer que la conception suisse de l'ordre public international s'oppose à la reconnaissance de la situation créée à l'étranger. Il ressort notamment du mémento pour la maternité de substitution que « les autorités suisses compétentes (autorités cantonales de surveillance de l'état civil) peuvent refuser la reconnaissance de documents d'état civil ukrainiens si ceux-ci sont incompatibles avec l'ordre public suisse (art. 27 LDIP). Cela est clairement le cas pour les actes de naissance ukrainiens d'enfant conçus par l'intermédiaire d'une mère porteuse et mentionnant les parents suisses comme parents légitimes »²⁷⁸⁴. Cette pratique est mise en lumière par le rapport du Conseil fédéral qui rappelle les principaux arguments au soutien du refus de la reconnaissance du lien de filiation établi à l'étranger. Il s'agit d'abord du contournement des règles protectrices établies par le droit suisse. Il s'agit ensuite des droits de l'enfant puisque « il est contraire à l'ordre public suisse qu'un enfant né d'une maternité de substitution perde ses parents biologiques et que les parents d'intention puissent obtenir les droits de la parentalité sans égard à leur aptitude ». Il s'agit enfin de la « renonciation aux droits parentaux avant la naissance » par la mère porteuse, ainsi que des risques d'exploitation et pour la santé de la mère porteuse²⁷⁸⁵. Cette contrariété avec l'ordre public suisse était également relevée par le rapport de la commission internationale de l'état civil de 2003 qui indiquait que « dans l'hypothèse où l'acte de naissance aurait été dressé dans l'État étranger de la naissance, la contrariété de la convention de maternité de

²⁷⁷⁸ « Entretien : Frédérique DREIFUSS-NETTER », RJPF, 2013, n° 10, p. 9.

²⁷⁷⁹ OTHENIN-GIRARD S., *La réserve d'ordre public en droit international privé suisse. Personnes – famille – successions*, Neuchâtel, Thèse en droit, 1999, n° 103.

²⁷⁸⁰ C'est à dire la théorie de l'intensité des liens avec le for.

²⁷⁸¹ OTHENIN-GIRARD S., *La réserve d'ordre public en droit international privé suisse. Personnes – famille – successions*, Neuchâtel, Thèse en droit, 1999, n° 103. On parle d'effet indirect lorsque « la réserve intervient à l'encontre d'un acte étranger dont la reconnaissance ou l'exequatur est demandé ou d'une situation régulièrement créée à l'étranger qu'il s'agit de reconnaître dans l'État du for ». Il s'oppose à l'effet direct qui est caractérisé lorsque « la réserve intervient à l'encontre du résultat auquel conduit l'application par le juge d'une loi désignée par les règles de conflit du for ». Les définitions sont tirées de : OTHENIN-GIRARD S., *La réserve d'ordre public en droit international privé suisse. Personnes – famille – successions*, Neuchâtel, Thèse en droit, 1999, n° 9.

²⁷⁸² DUTOIT B., « L'ordre public : caméléon du droit international privé », in *Mélanges Guy Flattet*, Lausanne, Payot, 1985, p. 455.

²⁷⁸³ Sur la pratique rigoureuse des autorités de surveillance, voir : JAVAUX VENA M., SCHNICKEL-KÜNG J., « Liens de filiation étrangers et leur réception en droit suisse », in FOUNTOULAKIS C., RUMO-JUNGO A., *La famille dans les relations transfrontalières*, Genève, Zurich, Bâle, Schulthess, 2013, p. 143.

²⁷⁸⁴ CONFÉDÉRATION SUISSE, « Maternité de substitution en Ukraine », Juillet 2011, Disponible sur : http://www.eda.admin.ch/etc/medialib/downloads/edactr/ukr.Par.0138.File.tmp/Leihmutterchaft%20in%20der%20Ukraine_f.r.pdf, Consulté le 6 mars 2014.

²⁷⁸⁵ CONSEIL FÉDÉRAL, Rapport sur la maternité de substitution, Rapport du Conseil fédéral du 29 novembre 2013 en exécution du postulat 12.3917 du 28 septembre 2012, pp. 24-26.

substitution à l'ordre public suisse ferait obstacle à la reconnaissance et à la transcription de cet acte dans les registres helvétiques»²⁷⁸⁶. Le rapport de la CIEC de 2013 apparaît cependant plus nuancé. En effet, il semble relever que la maternité de substitution ne sera pas systématiquement jugée manifestement contraire à l'ordre public suisse. Il souligne d'ailleurs, en se référant au message du Conseil fédéral relatif à la LDIP²⁷⁸⁷, que « le principe de droit interne qui veut que le lien juridique de filiation maternelle s'établisse de plein droit, entre l'enfant et la femme qui lui a donné naissance (...), n'a pas été érigé en règle d'ordre public en droit international privé afin d'éviter les rapports boiteux »²⁷⁸⁸. Cette même nuance a été relevée par le Conseil fédéral qui indique, dans sa réponse à une question de J. FEHR, que « du point de vue du droit civil, la reconnaissance des liens de filiation relevant d'une maternité de substitution à l'étranger peut être refusée par les autorités suisses ou les tribunaux pour violation de l'ordre public suisse »²⁷⁸⁹.

Plusieurs fondements permettent, en effet, de justifier la reconnaissance des situations constituées à l'étranger.

Il est d'abord possible de considérer qu'il n'existe pas d'atteinte à l'ordre public, à l'instar d'A. BUCHER qui relève que « l'ordre public suisse ne semble pas violé lorsqu'une loi étrangère (...) reconnaît la filiation maternelle née en la mère génétique, par opposition à la mère de substitution ou mère porteuse »²⁷⁹⁰.

Ensuite, il est possible de nuancer les effets de l'ordre public par l'application de la *Binnenbeziehung*. Ainsi que le souligne S. OTHENIN GIRARD, « la réaction de l'ordre public ne devrait pas être la même selon que les adoptants sont des ressortissants suisses, fraîchement domiciliés à l'étranger lors du prononcé et qui ne sont restés dans cet État que pour une courte période ou qu'il s'agit au contraire de ressortissants étrangers qui ont vécu de longues années dans un État dans lequel l'adoption ou le transfert (...) étaient reconnus et dotés d'efficacité avant que le problème de la reconnaissance ne se pose en Suisse »²⁷⁹¹. Ce n'est donc que dans l'hypothèse où le lien entre la situation créée à l'étranger et la Suisse est suffisamment étroit que la réserve d'ordre public devrait pouvoir être mobilisée²⁷⁹². En outre, il a pu être relevé que le fait qu'un tribunal se soit prononcé à l'étranger pourrait exercer une influence notable sur la réaction de l'ordre public. Il conviendrait alors de distinguer les hypothèses dans lesquelles la filiation a simplement été établie par un acte de naissance étranger de celles dans lesquelles la filiation a été établie suite à un contrôle de la part d'une autorité judiciaire étrangère²⁷⁹³.

Enfin, la protection des droits fondamentaux pourrait être utilisée pour limiter les effets de la réserve d'ordre public. En ce qui concerne la mère porteuse, le rapport du Conseil fédéral indique que la reconnaissance pourrait être refusée en cas d'atteinte à la dignité de la mère gestatrice mais qu'il ne résulte pas « de manière générale de l'art. 7 en relation avec l'art. 119 al. 2 [Cst. féd.] que chaque cas de maternité de substitution

²⁷⁸⁶ GRANET F., *L'établissement de la filiation maternelle et les maternités de substitution dans les États de la CIEC*, 20 février 2003, p. 12, Disponible sur : <http://www.ciec1.org/Documentation/NotePMA.pdf>, Consulté le 6 mars 2014.

²⁷⁸⁷ FF 1983 I 358.

²⁷⁸⁸ GRANET F., *La maternité de substitution et l'état civil de l'enfant dans des États membres de la CIEC*, Février 2014, p. 27, Disponible sur : <http://www.ciec1.org/Etudes/MaternitesSubstitution7.2.2014.pdf>, Consulté le 6 mars 2014.

²⁷⁸⁹ Réponse du Conseil fédéral du 11 mai 2011 à la question de Jacqueline FEHR, Déposée au Conseil national, 14 mars 2011, n° 11.1013.

²⁷⁹⁰ BUCHER A., *Loi sur le droit international privé. Convention de Lugano*, Bâle, Commentaire romand, Helbing & Lichtenhahn, 2011, p. 589.

²⁷⁹¹ OTHENIN-GIRARD S., *La réserve d'ordre public en droit international privé suisse. Personnes – famille – successions*, Neuchâtel, Thèse en droit, 1999, n° 936.

²⁷⁹² GUILLOD O., HELLE N., « Les voyages forment la jeunesse ou tourisme et procréation médicalement assistée », in *Mélanges Knoepfler*, Bâle, Helbing & Lichtenhahn, 2005, p. 443.

²⁷⁹³ CONSEIL FÉDÉRAL, Rapport sur la maternité de substitution, Rapport du Conseil fédéral du 29 novembre 2013 en exécution du postulat 12.3917 du 28 septembre 2012, p. 32.

porte atteinte à la dignité de la mère porteuse »²⁷⁹⁴. Il faut ajouter à cette prise en considération des droits de la mère porteuse celle de l'intérêt supérieur de l'enfant. Cette notion est en effet fréquemment invoquée par la doctrine suisse au soutien d'une limitation des effets de la réserve d'ordre public, plusieurs auteurs relevant que l'enfant ne devrait pas être pénalisé du fait des actes de ses parents²⁷⁹⁵. Une opposition est souvent faite entre l'appréciation *in abstracto* et l'appréciation *in concreto* de l'intérêt de l'enfant et il est fréquemment remarqué qu'en matière de gestation pour autrui la Cour de cassation adopte une vision abstraite de l'intérêt de l'enfant²⁷⁹⁶. Cette vision abstraite s'oppose à la vision suisse qui s'attacherait davantage à l'intérêt particulier d'un enfant apprécié concrètement. Le rapport du Conseil fédéral souligne dans ce sens qu'il est nécessaire de procéder à une pesée d'intérêts dans chaque affaire. Ainsi, il relève qu'« un refus général de reconnaître un lien de filiation sans tenir compte du bien-être de l'enfant concerné viole l'art. 3 al 1 de la C[O]DE »²⁷⁹⁷ tout en soulignant que « le refus de reconnaître un lien de filiation établi par le biais d'une maternité de substitution peut dans un cas concret individuel être compatible avec les droits de l'enfant »²⁷⁹⁸. Cette opposition existe certainement. Il nous semble toutefois qu'il faille la compléter. En effet, il est également possible de soutenir que l'intérêt de l'enfant, apprécié de manière abstraite, implique de reconnaître le lien de filiation établi à l'étranger. Il s'agit alors de considérer que « l'intérêt objectif de l'enfant commande (...) qu'il puisse être doté d'une double filiation, paternelle et maternelle »²⁷⁹⁹. Cette exigence d'établissement d'un double lien de filiation apparaît comme un principe objectif essentiel en droit suisse²⁸⁰⁰. Comme le relève A. GOUTTENNOIRE, « on ne peut pas croire que priver un enfant, même seulement d'un point de vue légal, de ses parents puisse être conforme à un ordre public quel qu'il soit »²⁸⁰¹. Ce point de vue que nous rejoignons conduira à proposer une vision nouvelle des filiations faisant appel à un tiers, tout en maintenant la prohibition de la gestation pour autrui.

387. L'établissement en droit interne d'une situation créée à l'étranger – Mais au-delà de la reconnaissance de la situation créée à l'étranger, il est également possible de faire appel aux mécanismes tirés du droit interne, à savoir la reconnaissance, l'adoption et la possession d'état pour la France, afin d'établir le lien de filiation sur le territoire national. Il s'agit donc de distinguer la reconnaissance de la filiation établie à l'étranger qui a été évoquée plus haut et l'établissement de la filiation sur le territoire national consécutive à une naissance à l'étranger.

En France, les voies de la reconnaissance, de l'adoption et de la possession d'état sont actuellement fermées.

²⁷⁹⁴ *Ibid.*, p. 30.

²⁷⁹⁵ GUILLOD O., HELLE N., « Les voyages forment la jeunesse ou tourisme et procréation médicalement assistée », in *Mélanges Knoepfler*, Bâle, Helbing & Lichtenhahn, 2005, p. 445 ; DUTOIT B., *Droit international privé Suisse : commentaire de la loi fédérale du 18 décembre 1987*, Bâle, 2005, Helbing & Lichtenhahn, p. 258.

²⁷⁹⁶ Pour une analyse fouillée de la jurisprudence de la Cour de cassation sur cette distinction, voir : VIAL G., « La mise en œuvre jurisprudentielle du standard de l'intérêt de l'enfant : entre intérêt concret et intérêt général », in PUTMAN E., AGRESTI J.-P., SIFFREIN-BLANC C. (Dir.), *Lien familial, lien obligationnel, lien social, Livre II : lien familial et lien social*, Aix-Marseille, Inter-normes, PUAM, p. 123.

²⁷⁹⁷ CONSEIL FÉDÉRAL, Rapport sur la maternité de substitution, Rapport du Conseil fédéral du 29 novembre 2013 en exécution du postulat 12.3917 du 28 septembre 2012, p. 31.

²⁷⁹⁸ *Ibid.*

²⁷⁹⁹ GUILLOD O., HELLE N., « Les voyages forment la jeunesse ou tourisme et procréation médicalement assistée », in *Mélanges Knoepfler*, Bâle, Helbing & Lichtenhahn, 2005, p. 445.

²⁸⁰⁰ Voir *infra* § 467.

²⁸⁰¹ GOUTTENNOIRE A., « Filiation d'enfants nés d'une mère porteuse : parents aux États-Unis mais pas en France... », *Lexbase hebdo*, Edition privée générale, n° 389, n° N7217BNM.

Une affaire d'adoption soumise à la cour d'appel de Paris le 15 juin 1990²⁸⁰² mérite d'être examinée. Un enfant était né d'une convention de GPA dans le Kentucky et avait été déclaré comme étant né du père biologique, sans indication du nom de la mère. L'épouse du père biologique avait par la suite demandé l'adoption plénière de l'enfant de son conjoint. Le TGI de Paris, dans un jugement du 12 juillet 1989, avait rejeté la requête en se fondant sur le fait que « *l'adoption plénière consacrerait la pratique dite des « mères porteuses » qui est, en l'état actuel du droit positif et des mœurs, contraire à la loi et à l'ordre public ; que la mesure sollicitée constituerait également un détournement de l'institution de l'adoption* ». La mère d'intention, qui avait déjà obtenu l'adoption plénière d'un premier enfant issu du même procédé, a interjeté appel. La cour d'appel²⁸⁰³ relève, même si la méthode a pu être critiquée²⁸⁰⁴, qu'il y a lieu d'appliquer la règle de conflit de l'article 311-14 du fait de la présence d'un élément d'extranéité. Elle en déduit que la loi compétente pour examiner la question de l'adoption est la loi de l'État du Kentucky puisqu'il s'agit de la loi personnelle de la mère au jour de la naissance de l'enfant. Elle relève ensuite que les trois décisions étrangères, à savoir l'acte de naissance mentionnant uniquement le nom du père biologique, la décision du tribunal de district reconnaissant le père naturel de l'enfant à laquelle est jointe un accord de garde et d'entretien conclu entre le père et la mère naturelle, et enfin l'ordonnance mettant fin aux droits parentaux de la mère et les transférant au père biologique, ont autorité de plein droit. La Cour en conclut que l'abandon et le transfert des droits sur l'enfant ne heurtent pas la conception française de l'ordre public international qui joue ici sous sa forme atténuée et ne fait pas obstacle au prononcé de l'adoption plénière. Elle y ajoute que la maternité de substitution ne heurte ni le principe de l'indisponibilité de l'état des personnes ni celui de l'indisponibilité du corps humain. Elle prononce donc l'adoption plénière qu'elle juge à la fois conforme aux conventions internationales et à l'intérêt de l'enfant et « *seule de nature à assurer la parfaite cohésion de la famille* »²⁸⁰⁵. Cet arrêt n'a pas fait l'objet d'un pourvoi en cassation²⁸⁰⁶. Il semble cependant évident, au vu de la jurisprudence de la Cour de cassation, qu'il serait cassé du fait du détournement de l'institution de l'adoption.

La voie de la possession d'état, qui avait été proposée par X. LABBÉE notamment²⁸⁰⁷, apparaît également impraticable. Elle a, en effet, été fermée par l'un des arrêts du 6 avril 2011 qui a rejeté la demande subsidiaire visant à faire établir par ce biais le lien de filiation paternelle²⁸⁰⁸. À nouveau, le

²⁸⁰² CA Paris, 1^{re} chambre, Section C, 15 juin 1990 : *RCDIP*, 1991, 711, Note LABRUSSE-RIOU C. ; *D.*, 1990, 540, Note BOULANGER F. ; *JDI*, 1990, 982, Note GAUDEMET-TALLON.

²⁸⁰³ *Ibid.*

²⁸⁰⁴ BOULANGER F., « Conformité à l'ordre public international dans son effet atténué de l'abandon par une mère naturelle de ses droits sur l'enfant et de leur transfert au père naturel, en vue de l'adoption plénière par l'épouse de ce dernier (maternité de substitution) », *D.*, 1990, n° 38, p. 543. L'auteur arrive au même résultat mais en préconisant un raisonnement différent. Il envisage d'une part, la possibilité de recourir aux rattachements alternatifs applicables à la reconnaissance selon l'article 311-17 du Code civil (loi personnelle de l'enfant ou loi personnelle de l'auteur de la reconnaissance) et d'autre part, les deux décisions judiciaires concernant les effets de la filiation. Sur ce second point, il conclut que le « *dépeçage n'a guère de sens* ». Il en conclut que la loi applicable est la loi américaine en se fondant sur le premier critère de rattachement en matière de reconnaissance, à savoir la loi personnelle de l'enfant.

²⁸⁰⁵ CA Paris, 1^{re} chambre, Section C, 15 juin 1990 : *RCDIP*, 1991, 711, Note LABRUSSE-RIOU C. ; *D.*, 1990, 540, Note BOULANGER F. ; *JDI*, 1990, 982, Note GAUDEMET-TALLON. Voir également la note très critique de C. LABRUSSE-RIOU qui considère au contraire que la compétence de la loi américaine est erronée et qu'il convient de soumettre l'adoption « *tant pour ses conditions que pour ses effets à la loi personnelle de l'adoptant sous réserve de la compétence de la loi personnelle de l'adopté en ce qui concerne le consentement à l'adoption* ». Elle envisage ensuite l'articulation entre contrat et statut personnel.

²⁸⁰⁶ BANDRAC M., DELAISI-DE-PARSEVAL G., DEPADT-SEBAG, « Repenser la prohibition de la gestation pour autrui », *D.*, 2008, n° 7, p. 434 et s., § 3.

²⁸⁰⁷ LABBÉE X., « L'enfant de la mère porteuse et la filiation interdite », *D.*, 2007, n° 18, p. 1254 ; LABBÉE X., « La gestation pour autrui devant la Cour de cassation », *D.*, 2011, n° 15, p. 1064.

²⁸⁰⁸ Cass. civ. 1^{re}, 6 avril 2011, n° 09-17.130.

processus de la maternité pour autrui rejait sur la filiation de l'enfant. Cette position peut paraître critiquable dans la mesure où, contrairement aux deux autres arrêts du 6 avril 2011, « *il ne s'agissait pas (...) d'envisager les effets d'une situation créée à l'étranger mais de constituer une situation juridique, en l'occurrence l'établissement par le jeu de la possession d'état de la filiation de l'enfant* »²⁸⁰⁹. Comme le souligne P. HAMMJE, « *l'existence même de l'article 311-15 du Code civil, qui réserve un sort spécifique aux règles françaises sur la possession d'état en les excluant du champ d'application de la loi normalement applicable à la filiation désignée par l'article 311-14 du Code civil, commande d'ailleurs une telle appréhension autonome de la question. Il apparaît curieux que la Cour excipe de l'ordre public international, alors que la question aurait en tout état de cause dû être réglée en droit français* »²⁸¹⁰.

Enfin, la voie de la reconnaissance consécutive à une gestation pour autrui à l'étranger a été fermée par un des arrêts du 13 septembre 2013, alors même qu'il s'agissait d'une voie préconisée par certains auteurs²⁸¹¹ et par le Conseil d'État²⁸¹². Dans cette affaire, le père biologique avait procédé à la reconnaissance prénatale de son enfant qui était né deux jours plus tard d'une mère porteuse indienne. Le procureur de la République avait intenté une action en contestation de paternité et la cour d'appel avait annulé la reconnaissance de paternité. L'auteur du pourvoi, relevant que la paternité peut être contestée en rapportant la preuve que l'auteur de la reconnaissance n'est pas le père, lui reprochait d'avoir violé les articles 332 al. 2 et 336 du Code civil. La Cour de cassation rejette le pourvoi en posant que « *l'action en contestation de paternité exercée par le ministère public pour fraude à la loi, fondée sur l'article 336 du Code civil, n'est pas soumise à la preuve que l'auteur de la reconnaissance n'est pas le père au sens de l'article 332* »²⁸¹³. Ainsi, la reconnaissance peut être annulée, du fait de la fraude à la loi²⁸¹⁴, alors même qu'elle est conforme à la vérité biologique.

Le droit suisse se montre plus souple. Concernant l'effet direct de la réserve, S. OTHENIN-GIRARD relève que « *si la pratique devait considérer que [les] adoptions restent possibles en application du droit suisse, indépendamment de la prohibition de la maternité de substitution, l'ordre public de l'État du domicile ou de l'État national des époux adoptant, prohibant par hypothèse l'adoption dans de telles circonstances, pourrait entrer en ligne de compte en application de l'article 77 al. 2 LDIP* ». Ainsi, si l'on considère, que la dissociation de l'opération et de l'adoption est impossible en droit suisse, l'ordre public pourra intervenir sur le fondement de l'article 77 al. 2 LDIP. *A contrario*, si l'on considère, comme nous l'avons retenu plus haut, que l'adoption d'un enfant conçu à la suite d'une maternité de substitution réalisée en Suisse est possible, le même procédé devrait être envisageable pour l'adoption en Suisse d'un enfant issu d'une gestation pour autrui à l'étranger soit directement, soit après un refus de reconnaître la filiation établie à l'étranger. Telle semble d'ailleurs être la position du rapport du Conseil fédéral. En effet, ce dernier relève que le père d'intention, qui serait également le père génétique, serait en capacité de reconnaître l'enfant qui pourrait ensuite être adopté par la mère d'intention non liée génétiquement à l'enfant. Si le père d'intention n'était pas le père, l'enfant

²⁸⁰⁹ BERTHIAU D., BRUNET L., « L'ordre public au préjudice de l'enfant », *D.*, 2011, n° 22, p. 1526.

²⁸¹⁰ HAMMJE P., « Maternité pour autrui, possession d'état et état civil », *RCDIP*, 2011, n° 3, p. 722 et s., § 10.

²⁸¹¹ Voir par exemple : NEIRINCK C., « La gestation pour autrui pratiquée à l'étranger et l'état civil de l'enfant qui en est né », *Dr. fam.*, 2011, n° 5, Étude 14, § n° 15.

²⁸¹² CONSEIL D'ÉTAT, *La révision des lois de bioéthique*, Les études du Conseil d'Etat, 9 avril 2009, p. 53.

²⁸¹³ Cass. civ. 1^{re}, 13 septembre 2013, n° 12-18.315.

²⁸¹⁴ La circulaire du 28 octobre 2011 envisage la gestation pour autrui comme un cas de fraude à la loi : circulaire du 28 octobre 2011 relative aux règles particulières à divers actes de l'état civil relatifs à la reconnaissance et à la filiation, NOR : JUSC1119808C, *BOMJL*, 30 novembre 2011, n° 2011-11, n° 317.

devrait faire l'objet d'une adoption commune²⁸¹⁵. En dissociant clairement la maternité pour autrui et l'établissement du lien de filiation, le droit suisse apparaît plus satisfaisant à l'égard de l'enfant que le droit français. La filiation peut être établie et est en adéquation avec la réalité biologique et sociologique. L'intérêt de l'enfant est sauvegardé par le processus d'adoption qui peut permettre de documenter la biographie de l'enfant et d'examiner son intérêt²⁸¹⁶.

388. Conclusion de la section 1 : la spécificité de l'acte médical procréatif révélée par le tourisme procréatif – Bien que les droits français et suisse n'aient pas autorisé les mêmes pratiques, ils sont tous deux confrontés à un phénomène identique : le tourisme procréatif. Ce constat montre clairement que l'autorisation des actes ne permet pas d'endiguer de telles pratiques. Il ne saurait donc être question de s'aligner sur les législations les plus permissives sans tenir compte des particularités nationales relatives aux conceptions de la famille. Le droit comparé témoigne toutefois de la spécificité du tourisme procréatif au sein du tourisme médical. Cette spécificité, liée à sa dimension civile et familiale, a été démontrée à travers l'étude des enjeux auxquels le droit pénal et le droit de la filiation doivent faire face. Le droit français refuse de dissocier le traitement juridique de la filiation du recours à la maternité pour autrui. Il se montre ainsi plus ferme que le droit suisse, lequel présente un caractère plus pragmatique. L'étude de ce droit montre qu'une interdiction ferme de la maternité pour autrui, au plus haut niveau de la hiérarchie des normes, peut cohabiter avec la reconnaissance de la filiation conformément aux valeurs du droit interne.

²⁸¹⁵ CONSEIL FÉDÉRAL, Rapport sur la maternité de substitution, Rapport du Conseil fédéral du 29 novembre 2013 en exécution du postulat 12.3917 du 28 septembre 2012, p. 26.

²⁸¹⁶ *Ibid.*

SECTION 2 : LA SPÉCIFICITÉ DE LA DIMENSION IDENTITAIRE DU DON DE GAMÈTES RÉVÉLÉE PAR LE DROIT COMPARÉ

389. Une autre spécificité de l'acte médical procréatif réside dans la dimension identitaire attachée au don de gamètes. Cette dimension est particulièrement révélée par le droit comparé. L'identité personnelle apparaît en effet comme le parent pauvre du droit français si on le met en parallèle avec d'autres droits²⁸¹⁷. La construction législative du don de gamètes, fondée sur un modèle médicalisé du don d'éléments et produits du corps humain, voit ses limites révélées par le droit comparé. D'autres pays comme la Suisse insistent, au contraire, sur la dimension identitaire du don de gamètes (I). La consécration d'un droit à la connaissance de ses origines est désormais sollicitée par un certain nombre d'enfants issus d'un don de gamètes. Ces derniers, devenus adultes, sont aujourd'hui en mesure de faire entendre leur voix et de témoigner de leur vécu. Certains d'entre eux se sont constitués en associations²⁸¹⁸, d'autres ont écrit des ouvrages²⁸¹⁹ ou ont vu leur pensée relayée dans des livres²⁸²⁰. Certains se sont tournés vers la voie judiciaire afin de contester l'anonymat du don de gamètes. La nature spécifique des griefs soulevés à l'encontre de la règle de l'anonymat témoigne de la spécificité du don de gamètes (II).

I. LES LIMITES DE L'ASSIMILATION DU DON DE GAMÈTES AUX DONS D'ÉLÉMENTS ET PRODUITS DU CORPS HUMAIN RÉVÉLÉES PAR LE DROIT COMPARÉ

390. Le droit français a procédé à une construction du don de gamètes fondée sur l'analogie avec les autres éléments et produits du corps humain (A). Cette approche peut être utilement mise en exergue par le recours au droit comparé qui permettra également d'interroger la cohérence d'une telle assimilation (B).

A. L'assimilation française des gamètes aux autres éléments et produits du corps humain révélée par le droit suisse

391. Le droit français assimile les gamètes aux autres éléments et produits du corps humain qu'il englobe au sein d'une catégorie juridique. Cette qualification permet ensuite d'appliquer un régime

²⁸¹⁷ CONSEIL DE L'EUROPE, *Replies by the members states to the questionnaire on access to medically assisted procreation (MAP) and on the right to know about their origin for children born after MAP*, Strasbourg, 9 février 2012, CDBI/INF (2005) 7 REV 2, 88 p.

²⁸¹⁸ Les associations ne poursuivent pas toutes les mêmes objectifs et ne défendent pas la même position quant à l'anonymat du don de gamètes. Voir, par exemple : Association procréation médicalement anonyme (<http://www.pmanonyme.asso.fr/>, Consulté le 2 septembre 2014) ; Association des enfants du don (<http://www.adedd.fr/lassociation-des-enfants-du-don/>, Consulté le 2 septembre 2014) ; Association MAIA (<http://www.maia-asso.org/>, Consulté le 2 septembre 2014).

²⁸¹⁹ KERMALVEZEN A., *Né de spermatozoïde inconnu*, Paris, J'ai lu, 2010, 219 p. ; KERMALVEZEN A., *Mes origines : une affaire d'État*, Paris, Max Milo, 2014, 368 p.

²⁸²⁰ MEHL D., *Enfants du don. Procréation médicalement assistée : parents et enfants témoignent*, Paris, Robert Laffont, Le monde comme il va, 2008, 342 p. ; CLÉMENT J.-L., *Mon père c'est mon père. L'histoire singulière des enfants conçus par insémination artificielle avec donneur*, Paris, L'Harmattan, Santé, sociétés, cultures, 2006, 264 p. ; CLÉMENT J.-L., « L'insémination artificielle avec donneur : les enfants donnent leur avis », in JOUANNET P. et al., *Donner et après... La procréation par don de spermatozoïde avec ou sans anonymat ?*, Paris, Springer, L'homme dans tous ses états, 2010, pp. 117-151.

juridique unifié, constitué par de grands principes, à l'ensemble de ces éléments. Cette approche, que nous appellerons « principielle », a été héritée de la pratique médicale (1) puis consacrée par le législateur (2).

1. Une approche « principielle » héritée de la pratique médicale

392. Une approche « principielle » héritée de la pratique médicale en France – Comme bien souvent dans le domaine biomédical, la pratique a devancé le droit, et au moment de l'apparition des dons de gamètes il n'existait pas de règles spécifiques permettant de les réguler. Les médecins, conscients des dérives possibles, ont spontanément encadré ces pratiques. En France, l'insémination artificielle avec donneur a d'abord été largement condamnée²⁸²¹. Dans les années 50, elle était décriée comme étant une pratique allant à l'encontre du « *respect de la société, de la famille voire de la dignité humaine* »²⁸²². On lui reprochait notamment de violer la loi naturelle et de constituer un adultère. Cette position a également été défendue par l'Église catholique²⁸²³. L'IAD était alors reléguée au rang de pratique clandestine, rémunérée et pratiquée dans des conditions sanitaires souvent problématiques. Georges David a beaucoup œuvré pour l'acceptation sociale de l'insémination artificielle, en créant la première banque de sperme française, afin de permettre la « *reconnaissance de cette pratique comme moyen thérapeutique légitime de la stérilité masculine* »²⁸²⁴. Cette réhabilitation est passée par l'adoption d'un certain nombre de principes regroupés au sein d'une charte appliquée par l'ensemble des CECOS, ce qui a permis de rendre le donneur plus « *honorable* »²⁸²⁵. L'un des principes fondateurs est celui de l'anonymat. Il a été jugé comme une « *disposition essentielle dont la nécessité s'impose aussi bien du point de vue du donneur [que de celui] de la receveuse* »²⁸²⁶. Il s'agissait alors de se calquer sur le modèle du don du sang et d'appliquer à l'ensemble des dons les mêmes principes afin de créer un socle éthique commun. Le but consistait à faire bénéficier les dons de gamètes de l'image positive du don du sang. Le sperme était alors assimilé à un simple produit du corps humain dont il est fait « don » de manière altruiste. Grâce à l'effacement du donneur, le couple receveur pouvait ainsi cacher sa stérilité et ne pas révéler à l'enfant les modalités de sa conception ; l'objectif sous-tendu étant la protection de la famille et de la vie privée. Quant aux ovocytes, deux régimes cohabitaient en pratique : un système de don dirigé dans lequel la patiente recevait les ovocytes de la personne de son choix et un système anonyme.

393. L'anonymat dans la pratique médicale en Suisse – En Suisse, « *les doutes initialement émis sur la licéité de l'IAD ne l'ont pas empêchée de se propager au cours des années septante, en même temps qu'a crû graduellement son acceptation morale* »²⁸²⁷. L'ASSM a adopté des directives éthiques en 1981, 1985 et 1990²⁸²⁸. Les directives de

²⁸²¹ Pour plus de détails, voir : DAVID G., « Don et utilisation du sperme », in *Actes du colloque génétique, procréation et droit*, Paris, Actes sud, 1985, pp. 204-207.

²⁸²² RIVES N., « Peut-on se prononcer pour ou contre la levée de l'anonymat du don de gamètes », *Gynécologie, obstétrique et fertilité*, 2007, n° 35, p. 696.

²⁸²³ La sacrée congrégation pour la doctrine de la foi, instruction sur le respect de la vie humaine naissante et la dignité de la procréation », 22 février 1987, cité par : COMMISSION FÉDÉRALE D'EXPERTS POUR LA GÉNÉTIQUE HUMAINE ET LA MÉDECINE DE LA REPRODUCTION, Rapport au département fédéral de l'intérieur et au département fédéral de justice et police, Berne, 19 août 1988, FF 1989 III 1015.

²⁸²⁴ DAVID G., « Don et utilisation du sperme », in *Actes du colloque génétique, procréation et droit*, Paris, Actes sud, 1985, p. 206.

²⁸²⁵ INSTITUT SUISSE DE DROIT COMPARÉ, *Procréation artificielle, génétique et droit, Colloque de Lausanne des 29 et 30 novembre 1985*, Zurich, Schulthess, 1986, p. 66.

²⁸²⁶ *Ibid.*, p. 214.

²⁸²⁷ GUILLIOD O., « Des cigognes aux éprouvettes : les méthodes changent, l'amour reste », in *Journées de la Société de législation comparée*, Paris, Société de législation comparée, 1989, Vol. 11, n° spécial, p. 639.

1990 reprenant les directives de 1985 ont, tout comme en France, affirmé que « *le donneur / la donneuse sont anonymes ; ses intérêts doivent être sauvegardés et le secret de son identité garanti* »²⁸²⁹. Il n'est à aucun moment fait mention d'une analogie quelconque avec les autres éléments ou produits du corps humain. L'anonymat est présenté uniquement comme un mécanisme permettant de garantir la paix des familles et le respect de leur vie privée. Dans les deux pays, les médecins ont donc fait le choix de protéger le donneur et les receveurs, ce qui permet de favoriser les dons. Malgré ce point commun, la position suisse était nettement plus souple dans la mesure où l'article 8. 2 des directives de 1990 précisait que « *sur demande des parents ou de l'enfant, le médecin peut leur présenter les documents relatifs au donneur, à l'exception des indications permettant son identification* »²⁸³⁰. La comparaison de l'approche déontologique du don de gamètes permet d'ores et déjà de mettre en avant une particularité de la position française : l'existence d'une analogie entre les dons de gamètes et les dons d'autres éléments et produits du corps humain tels que le sang ou les organes. Cette spécificité va être reprise par le législateur.

2. Une approche « principielle » entérinée par le législateur en 1994

394. Une approche « principielle » entérinée par le législateur en 1994 en droit français – Le caractère « principal » de l'approche française peut être mis en lumière par la comparaison avec la Suisse. L'appréhension du don de gamètes résulte, en effet, dans ces deux pays d'une logique parfaitement distincte, en partie liée à des spécificités propres au processus législatif de chaque pays. Néanmoins, l'existence d'une différence de « structure » dans l'appréhension juridique de la problématique paraît significative d'une certaine logique liée à la faible prégnance de la notion d'identité en droit français. La France et la Suisse ont réglementé le don d'éléments et produits du corps humain en procédant de manière relativement différente. En France, le législateur a appréhendé le corps humain de manière globale et bipartite à travers deux lois : la loi relative au respect du corps humain et la loi relative au don et à l'utilisation des éléments et produits du corps humain, à l'AMP et au diagnostic prénatal²⁸³¹. La première insère, au sein du titre premier²⁸³² du livre premier²⁸³³ du Code civil, un chapitre intitulé « *du respect du corps humain* ». L'anonymat figure à l'article 16-8 CC qui dispose qu'« *aucune information permettant d'identifier à la fois celui qui a fait don d'un élément ou d'un produit de son corps et celui qui l'a reçu ne peut être divulgué. Le donneur ne peut connaître l'identité du receveur, ni le receveur celle du donneur* ». Ces dispositions sont d'ordre public en vertu de l'article 16-9 CC. Une approche systémique fondée sur la position de cet article dans le code semble indiquer que l'anonymat contribue au respect du corps humain. Cette analyse est confirmée par l'étude des débats parlementaires au cours desquels l'anonymat a été présenté comme le corollaire du principe de non-patrimonialité du corps humain. La seconde loi insère un livre deux dans la première partie du Code

²⁸²⁸ ASSM, *Recommandations d'éthique médicale sur l'insémination artificielle*, 1981 ; ASSM, *Directives médico-éthiques pour le traitement de la stérilité par fécondation in vitro et transfert d'embryons*, 1985 ; ASSM, *Directives médico-éthiques pour la procréation médicalement assistée*, 1990.

²⁸²⁹ HITZIG W., « Position de la commission d'éthique de l'académie suisse des sciences médicales », *CMS*, 1993, Vol. 37, n° 2, p. 125.

²⁸³⁰ ASSM, *Directives médico-éthiques pour la procréation médicalement assistée*, 1990.

²⁸³¹ Loi n° 94-653 du 29 juillet 1994 relative au respect du corps humain et loi n° 94-654 du 29 juillet 1994 relative au don et à l'utilisation des éléments et produits du corps humain à l'AMP et au diagnostic prénatal, *JORF*, 30 juillet 1994, p. 11056 et p. 11060.

²⁸³² « Des droits civils ».

²⁸³³ « Des personnes ».

de la santé publique²⁸³⁴, intitulé « *don et utilisation des éléments et produits du corps humain* ». Son titre premier relatif aux principes généraux se compose d'un chapitre unique au sein duquel l'article L 1211-5 CSP dispose que « *le donneur ne peut connaître l'identité du receveur ni le receveur celle du donneur. Aucune information permettant d'identifier à la fois celui qui a fait don d'un élément ou d'un produit de son corps et celui qui l'a reçu ne peut être divulguée* ». L'anonymat est donc présenté comme un principe général applicable à l'ensemble des dons d'éléments et produits du corps humain.

395. Une approche finalisée en droit suisse – L'approche suisse est très différente de l'approche française puisque la problématique du don d'éléments et produits du corps humain est abordée de manière morcelée par le biais de huit lois fédérales²⁸³⁵ non codifiées. Cette approche disparate peut s'expliquer par les spécificités organisationnelles liées au fédéralisme suisse. En effet, la compétence dans le domaine de la santé revenant traditionnellement aux cantons, le législateur fédéral ne peut agir qu'en présence d'une base constitutionnelle l'y habilitant. Les bases constitutionnelles multiples ont ainsi conduit à une multiplicité de lois. La loi relative à la procréation assistée pose la question de l'anonymat ou non des dons de gamètes de manière autonome, en prenant en compte les divers intérêts en jeu. Le législateur fédéral rappelle le droit à la connaissance de ses origines en faveur de l'enfant issu d'une PMA²⁸³⁶, ainsi que l'article 24^{novies} Cst. féd. l'y obligeait.

396. Des conceptions opposées – La présentation de l'appréhension législative du don de gamètes, d'un point de vue structurel, permet de mettre en exergue deux tendances opposées. L'approche française peut être qualifiée de « catégorielle » et « principielle ». « Catégorielle » puisqu'elle crée une catégorie nouvelle, « *les éléments et produits du corps humain* »²⁸³⁷, composée d'éléments variés (comme le sang, les organes ou les tissus) incluant les gamètes, mais également « principielle » dans la mesure où elle pose des principes généraux censés se décliner pour chaque type de don. Ainsi, à la catégorie « élément et produits du corps humain » correspond un régime juridique commun fondé sur des principes généraux au titre desquels figure l'anonymat. La création de cette catégorie englobante n'est pas anodine puisqu'elle conduit nécessairement à limiter la spécificité de chacune de ses composantes. L'approche suisse pourrait au contraire être qualifiée de finalisée. En effet, chaque type de don est abordé de manière spécifique en tenant compte de l'objectif poursuivi. À titre d'exemple, le traitement juridique des tissus est abordé par deux lois : la loi relative à la transplantation²⁸³⁸ lorsqu'ils sont utilisés à des fins de greffe et la loi relative à

²⁸³⁴ « Protection générale de la santé ».

²⁸³⁵ Loi fédérale sur la protection des données du 19 juin 1992, Entrée en vigueur au 1^{er} juillet 1993, RS 235.1, RO 1993 1945 ; Loi fédérale sur la procréation médicalement assistée du 18 décembre 1998, Entrée en vigueur au 1^{er} janvier 2001, RS 810.11, RO 2000 3055 ; Loi fédérale sur les médicaments et les dispositifs médicaux du 15 décembre 2001, Entrée en vigueur au 1^{er} janvier 2002, RS 812.21, RO 2001 2790 ; Loi fédérale relative à la recherche sur les cellules souches embryonnaires du 19 décembre 2003, Entrée en vigueur au 1^{er} mars 2005, RS 810.31, RO 2005 947 ; Loi fédérale sur la transplantation d'organes, de tissus et de cellules du 8 octobre 2004, Entrée en vigueur au 1^{er} juillet 2007, RS 810.21, RO 2007 1935 ; Loi fédérale sur l'analyse génétique humaine du 8 octobre 2004, Entrée en vigueur au 1^{er} avril 2007, RS 810.12, RO 2007 635 ; Loi fédérale sur les brevets d'invention du 25 juin 1954, Entrée en vigueur au 1^{er} janvier 1956, RS 232.14, RO 1955 893 ; Loi fédérale relative à la recherche sur l'être humain du 30 septembre 2011, Entrée en vigueur au 1^{er} janvier 2014, RS 810.30, RO 2013 3215.

²⁸³⁶ Art. 23 LPMA.

²⁸³⁷ PAUVERT B., « Le droit des éléments et produits du corps humain ou les enjeux d'une réification silencieuse », in NICOLAS G. (Dir.), *Les éléments et produits du corps humain, Les cahiers de droit de la santé du sud est*, LEH, n° 12, p. 13.

²⁸³⁸ Loi fédérale sur la transplantation d'organes, de tissus et de cellules du 8 octobre 2004, Entrée en vigueur au 1^{er} juillet 2007, RS 810.21, RO 2007 1935.

la recherche²⁸³⁹ lorsqu'ils sont utilisés à des fins scientifiques. Dans le cadre de cette approche téléologique, le don de gamètes est donc abordé en fonction de son objectif, à savoir la procréation.

B. L'incohérence de l'assimilation révélée par la comparaison des droits

397. Si l'étude du droit français permet de révéler l'incohérence de l'assimilation des gamètes aux autres éléments et produits du corps humain (1), les limites de l'approche principielle sont encore renforcées par le recours au droit comparé, puisque le droit suisse assure un traitement spécifique aux gamètes (2).

1. L'incohérente assimilation des gamètes aux autres éléments et produits du corps humain

398. L'anonymat corollaire de la non-patrimonialité – La différence structurelle entre les deux droits conduit à interroger la cohérence de l'approche principielle française. Le droit comparé nous montre en effet qu'un même principe, l'anonymat, est appliqué indistinctement à des situations dont la finalité diffère profondément. L'interrogation de la cohérence de notre système normatif passe alors par l'étude de la *ratio legis* de l'anonymat. Traditionnellement, il a été présenté comme un principe fondateur de « l'éthique à la française », corollaire du principe de non-patrimonialité du corps humain²⁸⁴⁰ puisqu'il permet d'éviter toute convention à titre onéreux sur le corps humain ou ses éléments, dans la mesure où le donneur et le receveur ne se connaissent pas. Cette fonction de l'anonymat est bien présente dans le cadre du don de gamètes. Il est cependant nécessaire d'apporter une précision d'ordre temporel. En effet, la question de l'anonymat peut se poser à deux moments distincts : lors du don ou *a posteriori*. Si l'application de l'anonymat au moment du don peut constituer le corollaire du principe de non-patrimonialité, il n'en va pas de même de son maintien définitif.

399. La spécificité de l'anonymat protecteur du donneur et du couple – Ce deuxième aspect doit donc être analysé séparément. Le maintien définitif de l'anonymat peut avoir deux types d'effets bien distincts qui varient en fonction de la finalité poursuivie. Dans le cadre des dons d'organes ou de tissus, il « impose une abolition symbolique de l'autre qui conjure les risques réels de perte d'identité subjective d'identité due à la recomposition partielle du corps »²⁸⁴¹.

Au contraire, dans le cadre du don de gamètes, l'objet du don n'est pas « une pièce rapportée » mais va permettre la transmission à l'enfant d'une partie de son patrimoine génétique. Il participe à son identité et à son individualité. L'anonymat du don de gamètes constitue alors une limite à la construction de l'identité. Pourtant, le législateur a réalisé ce choix afin de protéger d'autres valeurs spécifiquement liées à la procréation. Trois valeurs principales peuvent être relevées.

²⁸³⁹ Loi fédérale relative à la recherche sur l'être humain du 30 septembre 2011, Entrée en vigueur au 1^{er} janvier 2014, RS 810.30, RO 2013 3215.

²⁸⁴⁰ GUIBERT J., AZRIA E., « Anonymat du don de gamètes : protection d'un modèle social ou atteinte aux droits de l'homme ? », *Journal de gynécologie, obstétrique et biologie de la reproduction*, 2007, Vol. 36, n° 4, p. 367.

²⁸⁴¹ LABRUSSE-RIOU C., « L'anonymat du donneur : étude critique du droit positif français » in LABRUSSE-RIOU C., *Écrits de bioéthique*, Paris, Quadriga, PUF, 2007, p. 206.

L'anonymat permet, tout d'abord, de protéger le donneur contre toute intrusion de l'enfant dans sa vie. Si l'enfant ne connaît pas l'identité du donneur, il ne risque pas de chercher à le rencontrer, ni, le cas échéant, de revendiquer une part d'héritage. On peut toutefois s'interroger sur la pertinence de cet argument. En effet, l'exemple suisse nous montre clairement que ce sont les règles applicables en matière de filiation et non l'anonymat qui permettent de protéger le donneur en lui garantissant que son geste ne donnera pas lieu à des obligations juridiques envers l'enfant. S'il est vrai que la révélation de son identité constitue une atteinte à la vie privée du donneur, nous verrons que la Suisse tend à le protéger contre les intrusions de l'enfant qu'il peut, évidemment, ne pas souhaiter.

Par ailleurs, l'anonymat permet de protéger le couple receveur²⁸⁴². Ainsi que l'a souligné P. JOUANNET, il permet de donner toute sa place au parent stérile²⁸⁴³ et d'éviter que sa parentalité soit symboliquement remise en cause. Cette protection du couple receveur est également renforcée par la possibilité, pour lui, de maintenir le secret quant au mode de conception de l'enfant, grâce à l'appariement pratiqué entre le donneur et les receveurs. La protection de la famille prévaut donc sur les prérogatives de l'individu à connaître son identité génétique. Mais contrairement à ce qui a parfois été affirmé, il ne nous semble pas que le principe de l'anonymat aboutisse à la « *primauté de la technique* »²⁸⁴⁴, dans la mesure où il constitue un refus de réduire l'enfant à sa composante génétique. Pour autant, même s'il semble souhaitable d'affirmer que la génétique n'est pas tout, sa part ne peut pas pour autant être réduite à néant.

Enfin, F. LESAULNIER met en avant l'existence d'un intérêt public sous-jacent fondé sur « *une logique d'encouragement aux dons de manière générale* »²⁸⁴⁵. De nombreux auteurs ont en effet souligné qu'on court le risque de voir les dons se tarir en cas de levée de l'anonymat. Cet argument doit néanmoins être doublement nuancé. D'une part, il convient de noter que la levée du secret sur l'identité du donneur n'aboutit pas forcément à une situation de pénurie, comme le prouve la situation du centre hospitalier universitaire vaudois²⁸⁴⁶. D'autre part, la nécessité d'encourager les dons se pose différemment pour les dons d'organes ou de tissus et pour les dons de gamètes. Pour les premiers, l'État est tenu d'une obligation de protection de la santé en vertu de l'alinéa 11 du préambule de la Constitution de 1946 alors que les seconds visent à favoriser le désir de procréer des parents. Il résulte de l'ensemble de ces constatations que seule la fonction de l'anonymat en tant que corollaire du principe de non-patrimonialité du corps humain trouve à s'appliquer à l'ensemble des dons. Mise à part cette fonction, la *ratio legis* de l'anonymat du don de gamètes se distingue fortement de celle des autres types de dons. Cette spécificité est d'ailleurs prégnante à la lecture des divers rapports rendus préalablement à la rédaction des lois de bioéthique, puisque l'anonymat du don de gamètes y est systématiquement abordé dans le cadre de l'étude de la procréation médicalement assistée.

²⁸⁴² AGACINSKY S., *Corps en miettes*, Paris, Café Voltaire, Flammarion, 2009, p. 118.

²⁸⁴³ « *Le problème c'est que le père stérile est dévalorisé. Il a l'âme et pas les gènes, et sous prétexte qu'il n'a pas les gènes, il s'estime un père à moitié. Je crois qu'il faut donner sa vraie place à cet homme pour qu'il ne se sente pas un père à moitié. Pour moi, le père stérile n'est pas le géniteur, pourtant il procréé car c'est dans sa décision, dans son désir, de son amour pour sa femme que va naître un enfant avec le spermatozoïde du donneur. Le père stérile accomplit l'acte procréateur, le rôle du donneur est secondaire, son spermatozoïde est nécessaire mais remplaçable* » : cité par JULIENNE M., *Un bébé à tout prix*, Paris, Mango éditions, 2001, p. 77.

²⁸⁴⁴ ANDORNO R., « Les droits européens face à la procréation médicalement assistée : primauté de la technique ou primauté de la personne ? », *RIDC*, 1994, Vol. 46, n° 1, pp. 141-152.

²⁸⁴⁵ LESAULNIER F., « L'enfant né d'une procréation médicalement assistée et le secret de l'identité de l'auteur du don », *Médecine & droit*, 1998, n° 30, p. 19.

²⁸⁴⁶ PELET O., *Organes, tissus, cellules : loin du corps, loin de la personne ?*, Berne, Stämpfli, 2002, p. 352.

2. Le droit suisse comme révélateur de la spécificité du statut des gamètes

400. La nécessaire cohérence : la spécificité du traitement juridique des gamètes – L’approche finalisée adoptée par la Suisse met clairement en exergue cette unité matérielle qui ne transparaît pas dans le cadre de la codification française. Les règles relatives à l’assistance médicale à la procréation avec don de gamètes sont en effet éclatées en quatre corps de règles : les articles 16 et suivants du Code civil, les articles 311 et suivants du Code civil, la partie relative au don et à l’utilisation des éléments et produits du corps humain du Code de la santé publique et la partie relative à l’AMP du Code de la santé publique. La comparaison avec la Suisse montre que cet ancrage textuel disséminé ne contribue pas à favoriser la lisibilité de notre droit et aboutit en outre à limiter la spécificité des gamètes²⁸⁴⁷, laquelle transparaît pourtant clairement à l’étude de la *ratio legis*. Cette spécificité est liée au caractère bivalent des gamètes. Comme l’a montré O. PELET, une part du gamète peut être assimilée à une chose. Pourtant la doctrine répugne à utiliser une telle qualification²⁸⁴⁸. Ces résistances s’expliquent notamment par la deuxième facette des gamètes, vectrice d’une liberté, celle de procréer (dont est titulaire le donneur) qui constitue une émanation de la personnalité²⁸⁴⁹. Or, en France la facette impersonnelle du gamète, en tant que produit du corps humain, prévaut et la notion de « *don d’engendrement* »²⁸⁵⁰ est largement ignorée. Pourtant, du point de vue des droits fondamentaux, le donneur de gamètes renonce de manière ponctuelle à sa liberté de procréer et aux effets qui y sont attachés sur le plan de la filiation, et ce, afin de favoriser la celle d’un couple stérile. L’anonymat permet alors de favoriser la vie privée du donneur et la liberté procréative des parents au détriment de l’intérêt que pourrait avoir l’enfant à accéder à ses origines en tant que vecteur de son identité. Si l’étude de la *ratio legis* et des débats parlementaires fait ressortir ce choix, il semblerait qu’il soit cohérent de l’intégrer pleinement dans le cadre législatif. L’étude comparée avec la Suisse permet de mettre en lumière la nécessité de repenser les fondements de l’anonymat en fonction de sa finalité. Replacée dans le contexte de la procréation, la question de l’anonymat doit alors être posée dans les mêmes termes que celle de l’accouchement sous X ou de l’adoption plénière²⁸⁵¹.

401. Critique du modèle des éléments et produits du corps humain en droit français – La construction française d’un « *droit des éléments et produits du corps humain* »²⁸⁵² conduit à limiter la prise en compte de la spécificité du don de gamètes et contribue à la faible prégnance de la notion d’identité. Néanmoins, cette architecture fait l’objet d’un choix conscient lié à la volonté de favoriser certains droits, libertés ou certaines valeurs au détriment d’autres. Or, dans un ordre juridique donné, la Constitution fournit en principe un « *ordre de valeurs* »²⁸⁵³. Il apparaît donc nécessaire de se référer à l’appréhension constitutionnelle de l’identité. L’étude de la jurisprudence permettra également de relever la faiblesse de

²⁸⁴⁷ BAUDOUIN J.-L., LABRUSSE-RIOU C., *Produire l’homme de quel droit ? Étude juridique et éthique des procréations artificielles*, Paris, Les voies du droit, PUF, 1987, p. 195.

²⁸⁴⁸ PELET O., *Organes, tissus, cellules : loin du corps, loin de la personne ?*, Berne, Stämpfli, 2002, p. 39.

²⁸⁴⁹ *Ibid.*, p. 250.

²⁸⁵⁰ THÉRY I., « Du don de gamètes au don d’engendrement », *Revue du Mauss*, 2012, n° 39, p. 155.

²⁸⁵¹ FEUILLET B., « La levée de l’anonymat une question complexe », *Médecine & droit*, 2011, n° 106, p. 19.

²⁸⁵² PAUVERT B., « Le droit des éléments et produits du corps humain ou les enjeux d’une réification silencieuse », in NICOLAS G. (Dir.), *Les éléments et produits du corps humain, Les cahiers de droit de la santé du sud est*, LEH, n° 12, p. 13.

²⁸⁵³ PIERRE-CAPS S., « La Constitution comme ordre de valeurs », in *La Constitution et les valeurs, Mélanges en l’honneur de Dmitri Georges Lavroff*, Paris, Dalloz, 2005, pp. 283-296.

cette notion en droit constitutionnel français.

II. LA DIMENSION IDENTITAIRE DU DON DE GAMÈTES RÉVÉLÉE PAR LA NATURE SPÉCIFIQUE DES GRIEFS À L'ENCONTRE DE L'ANONYMAT

402. La dimension identitaire du don de gamètes transparait clairement si l'on étudie les griefs à l'encontre de l'anonymat de ce don. Les droits fondamentaux mobilisés sont très différents de ceux qui pourraient l'être dans un litige relatif aux autres dons d'éléments et produits du corps humain. Le droit à la connaissance de ses origines a été régulièrement invoqué devant les juges. La jurisprudence française, tant constitutionnelle (A) qu'administrative (B) peine pour l'instant à reconnaître un tel droit.

A. Le droit à la connaissance de ses origines invoqué devant le Conseil constitutionnel

403. On aurait pu penser que la QPC permette de renforcer la protection de l'identité personnelle. Néanmoins, cette dernière est peu prégnante dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel tant avant dans les contrôles *a priori* (1), qu'*a posteriori* (2). Il en résulte un réel refus d'assurer une protection constitutionnelle de l'identité.

1. La faible prégnance de l'identité dans les contrôles a priori

404. Des occasions absentes ou manquées – Avant l'avènement de la question prioritaire de constitutionnalité²⁸⁵⁴, il avait été constaté que « *le droit constitutionnel demeure avare lorsqu'il s'agit de donner des assises au droit de la famille ou au droit de la personnalité stricto sensu (...) Contrairement aux droits constitutionnels animés par un recours par voie d'exception, le droit constitutionnel français ne s'ancre guère dans les questions civiles* »²⁸⁵⁵. Pourtant, l'examen des lois 94-653 et 94-654 aurait pu constituer un terreau fertile à l'appréhension de la question de l'identité par le juge constitutionnel. En effet, le Conseil fut notamment saisi par 60 députés (conformément à l'article 61 al. 2) qui arguaient que l'interdiction de connaître l'identité de l'un de ses parents biologiques portait atteinte au droit à la santé de l'enfant et au libre épanouissement de sa personnalité²⁸⁵⁶. Dans sa décision du 27 juillet 1994²⁸⁵⁷, le Conseil a rejeté ces griefs, estimant laconiquement que « *l'interdiction de donner les moyens aux enfants ainsi conçus de connaître l'identité des donneurs ne saurait être regardée comme portant atteinte à la protection de la santé telle qu'elle est garantie par ce préambule* »²⁸⁵⁸. Dans

²⁸⁵⁴ Loi constitutionnelle n° 2008-724 du 23 juillet 2008 de modernisation des institutions de la V^e République, JORF, 24 juillet 2008, p. 11890.

²⁸⁵⁵ BIOY X., « L'identité de la personne devant le Conseil constitutionnel », RFDC, 2006, n° 65, pp. 73-74. Sur la faible appréhension du droit de la famille par le Conseil constitutionnel, voir également : HAUSER J., « Le Conseil constitutionnel et le droit de la famille », *Cahiers du Conseil constitutionnel*, 2004, n° 16, p. 104 et s.

²⁸⁵⁶ « Or le droit de chaque être humain à connaître son identité, sa filiation et ses racines est un droit fondamental. Nul ne peut déposséder une personne de l'identité dont elle est seule détentric, identité définie biologiquement dès la fécondation par la formation du programme génétique propre à chaque être humain. C'est tout particulièrement vrai de l'enfant, qui a un droit au libre épanouissement de sa personnalité. (...) L'interdiction pour l'enfant de connaître l'identité d'un de ses parents biologiques introduit en effet une rupture dans le processus d'identification, qui est fondamental pour la formation de la personnalité de tous les êtres humains ». Disponible sur : <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/les-decisions/acces-par-date/decisions-depuis-1959/1994/94-343/344-dc/saisine-par-60-deputes.46641.html>. Consulté le 15 octobre 2013.

²⁸⁵⁷ Conseil constitutionnel, Décision n° 94-343/344 DC, 27 juillet 1994, Loi relative au respect du corps humain et loi relative au don et à l'utilisation des éléments et produits du corps humain, à l'assistance médicale à la procréation et au diagnostic prénatal. Pour les commentaires, voir notamment : GDCC, 2011, n° 43 ; GADS, 2010, n° 3 ; D., 1995, 237, Note MATHIEU B. ; RFD-A, 1994, 1019, Note MATHIEU B. ; *Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger*, 1994, 1647, Note LUCHAIRE F. ; LPA, 14 décembre 1994, 34, Note DUPRAT J.-P.

²⁸⁵⁸ Consid. 11.

son dix-huitième considérant, le Conseil conclut que « l'ensemble des dispositions de ces lois mettent en œuvre, en les conciliant et sans en méconnaître la portée, les normes à valeur constitutionnelle applicables ». Ainsi, il ne s'oppose pas à l'anonymat du don de gamètes. Le contrôle exercé par le Conseil est limité et il est possible de constater avec B. MATHIEU que son « affirmation manque pour le moins d'un étayage suffisant »²⁸⁵⁹.

L'étude de la jurisprudence constitutionnelle suisse montrera²⁸⁶⁰ que, malgré l'existence d'un contrôle de constitutionnalité abstrait²⁸⁶¹, le juge s'est montré plus prolixe en mettant clairement en avant les conflits de droits fondamentaux en présence, ainsi que les modalités de leur conciliation. Ainsi que l'a regretté B. MATHIEU, « le juge constitutionnel aurait pu s'interroger sur la question de savoir s'il existe un droit à connaître ses origines qui pourrait être rattaché au droit de mener une vie familiale normale et qui pourrait devoir être concilié avec un droit à la stabilité familiale déduit de la même source »²⁸⁶². Quoi qu'il en soit, « refuser d'identifier la valeur juridique de ces droits permet à la haute juridiction de ne pas avoir à trancher le problème »²⁸⁶³. Une partie de la doctrine a estimé que le Conseil constitutionnel devait être félicité de ne pas s'être engagé dans la voie possible de la dignité de la personne prise comme le libre épanouissement de la personnalité, ce qui aurait conduit à réduire la filiation à ses aspects biologiques²⁸⁶⁴. Cette affirmation doit néanmoins être nuancée au vu des positions suisses qui mettent en exergue la possibilité de dissocier clairement filiation et connaissance des origines²⁸⁶⁵. L'étude du droit de la filiation a en effet permis de montrer le mythe de la « biologisation » du droit de la filiation, sous l'influence du droit de la santé. Si le Conseil constitutionnel n'a pas adopté une attitude volontariste dans le cadre de l'examen des lois 94-654 et 94-653, il ne s'est pas prononcé depuis, lors d'un contrôle *a priori*, sur la question de l'accès aux origines biologiques. En effet, la loi 2002-93²⁸⁶⁶ ne lui a pas été déférée.

2. La faible prégnance de l'identité dans les contrôles a posteriori

405. Conception restrictive de l'appréhension de la vie privée et familiale – L'apparition de la question prioritaire de constitutionnalité a indéniablement exercé une influence sur le droit civil, notamment en ce qui concerne le droit des personnes et de la famille²⁸⁶⁷. Le Conseil constitutionnel s'est prononcé à deux reprises sur la question de la connaissance de ses origines. Bien que ces affaires ne

²⁸⁵⁹ MATHIEU B., « Conformité à la Constitution des lois relatives au respect du corps humain et au don, et à l'utilisation des éléments et produits du corps humain, à l'assistance médicale à la procréation et au diagnostic prénatal », *D.*, 1995, n° 16, p. 240.

²⁸⁶⁰ Voir *infra* § 487 et s.

²⁸⁶¹ Contrôle de constitutionnalité des lois cantonales dans un délai de 30 jours.

²⁸⁶² MATHIEU B., « Conformité à la Constitution des lois relatives au respect du corps humain et au don, et à l'utilisation des éléments et produits du corps humain, à l'assistance médicale à la procréation et au diagnostic prénatal », *D.*, 1995, n° 16, p. 240.

²⁸⁶³ FATIN-ROUGE M., « Table ronde : constitution et secret de la vie privée, France », *AJJC*, XVI, 2000, p. 288.

²⁸⁶⁴ BIOY X., « L'identité de la personne devant le Conseil constitutionnel », *RFDC*, 2006, n° 65, pp. 85-86.

²⁸⁶⁵ Voir *infra* § 487 et s.

²⁸⁶⁶ Loi n° 2002-93 du 22 janvier 2002 relative à l'accès aux origines des personnes adoptées et pupilles de l'État, *JORF*, 23 janvier 2002, p. 1519.

²⁸⁶⁷ Au-delà des commentaires des décisions et pour une vue générale, voir notamment : MILLARD É., « Les premières QPC en droit civil », in PHILIPPE X., STEFANINI M., *Questions prioritaires de constitutionnalité : premiers bilans*, Aix-Marseille, PUAM, Les cahiers de l'institut Louis Favoreu, 2011, pp. 43-48 ; LARRIBAU-TERNEYRE V., « La question prioritaire de constitutionnalité en droit civil, quels risques ? », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Jean Hauser*, Paris, Dalloz, Lexis-Nexis, 2012, pp. 259-279 ; « Dossier : la Constitution et le droit des personnes et de la famille », in *Les nouveaux cahiers du Conseil constitutionnel*, Avril 2013, n° 39 ; « Dossier : la QPC en droit de la famille », *AJ famille*, 20 décembre 2012 ; BIBLIOTHÈQUE DROIT PRIVÉ, UNIVERSITÉ MONTESQUIEU BORDEAUX IV, « Dossier thématique : QPC et droit de la famille », Disponible sur : http://bib-droit-prive.u-bordeaux4.fr/sites/bib-droit-prive/IMG/pdf/sommaire_QPC_et_droit_de_la_famille.pdf, Consulté le 4 août 2013.

concernent pas directement la procréation médicalement assistée, elles permettent d'éclairer l'étendue de la protection constitutionnelle de la connaissance des origines.

Le Conseil a été saisi, dans un premier temps²⁸⁶⁸, de la conformité aux droits et libertés que la Constitution garantit de la dernière phrase du cinquième alinéa de l'article 16-11 du Code civil. Il était notamment reproché à la disposition en cause de violer le droit à la vie privée et le droit de mener une vie familiale normale. Le Conseil retient une conception relativement restrictive de ces notions. En ce qui concerne, en premier lieu, le droit au respect de la vie privée, il l'envisage de manière « *assez classique (...)* comme le droit de n'être troublé par autrui ni chez soi (inviolabilité du domicile), ni dans son quant à soi (inviolabilité de la sphère d'intimité) »²⁸⁶⁹. Le commentaire de la décision souligne d'ailleurs que « *jamais (...)* le Conseil constitutionnel n'a eu l'occasion de rattacher le droit de connaître ses origines ou de faire établir sa filiation au droit au respect de la vie privée »²⁸⁷⁰. Cette position s'inscrit en contraste avec celle retenue par le Tribunal fédéral suisse qui donne une portée plus importante au droit au respect de la vie privée. Il l'envisage en effet, à travers le concept de liberté personnelle, sous l'angle du libre développement de la personnalité et non uniquement sous son aspect défensif, en tant que droit au secret de la vie privée. En ce qui concerne en second lieu le droit de mener une vie familiale normale, le Conseil constitutionnel l'interprète également restrictivement dans la mesure où il se limite à une « *conception concrète* »²⁸⁷¹. Dans la lignée de ses décisions relatives aux couples homosexuels²⁸⁷², il l'envisage en effet comme le droit de vivre ensemble sans être dérangé et non comme le droit à voir consacrer juridiquement sa situation familiale²⁸⁷³.

406. Adoption d'une conception purement objective – Dans un second temps, le Conseil constitutionnel a été saisi de la constitutionnalité de la procédure d'accès aux origines dans le cadre d'un accouchement sous X. Le Conseil relève que le législateur a, d'une part poursuivi l'objectif de valeur constitutionnelle de protection de la santé et d'autre part, facilité la connaissance par l'enfant de ses origines personnelles. Puis, il souligne que les dispositions contestées ont visé « *à assurer le respect de manière effective, à des fins de protection de la santé, de la volonté exprimée par celle-ci de préserver le secret de son admission et de son identité lors de l'accouchement tout en ménageant, dans la mesure du possible, par des mesures appropriées, l'accès de l'enfant à la connaissance de ses origines personnelles* »²⁸⁷⁴ et qu'il ne lui appartient pas de substituer son appréciation à celle du législateur. Il conclut par l'absence d'atteinte au droit au respect de la vie privée et au droit de mener une vie familiale normale. Comme le relève D. ROMAN, le Conseil constitutionnel aboutit à la même solution que dans l'affaire Odièvre mais sa décision n'est pas pour autant le « *calque parfait de celle adoptée à Strasbourg* ». (...) *Là où la logique de la Cour européenne était subjective et reposait sur une fine conciliation de*

²⁸⁶⁸ Conseil constitutionnel, Décision n° 2011-173 QPC, 30 septembre 2011, M. Louis C. : *Gaz. pal.*, 19 novembre 2011, 36, Note BASILLE D. ; *Constitutions*, 2012, n° 1, 138, Note BIOY X. ; *AJ famille*, 2011, 549, Note CHÉNEDÉ F. ; *RJPF*, 2011-12/38, Note GARÉ T. ; *RTD civ.*, 2011, 743 Obs. HAUSER J. ; *Dr. fam.*, 2012, Alerte 89, LAMARCHE M. ; *RJPF*, 2012-1/13, Note PUTMAN E.

²⁸⁶⁹ « Commentaire de la décision n° 2011-173 QPC du 30 septembre 2011 », p. 9, Disponible sur : http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank/download/2011173QPCccc_173qpc.pdf, Consulté le 2 septembre 2014.

²⁸⁷⁰ *Ibid.*, p. 9.

²⁸⁷¹ *Ibid.*, p. 10.

²⁸⁷² Conseil constitutionnel, Décision n° 2010-92 QPC, 28 janvier 2011, Mmes Corinne C. et Sophie H. ; Conseil constitutionnel, Décision n° 2010-39 QPC, 6 octobre 2010, Mmes Isabelle D. et Isabelle B.

²⁸⁷³ « Commentaire de la décision n° 2011-173 QPC du 30 septembre 2011 », p. 11, Disponible sur : http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank/download/2011173QPCccc_173qpc.pdf, Consulté le 2 septembre 2014.

²⁸⁷⁴ Conseil constitutionnel, Décision n° 2012-248 QPC, 16 mai 2012, M. Mathieu E., Consid. 8 : *Dr. fam.*, 2012, Comm. 120, NEIRINCK C. ; *RFDC*, 2012, 869, Note NICOLAS G. ; *AJ famille*, 2012, 406, Note CHÉNEDÉ F.

droits individuels opposés, celle du Conseil est objective et tend à garantir la protection de la santé publique »²⁸⁷⁵. Le commentaire aux cahiers du Conseil constitutionnel semble même indiquer que la connaissance des origines, analysée comme un simple intérêt, « *ne résulte[rait] pas d'exigences constitutionnelles* »²⁸⁷⁶. Contrairement au droit suisse, qui est conforme à la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme qu'il a d'ailleurs précédée, le droit français semble donc peiner à reconnaître le droit à la connaissance de ses origines. Il convient donc de tenter d'expliquer les raisons de ce choix.

407. Causes de cette faible prégnance – Deux éléments principaux peuvent expliquer cette faible prégnance de l'identité dans la jurisprudence constitutionnelle. En premier lieu, la reconnaissance de l'inconstitutionnalité de la disposition relative à l'anonymat du don de gamètes sur le fondement du libre épanouissement de la personnalité (qui aurait pu être déduit de l'alinéa 10 du préambule de la Constitution de 1946) aurait pu avoir des conséquences importantes sur le droit de la famille français. On peut penser que le Conseil constitutionnel n'a pas voulu se substituer au législateur sur ce point dans la mesure où il existe en France une certaine tradition liée au secret des origines. Les dispositions relatives à l'anonymat du don de gamètes s'inscrivent donc en cohérence avec le reste de la législation. La comparaison avec la Suisse est significative de cet état d'esprit. En effet, contrairement à la France, ce pays est attaché à une certaine transparence et a toujours refusé, par exemple, l'accouchement sous X. On peut également mentionner une possible influence d'un arrêt de la Cour constitutionnelle fédérale allemande du 31 janvier 1989²⁸⁷⁷, qui est venu apporter une protection de valeur constitutionnelle au droit à la connaissance de ses origines génétiques. J.-M. THÉVOZ note ensuite une possible influence religieuse, car « *l'anonymat serait le fruit d'une culture plus catholique que protestante* ». Enfin, il propose une interprétation « *plus iconoclaste* » au terme de laquelle « *la question est indécidable (...) et [souligne] que les états décident plus selon leur inclinaison du moment* »²⁸⁷⁸. En second lieu, on peut penser que le Conseil constitutionnel a fait le choix de protéger le désir de procréer des parents en favorisant les dons ainsi que la paix des familles. Le secret des origines aurait alors « *pour fonction essentielle de permettre le développement des techniques d'assistance médicale à la procréation* »²⁸⁷⁹. En entérinant la position du législateur, la jurisprudence du Conseil Constitutionnel laisse peu de place à la notion de connaissance des origines en tant que vecteur de l'identité personnelle. Néanmoins, il est possible d'observer, en droit international et en droit comparé, une certaine convergence qui invite le Conseil constitutionnel à ne pas rester davantage en retrait²⁸⁸⁰.

²⁸⁷⁵ ROMAN D., « La constitutionnalité de la procédure d'accouchement sous X : une décision attendue et prévisible », *RDSS*, 2012, n° 4, p. 752.

²⁸⁷⁶ « Commentaire de la décision n° 2012-248 QPC du 16 mai 2012 », p. 11. Disponible sur : http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank/download/2012248QPCccc_248qpc.pdf, Consulté le 21 décembre 2012.

²⁸⁷⁷ Cité par : RENAUD B., « Anonymat, un mal nécessaire », *JCP N*, 2000, n° 21, p. 922.

²⁸⁷⁸ THÉVOZ J.-M., « La France et la Suisse opposées à propos de la protection de l'anonymat des donneurs de gamètes », *JIB*, 1996, Vol. 7, n° 1, p. 23.

²⁸⁷⁹ LETTERON R., *La procréation médicalement assistée*, Paris, Que sais-je ?, PUF, 1997, p. 78. *A contrario* pour l'Allemagne, voir : FURKEL F., « L'identification des donneurs de gamètes en R.F.A. », in FEUILLET-LIGER B. (Dir.), *Procréation médicalement assistée et anonymat : panorama international*, Bruxelles, Bruylant, 2008, p. 123.

²⁸⁸⁰ BIOY X., « Le libre développement de la personnalité en droit constitutionnel : essai de comparaison (Allemagne, Espagne, France, Italie, Suisse) », *RIDC*, 2003, Vol. 55, n° 1, p. 123.

B. Le droit à la connaissance de ses origines invoqué devant le juge ordinaire

408. La jurisprudence administrative et judiciaire a également été amenée à se prononcer sur la question du droit de connaître ses origines. Il apparaît pour l'instant inexistant dans le domaine de l'AMP (1) et très limité pour les personnes adoptées et pupilles de l'État (2).

1. Un droit non reconnu pour les enfants issus d'une AMP

409. Refus du juge administratif de consacrer un droit à la connaissance de ses origines – Le juge administratif a été saisi de la question par des enfants issus d'une assistance médicale à la procréation avec donneur. Il n'a pas non plus reconnu un droit à la connaissance de ses origines. Deux affaires sont actuellement en cours. Dans la première affaire, une jeune femme demande au CECOS la communication de divers documents relatifs aux origines de sa conception. La CADA, sur saisine obligatoire avant recours contentieux, ayant rendu un avis défavorable²⁸⁸¹, elle saisit le tribunal administratif de Montreuil. Dans un jugement du 14 juin 2012, le tribunal administratif rejette l'intégralité de ses prétentions²⁸⁸². Cette décision a été confirmée par la cour administrative d'appel de Versailles²⁸⁸³. Dans une seconde affaire, un homme avait demandé à l'AP-HP, au CHU et au CECOS la communication d'informations relatives au donneur de gamètes. Ses demandes ayant été rejetées, il saisit le tribunal administratif de Paris²⁸⁸⁴. Ce dernier a saisi le Conseil d'État pour avis sur le fondement de l'article 113-1 CJA²⁸⁸⁵. À la suite de l'avis du Conseil d'État²⁸⁸⁶, le tribunal administratif de Paris a statué dans un jugement du 6 décembre 2013²⁸⁸⁷. L'ensemble de ces décisions posant des problèmes juridiques similaires, il apparaît nécessaire de revenir sur les différents motifs retenus pour refuser de faire droit aux demandes des enfants issus d'un don.

410. Secret protégé par la loi – En premier lieu, le tribunal administratif de Montreuil, celui de Paris et la cour administrative d'appel de Versailles retiennent que les informations contenues dans le dossier du donneur de gamètes constituent un secret protégé par la loi au sens de l'article 6 de la loi du 11 juillet 1978. Après avoir rappelé les dispositions du Code civil et du Code de la santé publique, les juges relèvent que le demandeur et la demanderesse ne sont pas au nombre des personnes susceptibles d'accéder à ces informations. Cette solution, conforme aux textes applicables, contraste particulièrement avec un

²⁸⁸¹ Excepté pour les pièces relatives à la démarche de ses parents : CADA, Avis du 27 juillet 2010, n° 20102395, Responsable du CECOS Jean Verdier.

²⁸⁸² TA MONTREUIL, 14 juin 2012, n° 1009924 : *Jurisdata* n° 2012-012516 ; *JCP G*, 2 juillet 2012, 802, BINET J.-R. ; *AJDA*, 2012, 1188, Note BRONDEL S. ; *RTD civ.*, 2012, 520, Obs. HAUSER J. ; *D.*, 2012, 1618, Note MIRKOVIC A. ; *RLDC*, 2012, n° 96, 39, Note POULIQUEN É. ; *AJ famille*, 2012, 408, Note XÉMARD C. ; *RGDM*, 2013, n° 47, 29, Note CAPPELLARI A. ; *LPA*, 16 août 2013, 4, Note POMART C. ; *AJDA*, 2012, 2115, Note HENNETTE-VAUCHEZ S.

²⁸⁸³ CAA Versailles, 2 juillet 2013, n° 12VE02857 : *Jurisdata* n° 2013-019143, *JCP A*, 2013, n° 41, Act. 788.

²⁸⁸⁴ TA Paris, 21 septembre 2012, n° 1121183/7-1 : *AJDA*, 2012, 2115, Note HENNETTE-VAUCHEZ S. ; *LPA*, 16 août 2013, 4, Note POMART C. ; *RGDM*, 2013, n° 47, 29, Note CAPPELLARI A.

²⁸⁸⁵ Concernant l'existence de questions de droit nouvelles présentant des difficultés sérieuses et susceptibles de se poser dans de nombreux litiges.

²⁸⁸⁶ CE, Avis, 13 juin 2013, n° 362981 : *Jurisdata* n° 2013-011962 ; *Dr. fam.*, 2013, Comm. 113, BINET J.-R. ; *JCP G*, 24 juin 2013, 744, Note MIRKOVIC A. ; *D.*, 2013, 1626, Note GRAND R. ; *RFD A*, 2013, 1051, Concl. CRÉPEY E. ; *AJ famille*, 2013, 405, Note DIONISI-PEYRUSSE A. ; *RLDC*, 2013, n° 107, 44, Note POULIQUEN É.

²⁸⁸⁷ TA Paris, 6 décembre 2013, n° 1116202/6-3.

mouvement plus général favorable à l'accès aux documents administratifs²⁸⁸⁸. Ce mouvement favorable à la transparence a également prévalu dans l'encadrement de l'accès aux archives publiques²⁸⁸⁹ et implique de réfléchir sur l'articulation des dispositions du Code de la santé publique et du Code du patrimoine²⁸⁹⁰. En effet, il convient de s'interroger sur le devenir du dossier du donneur à l'issue du délai de conservation de 40 ans fixé par le Code de la santé publique²⁸⁹¹. Il s'agit plus particulièrement de se demander, d'une part si, à l'issue de ce délai, le dossier doit être conservé et d'autre part, si l'accès au dossier est possible sur le fondement de la législation relative aux archives publiques²⁸⁹². De manière critiquable²⁸⁹³, le tribunal administratif de Montreuil avait retenu dans la première affaire que « *l'article R 1244-5²⁸⁹⁴ du Code de la santé publique doit être regardé comme faisant obstacle à l'archivage du dossier de donneurs de gamètes avant une période révolue de quarante ans. Le dossier du donneur de gamètes (...) ayant été constitué au plus tôt (...) en 1972, il ne saurait en tout état de cause faire l'objet d'un archivage dans les conditions prévues par le Code de la santé publique* ».

En appel, la cour administrative de Versailles retient un raisonnement juridiquement plus convaincant²⁸⁹⁵. En effet, elle relève que « *le dossier d'un donneur de gamètes, s'il doit être conservé au moins quarante ans dans les conditions d'anonymat et de confidentialité (...), ne devient communicable de plein droit qu'au terme des délais fixés par les dispositions (...) de l'article L 213-2 du code du patrimoine* ». Elle confirme par là même que le droit des archives publiques pourrait s'avérer une voie fructueuse pour l'accès aux dossiers médicaux²⁸⁹⁶. Pour autant, elle ne fait pas droit à la demande de la requérante au motif que cette dernière, « *en se bornant à alléguer que bien qu'elle ignore tant la date de l'éventuel décès de son géniteur que sa date de naissance, il n'est pas exclu qu'elle entre dans le champ d'application des dispositions précitées du Code du patrimoine, [elle] ne soutient qu'à titre hypothétique que pourrait être intervenu le terme d'un des délais [prévus par le Code du patrimoine]* ». L'absence d'accès à toute information relative au donneur, et notamment la date de sa mort, empêche donc de prouver que les délais du Code du patrimoine sont remplis. Il est toutefois loisible de penser que cette preuve pourrait être considérée comme rapportée à l'issue d'un délai de cinquante ans, à partir de la date du document ou du document le plus récent inclus dans le dossier pour les dossiers dont la communication porte atteinte à la protection de la vie privée²⁸⁹⁷.

Quoi qu'il en soit, l'articulation des dispositions du Code de la santé publique et du Code du patrimoine est relativement complexe et gagnerait à être précisée. Les zones d'ombre relatives au devenir

²⁸⁸⁸ Sur cette question, voir : CAPPELLARI A., « L'anonymat, les juges et la loi », *RGDM*, 2013, n° 47, pp. 31-32.

²⁸⁸⁹ Notamment avec la loi n° 2008-696 du 15 juillet 2008 relative aux archives, *JORF*, 16 juillet 2008 p. 11322.

²⁸⁹⁰ L 213-2 C. Patr. : « *les archives publiques sont communicables de plein droit à l'expiration d'un délai de : (...) 2° vingt-cinq ans à compter de la date du décès de l'intéressé pour les documents dont la communication porte atteinte au secret médical ; 3° cinquante ans à partir de la date du document ou du document le plus récent inclus dans le dossier pour les documents dont la communication porte atteinte à la protection de la vie privée* ».

²⁸⁹¹ R 1244-5 CSP.

²⁸⁹² Pour les développements sur ce point nous renvoyons à notre article : CAPPELLARI A., « L'anonymat, les juges et la loi », *RGDM*, 2013, n° 47, pp. 32-35.

²⁸⁹³ Sur la critique liée à la notion d'archive : *Ibid.*, p. 33.

²⁸⁹⁴ Cet article est relatif au contenu du dossier du donneur de gamètes. Il précise que « *ce dossier est conservé pour une durée minimale de quarante ans et quel que soit son support sous forme anonyme. L'archivage est effectué dans des conditions garantissant la confidentialité. Le donneur doit, avant le recueil ou le prélèvement des gamètes, donner expressément son consentement à la conservation de ce dossier. Les informations touchant à l'identité des donneurs, à l'identification des enfants nés et aux liens biologiques existant entre eux sont conservées, quel que soit le support de manière à garantir strictement leur confidentialité. Seuls les praticiens agréés pour les activités mentionnées au premier alinéa ont accès à ces informations* ».

²⁸⁹⁵ Sur ce raisonnement avant cet arrêt : *Ibid.*, p. 34.

²⁸⁹⁶ L'efficacité a été démontrée : CADA, Avis du 16 avril 2009, n° 200091205, Directeur du centre hospitalier de Lorquin ayant conduit la DHOS à préconiser l'élimination des dossiers. Sur les détails, voir : CAPPELLARI A., « L'anonymat, les juges et la loi », *RGDM*, 2013, n° 47, pp. 33-34.

²⁸⁹⁷ Art. L 213-2 3° C. patr. Sauf à considérer que le Code de la santé publique empêcherait l'application des dispositions du Code du patrimoine. Mais il faudrait alors remarquer que l'anonymat du don de gamètes bénéficierait d'une protection supérieure à celle des documents couverts par le secret de la défense nationale : *Ibid.*, p. 35.

du dossier des donneurs de gamètes à l'issue du délai de quarante ans sont particulièrement regrettables dans un domaine aussi sensible. Ce constat nous conduira à proposer des modifications de la législation en vigueur²⁸⁹⁸. Au-delà de ce premier fondement peu remarqué par la doctrine, deux autres fondements sont très fréquemment invoqués à l'encontre de l'anonymat du don de gamètes.

411. Absence de droit à la connaissance de ses origines fondé sur l'article 7-1 CIDE – En deuxième lieu, il est possible de faire référence à l'article 7-1 de la CIDE. Tant le tribunal administratif de Montreuil que la cour administrative d'appel de Versailles ont rejeté les prétentions fondées sur cet article au motif qu'« *aux termes de l'article 1^{er} de la convention relative aux droits de l'enfant (...) « un enfant s'entend de tout être humain âgé de moins de dix-huit ans, sauf si la majorité est atteinte plus tôt en vertu de la législation qui lui est applicable* » ». Cette solution, déjà retenue en droit français dans d'autres domaines, nous semble réaliser une approche restrictive de la définition du terme « enfant »²⁸⁹⁹. Une approche plus souple aurait été préférable ainsi qu'en témoignera l'exposé du droit suisse.

412. Absence de droit à la connaissance de ses origines fondé sur l'article 8 CESDH – En troisième et dernier lieu, l'article 8 CESDH est fréquemment invoqué à l'appui d'un droit à la connaissance de ses origines. Dans son jugement, le tribunal administratif de Montreuil, après avoir rappelé la marge d'appréciation dont jouissent les États, avait retenu, dans une formule à notre sens peu adaptée²⁹⁰⁰, que « *la règle de l'anonymat du donneur de gamètes, qui répond notamment à l'objectif de respect de la vie familiale au sein de la famille légale de l'enfant conçu à partir de gamètes issus de ce don n'implique par elle-même aucune atteinte à la vie privée de la personne ainsi conçue* ». Cette solution a été réitérée par la cour administrative d'appel de Versailles qui a considéré que le refus d'accès aux données identifiantes et non identifiantes n'était pas incompatible avec la CESDH. Dans la seconde affaire, le Conseil d'État écarte également cet argument. Faisant écho à la position de la Grande chambre dans l'affaire S. H. contre Autriche²⁹⁰¹, il retient que les États bénéficient d'une large marge d'appréciation pour ménager un juste équilibre entre les intérêts en présence en matière d'AMP. Après avoir énuméré les différents intérêts en présence et les raisons ayant poussé le législateur à maintenir l'anonymat dans la loi de 2011²⁹⁰², le Conseil d'État conclut à l'absence de violation de l'article 8. Il semble donc, ainsi que cela avait pu être souligné²⁹⁰³, que l'arbitrage extrêmement clair réalisé par le législateur ait conduit le Conseil d'État à adopter une position en retrait. Cela transparait particulièrement dans l'avis qui retient qu'« *il n'appartient qu'au seul législateur de porter, le cas échéant, une nouvelle appréciation sur les*

²⁸⁹⁸ Voir *infra* § 483 et § 494 et s.

²⁸⁹⁹ CAPPELLARI A., « L'anonymat, les juges et la loi », *RGDM*, 2013, n° 47, pp. 35-36.

²⁹⁰⁰ *Ibid.*, pp. 37-39. La formule laisse, en effet à penser à une confusion entre champ d'application de l'article 8 et justification de la restriction à l'atteinte.

²⁹⁰¹ CEDH, Grande chambre, S. H. et autres contre Autriche, 3 novembre 2011, n° 57813/00 : *AJ famille*, 2011, 608, Note MIRKOVIC A. ; *RTD civ.*, 2012, 283, Note MARGUÉNAUD J.-P. ; *D.*, 2011, 2870 ; *Revue droit & santé*, 2012, n° 46, 274, Note LAMBERT-GARREL L.

²⁹⁰² Pour une étude des fondements de l'anonymat au vu des débats parlementaires de la loi relative à la bioéthique de 2011, voir : CAPPELLARI A., « L'anonymat, les juges et la loi », *RGDM*, 2013, n° 47, pp. 40-43.

²⁹⁰³ HENNETTE-VAUCHEZ (Stéphanie), « *Hard case* en vue ? L'anonymat du donneur de gamètes en débat devant le Conseil d'État », *AJDA*, 2012, n° 38, p. 2122.

considérations d'intérêt général à prendre en compte et sur les conséquences à en tirer ». Cette solution a été reprise par le tribunal administratif de Paris²⁹⁰⁴.

413. Cet exposé de la jurisprudence montre qu'un droit à la connaissance de ses origines n'est pas reconnu au bénéfice de l'enfant issu d'une assistance médicale à la procréation. Ce refus s'explique par les spécificités du droit de l'assistance médicale à la procréation qui est construit par analogie avec le droit des éléments et produits du corps humain, mais également par la volonté de faire prévaloir d'autres intérêts.

2. Un droit limité pour les personnes adoptées et pupilles de l'État

414. Ce souci est également présent pour les personnes adoptées et pupilles de l'État. Si cette thématique n'entre pas directement dans le champ de cette thèse, il apparaît toutefois nécessaire de la mentionner. En effet, son étude permet de faire émerger un double apport en faveur de la thématique de la thèse. D'une part, elle témoigne des réticences françaises à consacrer un droit à la connaissance de ses origines. D'autre part, elle est porteuse d'une évolution, certes timide, mais qui conduit à considérer que les droits des enfants issus d'un don de gamètes devraient progresser pour s'aligner, *a minima*, sur ceux des enfants issus d'un accouchement sous X.

415. Une évolution favorable à la réversibilité du secret des origines – L'examen de l'histoire de la législation française montre que le souci des origines apparaît comme une préoccupation relativement récente. En effet, entre 1924 et 1943, il semble qu'un seul auteur en fasse mention²⁹⁰⁵. C'est notamment à partir des années 1980-1990 que la question est apparue sur le devant de la scène, sous la conjonction d'un certain nombre de facteurs tels que le développement d'associations militantes²⁹⁰⁶ ou encore l'adoption de la Convention de La Haye²⁹⁰⁷ et de la CIDE²⁹⁰⁸. En droit interne, plusieurs rapports se sont interrogés sur l'existence d'un droit à la connaissance de ses origines²⁹⁰⁹. Dans son rapport intitulé *Le statut et la protection de l'enfance* de 1990, le Conseil d'État adopte une interprétation restrictive de l'article 7-1 CIDE en considérant que les termes « dans la mesure du possible » permettent d'accorder à l'état une certaine liberté lorsqu'il adopte des lois. Il propose toutefois de créer un conseil pour la recherche des origines familiales

²⁹⁰⁴ Qui retient également la formule que nous critiquons : selon laquelle « la règle de l'anonymat du donneur de gamètes, qui répond à l'objectif de préservation de la vie privée du donneur (...) n'implique par elle-même aucune atteinte à la vie privée de la personne ainsi conçue ».

²⁹⁰⁵ AN, Mission parlementaire sur l'accouchement dans le secret, Rapporteur Mme Brigitte BARÈGES, 12 novembre 2010, p. 15.

²⁹⁰⁶ *Ibid.*, p. 46 ; *Lamy droit des personnes et de la famille*, n° 436-5.

²⁹⁰⁷ CONFÉRENCE DE LA HAYE, Convention sur la protection des enfants et la coopération en matière d'adoption internationale, 29 mai 1993, Disponible sur : <http://www.hcch.net/upload/conventions/txt33fr.pdf>, Consulté le 19 mars 2014. Article 30 : « Les autorités compétentes d'un État contractant veillent à conserver les informations qu'elles détiennent sur les origines de l'enfant, notamment celles relatives à l'identité de sa mère et de son père, ainsi que les données sur le passé médical de l'enfant et de sa famille. Elle assurent l'accès de l'enfant ou de son représentant à ces informations, avec les conseils appropriés, dans la mesure permise par la loi de leur État » : BONFILS P., GOUTTENOIRE A., *Droits des mineurs*, Paris, Précis, Dalloz, 2014, p. 119.

²⁹⁰⁸ ONU, Convention relative aux droits de l'enfant, New York, 20 novembre 1989, Recueil des traités, Vol. 1557, pp. 62-80. Article 7-1 : « L'enfant est enregistré aussitôt sa naissance et a dès celle-ci le droit à un nom, le droit d'acquérir une nationalité et, dans la mesure du possible, le droit de connaître ses parents et d'être élevé par eux ».

²⁹⁰⁹ *Lamy droit des personnes et de la famille*, n° 436-15 ; SÉNAT, Rapport d'information fait au nom de la délégation du Sénat aux droits des femmes et à l'égalité des chances entre les hommes et les femmes sur le projet de loi n° 352 (2000-2001), adopté par l'Assemblée nationale relatif à l'accès aux origines des personnes adoptées et pupilles de l'État, Par M. Robert DEL PICCHIA, n° 65, Annexe au procès-verbal de la séance du 8 novembre 2001, pp. 22-30.

qui se verrait assigner une triple mission : participer à la recherche des parents, procéder au recueil de leur volonté relative à la levée du secret ou à l'exercice de leur droit de repentir et favoriser la médiation en vue du rapprochement psychologique des personnes en cause²⁹¹⁰. Le rapport *Enfant d'ici, enfant d'ailleurs : l'adoption sans frontières*, remis au Premier ministre en 1995 et élaboré par J.-F. MATTÉI et M.-C. LE BOURSICOT, ne proposait pas de remettre en cause la possibilité, accordée à la femme, de conserver l'anonymat, mais insistait sur le fait qu'il est « *indispensable pour l'intérêt de l'enfant et celui de la famille qui va l'adopter, de recueillir, conserver et transmettre des éléments non identifiants, notamment médicaux* »²⁹¹¹. La nécessité pour l'enfant de pouvoir reconstituer le début de son histoire est donc particulièrement mise en exergue²⁹¹². Le rapport de P. PASCAL²⁹¹³, à l'instar de celui du Conseil d'État, envisageait la création d'une instance de médiation indépendante qu'il proposait de baptiser conseil pour la recherche des origines familiales ou commission nationale pour l'accès aux origines personnelles²⁹¹⁴.

La loi de 1996 relative à l'adoption²⁹¹⁵, tout en intégrant certaines propositions des rapports PASCAL²⁹¹⁶ et MATTÉI²⁹¹⁷, n'avait pas pour autant procédé à la création d'une telle instance de médiation. Elle apparaissait toutefois comme un premier pas en faveur de la levée du secret puisqu'antérieurement à cette loi aucune disposition ne prévoyait la réversibilité du secret²⁹¹⁸. Cette loi était en effet porteuse de plusieurs évolutions importantes. Elle limitait la possibilité de demander le secret lors de la remise de l'enfant à l'aide sociale à l'enfance puisque cette faculté n'était plus ouverte qu'aux parents d'enfants de moins de un an, étant précisé que cette demande devait être expresse²⁹¹⁹. Elle permettait, en outre, de favoriser l'accès de l'enfant à deux principales catégories d'informations. Il s'agissait, en premier lieu, d'informations ne portant pas atteinte au secret de l'identité dont la loi organisait le recueil²⁹²⁰. Il s'agissait, en second lieu, des informations relatives à l'identité dans la mesure où l'article 62 al. 7 du Code de la famille et de l'aide sociale prévoyait que le procès-verbal d'admission devait mentionner que « *le demandeur a été informé de la possibilité de faire connaître ultérieurement son identité* ». Toutefois, cette loi a fait l'objet

²⁹¹⁰ Ces précisions sur le rapport du Conseil d'État sont tirées de : SÉNAT, Rapport d'information fait au nom de la délégation du Sénat aux droits des femmes et à l'égalité des chances entre les hommes et les femmes sur le projet de loi n° 352 (2000-2001), Adopté par l'Assemblée nationale relatif à l'accès aux origines des personnes adoptées et pupilles de l'État, Par M. Robert DEL PICCHIA, n° 65, Annexe au procès-verbal de la séance du 8 novembre 2001, pp. 22-23.

²⁹¹¹ MATTÉI J.-F., *Enfants d'ici, enfant d'ailleurs : l'adoption sans frontières : rapport au Premier ministre*, Paris, Collection des rapports officiels, La documentation française, 1995, p. 104.

²⁹¹² *Ibid.*, p. 105.

²⁹¹³ PASCAL P., *Rapport du groupe de travail sur l'accès des pupilles et anciens pupilles de l'État, adoptés ou non, à leurs origines*, Paris, Ministère des affaires sociales, Février 1996.

²⁹¹⁴ *Lamy droit des personnes et de la famille*, n° 436-15 ; AN, Mission parlementaire sur l'accouchement dans le secret, Rapporteur Mme Brigitte BARÈGES, 12 novembre 2010, p. 17 ; SÉNAT, Rapport d'information fait au nom de la délégation du Sénat aux droits des femmes et à l'égalité des chances entre les hommes et les femmes sur le projet de loi n° 352 (2000-2001), adopté par l'Assemblée nationale relatif à l'accès aux origines des personnes adoptées et pupilles de l'État, Par M. Robert DEL PICCHIA, n° 65, Annexe au procès-verbal de la séance du 8 novembre 2001, p. 23.

²⁹¹⁵ Loi n° 96-604 du 5 juillet 1996 relative à l'adoption, *JORF*, 6 juillet 1996, p. 10208 : *RTD civ.*, 1996, 599, Note REVET T. ; *D.*, 1999, 307, Note BOULANGER F. ; *JCP*, 1996, I 3979, Note RUBELLIN-DEVICHI J. ; *LPA*, 25 novembre 1996, 5, Note CORPART I. ; *RDSS*, 1997, 1, MONÉGER F.

²⁹¹⁶ SÉNAT, Rapport d'information fait au nom de la délégation du Sénat aux droits des femmes et à l'égalité des chances entre les hommes et les femmes sur le projet de loi n° 352 (2000-2001), adopté par l'Assemblée nationale relatif à l'accès aux origines des personnes adoptées et pupilles de l'État, Par M. Robert DEL PICCHIA, n° 65, Annexe au procès-verbal de la séance du 8 novembre 2001, p. 23.

²⁹¹⁷ AN, Rapport fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République sur le projet de loi (n° 2870), relatif à l'accès aux origines personnelles, Par Mme Véronique NEIERTZ, n° 3086, Enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 23 mai 2001, p. 10.

²⁹¹⁸ LARRIBAU-TERNEYRE V., AZAVANT M., *Répertoire de procédure civile Dalloz*, « Adoption », Juin 2013, n° 376.

²⁹¹⁹ Art. 31 de la loi du 5 juillet 1996 ; REVET T., « Loi n° 96-604 du 5 juillet 1996 relative à l'adoption », *RTD civ.*, 1996, n° 4, p. 1004.

²⁹²⁰ *Ibid.*

de certaines critiques liées tant à ses insuffisances et notamment à son articulation avec l'accouchement anonyme, qu'à l'absence de décret d'application précisant les conditions dans lesquelles les informations ne portant pas atteinte à l'identité du secret devaient être recueillies²⁹²¹.

Après la réforme du droit de l'adoption, le droit à la connaissance de ses origines s'est donc à nouveau trouvé au cœur de nombreuses réflexions. Plusieurs rapports en ont fait état²⁹²² en adoptant des préconisations variées. Certains rapports envisageaient la possibilité d'une révélation unilatérale de l'identité. Il en allait ainsi du rapport d'enquête sur l'état des droits de l'enfant en France qui proposait d'aménager le régime de l'accouchement sous X. Pour ce faire, il proposait de mettre en place la conservation des informations par une institution publique. Il suggérait que, pendant la minorité de l'enfant, le secret de l'identité puisse être levé avec l'accord de la mère de naissance. Après la majorité, l'accès sur demande serait de droit, sous réserve d'une simple information de la mère²⁹²³. Il en allait de même du rapport THÉRY qui allait plus loin puisqu'il proposait de supprimer l'accouchement sous X²⁹²⁴ et la possibilité pour les parents de remettre leur enfant de moins d'un an à l'aide sociale à l'enfance avec demande de secret²⁹²⁵. La suppression de l'accouchement sous X était également préconisée par le Défenseur des enfants qui proposait sa disparition progressive, l'article 7-1 de la CIDE renvoyant, selon lui, à la possibilité matérielle d'accéder à ses origines²⁹²⁶. Enfin, la recommandation 00-R6 du médiateur de la République s'inscrivait dans ce mouvement en préconisant la création d'une instance de recueil des informations et de médiation par le biais de laquelle il serait possible de procéder à une levée unilatérale du secret lorsque l'enfant devenu majeur le réclame. L'écoulement du temps apparaît donc comme une composante essentielle²⁹²⁷.

D'autres rapports adoptaient une position plus nuancée. Ainsi, le rapport DEKEUWER-DÉFOSSEZ proposait de conserver l'accouchement anonyme, tout en ménageant la possibilité d'organiser « *une voie concurrente* » en créant une instance chargée de la conservation des informations et de la médiation. Le rapport rejetait toute possibilité de révélation unilatérale et préconisait l'obtention de l'accord des intéressés²⁹²⁸. Le rapport de l'Académie nationale de médecine recommandait également de

²⁹²¹ Critiques tirées de : LARRIBAU-TERNEYRE V., AZAVANT M., *Répertoire de procédure civile*, « Adoption », n° 376.

²⁹²² La liste des rapports est tirée de la combinaison des sources suivantes : *Lamy droit des personnes et de la famille*, n° 436-15 ; AN, Mission parlementaire sur l'accouchement dans le secret, Rapporteur Mme Brigitte BAREGES, 12 novembre 2010, pp. 17-18 ; SÉNAT, Rapport d'information fait au nom de la délégation du Sénat aux droits des femmes et à l'égalité des chances entre les hommes et les femmes sur le projet de loi n° 352 (2000-2001), adopté par l'Assemblée nationale relatif à l'accès aux origines des personnes adoptées et pupilles de l'État, Par M. Robert DEL PICCHIA, n° 65, Annexe au procès-verbal de la séance du 8 novembre 2001, pp. 22-30.

²⁹²³ AN, Rapport fait au nom de la commission d'enquête sur l'état des droits de l'enfant en France, notamment au regard des conditions de vie des mineurs et de leur place dans la cité, Rapporteur M. Jean-Paul BRET, n° 871, Enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 6 mai 1998, Paragraphe consacré au droit contre la connaissance de ses origines, Disponible sur : <http://www.assemblee-nationale.fr/rap-enq/r0871-1.asp>, Consulté le 18 mars 2014.

²⁹²⁴ THÉRY I., *Couple, filiation et parenté aujourd'hui. Le droit face aux mutations de la famille et de la vie privée*, Paris, Éditions Odile Jacob, La documentation française, 1998, p. 179.

²⁹²⁵ *Ibid.*, p. 180.

²⁹²⁶ DÉFENSEUR DES ENFANTS, « Avis sur l'accès aux origines », 18 mai 2001, Disponible sur : <http://dde.defenseurdesdroits.fr/avis.html#Avis%20du%2018%20mai%202001>, Consulté le 20 mars 2014.

²⁹²⁷ SÉNAT, Rapport d'information fait au nom de la délégation du Sénat aux droits des femmes et à l'égalité des chances entre les hommes et les femmes sur le projet de loi n° 352 (2000-2001), adopté par l'Assemblée nationale relatif à l'accès aux origines des personnes adoptées et pupilles de l'État, Par M. Robert DEL PICCHIA, n° 65, Annexe au procès-verbal de la séance du 8 novembre 2001, p. 25.

²⁹²⁸ DEKEUWER-DÉFOSSEZ F., *Rénover le droit de la famille. Propositions pour un droit adapté aux réalités et aux aspirations de notre temps*, Paris, Rapports officiels, La documentation française, 1999, pp. 61-65.

maintenir l'accouchement tout en essayant d'améliorer les conditions de sa réalisation²⁹²⁹. Il préconisait par ailleurs d'indiquer clairement d'une part, à la mère, le fait qu'elle peut décider de révéler ultérieurement son identité et d'autre part, aux travailleurs sociaux, qu'ils peuvent informer l'enfant en cas de demandes expresses et concordantes des parties en faveur de la levée du secret²⁹³⁰. Il entrevoyait enfin la possibilité d'instituer un conseil indépendant pour la recherche des origines familiales qui aurait un rôle de collecte et de médiation en cas de volontés concordantes de la mère et de l'enfant²⁹³¹. L'avis de la commission consultative nationale des droits de l'homme s'inscrivait également dans cette mouvance, en prévoyant la possibilité pour la mère de laisser son identité qui pourrait être communiquée à l'enfant de plus de 18 ans qui en ferait la demande sous réserve de l'accord de la mère²⁹³². Enfin, l'étude *Accouchement sous X et secret des origines, comprendre et accompagner les situations en présence* refusait la levée unilatérale du secret. Elle recommandait de mettre en place des référents départementaux en charge de la coordination des actions relatives à l'accouchement sous X et la création d'un conseil pour la recherche des origines familiales²⁹³³.

416. Loi du 22 janvier 2002 : un droit limité par la volonté de la femme – Certaines préconisations de ces multiples rapports ont été reprises dans le cadre de la loi du 22 janvier 2002²⁹³⁴. Cette loi crée le Conseil national pour l'accès aux origines personnelles qui a notamment pour objet de faciliter l'accès des personnes adoptées et pupilles de l'État à leurs origines personnelles et qui se voit accorder un rôle de centralisation des données et de médiation. Elle supprime par ailleurs la possibilité, prévue à l'ancien article 224-5 du Code de l'action sociale et des familles, qui permettait aux parents de demander le secret lors de la remise d'un enfant de moins d'un an à l'aide sociale à l'enfance. Certains ont reproché à cette loi d'opérer des régressions²⁹³⁵ et de ne pas aller suffisamment loin puisque la femme qui a accouché est seule décisionnaire²⁹³⁶. Cela explique qu'à plusieurs reprises des propositions d'évolutions aient été formulées. Dans la lignée des préconisations de la mission d'information sur la famille et les droits de l'enfant²⁹³⁷, une proposition de loi avait été faite afin d'instaurer un accouchement dans la discrétion. Il s'agissait de

²⁹²⁹ HENRION P., « À propos de l'accouchement dit sous X », *Bulletin de l'Académie nationale de médecine*, 2000, Tome 184, n° 4, p. 819.

²⁹³⁰ *Ibid.*, p. 821.

²⁹³¹ *Ibid.*

²⁹³² COMMISSION NATIONALE CONSULTATIVE DES DROITS DE L'HOMME, Avis portant sur parentalité et droits de l'homme en rapport avec les dispositions juridiques et les pratiques sociales, Adopté par l'assemblée plénière le 14 janvier 1999, p. 1, Disponible sur :

http://www.cncdh.fr/sites/default/files/99.01.14_avis_portant_sur_la_parentalite_en_rapport_avec_les_dispositions_juridiques_et_les_pratiques_sociales.pdf, Consulté le 20 mars 2014.

²⁹³³ SÉNAT, Rapport d'information fait au nom de la délégation du Sénat aux droits des femmes et à l'égalité des chances entre les hommes et les femmes sur le projet de loi n° 352 (2000-2001), adopté par l'Assemblée nationale relatif à l'accès aux origines des personnes adoptées et pupilles de l'État, Par M. Robert DEL PICCHIA, n° 65, Annexe au procès-verbal de la séance du 8 novembre 2001, p. 28.

²⁹³⁴ Loi n° 2002-93 du 22 janvier 2002 relative à l'accès aux origines personnelles des personnes adoptées et pupilles de l'État, JORF, 23 janvier 2002, p. 1519.

²⁹³⁵ VERDIER P., « La loi du 22 janvier 2002 constitue-t-elle une avancée pour le droit à la connaissance de ses origines ? », *AF famille*, 2003, n° 4, p. 93. Recul par rapport à la jurisprudence de la CADA lorsque la mère n'a pas manifesté expressément sa volonté de préserver le secret, exclusivité du rôle du conseil au détriment potentiel des actions pratiques d'ores et déjà menées par certains services départementaux, exclusion potentielle de l'action en responsabilité par l'article L 147-7.

²⁹³⁶ MALLET-BRICOUT B., « Réforme de l'accouchement sous X. Quels équilibres entre les droits de l'enfant et les droits de la mère biologique ? », *JCP G*, 2002, n° 11, I, 119, § 7. Le titre d'un article de J. HAUSER est à cet égard particulièrement évocateur : HAUSER J., « Préliminaire : une mère quand elle veut, la maternité purement potestative », *RTD civ.*, 2003, n° 2, p. 276.

²⁹³⁷ AN, Rapport fait au nom de la mission d'information sur la famille et les droits de l'enfant, Rapporteur Mme Valérie PÉCRESSÉ, n° 2832, Enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 25 janvier 2006, p. 200 : « Elle considère que ces enfants devraient, à leur majorité, pouvoir connaître le nom de leur mère, les dix-huit années passées depuis leur naissance ayant permis à celle-ci de surmonter les difficultés qui l'avaient conduites à accoucher sous le secret. L'accouchement ne devrait plus pouvoir être anonyme et le secret ne serait plus que temporaire ».

supprimer l'anonymat tout en maintenant le secret. La révélation de l'identité de la femme ayant accouché était conditionnée par l'accord de cette dernière durant la minorité de l'enfant et devenait de droit après sa majorité²⁹³⁸. Cette distinction entre l'enfant mineur et l'enfant majeur était également prégnante dans une proposition de loi visant à garantir le droit aux origines personnelles²⁹³⁹. Ces propositions n'ayant pas abouti, le Premier ministre a chargé la députée B. BARÈGES de rendre un rapport sur une potentielle évolution de la législation relative à l'accouchement anonyme. Le rapport proposait de supprimer l'anonymat tout en maintenant l'accouchement dans le secret, afin de permettre à l'enfant devenu majeur de connaître l'identité de la femme dont il est issu après que cette dernière en a été informée²⁹⁴⁰. Toutefois, la proposition de loi reprenant les préconisations de ce rapport²⁹⁴¹ n'a pas davantage abouti que les précédentes. Il convient de noter que de telles évolutions auraient pu sembler bienvenues au vu des recommandations du comité international des droits de l'enfant qui avait indiqué, en 2004, qu'il « *pre[n]ait acte de la loi relative à l'accès à ses origines, adoptée le 22 janvier 2002. Il rest[ait] cependant préoccupé par le fait que les droits énumérés à l'article 7 de la Convention puissent ne pas être pleinement respectés par l'État partie et que le droit pour la mère de dissimuler son identité si elle le souhaite n'est pas conforme aux dispositions de la Convention* »²⁹⁴². Cette recommandation a été réitérée en 2009²⁹⁴³. La situation de l'enfant qui souhaiterait accéder à la connaissance de ses origines demeure régie par la loi du 22 janvier 2002.

Il apparaît nécessaire de rappeler brièvement les modalités d'accès aux origines de l'enfant afin de pouvoir mettre en parallèle la situation de l'enfant issu d'une assistance médicale à la procréation avec celle des pupilles de l'État et des enfants adoptés. Depuis l'adoption de la loi du 22 janvier 2002, il faut distinguer selon qu'une demande de secret a été formulée explicitement ou non. Si aucune demande de secret n'a été formulée ou si le dossier ne contient aucune information identifiante, l'accès au dossier se fait sur le fondement de la loi du 17 juillet 1978²⁹⁴⁴. Pour les enfants qui ont été adoptés plénièrement, plusieurs documents peuvent s'avérer utiles à la recherche de leurs origines. D'abord, l'acte de naissance originaire est annulé mais n'est pas pour autant détruit. S'il ne peut plus être délivré par les services de l'État civil, il arrive parfois que l'on en trouve trace dans le dossier administratif de l'enfant. En outre, le jugement d'adoption doit être transcrit sur l'acte de naissance de l'enfant. La transcription ne mentionne pas la filiation d'origine mais signale le jugement d'adoption. Ces enfants ne bénéficient pas d'un état civil mensonger. Ainsi, si l'enfant demande une copie intégrale de son acte de naissance, il peut avoir connaissance du fait qu'il a été adopté. Il pourra ensuite accéder au jugement d'adoption et demander à consulter le dossier de l'affaire sur le fondement de l'article 29 du Code de procédure civile. En revanche, si une demande de secret a été formulée, le CNAOP est exclusivement compétent pour examiner les

²⁹³⁸ Article premier de la proposition de loi : AN, Proposition de loi instaurant un accouchement dans la discrétion, Présentée par Mme Valérie PÉCRESSÉ *et al.*, n° 3224, Enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 28 juin 2006.

²⁹³⁹ AN, Proposition de loi visant à garantir le droit aux origines personnelles, Présentée par M. Michel HUNAULT, n° 3790, Enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 27 mars 2007.

²⁹⁴⁰ AN, Mission parlementaire sur l'accouchement dans le secret, Rapporteur Mme Brigitte BARÈGES, 12 novembre 2010, p. 57.

²⁹⁴¹ AN, Proposition de loi visant à la « levée de l'anonymat » et à l'organisation de « l'accouchement dans le secret », Présentée par Mme Brigitte Barèges *et al.*, n° 4043, Enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 7 décembre 2011.

²⁹⁴² CRC/C/15/Add. 240, Point 23. Les mêmes préoccupations avaient été émises en 1994 : CRC/C/15/Add. 20, Point 14.

²⁹⁴³ CRC/C/FRA/CO/4, Point 44.

²⁹⁴⁴ Loi n° 78-753 du 17 juillet 1978 portant diverses mesures d'amélioration des relations entre l'administration et le public et diverses dispositions d'ordre administratif, fiscal et social, *JORF*, 18 juillet 1978, p. 2851.

demandes relatives à la communication de l'identité, cette compétence ne faisant toutefois pas obstacle à une demande de communication du dossier sur le fondement de la loi de 1978 après occultation des informations nécessaires pour préserver le secret de l'identité de la mère²⁹⁴⁵. Un protocole d'accord entre le CNAOP et la CADA favorise l'articulation des compétences. Plusieurs mécanismes permettent la réversibilité du secret. La femme qui a mis au monde l'enfant doit être informée des conséquences juridiques de sa demande d'accoucher sous X et de l'importance que peut revêtir pour une personne la connaissance de ses origines et de son histoire. Elle est invitée à laisser des informations concernant sa santé, celle du père, les origines et circonstances de la naissance de l'enfant ainsi que son identité sous pli fermé. Elle peut à tout moment décider de lever le secret de son identité ou compléter les renseignements qu'elle a donnés initialement²⁹⁴⁶. Lorsqu'il est saisi d'une demande, le CNAOP intervient en tant qu'autorité centralisatrice des informations. Les informations relatives à l'identité peuvent être communiquées dans différentes hypothèses, à savoir lorsqu'il est déjà en possession d'une déclaration expresse de levée du secret, s'il n'y a pas eu de demande expresse de secret après vérification de la volonté de la femme, si un membre du CNAOP ou une personne mandatée a recueilli le consentement exprès de la femme et enfin si cette dernière est décédée sans avoir exprimé de volonté contraire à une demande d'accès. Il apparaît donc qu'en dehors de l'hypothèse dans laquelle la personne est décédée sans avoir été consultée, la mère est systématiquement mise en mesure d'opposer son veto à une demande de révélation de son identité. Ainsi, le droit à la connaissance des origines de l'enfant n'est reconnu que virtuellement, car soumis à une condition purement potestative.

417. Conclusion de la section 2 : l'incohérente assimilation des gamètes aux autres éléments et produits du corps humain – Le droit comparé permet de révéler la spécificité de l'acte médical procréatif en soulignant la dimension identitaire du don de gamètes. Cette dimension, particulièrement prégnante en droit suisse, est plus ténue en droit français. Elle ressort toutefois clairement de l'étude de la *ratio legis* et des griefs émis à l'encontre de l'anonymat du don de gamètes. Certes, un arbitrage différent entre les intérêts en présence est réalisé dans chacun des deux pays. Cependant, cette différence ne transparait pas réellement dans la construction juridique de l'anonymat en France. L'assimilation des gamètes aux autres éléments et produits du corps est incohérente, dans la mesure où elle conduit à « médicaliser » la question de l'accès aux origines qui revêt pourtant une dimension éminemment civile.

418. Conclusion du chapitre 1 : l'AMP une technique médicale à dimension civile et familiale – Le premier titre de la première partie de cette thèse a permis de mettre en avant la participation du droit de la santé à la construction d'un modèle familial dans chacun des pays. Néanmoins, la pertinence de cette participation est interrogée par un double mouvement.

En premier lieu, en droit français et en droit suisse, le tourisme procréatif contribue au détournement de la loi et limite l'effectivité des modèles « thérapeutiques » de l'AMP. La spécificité des enjeux qui en découlent montre qu'il s'agit d'un acte médical particulier, du fait de sa finalité familiale.

²⁹⁴⁵ Conseil d'État, Juge des référés, 25 octobre 2007, n° 310125 : *Dalloz actualité*, 9 novembre 2007.

²⁹⁴⁶ Art. 222-6 CASF.

En second lieu, le droit à la connaissance de ses origines interroge profondément la construction juridique, spécifique au droit français, de l'anonymat du don de gamètes. L'assimilation des gamètes aux autres éléments et produits du corps humain, c'est-à-dire la « médicalisation » de cette problématique, est décriée.

Si le droit comparé ne doit en aucun cas apparaître comme un vecteur d'évolution forcée du droit sous la pression du fait²⁹⁴⁷ sans tenir compte des spécificités nationales, il invite tout de même à réfléchir sur les grilles de lecture adoptées dans chacun des pays.

419. Une vision élargie du droit de la santé – Le droit de la santé a dans un premier temps été défini comme « *l'ensemble des règles applicables aux activités dont l'objet est de restaurer la santé humaine, de la protéger et d'en prévenir les dégradations* »²⁹⁴⁸. Si l'AMP homologue peut s'inscrire dans cette définition puisqu'elle permet de restaurer artificiellement la fonction procréatrice défaillante, ce n'est pas le cas pour l'AMP hétérologue. Cette dernière s'intègre davantage dans une vision élargie du droit de la santé qui ne concerne plus exclusivement l'acte thérapeutique, mais englobe également de nouvelles missions assignées à la médecine. Ce glissement est particulièrement bien traduit par l'évolution de l'article 16-3 CC qui a consacré le passage de la finalité thérapeutique à la finalité médicale comme élément justificatif des atteintes à l'intégrité du corps humain.

420. Une indication médicale – L'AMP constitue bien un acte médical en ce qu'elle « *suppose une ou plusieurs actions (exercées par le médecin) sur le corps humain* »²⁹⁴⁹. Elle s'inscrit dans les deux pays dans un cadre médical, dans la mesure où elle ne peut être pratiquée en dehors d'indications clairement déterminées par la loi. La France et la Suisse ont refusé de s'orienter vers une médecine d'inspiration purement consumériste. Ces pays s'inscrivent donc en opposition avec la Grande-Bretagne²⁹⁵⁰ qui a retenu une « *vision privatiste de la relation médecin-patient* »²⁹⁵¹, de laquelle découle un droit de procréer puisque l'aide médicale peut être demandée pour des raisons de simple convenance. Les pays étudiés, au contraire, ont fait le choix de limiter le désir des parents en s'opposant à l'émergence d'un soi-disant droit à l'enfant. En Suisse, l'aspect médical de la PMA fait l'objet d'une protection plus importante qu'en France puisqu'elle est de nature constitutionnelle : la procréation assistée ne peut être utilisée qu'à titre subsidiaire si elle « *constitue la seule possibilité de procréation* »²⁹⁵². Nos pays subordonnent l'AMP à une prescription médicale, si bien qu'à défaut de finalité thérapeutique, on peut au moins parler « *d'indication médicale* »²⁹⁵³. Toutefois, si l'acte s'inscrit effectivement dans un cadre médical, le don de gamètes ne constitue pas réellement un traitement. En effet, il ne permettra pas de soigner l'incapacité du couple à procréer, mais uniquement d'y

²⁹⁴⁷ LEMOULAND J.-J., *Répertoire de droit civil Dalloz*, « Famille », Mars 2013, n° 219.

²⁹⁴⁸ FORGES J.-M. (de), *Le droit de la santé*, Paris, Que sais-je ? , PUF, 2012, p. 7.

²⁹⁴⁹ DEVAUD C., *L'information en droit médical : étude de droit suisse*, Genève, Bâle, Zurich, Schulthess, 2009, p. 223.

²⁹⁵⁰ Voir : FLAUSS-DIEM J., « Filiation et accès à l'aide médicale à la procréation : points de vue des droits français et anglais », *LP4*, 16 octobre 1996, n° 125, pp. 16-25.

²⁹⁵¹ FEUILLET-LE-MINTIER B., « Les pouvoirs consacrés dans le cadre de l'assistance médicale à la procréation », in FEUILLET-LE-MINTIER B. (Dir.), *Les lois « bioéthique » à l'épreuve des faits, Réalités et perspectives*, Paris, Droit et justice, PUF, 1999, p. 192.

²⁹⁵² SCHWEIZER R.-J., SALADIN P., « Article 24 novies », in *Commentaire de la Constitution Fédérale de la Confédération Suisse du 29 mai 1874*, Berne, Stämpfli, 1996, p. 45.

²⁹⁵³ VIGNEAU D., « Génétique et procréation assistée en France », in MEULDERS-KLEIN M.-T., DEECH R., VLAARDINGERBROEK P. (Dir.), *Biomedicine, the family and human rights*, La Haye, Kluwer law international, 2002, p. 155.

pallier. Les progrès médicaux et le recours à un tiers sont utilisés pour permettre à un couple de procréer, la procréation étant l'objectif déterminant de l'acte.

421. Conception purement médicale de l'AMP en France – L'AMP poursuit une finalité procréatrice dans la mesure où pallier la stérilité d'un couple (indication médicale) conduit à faire naître un enfant. En France, les choix législatifs ont contribué à masquer cette finalité procréatrice derrière la finalité médicale de l'AMP. Deux illustrations peuvent être évoquées dans ce sens. Tout d'abord, alors que, comme en Suisse, le Code de la santé publique se référait initialement à la « *procréation médicalement assistée* », le législateur a ensuite préféré se référer au terme d'« *assistance médicale à la procréation* » afin de montrer que « *la loi régit des activités médicales et non la procréation elle-même* »²⁹⁵⁴. En outre, alors que l'article L. 2141-2 al. 1 CSP issu de la loi du 6 août 2004²⁹⁵⁵ disposait que « *l'assistance médicale à la procréation a pour objet de répondre à la demande parentale d'un couple* », cette disposition a été abrogée par la loi du 7 juillet 2011²⁹⁵⁶. Une telle modification s'inscrit dans la lignée des positions retenues lors des états généraux de la bioéthique. Le panel de citoyens, prenant le contre-pied de la démarche visant à définir l'AMP comme une demande parentale, a en effet indiqué que « *l'AMP est d'abord une réponse médicale à l'infertilité naturelle* »²⁹⁵⁷. L'objectif affiché était de clarifier les finalités de l'AMP et d'éviter d'« *entretenir l'idée selon laquelle le Code de la santé publique aurait à se prononcer, en assignant à une technique biomédicale une finalité autre que médicale, sur les formes de l'institution parentale et sur la légitimité même d'un désir d'enfant* »²⁹⁵⁸. Ces éléments indiquent que la législation française tente de réduire l'assistance médicale à la procréation à une problématique médicale. Un tel choix permet de limiter les débats quant à l'accès des personnes seules ou homosexuelles à l'AMP, et ce à double titre. D'une part, « *si l'existence d'une demande parentale ou l'expression d'un désir d'enfant constitue, selon la loi, le mobile principal justifiant de recourir aux techniques d'assistance médicale à la procréation, alors (...) [le] principe de non-discrimination peut être invoqué pour réclamer l'accès des couples homosexuels à ces techniques. Si, à l'inverse, la fonction de l'assistance médicale à la procréation est de pallier l'infertilité médicalement constatée d'un couple ou d'éviter dans ce cadre la transmission d'une maladie grave et incurable, alors les termes du débat ne sont plus les mêmes* »²⁹⁵⁹. L'AMP se limiterait donc à un débat médical et se situerait en dehors du débat de société²⁹⁶⁰. D'autre part, qualifier l'assistance médicale à la procréation d'acte médical, donc remboursé par la sécurité sociale, contribue à en limiter le cercle des bénéficiaires. Lors de l'examen de la loi relative à la bioéthique de 2011 à l'Assemblée nationale, plusieurs amendements²⁹⁶¹ visant à étendre l'AMP aux couples homosexuels ont été déclarés irrecevables sur le fondement de l'article 40 de la Constitution. Cet article qui dispose que « *les propositions et amendements formulés par les membres du Parlement ne sont pas recevables lorsque leur adoption aurait pour conséquence soit une diminution des ressources publiques, soit la création ou l'aggravation d'une charge publique* » prévoit le principe de

²⁹⁵⁴ Dictionnaire permanent santé, bioéthique, biotechnologies, Éditions législatives, Étude : assistance médicale à la procréation, n° 2.

²⁹⁵⁵ Loi n° 2004-800 relative à la bioéthique, du 6 Août 2004, JORF, 7 Août 2004, p. 14040.

²⁹⁵⁶ Loi n° 2011-814 relative à la bioéthique, du 7 juillet 2011, JORF, 8 juillet 2011, p. 11826.

²⁹⁵⁷ ÉTATS GÉNÉRAUX DE LA BIOÉTHIQUE, Rapport final, p. 42.

²⁹⁵⁸ Projet de loi relatif à la bioéthique, Étude d'impact, 18 octobre 2010, p. 74.

²⁹⁵⁹ Ibid.

²⁹⁶⁰ Voir les propos tenus par LÉONETTI J. : AN, 1^{re} séance du 25 mai 2011, JORF, Débats parlementaires, 26 mai 2011, Compte rendu intégral, p. 3475 : « *Vous voyez bien qu'il existe une cohérence dans le fait de dire que l'on n'ouvre pas l'aide médicale à la procréation aux couples homosexuels parce que l'on considère les facteurs médicaux et non les facteurs sociaux ; et dans le fait de ne pas établir de hiérarchie entre le pacs, le concubinage et le mariage, parce que l'on n'est pas dans un débat de société, mais dans un débat médical* ».

²⁹⁶¹ Propos tenus par LE DÉAUT J.-Y. : AN, 2^e séance du 8 février 2011, JORF, Débats parlementaires, 9 février 2011, Compte rendu intégral, p. 867.

l'irrecevabilité financière. Il a permis de limiter les débats relatifs à une éventuelle ouverture de l'AMP aux homosexuels devant l'Assemblée nationale. Étonnamment, cet article n'a pas été invoqué devant le Sénat, ce qui a permis à la haute assemblée de se prononcer favorablement à une extension des bénéficiaires de l'AMP en première lecture.

422. Limite d'une conception purement médicale de l'AMP – Cette tendance à opposer vision médicale et vision sociétale de l'assistance médicale à la procréation a fait l'objet de critiques lors des débats parlementaires de 2011. Il a notamment été reproché au rapporteur de « [se] cache[r] derrière le médical pour, en fait, entériner un choix de société »²⁹⁶². En effet, il apparaît qu'en introduisant un tiers dans la procréation, le législateur a déjà réalisé un choix social, il a entériné un « *arrangement social nouveau* »²⁹⁶³. Il a considéré qu'« *il s'agissait de répondre non pas à une pathologie, mais bien au désir d'enfant que la société voulait aider à satisfaire* [en considérant] *que ce désir d'enfant, cette pulsion de vie, méritait d'être respectée* »²⁹⁶⁴. Cette idée selon laquelle l'AMP relève d'un choix politique a d'ailleurs été soulignée tant par le Conseil constitutionnel²⁹⁶⁵ que par la Cour européenne des droits de l'homme²⁹⁶⁶.

Il est en outre possible de souligner les risques liés à l'adossement de la construction d'un régime juridique à un modèle scientifique. Comme le relevait le Doyen NERSON, « *dans le jugement de valeur qu'il porte sur la science, le juriste, comme tout humaniste, se doit de conserver un esprit de mesure ; la science peut lui servir d'auxiliaire, mais non point de modèle ; le Droit a pour fin dernière l'établissement d'un ordre humain* »²⁹⁶⁷. Les limites de la référence au modèle médical de la stérilité afin de garantir à l'enfant une double filiation féminine et masculine risquent d'ailleurs d'être révélées par les progrès de la science qui permettent désormais de faire un enfant à partir des gamètes de plus de deux personnes²⁹⁶⁸. Si le droit impose dans chacun des pays que

²⁹⁶² Propos tenus par GORCE G. : AN, 3^e séance du 10 février 2011, JORF, *Débats parlementaires*, 11 février 2011, Compte rendu intégral, p. 1035.

²⁹⁶³ GROSS M., « Ouvrir l'AMP aux couples de femmes ? », in THÉRY I. (Dir.), *Mariage de même sexe et filiation*, Paris, Cas de figure, Édition EHESS, 2013, pp. 109-110.

²⁹⁶⁴ Propos tenus par GORCE G. : AN, 1^{re} séance du 25 mai 2011, JORF, *Débats parlementaires*, 26 mai 2011, Compte rendu intégral, p. 3477.

²⁹⁶⁵ Conseil constitutionnel, Décision n° 2013-669 DC, 17 mai 2013, Loi ouvrant le mariage aux couples de même sexe, Consid. 22 : « *Considérant, en troisième lieu, qu'en ouvrant l'accès à l'institution du mariage aux couples de personnes de même sexe, le législateur a estimé que la différence entre les couples formés d'un homme et d'une femme et les couples de personnes de même sexe ne justifiait plus que ces derniers ne puissent accéder au statut et à la protection juridique attachés au mariage ; qu'il n'appartient pas au Conseil constitutionnel de substituer son appréciation à celle du législateur sur la prise en compte, en matière de mariage, de cette différence de situation* ».

²⁹⁶⁶ BOYSSON B. (de), « L'assistance médicale à la procréation pour les couples homosexuels : quelles perspectives ? », *Dr. fam.*, 2013, n° 7, Dossier 25, § 16 citant : Conseil constitutionnel, Décision n° 2010-92 QPC, 28 janvier 2011, Mme Corinne C. et Sophie H. ; Conseil constitutionnel, Décision n° 2013-669, 17 mai 2013, Loi ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe ; CEDH, Première section, Schalk et Kopf contre Autriche, 24 juin 2010, n° 30141-04.

²⁹⁶⁷ NERSON R., « Les progrès scientifiques et l'évolution du droit familial », in *Le droit privé français au milieu du XX^e siècle. Études offertes à Georges Ripert*, Paris, LGDJ, 1950, Tome 1, p. 431.

²⁹⁶⁸ Il s'agit de la « FIV avec remplacement mitochondrial » qui « *consiste à transmettre à l'enfant les mitochondries saines d'une donneuse : on « fabrique » un ovocyte sain en transférant le noyau de l'ovocyte de la mère dans l'ovocyte de la donneuse, préalablement vidé de son noyau* » : FRÉMONT A.-L., « Le Royaume-Uni pourrait autoriser les « bébés à trois parents », *L'express*, Santé, 9 septembre 2014, Disponible sur : <http://sante.lefigaro.fr/actualite/2014/09/09/22760-royaume-uni-pourrait-autoriser-bebes-trois-parents>, Consulté le 10 décembre 2014 ; BOYSSON B. (de), « L'assistance médicale à la procréation pour les couples homosexuels : quelles perspectives ? », *Dr. fam.*, 2013, n° 7, Dossier 25, § 31-33 ; « Royaume-Uni : une consultation publique sur la « FIV à trois parents » », Synthèse de presse quotidienne, *Génétique.org*, 1^{er} février 2012, Disponible sur : <http://www.genethique.org/?q=node/11348&dateyear=201202> ; « Trois parents pour un bébé, le débat s'ouvre au Royaume-Uni », Synthèse de presse quotidienne, *Génétique.org*, 1^{er} juillet 2013, Disponible sur : <http://www.genethique.org/?q=content/trois-parents-pour-un-b%C3%A9b%C3%A9-le-d%C3%A9bat-souvre-au-royaume-uni>, Consulté le 20 mai 2014 ; « Des chercheurs alertent sur les risques de la FIV à trois parents », Synthèse de presse quotidienne, *Génétique.org*, 24 septembre 2013, Disponible sur : <http://www.genethique.org/?q=content/des-chercheurs-alertent-sur-les-risques-de-la-fiv-%C3%A0-trois-parents>, Consulté le 20 mai 2014 ; « La FIV à trois parents dénoncée par le Conseil de l'Europe »,

l'enfant ait deux parents, c'est pour des raisons sociales liées à la consécration, tant en France qu'en Suisse, d'un modèle familial monogame. Le médical ne doit donc pas s'imposer comme un modèle tendant à déterminer les règles du droit de la famille.

423. Caractère premier de la finalité procréative – L'objectif déterminant de l'AMP est de permettre la naissance d'un enfant. Elle pose ainsi la question de la définition de la filiation. Si les progrès de la biomédecine mettent en exergue ces nouvelles problématiques, le droit de la santé, en raison de son champ et de ses finalités limités, ne constitue pas l'échelon adapté pour répondre aux enjeux qu'ils génèrent. Comme l'a souligné le Conseil d'État, *« la demande d'une meilleure reconnaissance de l'homoparentalité va croissant et la question de l'accès des couples de femmes à l'assistance médicale à la procréation est posée. Son émergence à l'occasion du réexamen des lois de bioéthique ne doit toutefois pas faire oublier que cette question relève fondamentalement, au-delà du champ de la bioéthique, du droit de la famille. Il ne serait pas de bonne législation de la traiter sans prendre en compte toutes ses implications, ni de légiférer sur l'homoparentalité dans le seul cas particulier des demandes d'assistance médicale à la procréation. Il est vrai qu'une meilleure reconnaissance de l'homoparentalité peut, à certaines conditions, répondre à l'intérêt des enfants élevés par deux adultes de même sexe formant un couple stable et constituant avec ces enfants une famille. Mais il serait peu compréhensible qu'une évolution sociale de cette importance soit initiée dans le domaine de l'assistance médicale à la procréation, qui relève d'une logique spécifique »*²⁹⁶⁹. En encadrant un acte médical technique, le droit de la santé contribue à réglementer les libertés relatives à la procréation qui présentent un caractère civil²⁹⁷⁰. Il paraît donc nécessaire que le Code de la santé publique n'empiète pas sur le domaine du Code civil, ou à défaut qu'il s'inscrive en cohérence avec ce dernier.

424. Nécessaire cohérence des textes spéciaux et du droit civil – Le système juridique défini comme *« l'ensemble structuré, organisé et indépendant des règles et des mécanismes juridiques qui s'appliquent dans une société »*²⁹⁷¹ doit se caractériser par sa cohérence²⁹⁷². Cette dernière postule qu'une même situation n'ait pas été réglée de manière contradictoire par le législateur²⁹⁷³, mais aussi que deux éléments ayant la même nature juridique se voient appliquer le même régime juridique²⁹⁷⁴. Dans cette optique de cohérence, il apparaît fondamental d'abandonner les raisonnements cloisonnés dans la mesure où la réglementation relative à l'AMP, en se prononçant sur les bénéficiaires, pose la question de la détermination même du lien familial. Fondamentalement, la détermination du lien de couple dans ces domaines influence le droit de la filiation et conduit à s'interroger sur la définition de la parenté (qu'est-ce qu'un père, qu'est-ce qu'une mère ?²⁹⁷⁵) ainsi que sur le statut des auteurs biologiques. Ce questionnement ne concerne bien évidemment pas que le juriste, mais ce dernier ne peut se dérober. Le droit comparé constitue alors un instrument précieux, par sa *« fonction subversive »*²⁹⁷⁶, en permettant d'envisager d'autres grilles de lecture. La

Synthèse de presse quotidienne, *Génétique.org*, 15 octobre 2013, Disponible sur : <http://www.genethique.org/?q=content/la-fiv-%C3%A0-trois-parents-d%C3%A9non%C3%A9-au-conseil-de-leurope>, Consulté le 15 octobre 2013.

²⁹⁶⁹ CONSEIL D'ÉTAT, *La révision des lois de bioéthique*, Les études du Conseil d'État, 9 avril 2009, p. 38.

²⁹⁷⁰ FENOUILLET D., « Le droit civil de la famille hors le Code civil », *LPA*, 21 septembre 2005, n° 188, p. 7.

²⁹⁷¹ BERGEL J.-L., *Méthodologie juridique*, Paris, Thémis droit privé, PUF, 2001, p. 24.

²⁹⁷² *Ibid.*, p. 25.

²⁹⁷³ *Ibid.*, p. 205.

²⁹⁷⁴ BERGEL J.-L., « Différence de nature (égale) différence de régime », *RTD civ.*, 1984, n° 2, p. 255.

²⁹⁷⁵ FRANCK R., « Qu'est-ce qu'être un père ou une mère aujourd'hui ? » in FULCHIRON H. (Dir.), *Mariage-conjugalité, parenté-parentalité*, Paris, Thèmes et commentaires, Dalloz, 2009, pp. 111-121.

²⁹⁷⁶ MUIR-WATT H., « La fonction subversive du droit comparé », *RIDC*, 2000, Vol. 52, n° 3, p. 503.

comparaison du droit français et du droit suisse a permis de mettre en avant la nécessité de favoriser davantage la cohérence du système juridique en rattachant clairement l'assistance médicale à la procréation au droit civil car au fond, l'AMP pose « *un important problème de choix social* »²⁹⁷⁷. Le droit suisse a adopté une position plus restrictive relativement à l'accès des couples de concubins à l'AMP hétérologue ce qui lui a permis de limiter l'impact de cette nouvelle technique sur son droit de la filiation. La France a ouvert plus largement l'AMP en portant atteinte, dans une certaine mesure, à la cohérence de son droit de la filiation. S'il existe une légère différence entre les deux pays s'agissant du statut des couples susceptibles d'accéder à l'assistance médicale à la procréation avec tiers donneur, il existe en revanche des similitudes concernant l'exclusion des couples homosexuels. Sur ce point, les deux pays ont tenté de se rapprocher le plus possible de ce que permet la nature. Mais s'agissant avant tout d'un choix social, il n'est pas exclu que l'évolution des mœurs conduise à remettre en cause les positions actuelles. En Suisse, les débats relatifs à la révision de la loi sur la procréation médicalement assistée en vue d'ouvrir le diagnostic préimplantatoire ont contribué à la réflexion sur cette problématique, même si aucune évolution n'est encore planifiée. Au contraire, en France, une évolution avait pu être imaginée dans le cadre d'une loi sur la famille qui a finalement été abandonnée. Elle avait d'ailleurs déjà été envisagée lors de la dernière révision des lois de bioéthique au cours de laquelle le Sénat s'était prononcé, en première lecture, en faveur de l'ouverture de l'AMP aux couples indépendamment de leur orientation sexuelle.

²⁹⁷⁷ BAUDOUIN J.-L., LABRUSSE-RIOU C., *Produire l'homme : de quel droit ? Étude juridique et éthique des procréations artificielles*, Paris, Les voies du droit, PUF, 1987, p. 37.

CHAPITRE 2 : L'UTILITÉ D'UNE RECONSTRUCTION CIVILISTE DU DROIT DE LA PROCRÉATION GRÂCE AU DROIT COMPARÉ

425. L'accès à la parenté, un choix politique et social – Le recours au droit comparé a d'ores et déjà permis de mesurer l'influence du droit de la santé sur les liens de couple et de filiation, puis de mettre en avant les limites des modèles français et suisse. L'argument de la nature et de la médecine sont souvent utilisés pour justifier des choix de société et il apparaît donc utile de mettre en avant la réelle raison du recours à l'assistance médicale à la procréation, à savoir apporter un enfant à un couple qui n'en a pas. En effet, il a été démontré ailleurs que l'assistance médicale à la procréation pouvait être vue comme l'expression de la « *convenance personnelle* »²⁹⁷⁸, dans le cadre du modèle familial ou des modèles familiaux reconnus par une société donnée. Or, le droit comparé témoigne de la relativité de ces modèles. Comme le relève A. LEFEBVRE-TEILLARD, « *la filiation est un concept au sens politique du terme* », « *la filiation comme le mariage (...) ont pour objet d'institutionnaliser la reproduction de l'espèce selon certaines règles jugées nécessaires à la transmission. Une transmission n'est pas seulement celle de la vie mais d'un ordre des choses par lequel la société elle-même se reproduit en évoluant* »²⁹⁷⁹. Cette dimension politique a d'ailleurs été rappelée par certains historiens du droit²⁹⁸⁰ et juristes lors de l'adoption de la loi ouvrant le mariage aux personnes de même sexe. Ces derniers soulignaient à cet égard que « *le droit demeure l'expression d'une volonté politique et non la reproduction d'une incertaine réalité qui serait antérieure à celle, sublunaire, qui est la nôtre. En dépit des apparences que nourrissent les habitudes, il convient de rappeler que le droit civil procède toujours d'arrangements politiques et de montages juridiques. Lorsqu'il s'agit de créer, le juriste ne peut prétendre à aucune compétence ou monopole particulier. Au mieux, le savoir juridique sera-t-il utile et pertinent lorsqu'il s'agira de mettre en œuvre ces montages, de leur donner une consistance, cohérence, voire d'en montrer les lacunes et les antinomies* »²⁹⁸¹. Or, aujourd'hui la société suisse²⁹⁸² et la société française, qui y a été quelque peu contrainte par la CEDH²⁹⁸³, laissent une place à l'adoption par une personne seule, y

²⁹⁷⁸ PARICARD-PIOUX S., *La convenance personnelle*, Paris, Nouvelle bibliothèque de thèses, Dalloz, 2003, 596 p.

²⁹⁷⁹ LEFEBVRE-TEILLARD A., « Filiation », in ALLAND D., RIALS S., *Dictionnaire de la culture juridiques*, Paris, Dicos poche, Quadrige, PUF, 2003, p. 720.

²⁹⁸⁰ LEBEL A. « Le mariage, le couple de même sexe et l'historien du droit », *AJ famille*, 2013, n° 2, p. 122 et s. L'auteur se réfère au « mariage, fonction de l'ordre général du moment », au mariage « flexible institution » et à la « finalité du mariage, flexible notion ».

²⁹⁸¹ MILLARD É., BRUNET P., HENNETTE-VAUCHEZ S., CHAMPEIL-DESPLATS V., « Mariage pour tous : juristes, taisons-nous ! », *Raison-publique.fr*, 20 mars 2013, Disponible sur : <http://www.raison-publique.fr/article601.html>, Consulté le 21 mai 2014.

²⁹⁸² Art. 264b CCS : « Une personne non mariée peut adopter seule si elle a 35 ans révolus. Une personne mariée, âgée de 35 ans révolus, peut adopter seule lorsqu'une adoption conjointe se révèle impossible parce que le conjoint est devenu incapable de discernement de manière durable, ou qu'il est absent depuis plus de deux ans sans résidence connue, ou lorsque la séparation de corps a été prononcée depuis plus de trois ans ». Cet article a été inséré dans le Code civil par la loi du 30 juin 1972. Le message du Conseil fédéral considérait que ce type de situation ne risquait de se présenter que de manière limitée : « même si, d'après la statistique zurichoise, elle ne représente que 4 pour cent des adoptions, cela n'est pas une raison pour l'exclure comme le fait le droit hollandais. Il existe des cas où elle se justifie pleinement. On peut songer à une doctoresse célibataire accueillant un enfant invalide qui ne trouverait place dans aucune famille. De même, lorsque l'adoption conjointe est rendue impossible par la mort de l'un des parents nourriciers, l'adoption par le survivant est dans l'intérêt de l'enfant » : Message du Conseil fédéral à l'Assemblée fédérale concernant la révision du Code civil suisse, 12 mai 1971, FF 1971 I 1241.

²⁹⁸³ CEDH, Grande chambre, E. B. contre France, 22 janvier 2008, n° 43546/02 : D., 2008, Pan., 1786, Obs. LEMOULAND J.-J., VIGNEAU D. ; D., 2008, 2038, Note HENNION-JACQUET P. ; RTD civ., 2008, 249, Obs. MARGUÉNAUD J.-P. ; RTD

compris homosexuelle²⁹⁸⁴. Le fait qu'un enfant puisse être élevé au sein d'un couple homosexuel est accepté, mais le droit ne consacre qu'indirectement cette possibilité par le truchement de l'adoption par une personne célibataire. La question d'une ouverture plus large de l'adoption aux homosexuels est ou a été discutée dans chacun des pays. Cet exemple est intéressant pour deux raisons. Il contribue d'abord à mettre en lumière la plus large acceptation de l'homosexualité dans la société actuelle qui ne se contente plus d'imposer un modèle familial, mais intègre diverses configurations familiales au choix des individus. Chaque société peut décider, à un moment de son histoire, d'ouvrir la parenté aux couples homosexuels. Ensuite, cet exemple prouve que la Cour européenne des droits de l'homme peut obliger les États à faire évoluer leurs législations ou leurs pratiques. Il convient dès lors de se demander si, dans le domaine de l'assistance médicale à la procréation, il est possible d'identifier des vecteurs susceptibles de favoriser, voire de contraindre à une reconstruction du droit (Section 1), avant d'étudier les outils fournis par le droit comparé franco-suisse, au service de la reconstruction du droit de la procréation (Section 2).

cin., 2008, 287, Obs. HAUSER J. ; *RDSS*, 2008, 380, Obs. NEIRINCK C. ; *AJ famille*, 2008, 118, Obs. CHÉNEDÉ F. ; *Dr. fam.*, 2008, Alerte 14, BRUGGEMAN M. La Cour revient sur la position adoptée dans l'affaire CEDH, Troisième section, Fretté contre France, 26 février 2002, n°36515/97.

²⁹⁸⁴ MASMEJAN D., « Homoparentalité : « On oublie les possibilités qui existent déjà » (Interview du Professeur Philippe MEIER), *Letemps.ch*, 12 décembre 2012, Disponible sur : <http://www.letemps.ch/Page/Uuid/31936c2c-4385-11e2-ac7c-f1e9d2f47a83/Homoparentalit%C3%A9%20On%20oublie%20les%20possibilit%C3%A9s%20qui%20existent%20d%C3%A9j%C3%A0>, Consulté le 13 juin 2014.

SECTION 1 : LES CATALYSEURS DE LA RECONSTRUCTION COMMUNS AUX DEUX PAYS

426. Les catalyseurs potentiels de l'évolution du modèle de l'assistance médicale à la procréation – Le droit comparé montre qu'il est possible d'identifier deux principaux vecteurs d'évolution du modèle de l'assistance médicale à la procréation. La question des déplacements transfrontaliers, en vue de bénéficier d'une pratique interdite ou inaccessible dans son pays, n'est volontairement pas classée dans les vecteurs de la reconstruction. S'ils témoignent de la relativité des modèles, ces déplacements ne doivent pas être considérés comme un vecteur d'évolution. En effet, bien que la France ait adopté une législation plus permissive que la Suisse, elle est également confrontée au « tourisme procréatif » pour le don d'ovules et la maternité de substitution. Ainsi, la volonté d'éviter le tourisme procréatif aboutit nécessairement à se calquer sur les législations les plus permissives, sans que cela ne soit en accord avec les valeurs défendues par la société et à accepter la pression du fait accompli. C'est pourquoi ils ont plutôt été abordés au titre de la relativité des modèles. En revanche, deux vecteurs, l'un interne et l'autre externe, susceptibles d'encourager la reconstruction de l'encadrement juridique de l'assistance médicale à la procréation peuvent être identifiés. Il s'agit de la reconnaissance en droit national de l'accès à la parenté pour les couples de même sexe (I) et de l'influence des droits fondamentaux protégés par le droit international (II).

I. L'OUVERTURE DE LA PARENTÉ AUX COUPLES DE MÊME SEXE EN COURS DANS CHACUN DES PAYS

427. Les couples de même sexe comme vecteur d'évolution du droit – Alors que traditionnellement les deux droits ont refusé l'accès à l'adoption pour les couples de même sexe (A), on observe ces dernières années une réflexion concernant l'accès à la parenté pour ces couples. Cette réflexion est susceptible d'aboutir à la consécration d'un statut parental (B). Cet accès à la parenté pourrait constituer un vecteur important d'évolution de la construction juridique de l'accès à l'assistance médicale à la procréation.

A. Le refus traditionnel de l'adoption pour les couples de même sexe

428. Il a été précisé que l'accès à l'adoption avait été autorisé aux personnes célibataires, y compris de même sexe. Toutefois, traditionnellement, l'accès à l'adoption a été clairement refusé aux couples de même sexe tant en droit suisse (1) qu'en droit français (2).

1. L'interdiction d'adopter pour les couples homosexuels en droit suisse

429. Interdiction posée par le Code civil et la loi sur le partenariat – En droit suisse, les couples homosexuels peuvent être concubins ou liés par un partenariat enregistré. Le partenariat enregistré a été

créé en droit fédéral en 2004. Il a succédé à diverses institutions cantonales qui étaient tantôt applicables aux seuls couples de même sexe, tantôt applicables à l'ensemble des couples²⁹⁸⁵. Il s'agit d'une « *nouvelle institution juridique* »²⁹⁸⁶ qui a eu pour objectif d'améliorer la situation juridique des couples de même sexe²⁹⁸⁷, partant du constat selon lequel la perception de l'homosexualité avait largement évolué en suisse²⁹⁸⁸. En enregistrant leur partenariat, les couples de même sexe, qui peuvent seuls bénéficier de cette institution²⁹⁸⁹, « *s'engagent à mener une vie de couple et à assumer l'une envers l'autre les droits et les devoirs découlant du partenariat enregistré* »²⁹⁹⁰. Il n'a pas, en revanche, été question d'ouvrir le mariage aux couples de même sexe²⁹⁹¹. L'adoption et la procréation médicalement assistée ne leur ont pas davantage été rendues accessibles²⁹⁹², ce qui vaut *a fortiori* pour les concubins de même sexe. Certains arguments utilisés ont été relativement proches de ceux avancés pour refuser la PMA en dehors des couples mariés. Le « *bien de l'enfant* » a d'abord été posé comme le critère central d'appréciation²⁹⁹³. La « *nature* » et « *l'ordre naturel des choses* » ont été invoqués à plusieurs reprises au soutien de la stabilité des principes fondamentaux du droit de la filiation²⁹⁹⁴. D'autres arguments plus spécifiques au droit de l'adoption ont été mis en avant, tels que la difficulté ultérieure de circonscrire l'accès à l'adoption alors même que les demandes des couples mariés sont déjà trop nombreuses²⁹⁹⁵ ; enfin, les limites de l'approbation sociale d'une telle pratique ont été soulignées²⁹⁹⁶. Ainsi, en l'état actuel de la législation suisse, trois types d'adoptions sont possibles : l'adoption conjointe qui est ouverte aux couples mariés, mais non aux concubins et aux partenaires²⁹⁹⁷,

²⁹⁸⁵ Message relatif à la loi fédérale sur le partenariat enregistré entre personnes de même sexe, 29 novembre 2002, FF 2003 1205-1206.

²⁹⁸⁶ *Ibid.*, FF 2003 1193.

²⁹⁸⁷ Le message du Conseil fédéral relève : « *L'amélioration de leur situation juridique est largement débattue et approuvée au sein de la société et du monde politique* » : *Ibid.*, FF 2003 1195. Cette initiative a été approuvée tant lors de la procédure de consultation relative au rapport de l'Office fédéral de la justice que lors de la procédure de consultation relative à l'avant projet : *Ibid.*, FF 2003 1210-1211.

²⁹⁸⁸ *Ibid.*, FF 2003, 1195. Le message du Conseil fédéral relève la plus grande tolérance à l'égard de l'homosexualité. Il ajoute que, juridiquement, « *cette évolution se perçoit dans la nouvelle Constitution fédérale de 1999, qui prévoit expressément que nul ne doit subir de discrimination en raison de son mode de vie (art. 8, al. 2, Cst).* Mais elle s'était déjà manifestée lors de la révision du droit pénal relatif aux infractions d'ordre sexuel, entrée en vigueur le 1^{er} octobre 1992, qui introduisait les mêmes dispositions pénales pour les comportements bétérosexuel et homosexuel ».

²⁹⁸⁹ Cela a d'abord été justifié par la possibilité pour les couples de sexe différent de se marier et la proximité des effets des deux institutions. Cela a ensuite été justifié par la faiblesse des demandes en ce sens lors de la procédure de consultation. Cela a enfin été justifié par le mandat constitutionnel visant à protéger le mariage : *Ibid.*, FF 2003 1213.

²⁹⁹⁰ Art. 2 al. 2 de la loi fédérale sur le partenariat enregistré entre personnes de même sexe du 18 juin 2004, Entrée en vigueur au 1^{er} janvier 2007, RS 211.231, RO 2005 5685.

²⁹⁹¹ Lors de la procédure de consultation relative à l'avant-projet de loi fédérale peu de demandes en ce sens ont été formulées : Message relatif à la loi fédérale sur le partenariat enregistré entre personnes de même sexe, 29 novembre 2002, FF 2003 1211.

²⁹⁹² Art. 28 LPart.

²⁹⁹³ « *L'adoption est une institution de l'aide sociale à l'enfance. Il n'existe aucun droit à l'adoption. La Cour européenne des droits de l'homme l'a confirmé. Seul le bien de l'enfant détermine les conditions dans lesquelles certaines personnes sont autorisées à adopter* » : Message relatif à la loi fédérale sur le partenariat enregistré entre personnes de même sexe, 29 novembre 2002, FF 2003 1222.

²⁹⁹⁴ « *La nature veut que chaque enfant ait un père et une mère qui jouent chacun un rôle important dans son développement. C'est pourquoi, sur le plan juridique également, les règles du Code civil sur la filiation (art. 252 ss) tentent si possible d'attribuer un père et une mère et d'assurer ainsi la polarité des sexes. L'adoption conjointe par un couple marié est la règle. Le droit entend ainsi garantir que, comme dans l'ordre naturel des choses, l'enfant ait un père et une mère* » ; « *Dès lors si le législateur autorisait les couples homosexuels à adopter un enfant, les principes fondamentaux du droit de la filiation actuel seraient abandonnés. L'enfant aurait, du point de vue juridique, deux mères ou deux pères, ce qui serait contraire à l'ordre des choses* » : *Ibid.*, FF 2003 1222.

²⁹⁹⁵ *Ibid.*

²⁹⁹⁶ Ces limites existent tant dans les pays étrangers qui acceptent l'adoption d'enfants par des suisses (*Ibid.*, FF 2003 1222) qu'en Suisse. Le message relève ainsi que l'« *interdiction a été largement approuvée lors de la consultation* » (*Ibid.*, FF 2003 1222) ; « *À notre époque et dans notre société, les enfants perçoivent les rôles de père et de mère comme étant tenus par des personnes de sexe différent* » (*Ibid.*, FF 2003 1224) ; « *Le plus souvent, le fait qu'un parent « avoue » son homosexualité est vécu avec difficulté par les enfants en âge de comprendre. Ils sont en plus victimes individuellement, à des degrés fort divers, de discriminations sociales qui pèsent encore sur les couples homosexuels. Ces discriminations, et la stigmatisation des enfants qui en résulte, ne sont pas diminuées par le fait qu'elles sont moralement répréhensibles. C'est une réalité pour la plupart des enfants qui vivent avec un couple de même sexe* » (*Ibid.*, FF 2003 1225).

²⁹⁹⁷ Art. 264 a al. 1.

l'adoption de l'enfant du conjoint²⁹⁹⁸ et l'adoption par une personne seule qui constitue l'exception²⁹⁹⁹. En ce qui concerne l'adoption de l'enfant du conjoint, elle n'est possible qu'à condition que le mariage ait duré cinq ans. L'interdiction posée par la loi à l'encontre des couples homosexuels est encore renforcée par la jurisprudence.

430. Interdiction confirmée par la jurisprudence – En 2011, deux femmes sous le régime du partenariat enregistré, dont chacune était la mère biologique d'une enfant conçue par insémination artificielle avec don de sperme anonyme ont demandé l'adoption croisée de leurs enfants respectifs. Le Tribunal fédéral a retenu, dans un arrêt du 5 mai 2011, que « *les personnes liées par un partenariat enregistré ne sont pas, selon le droit en vigueur, autorisées à adopter un enfant, même s'il s'agit de l'enfant du partenaire* »³⁰⁰⁰. Il botte en touche sur le point de savoir si l'interdiction est conforme au droit international, considérant que la prétendue discrimination par rapport aux couples mariés n'est de toute façon pas réalisée en l'espèce, car les personnes ont contracté le partenariat depuis moins de 5 ans. Ce même refus a, dans un premier temps, été opposé aux couples de même sexe en droit français.

2. L'interdiction d'adopter pour les couples homosexuels en droit français

431. Positions disparates des juges du fond – En droit français, avant l'adoption de la loi du 17 mai 2013³⁰⁰¹, l'adoption plénière était réservée aux conjoints³⁰⁰² et aux personnes seules³⁰⁰³ et il en allait de même pour l'adoption simple³⁰⁰⁴. Au sein des couples de femmes homosexuelles, celle qui n'était pas biologiquement liée à l'enfant a donc cherché à s'assurer juridiquement un lien de filiation en sollicitant l'adoption simple. Les juges du fond ont répondu de manière disparate à ces sollicitations. Certains ont fait droit aux requêtes en adoption³⁰⁰⁵ en se fondant, notamment, sur la protection liée à la création d'un second lien de filiation³⁰⁰⁶, ainsi que sur la possibilité de remédier aux effets de l'adoption par une demande de délégation partage d'autorité parentale³⁰⁰⁷. D'autres, au contraire, ont refusé de prononcer l'adoption en se focalisant sur le fait que l'adoption n'était pas conforme à l'intérêt de l'enfant, dans la mesure où celle-ci conduirait le parent de naissance à renoncer à son autorité parentale³⁰⁰⁸. En effet, l'article 365 du Code civil dispose qu'en cas d'adoption simple, l'adoptant est seul investi de tous les droits d'autorité parentale à l'égard de l'adopté, à moins qu'il ne soit le conjoint du père ou de la mère de

²⁹⁹⁸ Art. 264 a al. 3.

²⁹⁹⁹ Art. 264 b.

³⁰⁰⁰ ATF 137 III 241.

³⁰⁰¹ Loi n° 2013-404 du 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux couples de même sexe, *JORF*, 18 mai 2013, p. 8253.

³⁰⁰² Art. 343 CC.

³⁰⁰³ Art. 343-1 CC.

³⁰⁰⁴ L'article 361 renvoyant aux articles 343 à 344 CC.

³⁰⁰⁵ TGI Paris, 18 juin 2003, RG n° 02/11617 ; CA Amiens, 14 février 2007, *Juridata* n° 2007-325132 : *Dr. fam.*, 2007, Comm. 80, MURAT P. et les références citées en notes 89 et 90.

³⁰⁰⁶ TGI Paris, 27 juin 2001, RG n° 01/03298 : *Juridata* n° 2001-156758 : *RTD civ.*, 2002, 84, Obs. HAUSER J. ; *RDSS*, 2002, 121, Note MONÉGER F. ; *Dr. fam.*, 2001, Comm. 116, MURAT P. ; *JCP G*, 2002, I, 101, n° 2, Obs. RUBELLIN-DEVICHI J. ; TGI Clermont-Ferrand, Chambre du conseil, 24 mars 2006, RG n° 05/3055 : *AJ famille*, 2006, 245, Obs. CHÉNEDÉ F.

³⁰⁰⁷ TGI Paris, 2 juillet 2004, *Juridata*, 2004-256737 : *AJ famille*, 2004, 361, Obs. CHÉNEDÉ F. ; *RTD civ.*, 2005, 116, Obs. HAUSER J. ; *Dr. fam.*, 2005, Comm. 4, MURAT P. ; CA Nîmes, 17 février 2002 : *JCP G*, 2004, IV, 2337.

³⁰⁰⁸ CA Riom, 27 juin 2006, *Juridata* n° 2006-315630 : *Gaz. Pal.*, 15-16 septembre 2006, 6, Note MÉCARY C. ; *Dr. fam.*, 2006, Comm. 204, MURAT P.

l'adopté. Le terme conjoint devant être entendu au sens de personne mariée, ni le partenaire ni le concubin (homosexuel ou non) ne peuvent bénéficier de l'exception prévue par la loi³⁰⁰⁹. Cette restriction a été validée à la fois par le Conseil constitutionnel³⁰¹⁰ et par la Cour européenne des droits de l'homme³⁰¹¹ qui ont refusé d'y voir une discrimination ou une atteinte au droit à la vie familiale.

432. Refus de l'adoption par la Cour de cassation – Afin de mettre fin aux divergences entre les juges du fond, la Cour de cassation a tranché la question de l'adoption simple dans deux arrêts du 20 février 2007³⁰¹². La haute juridiction casse, pour violation de la loi, l'arrêt rendu par la cour d'appel de Bourges, en retenant que l'adoption réalise un transfert des droits d'autorité parentale, privant la mère de ses droits alors même qu'elle entend continuer à élever l'enfant. Dans un second arrêt, elle considère que la cour d'appel de Paris a retenu, à juste titre, que la délégation partage ne pouvait être réalisée que si les circonstances l'exigeaient, ce qui n'était ni établi ni allégué et qu'en l'espèce, l'adoption suivie de la délégation partage constituaient des opérations antinomiques. L'accès à la parenté était donc largement fermé. Deux autres possibilités s'offraient alors à ces couples. Ils pouvaient soit envisager une charte d'engagement parental³⁰¹³, soit, afin de se prémunir contre le décès du parent, utiliser le mécanisme de la tutelle testamentaire. L'article 403 du Code civil prévoyait, en effet, que le dernier vivant des père et mère ayant conservé l'exercice de l'autorité parentale bénéficiait du droit individuel de choisir un tuteur. Il pouvait donc tout à fait désigner la personne de même sexe avec laquelle elle vivait. Cette désignation s'imposait au conseil de famille à moins que l'intérêt du mineur ne commande de l'écarter.

433. Ainsi, traditionnellement, l'adoption, qu'elle soit conjointe ou de l'enfant du conjoint, a été refusée pour les couples homosexuels tant en droit français qu'en droit suisse. La seule différence entre les deux droits tenait à l'inexistence de l'adoption simple en droit suisse³⁰¹⁴.

³⁰⁰⁹ Cass. civ. 1^{re}, 19 décembre 2007, n° 06-21369 : *Dr. fam.*, 2008, Comm. 28, MURAT P. Pour une assimilation inexacte voir : TGI Clermont Ferrand, Chambre du conseil, 24 mars 2006, RG n° 05/3055 : *AJ famille*, 2006, 245, Obs. CHÉNEDÉ F.

³⁰¹⁰ Conseil constitutionnel, Décision n° 2010-39 QPC, 6 octobre 2010, Mmes Isabelle D. et Isabelle B.

³⁰¹¹ CEDH, Cinquième section, Gas et Dubois contre France, 15 mars 2012, n° 25951/07.

³⁰¹² Cass. civ. 1^{re}, 20 février 2007, n° 06-15.647 ; n° 04-15.676 : *D.*, 2007, Chron., 891, Obs. CHAUVIN P. ; *AJ famille*, 2007, 182, Obs. CHÉNEDÉ F. ; *D.*, 2007, Pan., 1460, Obs. GRANET-LAMBRECHTS F. ; *RTD civ.*, 2007, 325, Obs. HAUSER J. ; *D.*, 2007, 1561, Obs. LEMOULAND J.-J., VIGNEAU D. ; *Dr. fam.*, 2007, Comm. 80, MURAT P. ; *JCP G*, 2007, II, 10068, Note NEIRINCK C. ; *AJ famille*, 2007, 290, Obs. REBOURG M. ; *D.*, 2007, Jurisp., 1047, Note VIGNEAU D. Postérieurement, voir : Cass. civ. 1^{re}, 19 décembre 2007, n° 06-21369, *Juridata* n° 2007-041977 : *Bull. civ.*, 2007, I, n° 392 ; *Dr. fam.*, 2009, Comm. 28, MURAT P. ; Cass. civ. 1^{re}, 6 février 2008, n° 06-20.054 : *Juridata* n° 2008-042725 ; *Dr. fam.*, 2008, Comm. 60, MURAT P. ; Cass. civ. 1^{re}, 9 mars 2011, n° 10-10.385 : *Bull. civ.*, 2011, I, n° 52 ; *Dr. fam.*, 2011, Comm. 74, NEIRINCK C.

³⁰¹³ Dans ce sens : AN, Rapport fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République sur le projet de loi (n° 344), ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe, par M. Erwann BINET, n° 628, Enregistré à la présidence de l'Assemblée nationale le 17 janvier 2013, Tome 1, p. 57. *Contra* : REBOURG M., « Filiation et autorité parentale à l'épreuve des nouvelles configurations familiales », *Recherches familiales*, 2010, n° 7, p. 42 : « l'enfant concerné n'est pas un enfant commun du couple, : il ne peut donc être fait application des articles 372 et 372-2 propres à l'organisation des modalités de l'exercice de l'autorité parentale en cas de séparation du couple parental ».

³⁰¹⁴ La Suisse a d'ailleurs été condamnée par la Cour européenne des droits de l'homme pour violation de l'article 8 dans l'affaire Emonet, du fait de la suppression du lien de filiation lors de l'adoption d'une personne adulte et handicapée par le concubin de sa mère : CEDH, Première section, Emonet et autres contre Suisse, 13 décembre 2007, n° 39051/03.

B. La reconnaissance d'un statut parental aux couples de même sexe comme catalyseur d'une reconstruction

434. Progressivement, on peut néanmoins observer que dans chacun des pays une réflexion concernant l'accès à la parenté pour les couples de même sexe a vu le jour. En France, ces réflexions ont déjà été concrétisées par l'ouverture du mariage et de l'adoption aux couples de même sexe (1). En Suisse, des travaux législatifs sont en cours et pourraient conduire à l'ouverture de l'adoption pour les couples de même sexe (2).

1. L'ouverture française du mariage et de l'adoption aux couples de même sexe

435. **L'ouverture du mariage pour les couples de même sexe** – Avec la loi du 17 mai 2013³⁰¹⁵, le droit français a permis l'ouverture du mariage aux couples de même sexe. Cette possibilité n'existe pas dans le droit suisse qui s'est attaché à reconnaître un statut spécifique, le partenariat enregistré, applicable uniquement aux couples de même sexe.

Cette loi participe à un mouvement plus général visant à permettre aux couples de même sexe d'accéder aux divers modes de conjugalité proposés par le droit civil. Alors que la jurisprudence s'était montrée relativement hostile à l'élargissement des droits de ces couples en leur refusant notamment le statut de concubin³⁰¹⁶ ou l'accès au mariage³⁰¹⁷, diverses lois se sont au contraire appliquées à leur reconnaître de tels droits. D'abord de manière ponctuelle, par « *attraction des effets d'un statut* [c'est-à-dire en cherchant à] attirer les conséquences qui leur conviennent sans heurter de front les définitions et classifications »³⁰¹⁸. Par exemple, la loi du 27 janvier 1993 a conféré au concubin homosexuel à la charge effective, totale et permanente de l'assuré, la qualité d'ayant droit de ce dernier³⁰¹⁹. Un délai de cohabitation était toutefois exigé. Cette loi contenait également une disposition permettant le transfert du droit au bail à toute personne vivant avec le preneur depuis au moins un an, en cas de décès de ce dernier³⁰²⁰. Elle a toutefois été considérée comme un cavalier législatif par le Conseil constitutionnel qui l'a censurée³⁰²¹. Puis, des droits ont été reconnus de manière plus générale par « *effraction d'un titre* »³⁰²², ainsi qu'en témoigne la loi

³⁰¹⁵ Loi n° 2013-404 du 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux couples de même sexe, *JORF*, 18 mai 2013, p. 8253.

³⁰¹⁶ Cass. soc., 11 juillet 1989, n° 85-46.008 : *Bull. civ.*, 1989, V, n° 514 (facilités de transport sur les lignes d'une compagnie aérienne) ; Cass. soc., 11 juillet 1989, n° 86-10.665 : *Bull. civ.*, 1989, V, n° 515 (assurance maladie et maternité) ; Cass. civ. 3^e, 17 décembre 1997, n° 95-20.779 : *Bull. civ.*, III, n° 225 (transfert du bail en cas de décès) ; Conseil d'État, 4 mai 2001, n° 183575 (carte couple de la SNCF).

³⁰¹⁷ Cass. civ. 1^{re}, 13 mars 2007, n° 05-16627 : *Bull. civ.*, 2007, I, n° 113 : *GAJC*, 2007, n° 32 ; *D.*, 2007, 1395, Note AGOSTINI E. ; *Dr. fam.*, 2007, Comm. 76, AZAVANT M. ; *AJ famille*, 2007, 227, Note CHÉNEDÉ F. ; *JCP G*, 2007, I, 170, Obs. FAVIER Y. ; *D.*, 2007, 1375, Obs., FULCHIRON H. ; *D.*, 2007, 935, Obs. GALLMEISTER I. ; *RTD civ.*, 2007, 315, Obs. HAUSER J. ; *D.*, 2007, 1561, Obs. LEMOULAND J.-J., VIGNEAU D. ; *RTD civ.*, 2007, 287, Obs. MARGUÉNAUD J.-P. ; *Défrénois*, 2007, 781, Obs. MASSIP J. ; *RJPF*, 2007, 5122, Note LEBORGNE A.

³⁰¹⁸ HAUSER J., « Couple et différence de sexe », in BRUNETTI-PONS C., *La notion juridique de couple*, Paris, Études juridiques, n° 4, Economica, 1998, p. 108.

³⁰¹⁹ Art. 78 de la Loi n° 93-121 du 27 janvier 1993 portant diverses mesures d'ordre social, *JORF*, n° 25, 30 janvier 1993, p. 1576.

³⁰²⁰ Art. 62.

³⁰²¹ Conseil constitutionnel, Décision n° 92-317 DC, 21 janvier 1993, Loi portant diverses mesures d'ordre social, Consid. 7.

³⁰²² HAUSER J., « Couple et différence de sexe », in BRUNETTI-PONS C., *La notion juridique de couple*, Paris, Études juridiques, n° 4, Economica, 1998, p. 97 et s.

relative au pacte civil de solidarité³⁰²³. Cette dernière est porteuse d'une double innovation. D'une part, elle définit, à l'article 515-8 du Code civil, le concubinage comme « *une union de fait, caractérisée par une vie commune présentant un caractère de stabilité et de continuité, entre deux personnes, de sexe différent ou de même sexe, qui vivent en couple* »³⁰²⁴. Originellement proposée par le Sénat pour tenter d'éviter la consécration du PACS³⁰²⁵, cette définition a finalement été consacrée par l'Assemblée nationale. Elle revient sur la jurisprudence antérieure et permet aux couples de même sexe d'être qualifiés de concubins. D'autre part, elle consacre le pacte civil de solidarité qui constitue « *un contrat conclu par deux personnes physiques majeures, de sexe différent ou de même sexe, pour organiser leur vie commune* »³⁰²⁶. Il résulte de cette évolution législative, que la différence de sexe ne constitue pas un élément décisif dans l'accès au concubinage ou au PACS. La loi ouvrant le mariage aux couples de même sexe s'inscrit dans ce même mouvement en disposant désormais que « *le mariage est contracté par deux personnes de sexe différent ou de même sexe* »³⁰²⁷.

436. Ratio legis – La lecture de l'exposé des motifs ainsi que des auditions réalisées permet de revenir sur les raisons qui justifient cette évolution. En premier lieu, la loi permettrait de répondre aux aspirations sociales. L'idée selon laquelle « *l'ouverture du mariage aux personnes de même sexe a constamment progressé depuis le vote de la loi (...) relative au pacte civil de solidarité* » et le fait que les Français y soient favorables ont été largement mis en avant³⁰²⁸.

En second lieu, plusieurs spécialistes ont souligné que cette évolution était devenue « *pensable et émotionnellement concevable* »³⁰²⁹ du fait de la déconnexion progressive du mariage et de la filiation. Cette déconnexion est passée par diverses étapes : égalisation des droits des enfants que leurs parents soient mariés ou non, unis ou séparés, effacement des filiations légitimes et naturelles³⁰³⁰. Certes, la présomption de paternité demeure, cependant elle ne constituerait plus le « *cœur du mariage* »³⁰³¹ et pourrait être perçue comme simple « *technique probatoire pratique et fragile* »³⁰³². En outre, la liberté du divorce et la progression des droits du conjoint survivant auraient contribué à placer les sentiments au cœur du mariage³⁰³³. Le mariage

³⁰²³ Loi n° 99-944 du 15 novembre 1999 relative au pacte civil de solidarité, *JORF*, n° 265, 16 novembre 1999, p. 16959.

³⁰²⁴ Art. 515-8 CC, inséré par l'article 3 de la loi n° 99-944 du 15 novembre 1999 relative au pacte civil de solidarité, *JORF*, n° 265, 16 novembre 1999, p. 16959.

³⁰²⁵ SÉNAT, Rapport fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du Règlement et d'administration générale sur la proposition de loi, adoptée par l'Assemblée nationale, relative au pacte civil de solidarité, Par M. Patrice GÉLARD, n° 258, Annexe au procès-verbal de la séance du 10 mars 1999, Disponible sur : <http://www.senat.fr/rap/198-258/198-258.html>, Consulté le 24 avril 2013.

³⁰²⁶ Art. 515-1 CC.

³⁰²⁷ Art. 1^{er} de la loi ; Art. 143 CC.

³⁰²⁸ AN, Projet de loi ouvrant le mariage aux couples de même sexe, Présenté au nom de M. Jean-Marc AYRAULT par Mme Christiane TAUBIRA, n° 344, Enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 7 novembre 2012, Exposé des motifs, p. 3.

³⁰²⁹ AN, Rapport fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République sur le projet de loi (n° 344), ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe, Par M. Erwann BINET, n° 628, Enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 17 janvier 2013, Tome 2, Contribution reçue de Mme Françoise HÉRITIER, p. 535.

³⁰³⁰ AN, Rapport fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République sur le projet de loi (n° 344), ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe, Par M. Erwann BINET, n° 628, Enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 17 janvier 2013, Tome 2, Contribution reçue de Mme Irène Théry, pp. 15-16.

³⁰³¹ CARBONNIER J., *Droit civil, La famille, l'enfant et le couple*, Paris, Tome 2, Thémis, PUF, 2002, p. 480.

³⁰³² BONNET V., « Réflexions sur la présomption de paternité du XXI^e siècle dans ses rapports avec le mariage », *D.*, 2013, n° 2, pp. 107-113.

³⁰³³ AN, Rapport fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République sur le projet de loi (n° 344), ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe, Par M. Erwann BINET, n°

ne serait ainsi plus « *le fondement de la famille mais l'institutionnalisation du lien de couple* »³⁰³⁴. Dès lors, son ouverture aux couples de même sexe ne poserait pas de difficulté particulière. Cette justification apparaît toutefois paradoxale dans la mesure où la loi, tout en insistant sur la dimension horizontale du mariage, en tire des conséquences directes en matière de filiation. Le communiqué de presse du Conseil des ministres pose en effet l'adoption comme une conséquence directe de l'ouverture du mariage³⁰³⁵.

En dernier lieu et surtout, la loi poursuit l'objectif de reconnaître de nouveaux droits aux couples homosexuels. À cet égard, il est possible de relever qu'aucun texte, ni aucune jurisprudence n'imposait une telle évolution³⁰³⁶. Ni le droit de mener une vie familiale normale, ni le principe d'égalité n'ont pu être invoqués avec succès devant le Conseil constitutionnel. En effet, ce dernier a retenu, d'une part, que « *le dernier alinéa de l'article 75 et l'article 144 du Code civil ne font pas obstacle à la liberté des couples de même sexe de vivre en concubinage (...) ou de bénéficier du cadre juridique du pacte civil de solidarité* »³⁰³⁷. Le droit de mener une vie familiale normale n'implique pas le droit de se marier. Il doit faire l'objet d'une analyse concrète, « *c'est un droit de « mener » une certaine vie, ce n'est pas le droit à un certain statut juridique* »³⁰³⁸. D'autre part, il a considéré qu'« *en maintenant le principe selon lequel le mariage est l'union d'un homme et d'une femme, le législateur a, dans l'exercice de la compétence que lui attribue l'article 34 de la Constitution, estimé que la différence de situation entre les couples de même sexe et les couples composés d'un homme et d'une femme peut justifier une différence de traitement quant aux règles de droit de la famille* »³⁰³⁹.

La Cour européenne des droits de l'homme n'a pas donné davantage satisfaction aux requérants³⁰⁴⁰. Si l'article 12 peut être amené à s'appliquer aux couples de même sexe, il n'implique pas une obligation de leur ouvrir l'accès au mariage et laisse chaque État libre de décider. La Cour a également refusé de retenir la violation des articles 8 et 14 combinés. Ces objections juridiques semblent expliquer que le principe d'égalité ait été absent de l'exposé des motifs du projet de loi³⁰⁴¹, dans la mesure où il n'impose pas de traiter de la même manière des situations différentes.

Malgré l'absence de discrimination, les travaux parlementaires ont constamment mis en exergue la volonté de faire progresser les droits des couples homosexuels. Les termes utilisés dans les divers rapports, tels que « *l'ouverture du mariage aux couples de même sexe au nom de l'égalité des droits* »³⁰⁴², « *une demande légitime*

628, Enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 17 janvier 2013, Tome 2, Contribution reçue de Mme Claire NEIRINCK, p. 594.

³⁰³⁴ AN, Rapport fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République sur le projet de loi (n° 344), ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe, Par M. Erwann BINET, n° 628, Enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 17 janvier 2013, Tome 1, p. 39.

³⁰³⁵ Communiqué de presse du Conseil des ministres du 7 novembre 2012 : « *Ce texte (...) permet aux couples de même sexe de se marier. Par conséquent, il ouvre également aux personnes de même sexe mariées la voie de l'adoption* », Disponible sur : <http://www.gouvernement.fr/gouvernement/mariage-des-couples-de-personnes-de-meme-sexe>, Consulté le 25 avril 2013.

³⁰³⁶ AN, Rapport fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République sur le projet de loi (n° 344), ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe, Par M. Erwann BINET, n° 628, Enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 17 janvier 2013, Tome 1, p. 18.

³⁰³⁷ Décision n° 2010-92 QPC, du 28 janvier 2011, Mme Corinne C. et Sophie H., Consid. 8.

³⁰³⁸ « *Commentaire de la décision n° 2010-92 QPC du 28 janvier 2010* », Disponible sur : http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank/download/201092QPCccc_92qpc.pdf, Consulté le 25 avril 2013.

³⁰³⁹ Décision n° 2010-92 QPC, du 28 janvier 2011, Mme Corinne C. et Sophie H., Consid. 9.

³⁰⁴⁰ CEDH, Première section, Schalk et Kopf c. Autriche, n° 30141/04, 24 juin 2010.

³⁰⁴¹ AN, Projet de loi ouvrant le mariage aux couples de même sexe, Présenté au nom de M. Jean-Marc AYRAULT par Mme Christiane TAUBIRA, n° 344, Enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 7 novembre 2012, Exposé des motifs, p. 7.

³⁰⁴² AN, Rapport fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République sur le projet de loi (n° 344), ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe, Par M. Erwann BINET, n° 628, Enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 17 janvier 2013, Tome 1, p. 36.

d'égalité des droits »³⁰⁴³, ou encore la « recherche de l'effectivité du principe d'égalité »³⁰⁴⁴, témoignent particulièrement de « la fonction rhétorique du droit à », « dissimul[ant] une revendication égalitaire »³⁰⁴⁵. Pour autant, loin de répondre à une nécessaire égalité juridique³⁰⁴⁶, la loi relative au mariage pour les couples de même sexe cherche à reconnaître de nouveaux droits aux couples de même sexe. Il s'agit donc clairement de répondre à une demande d'accès au mariage et à l'adoption³⁰⁴⁷. En ce qui concerne l'accès au mariage, la loi nouvelle permet en premier lieu à ces couples d'accéder à l'union la plus solennelle. L'« avancée symbolique »³⁰⁴⁸ liée à la célébration en mairie a été soulignée. Sur ce point, la loi procède d'ailleurs à un certain nombre de modifications qui trouveront à s'appliquer à l'ensemble des couples³⁰⁴⁹. En second lieu, les couples de même sexe se verront appliquer, du moins dans leurs relations de couple, l'ensemble des effets du mariage³⁰⁵⁰. Cette volonté législative d'accorder davantage de droits aux couples homosexuels, conduit à une redéfinition profonde du mariage.

437. Évolution de la définition du mariage – L'ouverture du mariage aux couples de même sexe interroge la définition même du mariage et la place de l'altérité sexuelle dans cette définition. La loi nouvelle est indiscutablement porteuse d'une importante évolution. En effet, bien que le mariage n'ait pas été défini par le Code civil, aucun doute n'était possible quant à son caractère sexué, ainsi qu'en témoignent l'analyse historique des dispositions du Code civil, la doctrine et la jurisprudence. Les travaux préparatoires du Code civil de 1804 sont particulièrement clairs. PORTALIS considérait le mariage comme « la société de l'homme et de la femme qui s'unissent pour perpétuer leur espèce, pour s'aider, par des secours mutuels, à porter le poids de la vie, et pour partager leur commune destinée »³⁰⁵¹. De même, au cours des débats à l'Assemblée législative, plusieurs définitions du mariage furent proposées. Celle de LEQUINIO, qui

³⁰⁴³ SÉNAT, Rapport fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du Règlement et d'administration générale sur le projet de loi, adopté par l'Assemblée nationale, ouvrant le mariage aux couples de même sexe, Par M. Jean-Pierre MICHEL, n° 437, Enregistré à la Présidence du Sénat le 20 mars 2013, Tome 1, p. 11.

³⁰⁴⁴ Communiqué de presse du Conseil des ministres du 7 novembre 2012 : « Ce texte (...) permet aux couples de même sexe de se marier. Par conséquent, il ouvre également aux personnes de même sexe mariées la voie de l'adoption », Disponible sur : <http://www.gouvernement.fr/gouvernement/mariage-des-couples-de-personnes-de-meme-sexe>, Consulté le 25 avril 2013.

³⁰⁴⁵ LEQUETTE Y., « Marc PICHARD, Le droit à, Étude de législation française », RTD civ., 2009, n° 2, p. 406.

³⁰⁴⁶ Du moins en l'état actuel de la jurisprudence de la CEDH qui pourrait évoluer au gré d'un éventuel consensus entre les États membres.

³⁰⁴⁷ AN, Projet de loi ouvrant le mariage aux couples de même sexe, Présenté au nom de M. Jean-Marc AYRAULT par Mme Christiane TAUBIRA, n° 344, Enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 7 novembre 2012, Exposé des motifs, p. 3 : « Il est vrai que si le pacte civil de solidarité a permis de répondre à une aspiration réelle de la société et que son régime a été significativement renforcé et rapproché de celui du mariage, des différences subsistent, et cet instrument juridique ne répond ni à la demande des couples de personnes de même sexe qui souhaitent pouvoir se marier, ni à leur demande d'accès à l'adoption ».

³⁰⁴⁸ AN, Rapport fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République sur le projet de loi (n° 344), ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe, par M. Erwann BINET, n° 628, Enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 17 janvier 2013, Tome 1, pp. 44-45.

³⁰⁴⁹ D'abord, elle insère au sein du Code civil un article 34-1, visant à rappeler « le caractère général du contrôle du procureur de la République sur les actes de l'Etat civil ». Ensuite, elle rappelle le caractère républicain du mariage. On peut toutefois s'interroger sur l'utilité de telles dispositions. En outre, l'article 3 de la loi redéfinit la mairie compétente pour la célébration du mariage. Le mariage pourra désormais être célébré, « au choix des époux dans la commune où l'un d'eux ou l'un de leurs parents, aura sa résidence établie par un mois au moins d'habitation continue à la date de la publication prévue par la loi ». Cette multiplication des lieux potentiels de célébration du mariage a pu être critiquée dans la mesure où elle est susceptible de limiter l'intérêt de la publication des bans. Enfin, il supprime la lecture de l'article 220 du Code civil lors de la célébration. Cette dernière, pourtant introduite par la loi portant réforme du crédit à la consommation, afin d'informer les époux sur la solidarité pour les dettes contractées pour l'entretien du ménage ou l'éducation de enfants, ayant été jugée « peu festive » !

³⁰⁵⁰ Sur les effets recherchés par les couples et les insuffisances du PACS, voir : AN, Rapport fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République sur le projet de loi (n° 344), ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe, par M. Erwann BINET, n° 628, Enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 17 janvier 2013, Tome 1, pp. 42-44.

³⁰⁵¹ Cité par : PARQUET M., *Droit de la famille*, Rosny-sous-Bois, Lexifac droit, Bréal, 2009, p. 30.

présentait le mariage comme « *un contrat civil qui unit pour vivre ensemble deux personnes de sexe différent* », fut rejetée au motif qu'il s'agissait d'une évidence³⁰⁵². Par ailleurs, la doctrine unanime s'accordait à retenir que le mariage suppose la différence de sexe³⁰⁵³. Cette opinion a, par la suite, été confirmée dans la célèbre affaire de Bègles. Le demandeur au pourvoi arguait, dans un second moyen, que la condition de différence de sexe était étrangère aux articles 75 et 144 du Code civil et reprochait à la cour d'appel d'avoir violé les articles 8 et 14 CESDH. La Cour de cassation rejette le pourvoi. Elle retient que « *selon la loi française, le mariage est l'union d'un homme et d'une femme (et) que ce principe n'est contredit par aucune des dispositions de la Convention européenne des droits de l'homme et de la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne* »³⁰⁵⁴. Au-delà de la définition du mariage, cette affaire permet de trancher la controverse liée à la sanction d'un tel mariage, en faveur de la nullité et non de l'inexistence³⁰⁵⁵. La loi ouvrant le mariage aux couples de même sexe revient sur cette jurisprudence. Elle abandonne la différence de sexe en réécrivant l'article 143 du Code civil.

438. La reconnaissance législative d'un statut parental – En droit français, l'ouverture du mariage aux couples de même sexe a conduit à l'ouverture de l'adoption. Sont désormais permises, pour les couples de même sexe, tant l'adoption simple que l'adoption plénière et tant l'adoption conjointe que l'adoption de l'enfant du conjoint. Il a toutefois clairement été souligné qu'en raison du faible nombre d'enfants adoptables, l'adoption conjointe par des couples de même sexe sera en réalité marginale³⁰⁵⁶. L'adoption de l'enfant du conjoint sera donc, en pratique, le cas le plus fréquent³⁰⁵⁷. Sur ce point il est d'ailleurs possible de relever que divers amendements, proposés par la commission des lois de l'Assemblée nationale en première lecture, autorisent un époux à adopter l'enfant préalablement adopté par son conjoint. Bien que cette possibilité ne soit pas exclue en l'état des textes actuels, comme semble le confirmer une circulaire du 28 octobre 2011³⁰⁵⁸, la commission a préféré adopter des dispositions expresses afin d'éviter tout risque d'interprétations divergentes³⁰⁵⁹. L'article 345-1 précise désormais que l'adoption plénière est possible « *lorsque l'enfant a fait l'objet d'une adoption plénière par ce seul conjoint et n'a de filiation établie qu'à son égard* ». La seconde partie de la phrase a été ajoutée après un amendement de la commission des lois du Sénat afin d'éviter les multiparentés³⁰⁶⁰. L'article 360 est également modifié et dispose que « *l'enfant précédemment adopté par une personne seule, en la forme simple ou plénière, peut l'être une seconde fois, par le conjoint de cette dernière, en la forme simple* ». Cette formulation est issue d'un amendement de la

³⁰⁵² THÉRY I., *Le démariage. Justice et vie privée*, Paris, Poches, Odile Jacob, 2001, p. 47.

³⁰⁵³ COURBE P., *Droit de la famille*, Paris, Université, Sirey, 2008, p. 38 ; MALAURIE P., *La famille*, Paris, Droit civil, Lextenso, 2011, p. 92 ; TERRÉ F., FENOUILLET D., *Droit civil. La famille*, Paris, Précis, Dalloz, 2011, p. 74.

³⁰⁵⁴ Cass. civ. 1^{re}, 13 mars 2007, n° 05-16627.

³⁰⁵⁵ COURBE P., *Droit de la famille*, Paris, Université, Sirey, 2008, p. 38.

³⁰⁵⁶ AN, Rapport fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République sur le projet de loi (n° 344), ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe, par M. Erwann BINET, n° 628, Enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 17 janvier 2013, Tome 1, pp. 64-66.

³⁰⁵⁷ Projet de loi ouvrant le mariage aux couples de même sexe, Étude d'impact, Novembre 2012, p. 24, Disponible sur : <http://www.assemblee-nationale.fr/14/projets/pl0344-ci.asp>, Consulté le 14 mai 2013.

³⁰⁵⁸ Circulaire du 28 octobre 2011 relative aux règles particulières à divers actes de l'état civil relatifs à la naissance et à la filiation, NOR : JUSC1119808C, BOMJL, 30 novembre 2011, n° 2011-11,

³⁰⁵⁹ AN, Rapport fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République sur le projet de loi (n° 344), ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe, par M. Erwann BINET, n° 628, Enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 17 janvier 2013, Tome 1, p. 79.

³⁰⁶⁰ SÉNAT, Rapport fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du Règlement et d'administration générale sur le projet de loi, adopté par l'Assemblée nationale, ouvrant le mariage aux couples de même sexe, par M. Jean-Pierre MICHEL, n° 437, Enregistré à la Présidence du Sénat le 20 mars 2013, Tome 1, p. 66.

commission des lois du Sénat qui a limité cette possibilité aux seuls cas d'adoption par une seule personne. La question de la pluriparenté est donc renvoyée au projet de loi sur la famille³⁰⁶¹. Même s'il apparaît curieux de « défamiliariser » le mariage pour l'ouvrir aux couples de même sexe puis de le « refamiliariser » en faisant de l'adoption une conséquence directe du mariage³⁰⁶², l'ouverture de l'adoption à tous les couples mariés semblait inévitable. Du fait de l'ouverture du mariage, les couples qu'ils soient de même sexe ou de sexe différent bénéficient désormais d'un même statut. La Cour européenne des droits de l'homme aurait pu être amenée à retenir une discrimination si le droit français avait refusé l'adoption à une catégorie de couples mariés³⁰⁶³. L'affaire X contre Autriche du 19 février 2013³⁰⁶⁴ semble d'ailleurs plaider en ce sens. Les juges strasbourgeois y ont considéré que la différence opérée par le législateur national entre les concubins hétérosexuels, qui peuvent adopter l'enfant du compagnon sans que cela porte atteinte au lien de filiation entre l'enfant et son parent par le sang et les concubins homosexuels, qui n'y sont pas autorisés, constitue une atteinte aux articles 8 et 14 CESDH. Les raisons invoquées par le gouvernement concernant la préservation de la famille et l'intérêt de l'enfant n'ont pas été jugées convaincantes. L'adoption est donc désormais ouverte aux couples de même sexe en droit français, ce qui témoigne indiscutablement d'une évolution favorable à la reconnaissance de ce nouveau mode de vie de couple mais aussi d'une évolution de la définition de la parenté en droit français. Il convient désormais d'étudier les évolutions en cours dans la société suisse.

2. Une ouverture possible de l'accès à l'adoption pour les couples de même sexe en droit suisse

439. Travaux législatifs en cours – Si l'adoption n'est pas encore ouverte aux couples de même sexe en droit suisse, cette question fait actuellement l'objet de discussions dans la mesure où il apparaît que « *les sondages montrent que les partenariats homosexuels ont été de mieux en mieux acceptés au cours des dernières années* »³⁰⁶⁵. Cela explique que plusieurs interventions parlementaires aient demandé une ouverture plus large de l'accès à l'adoption³⁰⁶⁶. Le 20 octobre 2011, la commission des affaires juridiques du Conseil des États a examiné

³⁰⁶¹ *Ibid.*, p. 68.

³⁰⁶² FULCHIRON H., « La reconnaissance de la famille homosexuelle : étude d'impact », *D.*, 2013, n° 2, p. 100.

³⁰⁶³ SÉNAT, Rapport fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du Règlement et d'administration générale sur le projet de loi, adopté par l'Assemblée nationale, ouvrant le mariage aux couples de même sexe, par M. Jean-Pierre MICHEL, n° 437, Enregistré à la Présidence du Sénat le 20 mars 2013, Tome 1, p. 53.

³⁰⁶⁴ CEDH, Grande chambre, X et autres contre Autriche, n° 19010/07, 19 février 2013 : *D.*, 2013, 502, Obs. GALLMEISTER I.

³⁰⁶⁵ Rapport explicatif relatif à la modification du Code civil (droit de l'adoption), p. 21, Disponible sur : <https://www.bj.admin.ch/content/dam/data/gesellschaft/gesetzgebung/adoptionsrecht/vn-ber-f.pdf>, Consulté le 14 juin 2014.

³⁰⁶⁶ Seules sont mentionnées les initiatives en lien direct avec notre sujet. Sont donc exclues les initiatives visant uniquement à diminuer le seuil d'âge : Motion de Vreni HUBMANN, Conditions régissant l'adoption conjointe. Abaisser l'âge minimum des époux et la durée du mariage, Déposée au Conseil national, 17 mars 2005, n° 05.3135 : elle chargeait en particulier le Conseil fédéral « d'examiner la possibilité de prendre en compte la durée de vie commune d'un couple ayant vécu en union libre ». Elle soulignait notamment qu'« aujourd'hui, de très nombreux couples vivent ensemble pendant de longues années et ne se marient qu'avant d'avoir des enfants ; il faut donc prendre en considération le temps passé en concubinage par les parents souhaitant adopter un enfant ». Le Conseil fédéral a proposé le rejet de la motion. Cette dernière, en suspens depuis plus de deux ans a ensuite été classée ; Interpellation de Mario FEHR, Levée de l'interdiction d'adopter faite aux personnes homosexuelles, Déposée au Conseil national, 19 mars 2008, n° 08.3157. Une autre motion ne sollicitait pas directement l'ouverture de l'accès à l'adoption aux personnes ayant adopté un autre mode de vie : Motion de Katharina PRELICZ-HUBER, Droit à l'adoption à partir de 30 ans révolus, Déposée au Conseil national, 3 mars 2009, n° 09.3026. Toutefois, le Conseil fédéral a proposé d'accepter la motion, le 22 avril 2009, en soulignant qu'il n'excluait pas « d'examiner dans le cadre de la révision de l'article 364 a CC d'autres questions, comme par exemple l'adoption de l'enfant d'une personne par le concubin de celle-ci, suite à l'arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme le 13 décembre 2007 dans l'affaire Emonet et autres contre la Suisse ». Cette motion avait été adoptée par le Conseil national le 12 juin 2009 (BO 2009 N 1281). La commission des affaires juridiques du Conseil des États avait ensuite proposé de modifier cette motion afin de reprendre le contenu de l'initiative parlementaire JOHN-

une pétition intitulée « Mêmes chances pour toutes les familles »³⁰⁶⁷ à laquelle elle a donné suite en déposant une motion. Cette dernière chargeait le Conseil fédéral de « *modifier les articles 264 ss du Code civil et l'article 28 de la loi fédérale sur le partenariat enregistré entre les personnes du même sexe (...) de sorte que toute personne adulte, quel que soit son état civil ou son mode de vie, puisse adopter un enfant, en particulier celui de son ou sa partenaire, si l'adoption constitue la meilleure solution pour le bien-être de l'enfant* »³⁰⁶⁸. Bien que le Conseil fédéral ait proposé le rejet de la motion³⁰⁶⁹, elle fut adoptée par le Conseil des États le 14 mars 2012³⁰⁷⁰. La commission des affaires juridiques du Conseil national proposa de modifier le texte de la motion en limitant l'ouverture à la seule adoption de l'enfant du partenaire. Elle rappelait que l'acceptation de la LPart par référendum était liée à l'exclusion des couples de partenaires de l'adoption et de la PMA et que « *conférer un droit général à l'adoption quelques années seulement après le vote populaire pourrait être problématique du point de vue de la démocratie et donner l'impression d'un forcing* »³⁰⁷¹. La motion a ainsi été adoptée par le Conseil national le 13 décembre 2012³⁰⁷². Cette version a été approuvée par le Conseil des États le 4 mars 2013³⁰⁷³. Le Conseil fédéral a donc présenté, fin novembre 2013, un avant-projet³⁰⁷⁴ accompagné de son rapport explicatif³⁰⁷⁵ qui a été soumis à la procédure de consultation.

CALAME qui demandait « *à assouplir les conditions d'adoption afin que celles-ci ne soient pas plus restrictives que celles de la France* » (initiative parlementaire de Francine JOHN-CALAME, Adoption. Assouplir les conditions, Déposée au Conseil national, 11 décembre 2009, n° 09.520). La commission envisageait donc de charger le Conseil fédéral de proposer au Parlement une modification du droit de l'adoption en prévoyant notamment : « *a. d'abaisser l'âge minimum des parents adoptifs ; b. d'accorder la possibilité d'adopter aussi aux couples qui vivent en concubinage avéré, en particulier en ce qui concerne l'adoption de l'enfant du concubin ; c. de limiter la condition relative à la durée du mariage ou du concubinage avéré avant l'adoption à trois ans maximum* » (CAJ-E, Conseil national (Prelicz-Huber). Droit à l'adoption à partir de 30 ans révolus, 24 février 2011, p. 3, Disponible sur : http://www.parlament.ch/sites/kb/2009/Rapport_de_la_commission_CAJ-E_09.3026_2011-02-24.pdf, Consulté le 14 juin 2014). Le Conseil des États a adopté la motion modifiée le 10 mars 2011 (BO 2011 E 196). La modification a ensuite été approuvée par le Conseil national (BO 2011 N 2094) ; Motion de Mario FEHR, Possibilité pour les couples homosexuels d'adopter l'enfant de son partenaire, Déposée au Conseil national, 15 juin 2010, n° 10.3436 : soulignant l'existence d'un « *consensus de plus en plus répandu* », la motion chargeait le Conseil fédéral de « *créer les bases légales nécessaires pour que les hommes et les femmes homosexuels qui vivent en partenariat enregistré puissent adopter l'enfant de leur partenaire* ». Le 8 septembre 2010, le Conseil fédéral a proposé de rejeter la motion en insistant sur le fait que la bonne acceptation de la LPart était due à l'absence d'ouverture de l'adoption et de la PMA aux couples de même sexe. L'intervention a été reprise par Chantal GALLADÉ puis classée après qu'elle fut restée deux ans en suspens ; Motion de Katharina PRELICZ-HUBER, Lever l'interdiction d'adopter un enfant pour les personnes qui vivent en partenariat enregistré, Déposée au Conseil national, 15 juin 2010, n° 10.3444 : l'auteur de la motion soulignait l'incohérence de la législation suisse dans la mesure où « *les hommes et les femmes homosexuels (...) ont le droit d'adopter un enfant avant d'être liés par un partenariat enregistré (art. 264 b du Code civil), mais la loi le leur interdit dès l'enregistrement du partenariat (art 28 LPart)* ». Elle chargeait donc le Conseil fédéral « *de lever l'interdiction d'adopter un enfant inscrite à l'article 28 de la loi sur le partenariat (LPart) et d'adapter les bases légales qui permettraient aux couples liés par un partenariat enregistré d'adopter un enfant* ». La motion, reprise par Antonio HODGERS, a été classée après être restée plus de deux ans en suspens.

³⁰⁶⁷ Pétition de comité toutes les familles, Mêmes chances pour toutes les familles, 15 juin 2011, n° 11.2012. Elle demandait que les couples de partenaires enregistrés de même sexe soient traités de la même manière que les couples mariés au regard de l'adoption et des droits parentaux. La commission des affaires juridiques du Conseil national avait proposé de ne pas donner suite à la pétition le 23 juin 2011 (CAJ-N, Pétition comité toutes les familles. Mêmes chances pour toutes les familles, Rapport, 23 juin 2011, p. 1, Disponible sur : http://www.parlament.ch/sites/kb/2011/Rapport_de_la_commission_CAJ-N_11.2012_2011-06-23.pdf, Consulté le 14 juin 2014). Elle avait été suivie par le Conseil national (BO 2011 N 1836).

³⁰⁶⁸ Motion de la commission des affaires juridiques CE, Droit de l'adoption. Mêmes chances pour toutes les familles, Déposée au Conseil des États, 15 novembre 2011, n° 11.4046.

³⁰⁶⁹ Le Conseil fédéral jugeait qu'il n'était « *pas opportun d'ouvrir l'adoption sans restrictions aux partenaires enregistrés comme le demande la motion* ». Il considérait « *en revanche qu'il est indiqué, dans l'intérêt de l'enfant, de permettre aux membres d'un couple homosexuel d'adopter l'enfant de leur partenaire* ».

³⁰⁷⁰ BO 2012 E 229.

³⁰⁷¹ CAJ N, Conseil des États, CAJ-CE, Droit de l'adoption. Mêmes chances pour toutes les familles, Rapport, 28 juin 2012, p. 3, Disponible sur : http://www.parlament.ch/sites/kb/2011/Rapport_de_la_commission_CAJ-N_11.4046_2012-06-28.pdf, Consulté le 14 juin 2014.

³⁰⁷² BO 2012 N 2224.

³⁰⁷³ BO 2013 E 19.

³⁰⁷⁴ Avant-projet, Code civil (Droit de l'adoption), Disponible sur : <https://www.bj.admin.ch/content/dam/data/gesellschaft/gesetzgebung/adoptionsrecht/vorentw-f.pdf>, Consulté le 14 juin 2014.

440. Évolutions potentielles vers la consécration d'un statut parental – Trois évolutions envisagées par l'avant-projet sont susceptibles de constituer des vecteurs d'interrogation du modèle familial posé dans le domaine de la PMA. D'abord, l'avant-projet ouvre l'accès à l'adoption de l'enfant du partenaire³⁰⁷⁶. Le rapport explicatif insiste notamment sur le fait que les sondages témoignent d'une certaine acceptation d'une telle adoption, alors que la population se montre plus réticente à l'adoption conjointe par les partenaires homosexuels³⁰⁷⁷. Ces réserves expliquent notamment que l'avant-projet n'autorise pas l'adoption conjointe par des partenaires enregistrés. Il est clair que contrairement à ce qui se passe parfois en France, la menace du référendum invite le gouvernement à ne pas tenter le passage en force. Ensuite, s'appuyant sur la jurisprudence E. B. contre France, l'avant-projet envisage d'autoriser l'adoption à une personne seule ayant conclu un partenariat enregistré³⁰⁷⁸. Enfin, le Conseil fédéral a proposé une variante visant à ouvrir aux personnes vivant en couple de fait l'adoption de l'enfant de leur concubin³⁰⁷⁹. S'inspirant des conceptions de la CEDH dans l'affaire Emonet et autres contre Suisse, il souligne que le mariage n'est plus seul apte à garantir la stabilité du couple et de la famille et que l'adoption de l'enfant du concubin pourrait être envisagée en se fondant sur la durée de la vie commune³⁰⁸⁰. En revanche, il refuse l'adoption conjointe³⁰⁸¹. Le Conseil fédéral a présenté son message le 28 novembre 2014³⁰⁸². Le projet de modification du droit de l'adoption permet l'adoption de l'enfant du conjoint, du partenaire et de la personne avec laquelle l'adoptant mène de fait une vie de couple. L'adoption est toutefois soumise à la condition que le couple fasse ménage commun depuis au moins trois ans³⁰⁸³. On peut donc constater que, dans les deux pays, la plus grande acceptation des unions de même sexe conduit à une réflexion concernant l'accès à l'adoption. Il s'agit d'un moteur important d'évolution du droit relatif à l'AMP, dans la mesure où les arguments tirés du bien de l'enfant et de la nature sont clairement mis hors jeu. Il convient désormais de s'intéresser à l'influence que sont susceptibles d'exercer les droits fondamentaux.

³⁰⁷⁵ Rapport explicatif relatif à la modification du Code civil (Droit de l'adoption), Disponible sur :

http://www.admin.ch/ch/f/gg/pc/documents/2365/CC_Adoption_Rapport-expl_fr.pdf, Consulté le 14 juin 2014.

³⁰⁷⁶ Art. 264 c de l'avant-projet : « Une personne peut adopter l'enfant de son conjoint ou de la personne avec laquelle elle est liée par un partenariat enregistré si le mariage ou le partenariat enregistré a été conclu au moins trois ans avant l'adoption ».

³⁰⁷⁷ *Ibid.*, p. 21 : un « sondage réalisé par l'institut GALLUP TELE Omnibus en juin 2010 indique que 86,3 % des personnes interrogées estiment que les enfants qui vivent dans des familles ayant à leur tête des partenaires homosexuels devraient bénéficier des mêmes conditions juridiques que les enfants d'autres familles. À la question de la possibilité pour les homosexuels vivant en couple d'adopter l'enfant de leur partenaire, les personnes interrogées ont été 65,8 % à répondre oui et 30 % à répondre non. L'approbation est la plus faible lorsqu'il est question de l'adoption conjointe (pour : 53 %, contre 44,3 %) ».

³⁰⁷⁸ *Ibid.*, p. 22.

³⁰⁷⁹ Art. 264 c nouveau de l'avant-projet : « Une personne peut adopter l'enfant : 1. De son conjoint ; 2. De la personne avec laquelle elle est liée par un partenariat enregistré ; 3. De la personne avec laquelle elle mène de fait une vie de couple. Le couple doit avoir vécu en ménage commun pendant au moins trois ans avant le dépôt de la demande d'adoption. Les personnes qui mènent de fait une vie de couple ne peuvent pas être liées à un tiers ni par le mariage ni par un partenariat enregistré ».

³⁰⁸⁰ Rapport explicatif relatif à la modification du Code civil (Droit de l'adoption), pp. 24-25, Disponible sur :

http://www.admin.ch/ch/f/gg/pc/documents/2365/CC_Adoption_Rapport-expl_fr.pdf, Consulté le 14 juin 2014.

³⁰⁸¹ *Ibid.*, p. 27.

³⁰⁸² Message concernant la modification du Code civil (Droit de l'adoption), 64 p., Disponible sur :

<https://www.bj.admin.ch/dam/data/bj/gesellschaft/gesetzgebung/adoptionsrecht/bot-f.pdf>, Consulté le 10 décembre 2014.

³⁰⁸³ Code civil (Droit de l'adoption), Disponible sur :

<https://www.bj.admin.ch/dam/data/bj/gesellschaft/gesetzgebung/adoptionsrecht/entw-f.pdf>, Consulté le 10 décembre 2014.

II. LES DROITS FONDAMENTAUX COMME VECTEUR MODÉRÉ D'UNE HARMONISATION

441. Un vecteur modéré d'harmonisation – En l'état actuel du droit, les droits fondamentaux apparaissent encore comme un vecteur modéré d'harmonisation. En effet, si certaines condamnations prononcées laissent à penser que la Cour européenne des droits de l'homme pourrait remettre en cause les législations nationales sur certains aspects, la Cour est fréquemment restée en retrait dans le domaine de la biomédecine. Il convient, pour mesurer cette influence potentielle, d'étudier le droit de procréer et le droit à la filiation d'une part (A) et le droit à la connaissance de ses origines d'autre part (B).

A. Le droit de procréer et le droit de la filiation

442. Si l'on examine les affaires qui ont été soumises à la CEDH, on relève que, même si la Cour reconnaît des droits en faveur des personnes concernées au stade de la détermination du champ d'application des articles, l'effectivité de ces droits est souvent limitée au stade de l'examen des restrictions, la marge nationale d'appréciation se voyant octroyer un rôle important (1). Néanmoins, cette faible effectivité ne doit pas tromper puisque dans un certain nombre de domaines, la Cour ne fait pas preuve d'une telle retenue (2).

1. Des droits peu effectifs face à la marge nationale d'appréciation

443. Les droits fondamentaux, qu'ils soient garantis au niveau interne ou supranational, ne doivent pas être négligés, en raison de l'influence qu'ils sont susceptibles d'exercer sur le cercle des bénéficiaires de l'AMP et indirectement sur la définition du couple. Actuellement, la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme exerce une influence relativement faible et ne conduit ni à faire évoluer les techniques interdites, ni à faire évoluer le cercle des bénéficiaires des techniques d'AMP, ni encore à autoriser la MPA.

444. Faible influence sur les techniques interdites – Les droits fondamentaux ont d'abord été invoqués, en Suisse, afin de contester l'interdiction générale des techniques de procréation médicalement assistée posée par certaines lois cantonales suisses. C'est à cette occasion que le Tribunal fédéral a jugé que *« l'accès à la procréation artificielle est protégé par le droit constitutionnel non écrit de la liberté personnelle, qui garantit toutes les libertés élémentaires dont l'exercice est indispensable à l'épanouissement de la personne humaine. (...) La limitation de cet accès n'est dès lors admissible que si elle se fonde sur une base légale, si elle répond à un intérêt public pertinent et si elle est proportionnelle »*³⁰⁸⁴. Il en déduit que l'interdiction de l'ADI est disproportionnée, les doutes sur les risques psychiques pour l'enfant qu'une telle pratique pourrait engendrer ne suffisant pas à en justifier une interdiction de principe. Cette même position a été reprise pour l'interdiction générale de la FIVET³⁰⁸⁵. S. SANDOZ a estimé que le Tribunal fédéral avait ici *« dépassé les limites de son rôle créateur »* et qu'il s'est

³⁰⁸⁴ GUILLOD O., « Des cigognes aux éprouvettes : les méthodes changent, l'amour reste », in *Journées de la Société de législation comparée*, Paris, Société de législation comparée, 1989, Vol. 11, n° spécial, p. 644.

³⁰⁸⁵ ATF 119 Ia 460.

« laissé aveugler par son désir de faire œuvre de pionnier »³⁰⁸⁶. Elle soutenait que le Tribunal ne pouvait pas concrétiser le droit à la liberté personnelle en un droit d'accès à la PMA, compte tenu de l'absence de consensus sur ce point.

Dans cet arrêt, le Tribunal ne s'est cependant pas prononcé sur la question du don d'ovocytes. Le législateur a interdit la FIV hétérologue avec don d'ovocytes, en estimant que la certitude de la maternité était une composante fondamentale du bien de l'enfant.

Un certain nombre d'auteurs ont mis en avant que cette différence de traitement violait le principe d'égalité³⁰⁸⁷ car contrairement à l'homme stérile, la femme stérile ne pourrait pas bénéficier des nouvelles techniques pour accéder à la maternité, ce qui peut sembler inique. Le Conseil fédéral a écarté cet argument au motif que « la division de la paternité entre un père génétique et un père social et juridique en cas d'insémination par le sperme d'un donneur a (...) un parallèle dans la procréation naturelle. On ne peut dès lors parler de discrimination des femmes par rapport aux hommes »³⁰⁸⁸.

C'est en se fondant sur le fait que « la procréation médicalement assistée ne doit pas donner naissance à des rapports familiaux qui s'écartent de ceux que la nature rend possible »³⁰⁸⁹ que la LPMA a interdit le don d'ovocytes. On peut toutefois s'interroger sur la pertinence de cet argument, dans la mesure où il a été démontré précédemment que les rapports familiaux s'inscrivaient dans un schéma culturel. En outre, il semble qu'ils dépendent des perceptions personnelles des individus qui sont parfois très tranchées³⁰⁹⁰.

O. PELET a également mis en avant que cette exigence s'insère mal dans l'ordre juridique suisse, dans la mesure où « le législateur, en matière de filiation paternelle, a situé le bien de l'enfant dans le rattachement au contexte social et juridique dans lequel il évolue, et non dans le respect strict de la vérité biologique. Aucun des arguments avancés (...) ne permet de justifier que l'on inverse les priorités pour le don d'ovules »³⁰⁹¹. L'examen de la réglementation des examens génétiques auquel il a été procédé plus haut s'inscrit dans cette même ligne argumentative. En effet, le droit comparé a permis de montrer que le droit de la santé ne devait pas exercer un rôle moteur. S'il permet de mettre en lumière la vérité biologique qui exerce un rôle important dans chacun des pays, les tests génétiques revêtent une dimension civile et familiale et le droit de la filiation reste guidé par les finalités spécifiques au droit de la famille qui sont variables selon les pays.

Mais l'argument central en faveur de l'interdiction du don d'ovocytes réside dans le fait que « l'adage *mater semper certa est*, ne doit pas être abandonné »³⁰⁹². Il est vrai que biologiquement, la mère n'est plus

³⁰⁸⁶ SANDOZ S., MEXIN O., « Liberté personnelle et procréation médicalement assistée : quelles limites au pouvoir créateur du juge constitutionnel ? », *RDS*, 1995, n° 4/5, p. 462.

³⁰⁸⁷ Art. 8 Cst. féd.

³⁰⁸⁸ Message relatif à l'initiative populaire « pour la protection de l'être humain contre les techniques de reproduction artificielle (initiative pour une procréation respectant la dignité humaine, PPD) » et à la loi fédérale sur la procréation médicalement assistée (LPMA), 26 juin 1996, FF 1996 III 248.

³⁰⁸⁹ *Ibid.*

³⁰⁹⁰ « Mais sur le plan éthique nous sommes catégoriques : le don d'ovules (ou d'embryons) est inadmissible. Le législateur n'a pas le droit de favoriser la non-coïncidence entre la mère biologique et la mère porteuse d'un enfant. Ce serait une grave atteinte au droit de l'enfant d'avoir une seule mère biologique. On relèvera d'ailleurs une différence fondamentale entre le don d'ovules et le don de sperme. Lorsqu'il y a un don de sperme, le risque pour l'enfant, c'est l'absence de coïncidence entre son père juridique et son père génétique. Lorsqu'il y a un don d'ovules, le risque pour l'enfant, c'est l'existence de deux mères biologiques » : SANDOZ S., « Quelques problèmes de filiation en relation avec la procréation médicalement assistée », *RDT*, 2001, n° 1/2, p. 96.

³⁰⁹¹ PELET O., « Pourquoi interdire le don d'ovule ? », *Plaidoyer*, 2003, n° 5, p. 73.

³⁰⁹² Message relatif à l'initiative populaire « pour la protection de l'être humain contre les techniques de reproduction artificielle (initiative pour une procréation respectant la dignité humaine, PPD) » et à la loi fédérale sur la procréation médicalement assistée (LPMA), 26 juin 1996, FF 1996 III 248.

certaine dans la mesure où le don d'ovocytes conduit à une maternité « partagée » entre deux femmes : la génitrice et la gestatrice. On pourrait donc craindre que la mère génitrice revendique par la suite la maternité en se fondant sur le fait que l'enfant a ses gènes. O. PELET estime que le recours à cet argument issu du droit romain est dénué de sens, non seulement car il est évident que la problématique de la dissociation de la maternité n'avait pas été envisagée à cette époque, mais également parce que « *ce principe était évoqué en opposition à la seconde partie de l'adage, selon laquelle pater est quem nuptiae demonstrant* »³⁰⁹³. Cet adage reposerait alors sur le simple constat selon lequel la maternité découle d'un fait visible, contrairement à la paternité qui ne pouvait être prouvée matériellement, d'où l'obligation d'un recours à une présomption³⁰⁹⁴. Mais c'est surtout la comparaison avec le droit français qui permet d'évaluer le poids de l'argument développé par le Conseil fédéral. En effet, en France, bien que l'enfant ait un lien biologique avec deux femmes, « *au plan strictement juridique, on peut toujours affirmer que mater semper certa est, puisqu'il est interdit, d'une part, de rechercher le lien de filiation biologique avec le tiers donneur, d'autre part de contester le lien établi avec la mère stérile* »³⁰⁹⁵. Contrairement à ce qu'affirme le Conseil fédéral, il est donc tout à fait possible d'autoriser le don d'ovocytes tout en maintenant l'adage, à condition de lui donner une signification renouvelée en donnant la priorité au lien nourricier au détriment du lien génétique. En Suisse, la mère est celle qui accouche, et contrairement au droit français l'accouchement sous X n'est pas admis ; il aurait alors suffi de verrouiller le lien de filiation pour autoriser le don d'ovules. Cette solution avait d'ailleurs été proposée par le Conseil des États. On peut donc en conclure que la solution ne semble pas justifiée par des impératifs d'ordre juridique, mais plutôt par un choix de société visant à ne pas mettre en péril « *la seule certitude génétique que possède l'être humain, à savoir son lien avec sa mère* »³⁰⁹⁶. O. PELET estime que la législation porte atteinte à la liberté personnelle de la femme. Cette atteinte est, selon elle, injustifiée dans la mesure où elle n'est pas rendue nécessaire par un intérêt public prépondérant et que le principe de proportionnalité n'a pas été respecté par le législateur. Selon elle, « *des mesures plus respectueuses des droits fondamentaux [auraient pu] être adoptées en lieu et place de l'interdiction complète* »³⁰⁹⁷. Il est vrai que l'intérêt supposé de l'enfant aboutit à la négation totale du désir du couple dont la femme est stérile de fonder une famille.

Cette position critique vis-à-vis de la législation suisse avait prévalu dans l'arrêt S. H. et autres contre Autriche, rendu par la première section de la CEDH³⁰⁹⁸, qui a condamné la législation autrichienne (prescrivant tout comme la Suisse l'interdiction du don d'ovocytes) sur le fondement des articles 8 et 14 CESDH combinés. La cour y avait estimé que « *des considérations d'ordre moral ou tenant à l'acceptabilité sociale des techniques en question ne sauraient justifier à elles seules l'interdiction totale de telle ou telle méthode de procréation assistée, en l'occurrence le don d'ovules. Pareilles considérations peuvent revêtir une grande importance lorsque l'on se pose la question de savoir s'il convient ou non d'autoriser l'assistance médicale à la procréation de manière générale, et il y a lieu de souligner que les États ne sont nullement tenus de légiférer en matière de procréation artificielle ni de consentir à son utilisation. Cela étant, dès lors qu'un État décide de l'autoriser, il doit se doter, nonobstant l'ample marge d'appréciation*

³⁰⁹³ PELET O., « Pourquoi interdire le don d'ovule ? », *Plaidoyer*, 2003, n° 5, p. 73.

³⁰⁹⁴ *Ibid*, pp. 73-74.

³⁰⁹⁵ ROLAND H., BOYER L., *Adages du droit français*, Paris, Litec, 1999, p. 431.

³⁰⁹⁶ BO 1997 E 685, cité par PELET O., « Pourquoi interdire le don d'ovule ? », *Plaidoyer*, 2003, n° 5, p. 72.

³⁰⁹⁷ *Ibid*, p. 75.

³⁰⁹⁸ CEDH, Première section, S. H. et autres contre Autriche, 1^{er} avril 2010, n° 57813/00.

dont les Parties contractantes bénéficient dans ce domaine, d'un régime juridique cohérent permettant une prise en compte suffisante des divers intérêts légitimes en jeu et respectueux des obligations découlant de la Convention »³⁰⁹⁹. L'interdiction totale du don d'ovocytes n'était pas apparue proportionnée aux yeux de la cour ; elle « ne peut être considérée comme le moyen unique ou le moins rigoureux susceptible de conduire à la réalisation de l'objectif poursuivi »³¹⁰⁰. Procédant à l'étude des moyens plus adéquats pour atteindre l'objectif poursuivi, la cour relève que « l'objectif poursuivi par le législateur autrichien, qui consiste à préserver la sécurité juridique du droit de la famille en maintenant un principe traditionnel (*mater semper certa est*) qui en constitue l'un des piliers, n'est certes pas dénué de valeur. Cela étant, les relations familiales atypiques – au sens large – ne sont pas inconnues des ordres juridiques des États contractants. (...) Cet état de choses étant bien connu, la Cour n'aperçoit aucun obstacle insurmontable à l'intégration des rapports familiaux découlant des techniques de procréation artificielle litigieuses dans le régime général du droit de la famille et les branches du droit connexes »³¹⁰¹. Cette constatation aurait pu conduire à un rapprochement des solutions française et suisse et aurait obligé la Suisse à procéder à de plus importantes modifications de son droit de la filiation.

Cependant, cette affaire a ensuite été portée devant la grande chambre³¹⁰² qui n'a pas retenu la violation de l'article 8 CESDH. Tout comme la première section, elle a considéré que « le droit des couples à concevoir un enfant et à recourir pour ce faire à la procréation médicalement assistée »³¹⁰³ entrainait dans le champ d'application de la vie privée protégée qui doit être entendue comme une notion large. Elle a estimé que l'ingérence de l'État était prévue par la loi et poursuivait un but légitime. S'agissant du caractère nécessaire dans une société démocratique et de la marge d'appréciation accordée à l'État, la grande chambre a considéré, contrairement à la première section, que « la question essentielle qui se pose sur le terrain de l'article 8 n'est pas celle de savoir si le législateur aurait pu trouver une autre solution peut-être plus équilibrée, mais si en retenant la solution ici critiquée il a outrepassé la marge d'appréciation dont il jouissait au titre de cette disposition »³¹⁰⁴. La Cour retenant qu'il n'existe pas « un consensus européen suffisamment solide sur le point de savoir si le don d'ovules à des fins de fécondation *in vitro* doit être autorisé »³¹⁰⁵ et qu'aucun texte européen ou de l'UE ne se prononce dans ce sens

³⁰⁹⁹ *Ibid.*, § 74.

³¹⁰⁰ Au soutien de cette analyse la cour retient notamment que :

« § 77. Les objections formulées par le Gouvernement au sujet du risque d'exploitation auquel les procédés interdits exposeraient les femmes et les abus qu'ils pourraient entraîner ne concernent pas exclusivement les techniques de procréation litigieuses et qu'elles pourraient être opposées à la procréation assistée en général. Par ailleurs, les risques d'abus – qu'il convient assurément de combattre – ne constituent pas une raison suffisante pour interdire totalement telle ou telle technique de procréation dès lors que son utilisation peut être encadrée par des règles précises et que des garanties peuvent être instaurées pour empêcher qu'ils ne se réalisent. À cet égard, la Cour observe que le droit autrichien interdit la rémunération du don de gamètes ».

« § 78. Les femmes dont les ovules sont prélevés en vue d'une fécondation *in vitro* homologue s'exposent aux mêmes risques et que ce type d'opération est pourtant autorisé par la loi sur la procréation assistée ».

« § 81. L'objectif poursuivi par le législateur autrichien, qui consiste à préserver la sécurité juridique du droit de la famille en maintenant un principe traditionnel (*mater semper certa est*) qui en constitue l'un des piliers, n'est certes pas dénué de valeur. Cela étant, les relations familiales atypiques – au sens large – ne sont pas inconnues des ordres juridiques des États contractants. De telles relations, qui ne s'inscrivent pas dans le cadre classique des rapports parent-enfant reposant sur un lien biologique direct, n'ont rien de nouveau. Elles existent depuis l'institution de l'adoption, qui crée un rapport familial fondé non sur les liens du sang mais sur un engagement et qui se juxtapose ou se substitue aux relations découlant de la filiation parentale. Cet état de choses étant bien connu, la Cour n'aperçoit aucun obstacle insurmontable à l'intégration des rapports familiaux découlant des techniques de procréation artificielle litigieuses dans le régime général du droit de la famille et les branches du droit connexes ».

« § 82. L'argument selon lequel « les enfants ont un intérêt légitime à savoir qui sont leurs vrais parents, et que cette information – qui ne figure pas dans les registres des naissances, des mariages et des décès – leur serait presque toujours inaccessible si cette technique était autorisée », ne convainc pas davantage la Cour ».

³¹⁰¹ *Ibid.*, § 81.

³¹⁰² CEDH, Grande chambre, S. H. et autres contre Autriche, 3 novembre 2011, n° 57813/00 : *AJ famille*, 2011, 608, Note MIRKOVIC A. ; *RTD cin.*, 2012, 283, Note MARGUÉNAUD J.-P. ; D., 2011, 2870 ; *Revue droit & santé*, 2012, n° 46, 274, Note LAMBERT-GARREL L.

³¹⁰³ *Ibid.*, § 82.

³¹⁰⁴ *Ibid.*, § 106.

³¹⁰⁵ *Ibid.*

a conclu à l'absence de violation de l'article 8. La législation suisse paraît donc pour l'instant conforme à la CEDH.

445. Faible influence sur les bénéficiaires de l'AMP – Les droits fondamentaux ont également été invoqués pour contester le cercle des bénéficiaires des techniques d'AMP. A cet égard, deux principales questions ont été soulevées.

La première est relative à l'alignement des droits des couples de concubins et de partenaires sur ceux des conjoints. Les arguments se concentrent ici essentiellement sur le principe de non-discrimination, le droit au respect de la vie privée et familiale et le droit à la liberté personnelle.

En Suisse, dans un arrêt rendu sous l'empire de l'ancienne Constitution fédérale, le Tribunal fédéral avait estimé que le fait de réserver l'insémination artificielle hétérologue aux couples mariés ne serait pas contraire à la liberté personnelle³¹⁰⁶. Il relevait que « *l'arrêt sur la réglementation saint-galloise a mis en avant que du point de vue du bien de l'enfant, il importait de ne pas augmenter le nombre d'individus dépourvu de « père légal » ; il en va ainsi lorsque l'enfant naît dans un couple de concubins après insémination hétérologue. De ce point de vue il ne serait pas contraire à la liberté personnelle d'accorder un privilège aux couples mariés* »³¹⁰⁷. Le législateur fédéral a ainsi ouvert le don de sperme aux seuls couples mariés.

Au contraire, le législateur français a favorisé l'assimilation des différents couples en arguant de leur égalité face à l'infertilité. Pourtant, cette évolution ne semblait pas s'imposer au vu de la jurisprudence du Conseil constitutionnel. En effet, après avoir rappelé sa jurisprudence traditionnelle aux termes de laquelle « *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* »³¹⁰⁸, il a souligné que le législateur a défini trois régimes de vie de couple dont découlent des droits et obligations différents. La différence entre ces trois régimes peut donc justifier une différence de traitement eu égard à un avantage donné³¹⁰⁹. En outre, le Conseil constitutionnel a indiqué, dans une décision relative à l'adoption, qu'« *en maintenant le principe selon lequel la faculté d'une adoption au sein du couple est réservée aux conjoints, le législateur a, dans l'exercice de la compétence que lui attribue l'article 34 de la Constitution, estimé que la différence de situation entre les couples mariés et ceux qui ne le sont pas pouvait justifier, dans l'intérêt de l'enfant, une différence de traitement quant à l'établissement de la filiation adoptive à l'égard des enfants mineurs ; qu'il n'appartient pas au Conseil constitutionnel de substituer son appréciation à celle du législateur sur les conséquences qu'il convient de tirer, en l'espèce, de la situation particulière des enfants élevés par deux personnes de même sexe* »³¹¹⁰. Il ressort de ces décisions que le principe d'égalité, tel qu'interprété par le Conseil constitutionnel, n'impose pas de traiter de manière similaire l'ensemble des couples. Cette solution paraît avoir été confirmée par la CEDH dans l'affaire Serife Yigit contre Turquie, relative au mariage religieux, dans laquelle la cour a pu retenir que l'article 8 « *n'impose pas à l'État d'instaurer un régime spécial pour une catégorie particulière de couples non mariés* »³¹¹¹.

³¹⁰⁶ ATF 119 Ia 460 = JT, 1995, I, 586.

³¹⁰⁷ *Ibid.*, JT, 1995, I, 593, citant ATF 115 Ia = JT, 1991, I, 194.

³¹⁰⁸ Conseil constitutionnel, Décision n° 2011-155 QPC, 29 juillet 2011, Mme Laurence L.

³¹⁰⁹ *Ibid.*

³¹¹⁰ Conseil constitutionnel, Décision n° 2010-39 QPC, 6 octobre 2010, Mmes Isabelle D. et Isabelle B, Consid. 9.

³¹¹¹ CEDH, Grande chambre, Serife Yigit contre Turquie, 2 novembre 2010, n° 3976/05.

La seconde difficulté est relative à l'alignement des droits des couples de même sexe sur ceux des autres couples. Suite à l'affaire E. B. contre France³¹¹², dans laquelle la France a été condamnée sur le fondement combiné des articles 8 et 14 CESDH pour avoir refusé l'adoption à une femme homosexuelle vivant en couple, certains auteurs avaient souligné que « *les juges européens semblent insinuer qu'ils n'excluent pas la consécration d'un droit d'adopter au titre de l'article 8 de la CESDH* »³¹¹³. Si le droit européen allait dans le sens de la consécration d'un droit à l'adoption par les personnes homosexuelles, il pourrait être « *par contre-coup difficile de maintenir une règle réservant l'AMP aux couples hétérosexuels* »³¹¹⁴, bien que l'on puisse tout de même soutenir que l'AMP se distingue de l'adoption. Cependant, la thèse soutenue par ces auteurs ne semble pas devoir prévaloir. Il convient de rappeler que l'affaire concernait l'adoption par une femme célibataire (laquelle est autorisée en droit français) et homosexuelle et non l'adoption par un couple de femmes homosexuelles. En outre, s'agissant de l'adoption simple par une femme homosexuelle de l'enfant de sa partenaire, la Cour, dans son arrêt Gas et Dubois contre France, a refusé de condamner la France³¹¹⁵. Elle a souligné que ce couple n'était pas dans la même situation que les couples non mariés et se voyait appliquer la même disposition que les autres couples non mariés (l'article 365 CC n'aménageant le partage de l'autorité parentale qu'en cas d'adoption de l'enfant du conjoint). Dans ce même arrêt, la cour envisageant plus particulièrement le cas de l'AMP a considéré que, « *si le droit français ne prévoit l'accès à ce dispositif (l'AD) que pour les couples hétérosexuels, cet accès est également subordonné à l'existence d'un but thérapeutique, visant notamment à remédier à une infertilité dont le caractère pathologique a été médicalement constaté ou à éviter la transmission d'une maladie grave. Ainsi, pour l'essentiel, l'AD n'est autorisée en France qu'au profit des couples hétérosexuels infertiles, situation qui n'est pas comparable à celle des requérantes. Il s'ensuit, pour la Cour, que la législation française concernant l'AD ne peut être considérée comme étant à l'origine d'une différence de traitement dont les requérantes seraient victimes* »³¹¹⁶. Il apparaît donc que le droit français et le droit suisse échappent à la critique, dans la mesure où l'absence de stérilité médicalement constatée des couples homosexuels les place dans une situation différente des couples hétérosexuels stériles. Bien que les deux législations semblent conformes aux droits fondamentaux, la définition du couple bénéficiaire de l'AMP est susceptible d'évoluer sous la pression du droit national. Nous verrons toutefois que la question est renouvelée par la reconnaissance en droit français du mariage pour les couples de même sexe³¹¹⁷.

446. Faible influence sur l'autorisation de la gestation pour autrui – Dans l'affaire Mennesson contre France qui a été soumise à la CEDH le 26 juin, la Cour distingue clairement la question de l'autorisation de la gestation pour autrui sur le territoire national de la question de la reconnaissance de la filiation des enfants issus d'une telle opération. La Cour relève, en se fondant sur une étude de droit

³¹¹² CEDH, Grande chambre, E. B. contre France, 22 janvier 2008, n° 43546/02 : D., 2008, Pan., 1786, Obs. LEMOULAND J.-J., VIGNEAU D. ; D., 2008, 2038, Note HENNION-JACQUET P. ; RTD civ., 2008, 249, Obs. MARGUÉNAUD J.-P. ; RTD civ., 2008, 287, Obs. HAUSER J. ; RDJS, 2008, 380, Obs. NEIRINCK C. ; AJ famille, 2008, 118, Obs. CHÉNEDÉ F. ; Dr. fam., 2008, Alerte 14, BRUGGEMAN M.

³¹¹³ BETTIO N., « Le droit à l'enfant nouveau droit de l'homme », *Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger*, 2010, n° 2, pp. 473-504.

³¹¹⁴ *Dictionnaire permanent santé, bioéthique, biotechnologies*, Éditions législatives, Étude : procréation médicalement assistée.

³¹¹⁵ CEDH, Cinquième section, Gas et Dubois contre France, 15 mars 2012, n° 25951/07.

³¹¹⁶ *Ibid.*, § 63.

³¹¹⁷ Voir *infra* § 473.

comparé³¹¹⁸, qu'il n'existe pas de consensus tant sur la légalité de la GPA que sur la reconnaissance juridique du lien de filiation entre les parents commanditaires et les enfants qui en sont issus³¹¹⁹. Elle en déduit que du fait des délicates questions éthiques en jeu, les États bénéficient en principe d'une « *ample marge d'appréciation, s'agissant de la décision non seulement d'autoriser ou non ce mode de procréation mais également de reconnaître ou non un lien de filiation entre les enfants légalement conçus par gestation pour autrui à l'étranger et les parents d'intention* »³¹²⁰. Elle considère toutefois que la marge d'appréciation se voit limitée lorsque « *l'on touche à la filiation* »³¹²¹. Il en résulte donc qu'en l'absence de consensus, les droits fondamentaux protégés par la CEDH ne contraignent pas les États à autoriser sur leur territoire la gestation pour autrui. Néanmoins, les droits fondamentaux peuvent s'avérer plus contraignants lorsqu'il est question de reconnaître la filiation de l'enfant, mais c'est déjà aborder la question de l'effectivité des droits garantis.

2. Des droits effectifs susceptibles de faire évoluer les droits nationaux

447. Dans différents domaines, les droits garantis pourraient revêtir une plus grande effectivité. Tantôt cette effectivité n'est que potentielle dans la mesure où la Cour ne s'est pas encore prononcée sur la question ou ne s'est prononcée que de manière indirecte. Tantôt cette effectivité est réelle, comme c'est le cas pour la filiation des enfants issus d'une gestation pour autrui.

448. Effectivité potentielle et don d'ovocytes – En premier lieu, bien que l'interdiction du don d'ovocytes n'ait pas été condamnée, toute évolution des positions de la CEDH n'est pas à exclure. En effet, la Cour n'a pas manqué de souligner que « *bien qu'elle ait conclu à la non-violation de l'article 8 en l'espèce, elle observe que le domaine en cause, qui paraît se trouver en perpétuelle évolution et connaît des évolutions scientifiques et juridiques particulièrement rapides, appelle un examen permanent de la part des États contractants* »³¹²². Il faut y ajouter le fait que s'il est vrai que les textes supranationaux³¹²³ ne semblent pas indiquer l'émergence d'un consensus s'agissant du don d'ovocytes, on peut cependant relever que les 4/5^e des États membres

³¹¹⁸ Il s'agissait d'une étude réalisée dans trente-cinq États parties. S'agissant de l'autorisation ou de l'interdiction de la pratique sur le territoire national, la Cour relève que la GPA est expressément interdite dans quatorze États (dont la Suisse), qu'elle n'est pas réglementée dans dix États dans lesquels elle n'est pas tolérée, qu'elle est autorisée dans sept États et tolérée dans quatre États dans lesquels elle ne fait pas l'objet d'une réglementation. S'agissant de la possibilité de faire établir ou reconnaître le lien de filiation la Cour relève que cela est possible dans treize États *via l'exequatur*, la transcription ou l'adoption. Elle souligne que cela semble aussi possible dans onze États dans lesquels la GPA est interdite ou non prévue par la loi. Enfin, cela est exclu dans onze États : CEDH, Cinquième section, *Mennesson contre France*, 26 juin 2014, n° 65192/11, § 40-42.

³¹¹⁹ *Ibid.*, § 78.

³¹²⁰ *Ibid.*, § 79.

³¹²¹ *Ibid.*, § 80.

³¹²² CEDH, Grande chambre, *S. H. et autres contre Autriche*, 3 novembre 2011, n° 57813/00, § 118 : *AJ famille*, 2011, 608, Note MIRKOVIC A. ; *RTD civ.*, 2012, 283, Note MARGUÉNAUD J.-P. ; *D.*, 2011, 2870 ; *Revue droit & santé*, 2012, n° 46, 274, Note LAMBERT-GARREL L.

³¹²³ Le onzième principe posé par le CAHBI en 1989 précisait qu'« *en principe, la fécondation in vitro doit être effectuée avec les gamètes du couple. La même règle s'appliquera à toute autre méthode impliquant des ovules in vitro ou des embryons in vitro. Toutefois, dans des cas exceptionnels à définir par les États membres, l'utilisation des gamètes de donneurs peut être autorisée* ». La convention sur les droits de l'homme et de la biomédecine, de 1997, se contente d'interdire l'utilisation de la PMA à des fins de sélection du sexe de l'enfant. La directive 2004/23/CE du Parlement et du Conseil du 31 mars 2004 relative à l'établissement de normes de qualité et de sécurité pour le don, l'obtention, le contrôle, la transformation, la conservation, le stockage et la distribution des tissus et cellules humains, se contente d'indiquer que « *12. La présente directive ne devrait pas porter atteinte aux décisions prises par les États membres concernant l'utilisation ou la non-utilisation de tel ou tel type de cellules humaines, y compris les cellules germinatives et les cellules souches embryonnaires. Toutefois, si un usage particulier de telles cellules est autorisé dans un État membre, la présente directive imposera l'application de toutes les dispositions nécessaires à la protection de la santé publique, étant donné les risques spécifiques fondés sur la connaissance scientifique que comportent ces cellules et leur nature particulière ainsi que la garantie du respect des droits fondamentaux* ».

autorisent cette pratique. Cela a d'ailleurs conduit plusieurs juges à considérer, dans leur opinion dissidente dans l'affaire S. H soumise à la Grande chambre, que « *la Cour donne (...) au consensus européen une dimension nouvelle et fixe à celui-ci un seuil particulièrement bas, laissant à la marge d'appréciation des États une extension potentiellement illimitée. Le climat actuel n'est sans doute pas étranger à une telle position de retrait* »³¹²⁴. Toute évolution de la jurisprudence ne semble donc pas devoir être exclue et il nous semble que le droit suisse ne devrait pas rester en retrait en ce qui concerne l'autorisation du don d'ovocytes.

449. Effectivité potentielle et procréation *post mortem* – En second lieu, la CEDH devrait se prononcer prochainement dans l'affaire Parrillo contre Italie³¹²⁵. Bien que cette affaire ne concerne pas directement l'accès à la procréation *post mortem*, la reconnaissance d'un droit de propriété sur les embryons pourrait conduire à questionner l'interdiction de la procréation *post mortem*. Il va sans dire que l'intégration d'une problématique dans le champ de protection d'un droit ou d'une liberté ne préjuge pas de l'admissibilité des restrictions. Ainsi, la protection de l'écart entre les générations et la volonté de favoriser l'octroi d'un double lien de filiation à l'enfant pourraient être avancées au soutien du maintien de l'interdiction. Il convient dès lors d'attendre l'arrêt de la Grande chambre. Il est également possible de signaler l'affaire Blood³¹²⁶, bien que la solution ait été critiquée³¹²⁷ et considérée comme fondée sur l'opportunité³¹²⁸, dans la mesure où elle montre que les principes généraux du droit communautaire peuvent servir à contourner les interdictions nationales.

450. Effectivité potentielle et examen des empreintes génétiques – En troisième lieu, la question de la conformité des deux droits à la jurisprudence de la CEDH dans le domaine de la filiation et des empreintes génétiques a été interrogée à plusieurs reprises. En effet, les droits nationaux posent trois principaux types d'obstacles susceptibles d'entrer en contradiction avec le droit au respect de la vie privée et familiale, qu'il s'agisse des personnes titulaires des actions³¹²⁹, des délais pour agir³¹³⁰ ou des obstacles à l'accès ou à la recevabilité de la preuve biologique³¹³¹. Bien qu'il ait été fréquemment souligné que la

³¹²⁴ Opinion dissidente commune aux juges Tulkens, Hirvelä, Lazarova Trajkovska et Tsotsoria.

³¹²⁵ Voir *infra* § 97 pour le détail de l'affaire.

³¹²⁶ Une anglaise avait invoqué le principe de libre circulation afin de bénéficier d'une insémination *post mortem* à l'étranger : BERGÉ J.-S., « Tourisme procréatif et droit communautaire des échanges : le cas Blood », in MEULDERS-KLEIN M.-T., DEECH R., VLAARDINGERBROEK P. (Dir.), *Biomedicine, the family and human rights*, La Haye, Kluwer law international, 2002, p. 604 ; BERGÉ J.-S., « La procréation médicalement assistée entre droit national et droit communautaire : qualification et solution », *RGDM*, La recherche sur l'embryon : qualifications et enjeux, Numéro spécial, Octobre 2000, pp. 109-114 (soulignant d'une part que la qualification de libre circulation des marchandises aurait infirmé la solution du juge et d'autre part que le juge communautaire aurait pu voir dans le consentement une exigence impérative d'intérêt général. Il insiste enfin sur les difficultés de mise en œuvre du mécanisme de la fraude et invite à sa promotion).

³¹²⁷ LEMOULAND J.-J., « Le tourisme procréatif », *LPA*, 28 mars 2001, n° 62, p. 26.

³¹²⁸ SEFTON-GREEN R., « La procréation médicalement assistée entre droit national et droit communautaire. La controverse devant les cours anglaises », *RGDM*, La recherche sur l'embryon : qualifications et enjeux, Numéro spécial, Octobre 2000, p. 102 (comparaison des affaires Blood et U. v. W).

³¹²⁹ CEDH, Chambre, Kroon et autres contre Pays-Bas, 27 octobre 1994, n° 18535/91 ; CEDH, Première section, Mizzi contre Malte, 12 janvier 2006, n° 26111/02 ; CEDH, Première section, Rozanski contre Pologne, 18 mai 2006, n° 55339/00 ; CEDH, Cinquième section, Chavdarov contre Bulgarie, 21 décembre 2010, n° 3465/03.

³¹³⁰ CEDH, Chambre, Rasmussen contre Danemark, 28 novembre 1984, n° 8777/79 ; Comm. EDH, Première chambre, B. H. contre Autriche, 14 octobre 1992, n° 19345/92 ; CEDH, Troisième section, Ibrahim Yildirim contre Autriche, 19 octobre 1999, n° 34308/96, Décision sur la recevabilité.

³¹³¹ Comm. EDH, Première chambre, M. B. contre Royaume-Uni, 6 avril 1994, n° 22920/93 ; CEDH, Quatrième section, Nylund contre la Finlande, 29 juin 1999, n° 27110/95 ; CEDH, Première section, Mizzi contre Malte, 12 janvier 2006, n° 26111/02 ; CEDH, Troisième section, Tavli contre Turquie, 9 novembre 2006, n° 11449/02 ; CEDH, Troisième section, I. L. V. contre Roumanie, 24 août 2010, n° 4901/04 ; CEDH, Deuxième section, Iyilik contre Turquie, 6 décembre 2011, n° 2899/05.

jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme avait adopté une position favorable à la « biologisation » du droit de la filiation³¹³², une étude d'ensemble de cette jurisprudence nous semble montrer que la Cour s'attache surtout à quatre critères lorsqu'elle examine la conformité des droits nationaux. Ces quatre critères seront détaillés avant de déterminer les contradictions possibles entre les droits nationaux et la jurisprudence de la Cour.

Il faut d'abord noter que la Cour européenne des droits de l'homme se montre, régulièrement, hostile à l'existence d'une interdiction absolue pour le requérant de faire examiner sa situation, en tout cas en l'absence de justification suffisante³¹³³. Dans l'affaire Kroon, la Cour a jugé que le droit néerlandais, qui ne permettait l'action en désaveu qu'au père légitime et à la mère à condition qu'elle agisse à l'égard d'un enfant né dans la période de 306 jours suivant la dissolution du mariage, violait l'article 8 CESDH³¹³⁴. Le fait que des liens puissent être créés par le mariage du couple et l'adoption ou qu'il puisse être remédié aux difficultés par le biais d'une autorité parentale conjointe n'a pas été jugé suffisant³¹³⁵, dans la mesure où ni l'amant ni la mère ne bénéficiaient d'aucun moyen d'agir. De même, dans l'affaire Mizzi contre Malte, la Cour relève entre autres que « *le fait que le requérant n'ait jamais été autorisé à contester sa paternité vis-à-vis de Y (l'enfant) n'est pas proportionné aux buts légitimes poursuivis* »³¹³⁶. Il arrive parfois que le requérant soit dans l'impossibilité d'agir directement, mais que sa possibilité d'agir soit subordonnée à l'action d'un tiers. Dans ces hypothèses, la Cour a parfois pu condamner les États. Tel fut le cas dans l'affaire Rozanski, où la Cour releva l'absence de toute procédure directement accessible par laquelle le requérant aurait pu faire établir sa paternité. Certes, les autorités nationales pouvaient introduire une action pour pallier cette impossibilité. Cependant, ces autorités, qui pouvaient seules agir, avaient un pouvoir discrétionnaire d'appréciation et aucune directive concernant les modalités d'appréciation de la situation n'était fixée juridiquement³¹³⁷. Le même raisonnement est prégnant dans l'affaire Kruskovic dans laquelle la Cour a insisté sur le vide juridique auquel le requérant avait fait face et sur l'impossibilité de ce dernier de contraindre le centre d'aide sociale à agir pour lui³¹³⁸ et conclu à la violation de l'article 8.

³¹³² PICHONNAZ P., FOËX B., *Code civil I, Commentaire Romand*, Bâle, Helbing & Lichtenhahn, 2010, p. 1555.

³¹³³ En effet, « la Cour est disposée à admettre que l'absence d'un mécanisme juridique permettant au requérant de protéger son droit au respect de sa vie privée peut s'expliquer de manière générale par l'« intérêt légitime » de garantir la sécurité juridique et la stabilité des liens familiaux et par la nécessité de protéger les intérêts de l'enfant (Rasmussen, § 41). Il reste à déterminer si, dans les circonstances particulières à l'espèce, un juste équilibre a été ménagé entre l'intérêt du requérant et l'intérêt général » : CEDH, Quatrième section, Paulik contre Croatie, 10 octobre 2006, n° 10699/05, § 44. Voir aussi : CEDH, Troisième section, Ostace contre Roumanie, 25 février 2014, n° 12547/06, § 43.

³¹³⁴ CEDH, Chambre, Kroon et autres contre Pays-Bas, 27 octobre 1994, n° 18535/91, § 37. La Cour relève notamment : « En droit néerlandais, l'instrument ordinaire pour créer des liens familiaux entre M. Zerrouk et Samir était la reconnaissance (...). Cependant, dès lors que Samir était l'enfant "légitime" de M. Omar M'Halle-Driss, M. Zerrouk ne serait en mesure de reconnaître Samir que si la paternité de M. M'Halle-Driss avait été contestée avec succès. En dehors de l'intéressé lui-même, dont on avait perdu la trace, seule Mme Kroon pouvait contester sa paternité. Néanmoins, en vertu de l'article 1 : 198 CC, la possibilité pour la mère d'un enfant "légitime" de contester la paternité de son mari n'existait et n'existe toujours qu'à l'égard d'un enfant né dans la période de 306 jours suivant la dissolution du mariage (paragraphe 19 ci-dessus). Mme Kroon ne pouvait agir ainsi car Samir était né alors qu'elle était toujours mariée ».

³¹³⁵ *Ibid.*, § 38-39.

³¹³⁶ CEDH, Première section, Mizzi contre Malte, 12 janvier 2006, n° 26111/02, § 114.

³¹³⁷ CEDH, Première section, Rozanski contre Pologne, 18 mai 2006, n° 55339/00, § 73 : « The Court emphasises that it is a crucial aspect of the present case that neither of these procedures was available to the applicant in that he could not launch them himself. The launching of these procedures depended on a decision of the authorities who enjoyed a discretionary power to decide whether to accede to such a request or to refuse it ». Voir aussi § 79 : « Hence, it has taken into consideration, firstly, the lack of any directly accessible procedure by which the applicant could claim to have his legal paternity established. Secondly, the Court noted the absence, in the domestic law, of any guidance as to the manner in which discretionary powers vested on the authorities in deciding whether to challenge legal paternity established by way of declaration made by another man should be exercised ».

³¹³⁸ CEDH, Première section, Kruskovic contre Croatie, 21 juin 2011, n° 46185/06, § 40-41 : « the applicant was left in a legal void until the proceedings for establishing his paternity were instituted. Furthermore, he had no means to compel the Opatija Social Welfare Centre to institute such proceedings. Thus, more than two and a half years passed between the time when the applicant gave his statement that he was the biological father of K. and the institution of the court proceedings in the matter by the Opatija Social Welfare Centre. Contrary to the Government's arguments, the Court

Par ailleurs, il semble que la connaissance préalable de l'absence de paternité plaide plutôt en faveur de la validation des délais d'action prévus par la loi nationale. Ainsi, dans l'affaire B. H. contre Autriche, la commission avait déclaré la requête irrecevable. Elle relève notamment que la femme non mariée avait un an pour s'opposer à la reconnaissance et que les États étaient en droit de penser que la mise en place de délais était de nature à préserver la sécurité juridique et l'intérêt de l'enfant. En l'espèce, elle considère que la requérante avait eu le temps d'agir et insiste sur le fait que la femme n'avait découvert aucun élément nouveau de nature à mettre en doute la paternité par la suite³¹³⁹. À l'opposé, l'affaire Shofman contre Russie³¹⁴⁰ concernait le cas dans lequel un homme avait appris tardivement qu'il n'était pas biologiquement lié à l'enfant, contrairement à d'autres affaires dans lesquelles la Cour s'était précédemment prononcée³¹⁴¹. La Cour a considéré que malgré l'ample marge d'appréciation dont bénéficient les États, l'impossibilité de réexaminer la présomption de paternité à la lumière des preuves biologiques au-delà d'un délai d'un an violait le droit au respect de la vie privée du requérant³¹⁴².

Cette affaire permet de faire le lien avec le troisième critère qui réside dans l'attention portée à l'analyse concrète des intérêts en présence et plus particulièrement dans la place accordée à l'intérêt de l'enfant. Tantôt cette analyse permet d'écarter une règle nationale faisant obstacle à l'accès à la vérité biologique, ainsi qu'en témoignent diverses affaires. Dans l'arrêt Kroon, la Cour a ainsi retenu que « *le « respect » de la « vie familiale » exige que la réalité biologique et sociale prévale sur une présomption légale heurtant de front tant les faits établis que les vœux des personnes concernées sans réellement profiter à personne* »³¹⁴³. Dans l'affaire Rozanski, la Cour insiste sur le fait que la seule raison formelle d'une paternité préalable ne suffit pas à faire obstacle à une action et qu'il est nécessaire d'examiner les intérêts en présence³¹⁴⁴. Dans l'arrêt Tavli,

cannot accept that this situation is in the best interests of either the applicant or the child. In this connection, the Court reiterates that a child born out of wedlock also has a vital interest in receiving the information necessary to uncover the truth about an important aspect of their personal identity, that is, the identity of their biological parents ».

³¹³⁹ Comm. EDH, Première chambre, B. H. contre Autriche, 14 octobre 1992, n° 19345/92, § 3 : « *The commission notes that, in accordance with S. 163 d para 1 of the Austrian Civil Code, the applicant had the opportunity to file objections against the recognition of paternity by M. M. within one year from the time that she became aware of the recognition. (...) The Commission considers that, pursuant to S. 163 d para. 1 of the Austrian Civil Code, the applicant had a reasonable opportunity to clarify all aspects regarding the recognition of paternity in question and possibly to raise objections. The Commission notes that, at the time of recognition of paternity, the applicant lived together with Mr. M. and her child, later she left her child with him and agreed that he be in charge of caring for and educating her child, while she was living and working abroad. The applicant claims that only in spring 1991 she became doubts as to the paternity of Mr. M. However, her submissions in this respect do not disclose any new circumstance which had not been known to her at the time after recognition by Mr. M. ».*

³¹⁴⁰ CEDH, Première section, Shofman contre Russie, 24 novembre 2005, n° 74826/01. Dans cette affaire, un époux avait élevé un enfant pendant deux années sans savoir qu'il n'était pas lié biologiquement à celui-ci. Il n'avait pas pu contester sa paternité car le système juridique russe n'autorisait aucune dérogation au délai d'un an à compter de la naissance légalement prévu.

³¹⁴¹ CEDH, Chambre, Rasmussen contre Danemark, 28 novembre 1984, n° 8777/79 ; CEDH, Troisième section, Ibrahim Yildirim contre Autriche, 19 octobre 1999, n° 34308/96, Décision sur la recevabilité : citées par : CEDH, Première section, Shofman contre Russie, 24 novembre 2005, n° 74826/01, § 39-40 : « *The Court has previously accepted that the introduction of a time-limit for the institution of paternity proceedings was justified by the desire to ensure legal certainty in family relations and to protect the interests of the child. (...) However, this finding was made in cases where the applicant had known with certainty, or had had grounds for assuming that he was not the father from the first day of the child's life but – for reasons unconnected with the law – had taken no steps to contest paternity within the statutory time-limit (...). The situation of the present case was, however, different. It appears that for some two years after the child's birth the applicant did not suspect that the child was not his and reared him as his own. He was apprised of circumstances casting doubt on his paternity in September 1997, by which time the statutory time-limit had already expired ».*

³¹⁴² CEDH, Première section, Shofman contre Russie, 24 novembre 2005, n° 74826/01, § 45-46.

³¹⁴³ CEDH, Chambre, Kroon et autres contre Pays-Bas, 27 octobre 1994, n° 18535/91, § 40.

³¹⁴⁴ CEDH, Première section, Rozanski contre Pologne, 18 mai 2006, n° 55339/00, § 77-78 : « *The reasoning of the decisions given by the authorities was perfunctory, the mere reference to the recognition of paternity by J. M. being the only justification for their refusals to deal with the applicant's repeated requests. In the Court's view, in the circumstances of the present case it would have been reasonable to expect that the authorities, when responding to the applicant's efforts after July 1996 to have J. M.'s paternity challenged, would consider the relative weight of, on the one hand, the interests of the applicant as a putative biological father and, on the other, of the child and the family that the recognition by J. M. had created ».*

la Cour considère que l'impossibilité de faire réexaminer l'affaire au vu des progrès de la science viole l'article 8, après avoir notamment réfuté les arguments tirés de l'intérêt de l'enfant mis en avant par le gouvernement pour justifier l'interdiction³¹⁴⁵. Néanmoins, il ne faut pas conclure hâtivement à une « biologisation » de la filiation puisque tantôt l'analyse des intérêts en présence permet de valider une règle nationale faisant obstacle à l'accès à la vérité biologique, ainsi qu'en témoignent plusieurs autres arrêts de la Cour. D'abord, l'intérêt de l'enfant peut justifier les obstacles liés aux délais. Par exemple, dans l'affaire Rasmussen, la Cour conclut que la limitation dans le temps de l'action en désaveu du père, alors que l'action de la mère n'est pas soumise à des délais, n'est pas contraire à la CESDH. Elle relève que l'existence de délais se justifie par la protection de la sécurité juridique et de l'intérêt de l'enfant. Elle considère ensuite que la différence de traitement revêt un caractère objectif et raisonnable : « *elle procédait de l'idée que de tels délais s'imposaient moins pour elles (les mères) que pour eux (les pères) car les intérêts de la mère rejoignaient d'ordinaire ceux de l'enfant, dont, dans la majorité des cas de divorce ou de séparation, elle se voyait attribuer la garde* »³¹⁴⁶. De même, dans l'affaire Yildirim, la cour a considéré que la prévalence des intérêts de l'enfant à l'issue du délai de contestation d'un an ouvert au père était justifiée³¹⁴⁷. Ensuite, dans les affaires Ahrens et Kautzor, la Cour valide les décisions allemandes qui s'étaient fondées sur la préexistence de liens sociaux et familiaux pour refuser la contestation de paternité par celui qui se prétendait le « père biologique ». Elle insiste alors sur le fin examen réalisé entre les intérêts en présence³¹⁴⁸. L'intérêt de l'enfant à la préservation de ses liens familiaux transparaît également dans l'affaire M. B. contre Royaume-Uni, dans laquelle la commission rappelle « *que les tribunaux internes ont refusé d'ordonner une expertise sanguine au motif qu'elle ne serait pas dans l'intérêt de l'enfant. Ils ont estimé que le bien-être de E. (l'enfant) était inextricablement lié à la cellule familiale dans laquelle elle était élevée, et que le risque de perturber la stabilité de cette famille en faisant procéder à des examens sanguins lui aurait été préjudiciable* ». La commission considère qu'elle « *ne constate rien d'arbitraire ou d'abusif dans cette appréciation des droits de l'enfant* »³¹⁴⁹. Enfin, dans l'affaire Nylund, la Cour conclut à l'irrecevabilité de la requête en soulignant que l'intérêt de l'enfant a été pris en compte³¹⁵⁰.

³¹⁴⁵ CEDH, Troisième section, Tavli contre Turquie, 9 novembre 2006, n° 11449/02, § 34 : « *The Court observes that the Government did not give any reason why it should be "necessary in a democratic society", to refuse the applicant's request to have a retrial, irrespective of the technological difficulty to have DNA testing in 1982, when the applicant first filed the action for rejection of paternity. Furthermore, the Court is not convinced by the Government's argument that the domestic courts have protected the interest of the child and the family, rather than the applicant. In particular, it has not been shown how the interest of the child was protected. The Court notes that just as the applicant has a legitimate right to have at least the opportunity to deny paternity of a child who, according to scientific evidence, was not his own, S. has also an interest in knowing the identity of her biological father* ».

³¹⁴⁶ CEDH, Chambre, Rasmussen contre Danemark, 28 novembre 1984, n° 8777/79, § 41.

³¹⁴⁷ CEDH, Troisième section, Ibrahim Yildirim contre Autriche, 19 octobre 1999, n° 34308/96, Décision sur la recevabilité, § 2 : « *the Court finds that the relevant law as applied to the applicant struck a fair balance between the different interests involved. In particular, it appears justified that, once the limitation-period for the applicant's own claim to contest his paternity had expired, greater weight was given to the interests of the child than to the applicant's interest in disproving his paternity. Thus, the Public Prosecutor's refusal to introduce proceedings to contest the legitimacy of the child, does not disclose a lack of respect for the applicant's private life* ».

³¹⁴⁸ CEDH, Cinquième section, Ahrens contre Allemagne, 22 mars 2012, n° 45071/09, § 74-77 ; CEDH, Cinquième section, Kautzor contre Allemagne, 22 mars 2012, n° 23338/09, § 77-78.

³¹⁴⁹ Comm. EDH, Première chambre, M. B. contre Royaume-Uni, 6 avril 1994, n° 22920/93, § 2. Voir également une affaire dans laquelle l'intérêt de l'enfant à la stabilité de sa filiation prévaut sur la vérité biologique : CEDH, Quatrième section, A. L. contre Pologne, 18 mars 2014, n° 28609/08 : *AJ famille*, 2014, 246, Note VIGANO'TTI E.

³¹⁵⁰ CEDH, Quatrième section, Nylund contre la Finlande, 29 juin 1999, n° 27110/95 : « *La Cour rappelle qu'en l'espèce, la cour d'appel a débouté le requérant non seulement en se fondant sur le libellé des dispositions de la loi sur la paternité, mais également parce que l'examen de la prétention du requérant n'aurait pas été dans l'intérêt de l'enfant. La cour d'appel a pris en compte le fait que l'établissement de la paternité biologique n'aurait créé en soi aucun droit ou devoir pour les intéressés. Elle a également invoqué les perturbations qu'une telle action entraînerait dans les relations familiales au sein de la famille de l'enfant. La Cour ne voit rien d'arbitraire dans cette appréciation des intérêts de l'enfant. Les États ont des raisons tenant à la sécurité des rapports juridiques et familiaux pour appliquer une présomption générale selon laquelle un homme marié est réputé être le père des enfants de son épouse. Il se justifie que les tribunaux internes donnent plus de poids aux intérêts de l'enfant et de la famille dans laquelle il vit qu'à ceux d'un demandeur cherchant à faire établir un fait biologique. Par ailleurs, la Cour constate qu'en vertu du droit interne, l'enfant pourra, lorsqu'elle aura*

Pour terminer, au sein de ce troisième critère lié à la place de l'intérêt de l'enfant, il est possible de faire émerger un quatrième critère lié à l'existence d'un accord c'est-à-dire d'une convergence d'intérêts entre les parties. En effet, la Cour ne tient pas le même raisonnement selon que les parties se sont ou non prêtées d'un commun accord à une expertise permettant d'apporter des preuves quant à la paternité ou à l'absence de paternité. Dans de nombreux arrêts, la Cour a fait prévaloir l'adéquation entre les liens biologiques et juridiques en considérant qu'il y avait violation de la Convention. Elle relève, d'une part, que « *l'absence de procédure permettant de mettre la situation juridique en conformité avec la réalité biologique va à l'encontre des souhaits de tous les intéressés et ne bénéficie en fait à personne* »³¹⁵¹ et n'a donc pas permis d'assurer le respect de la vie privée. D'autre part, elle retient qu'« *une situation dans laquelle une présomption légale peut prévaloir sur la réalité biologique ne saurait être compatible avec l'obligation de garantir le « respect » effectif de la vie privée et familiale, même en égard à la marge d'appréciation dont jouissent les États* »³¹⁵². Il est vrai que de telles affirmations laissent penser que la Cour accorde une importance centrale au critère de la vérité biologique³¹⁵³. Néanmoins, il nous semble que cette idée doit être largement nuancée au vu d'autres jurisprudences de la Cour. En effet, dans les affaires I. L. V. et Iyilik, elle insiste sur le fait que lorsque le requérant n'est pas en possession d'une analyse ADN et que l'enfant refuse de se prêter à une analyse génétique, leurs intérêts divergent. Elle fait alors application de sa jurisprudence Mikulic dans laquelle elle avait considéré que la nécessaire protection des intérêts des tiers pouvait exclure la contrainte à réaliser un test ADN. En l'espèce, elle considère que cette nécessité s'impose d'autant plus lorsque le tiers est un enfant ayant une filiation légitime établie de longue date. Elle fait dès lors primer l'intérêt de l'enfant à ne pas être privé de sa filiation sur le droit du requérant de faire concorder vérité biologique et vérité juridique³¹⁵⁴. Ainsi, c'est davantage l'accord de l'ensemble des protagonistes quant à la destruction du lien de filiation, manifesté par la réalisation volontaire de l'examen génétique, qui justifie l'éviction des obstacles juridiques à la vérité biologique.

Les grands axes de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme ayant été déterminés, il est désormais possible d'envisager les points sur lesquels les droits nationaux pourraient être critiqués.

Une première difficulté, qui ne se retrouve qu'en droit suisse, est liée au cercle restreint des personnes susceptibles d'agir en désaveu. I. SCHWENZER, procédant à un parallèle entre le droit suisse

atteint l'âge de quinze ans, décider elle-même s'il est ou non dans son intérêt d'engager une procédure en recherche de paternité. Néanmoins, cette possibilité ne permet pas de conclure qu'il convient d'autoriser une personne extérieure à la famille à saisir les tribunaux, surtout lorsqu'une telle conclusion, dans les faits, empêcherait l'enfant de prendre ultérieurement une décision elle-même.

³¹⁵¹ CEDH, Chambre, Kroon et autres contre Pays-Bas, 27 octobre 1994, n° 18535/91, § 40 ; CEDH, Quatrième section, Paulik contre Croatie, 10 octobre 2006, n° 10699/05, § 46.

³¹⁵² CEDH, Chambre, Kroon et autres contre Pays-Bas, 27 octobre 1994, n° 18535/91, § 40 ; CEDH, Troisième section, Tavli contre Turquie, 9 novembre 2006, n° 11449/02, § 35 ; CEDH, Première section, Mizzi contre Malte, 12 janvier 2006, n° 26111/02, § 113 ; CEDH, Première section, Shofman contre Russie, 24 novembre 2005, n° 74826/01, § 45 ; CEDH, Troisième section, Ostace contre Roumanie, 25 février 2014, n° 12547/06, § 40.

³¹⁵³ PICHONNAZ P., FOËX B., *Code civil I, Commentaire Romand*, Bâle, Helbing & Lichtenhahn, 2010, p. 1546 ; O. GUILLOD considère ainsi qu'« *il ressort de ces divers arrêts une volonté, à notre avis excessive de faire coïncider père juridique et géniteur, alors que le concept juridique de filiation ne s'est jamais réduit au seul lien génétique* ».

³¹⁵⁴ CEDH, Troisième section, I. L. V. contre Roumanie, 24 août 2010, n° 4901/04, § 42-46 ; CEDH, Deuxième section, Iyilik contre Turquie, 6 décembre 2011, n° 2899/05, § 31-35.

et la jurisprudence Kroon, a considéré que ce dernier pourrait être incompatible avec la CESDH³¹⁵⁵. Il est vrai que le droit suisse accorde une place importante à la protection du mariage. Néanmoins, il nous semble qu'il existe des différences significatives entre le droit suisse et le droit néerlandais qui limitent la pertinence de la transposition de la solution³¹⁵⁶ de l'arrêt Kroon. D'une part, l'action en désaveu est ouverte à l'enfant dans des conditions permettant de tenir compte de l'existence ou de l'absence d'une vie familiale de fait. D'autre part, bien que la mère et son amant ne puissent agir en désaveu³¹⁵⁷, ils pourront agir en tant qu'intervenants accessoires au soutien de l'action de l'enfant³¹⁵⁸ ou bien demander à l'autorité de protection de l'enfant d'intenter l'action en désaveu dans l'intérêt de celui-ci³¹⁵⁹. Une audition en tant que témoin est réalisée en pratique dans le canton de Neuchâtel³¹⁶⁰. Ils peuvent également former un recours contre une décision négative ou un retard à condition d'agir en défense des intérêts de l'enfant³¹⁶¹. Contrairement à l'arrêt Kroon dans lequel seuls le mariage ou l'adoption pouvaient permettre la création d'un lien de filiation³¹⁶², il existe donc en droit suisse un certain nombre de possibilités permettant de faire reconnaître juridiquement la vie familiale de fait. Il faut néanmoins que l'autorité de protection de l'enfant se montre vigilante dans la mesure où dans l'affaire Rozanski la Cour condamne l'existence d'un pouvoir discrétionnaire en l'absence de critères d'encadrement légal. Dès lors, « *si l'enfant mineur vit avec sa mère et son géniteur, l'autorité tutélaire devra admettre que l'intérêt de l'enfant commande d'agir en désaveu, pour permettre ensuite une reconnaissance du géniteur et compagnon de la mère* »³¹⁶³.

Une seconde difficulté, liée aux délais d'action, peut être identifiée. Elle entraîne des doutes quant à la conventionnalité de quatre principales dispositions françaises. En effet, la jurisprudence de la CEDH exige parfois que les droits nationaux fassent preuve d'une certaine souplesse et acceptent d'examiner ou de réexaminer l'affaire au vu des progrès scientifiques réalisés. Cette exigence est d'abord susceptible de poser des difficultés en droit français dans la mesure où la révision³¹⁶⁴ ne concerne « *pas du tout les hypothèses où une preuve considérée comme décisive à une époque donnée voit ensuite sa valeur détruite par une avancée scientifique ou simplement par la découverte d'une autre vérité* »³¹⁶⁵. Cette interdiction rappelle celle posée par le droit turc dans l'affaire Tavli. La France pourrait dès lors être condamnée si les critères précédemment déterminés étaient remplis. De même, il a été relevé qu'« *on peut s'inquiéter du sort prévisible de l'article 20, I, de l'ordonnance du 4*

³¹⁵⁵ BSK ZGB I-SCHWENZER CC 256 N 7, cité par PICHONNAZ P., FOËX B., *Code civil I, Commentaire Romand*, Bâle, Helbing & Lichtenhahn, 2010, p. 1544.

³¹⁵⁶ Concluant également que la mise en doute de la compatibilité avec la CESDH est hâtive : *Ibid.*

³¹⁵⁷ ATF 108 II 344, 347 ; TF, 5C.31/2005, 29 septembre 2002 ; « *Jurisprudence et doctrine dénie à la mère la qualité pour agir en désaveu. Qu'elle ait formulé des conclusions reconventionnelles propres ou conclu – comme en l'occurrence – à l'admission de celles de l'enfant revient au même* » : arrêts mentionnés par : MEIER P., STETTLER M., *Droit de la filiation*, Zurich, Schulthess, 2014, p. 55, Note 191.

³¹⁵⁸ PICHONNAZ P., FOËX B., *Code civil I, Commentaire Romand*, Bâle, Helbing & Lichtenhahn, 2010, p. 1546.

³¹⁵⁹ ATF 108 II 344, 347.

³¹⁶⁰ BURGAT S., GUILLOD O., « Les actions tendant à la destruction du lien de filiation spécialement l'action en désaveu de paternité », in BOHNET F., *Quelques actions en annulation*, Neuchâtel, Unine, 2007, p. 27.

³¹⁶¹ ATF 121 III 1 = JT, 1996, I, 662 : cité par : MEIER P., STETTLER M., *Droit de la filiation*, Zurich, Schulthess, 2009, p. 56, Note 193.

³¹⁶² CEDH, Chambre, Kroon et autres contre Pays-Bas, 27 octobre 1994, n° 18535/91, § 38-39.

³¹⁶³ PICHONNAZ P., FOËX B., *Code civil I, Commentaire Romand*, Bâle, Helbing & Lichtenhahn, 2010, p. 1546.

³¹⁶⁴ Aux termes de l'article 595 du Code de procédure civile : « *Le recours en révision n'est ouvert que pour l'une des causes suivantes : 1. S'il se révèle, après le jugement, que la décision a été surprise par la fraude de la partie au profit de laquelle elle a été rendue ; 2. Si, depuis le jugement, il a été recouvré des pièces décisives qui avaient été retenues par le fait d'une autre partie ; 3. S'il a été jugé sur des pièces reconnues ou judiciairement déclarées fausses depuis le jugement ; 4. S'il a été jugé sur des attestations, témoignages ou serments judiciairement déclarés faux depuis le jugement. Dans tous ces cas, le recours n'est recevable que si son auteur n'a pu, sans faute de sa part, faire valoir la cause qu'il invoque avant que la décision ne soit passée en force de chose jugée* ».

³¹⁶⁵ DEKEUWER-DÉFOSSEZ F., « Les empreintes génétiques devant la CEDH : avis de coup de vent sur l'ordonnance du 4 juillet 2005 », *RLDC*, 2007, n° 38, p. 43.

juillet 2005 (...), excluant l'application du droit nouveau en présence d'une décision de justice passée en force de chose jugée » au vu de l'arrêt Paulik³¹⁶⁶. Ensuite, l'examen des critères utilisés par la Cour a mis en avant l'importance qu'elle accordait à la connaissance de l'absence de paternité. Or, il apparaît qu'il « *n'est fait nulle mention, dans la loi ni dans la jurisprudence française, de ce que le titulaire des actions ait eu ou non connaissance de la vérité des choses* »³¹⁶⁷. Enfin, une dernière difficulté à trait au verrouillage des actions en contestation en présence d'un titre et d'une possession d'état de cinq ans conforme, qui pourrait s'avérer en contradiction avec la mise en balance des intérêts au cas par cas, telle qu'elle résulte de la jurisprudence de la CEDH³¹⁶⁸. Le droit français contraste ici avec le droit suisse et le droit comparé pourra donc ultérieurement être utilisé comme vecteur de proposition³¹⁶⁹.

451. Filiation et gestation pour autrui, caractère contraignant du droit à l'identité – En dernier lieu, s'est posée la question de la conformité aux droits fondamentaux de l'interdiction absolue de reconnaître la filiation des enfants issus d'une gestation pour autrui, telle qu'elle résultait de la jurisprudence de la Cour de cassation. En effet, bien que cette dernière ait refusé de considérer l'existence d'une atteinte aux articles 8 CESDH et 3 CIDE, la question de la conformité entre le droit français et les Conventions internationales se posait clairement. Une partie de la doctrine relevait en effet qu'une condamnation de la France par les juridictions internationales n'était pas à écarter³¹⁷⁰.

Elle confrontait d'abord la jurisprudence française à la jurisprudence de la CJCE dans les arrêts Garcia-Avello et Grunkin-Paul. Dans la première affaire³¹⁷¹, la CJCE s'est fondée sur l'article 12 TCE prévoyant l'interdiction de discrimination exercée en raison de la nationalité ainsi que sur l'article 17 relatif à la citoyenneté européenne, pour répondre à une question préjudicielle soumise par le Conseil d'État belge. Elle a considéré que ces articles s'opposent à ce que « *l'autorité administrative d'un État membre refuse de donner une suite favorable à une demande de changement de nom pour des enfants mineurs résidant dans cet État et disposant de la double nationalité dudit État et d'un autre État membre* »³¹⁷². Elle relève notamment, pour arriver à

³¹⁶⁶ *Ibid.*

³¹⁶⁷ *Ibid.*, p. 44.

³¹⁶⁸ *Ibid.*

³¹⁶⁹ Voir *infra* § 485.

³¹⁷⁰ CHÉNEDÉ F., « Recevabilité de l'action du ministère public en nullité de la transcription des actes d'état civil des enfants nés d'une gestation pour autrui », *AJ famille*, 2009, n° 2, p. 82 (référence à l'arrêt Wagner) ; LAGARDE P., « Annulation de la transcription d'un acte de naissance californien résultant d'une convention de gestation pour autrui », *RCDIP*, 2009, n° 2, p. 320 et s., § 19 (référence aux arrêts Garcia-Avello et Grunkin Paul) ; CHÉNEDÉ F., « Conventions de mère porteuse : la Cour de cassation met un frein au tourisme procréatif », *AJ famille*, 2011, n° 5, p. 264 (référence à l'arrêt Wagner) ; HAFTEL B., « Gestation pour autrui : éclairage de droit international privé », *AJ famille*, 2011, n° 5, p. 265 (référence à l'arrêt Wagner) ; SIFFREIN-BLANC C., « Mère porteuse : refus de transcription à l'état civil », *AJCT*, 2011, n° 7, p. 301 (référence à l'arrêt Wagner) ; BERTHIAU D., BRUNET L., « L'ordre public au préjudice de l'enfant », *D.*, 2011, n° 22, p. 1529 (référence aux arrêts Wagner et Negrepontis-Giannis) ; HAMMJE P., « Maternité pour autrui, possession d'état et état civil », *RCDIP*, 2011, n° 3, p. 722 et s., § 21 (référence à l'arrêt Wagner).

³¹⁷¹ CJCE, Assemblée plénière, Carlos Garcia-Avello contre État belge, 2 octobre 2003, C-148/02 : *RCDIP*, 2004, 184, Note LAGARDE P. ; *D.*, 2004, 1476, Obs. AUDIT M. ; *RTD civ.*, 2004, 62, Obs. HAUSER J. ; *RTD eur.*, 2004, 559, Note ILIOPOULOU A. Cette affaire concernait un ressortissant espagnol (M. Garcia-Avello) et une ressortissante belge (Mme Weber) qui avaient eu deux enfants dotés de la double nationalité. Ils avaient sollicité, auprès des autorités belges, le changement du nom de leurs enfants afin que celui-ci devienne Garcia-Weber, conformément aux usages espagnols. La demande avait été rejetée par les autorités belges.

³¹⁷² *Ibid.*, § 45.

cette conclusion, que la « *diversité de noms de famille est de nature à engendrer pour les intéressés de sérieux inconvénients d'ordre tant professionnel que privé* »³¹⁷³.

Dans la seconde affaire³¹⁷⁴, le refus des autorités allemandes de reconnaître à l'un de ses ressortissants le double nom qui lui avait été attribué au Danemark avait abouti à ce que l'enfant concerné porte un nom différent dans deux États membres. La Cour refuse d'y voir une discrimination sur le fondement de l'article 12. Elle retient, en revanche, l'entrave aux libertés de circuler et de séjourner librement sur le territoire des États membres, lesquelles sont protégées par l'article 18 TCE. Elle insiste notamment sur le fait que « *chaque fois que l'intéressé devra prouver son identité au Danemark, État membre où il est né et réside depuis lors, il risque de devoir dissiper des doutes concernant celle-ci et écarter des soupçons de fausse déclaration suscités par la divergence entre, d'une part, le nom qu'il utilise depuis toujours dans la vie quotidienne et qui se trouve tant dans les registres des autorités danoises que dans tous les documents officiels établis à son égard au Danemark, tel que notamment, l'acte de naissance, et d'autre part, le nom figurant dans son passeport allemand* »³¹⁷⁵.

Ces arrêts sont très éloignés de la gestation pour autrui, domaine dans lequel la CJUE est d'ailleurs restée relativement en retrait³¹⁷⁶. Ils montrent néanmoins que les discordances d'état civil d'un État membre à l'autre, comme ce serait le cas de la filiation issue d'une gestation pour autrui réalisée dans un État membre de l'Europe qu'un autre État membre refuserait de reconnaître, peuvent s'avérer problématiques. Si *a priori*, cette question ne semble pas concerner le droit suisse qui n'est pas membre de l'Union, il faut toutefois rappeler l'accord sur la libre circulation des personnes, dont la question du devenir est aujourd'hui centrale³¹⁷⁷, qui pose l'interdiction des discriminations fondées sur la nationalité³¹⁷⁸.

Mais c'est la Cour européenne des droits de l'homme qui a d'abord été saisie de la question et qui a condamné l'État français.

La doctrine s'était d'ores et déjà interrogée sur la compatibilité du refus de reconnaître la filiation des enfants nés d'une GPA au vu du raisonnement tenu par les juges strasbourgeois dans les affaires Wagner et Negrepontis-Gianisis. Elle se demandait notamment si les raisonnements tenus dans ces affaires pourraient être transposés à la question de la gestation pour autrui.

³¹⁷³ *Ibid.*, § 36. Voir également l'affaire Sayn-Wittgenstein : CJUE, Ilonka Sayn-Wittgenstein/Landeshauptmann von Wien, 22 décembre 2010, C-208/09 : l'atteinte est justifiée car la loi autrichienne tend à mettre en œuvre le principe d'égalité.

³¹⁷⁴ CJCE, Grunkin-Paul contre Standesamt Niebüll, 14 octobre 2008, C-353/06 : RCDIP, 2009, 80, Note LAGARDE P. ; *AJDA*, 2008, 2327 ; *D.*, 2009, 845, Note BOULANGER F. ; *AJ famille*, 2008, 481, Obs. BOICHÉ A. Dans cette affaire, deux ressortissants allemands avaient eu un enfant, de nationalité allemande, avec qui ils vivaient au Danemark depuis sa naissance. Conformément à la loi danoise, l'enfant s'était vu attribuer le double nom de ses parents. L'inscription du double nom sur les registres allemands avait par la suite été refusée au motif que le nom des personnes de nationalité allemande est régi par la loi allemande qui interdit le port d'un double nom.

³¹⁷⁵ *Ibid.* § 26.

³¹⁷⁶ CJUE, Grande chambre, Z. contre A government department, The Board of management of a community school, 18 mars 2014, C-363/12 ; CJUE, Grande chambre, C. D. contre S. T., 18 mars 2014, C-167/12.

³¹⁷⁷ L'acceptation de l'initiative populaire « contre l'immigration de masse » implique en effet de modifier les dispositions actuellement en vigueur. Dans l'attente de la législation d'exécution, la libre circulation des personnes continue à s'appliquer : « Mise en œuvre des nouvelles dispositions constitutionnelles sur l'immigration », Disponible sur : https://www.bfm.admin.ch/content/ejpd/fr/home/themen/migration/umsetzung_vb_zuwanderung.html, Consulté le 17 juin 2014.

³¹⁷⁸ On peut en effet se demander s'il est possible de tirer de ces dispositions des conséquences analogues à celles dégagées dans le droit des États membres.

Dans la première affaire³¹⁷⁹, une femme célibataire luxembourgeoise était partie au Pérou pour y adopter un enfant. Le Luxembourg, saisi d'une demande d'*exequatur* de la décision étrangère prononçant l'adoption, refusa d'y faire droit en retenant notamment que la loi luxembourgeoise était applicable et interdisait l'adoption plénière par une personne célibataire³¹⁸⁰. Mme WAGNER obtint toutefois l'adoption simple de l'enfant³¹⁸¹. La femme et sa fille saisirent la Cour européenne des droits de l'homme d'une requête fondée sur les articles 8, 14 et 6 CESDH³¹⁸². Elles avançaient notamment que du fait du refus d'*exequatur*, des autorisations de séjour devaient être régulièrement sollicitées et que la mineure ne bénéficierait pas de la préférence communautaire³¹⁸³. Le gouvernement contestait notamment l'existence d'une ingérence, en avançant que les requérantes n'étaient nullement empêchées de vivre ensemble, mais se plaignaient seulement de « *tracasseries administratives* »³¹⁸⁴. La Cour européenne des droits de l'homme considéra que la situation des requérantes entraînait bien dans le champ d'application de l'article 8 en relevant l'existence de liens familiaux « *de facto* »³¹⁸⁵. Elle s'attarda ensuite à déterminer si l'ingérence dans le droit au respect de la vie familiale des requérantes était justifiée au regard des conditions posées par l'article 8 § 2 CESDH. Elle se pencha tout particulièrement sur le caractère nécessaire de la mesure dans une société démocratique, les autres conditions ne posant pas de difficultés particulières³¹⁸⁶. La CEDH rappela les principes applicables pour déterminer la marge nationale d'appréciation³¹⁸⁷ et releva qu'il existait dans la matière concernée un « *stade d'harmonisation avancé en Europe* » dans la mesure où la majorité des États européens autorise sans limitation l'adoption par une personne célibataire³¹⁸⁸. Elle retint que le refus d'*exequatur* « *omet de tenir compte de la réalité sociale de la situation* », si bien que « *les requérantes en subissent des inconvénients dans leur vie quotidienne et [que] l'enfant ne se voit pas accorder une protection juridique rendant possible son intégration complète dans la famille adoptive* »³¹⁸⁹. Elle y ajouta l'argument tiré de l'intérêt supérieur de l'enfant et estima que « *les juges luxembourgeois ne pouvaient raisonnablement passer outre un statut juridique créé valablement à l'étranger et correspondant à une vie familiale au sens de l'article 8 de la Convention* »³¹⁹⁰. Elle adopta une vision factuelle de l'intérêt de l'enfant alors que le gouvernement mettait en avant une approche plus objective³¹⁹¹. Elle conclut donc à la violation de l'article 8. Les requérantes considéraient également que les autorités luxembourgeoises avaient violé l'article 14. Elles arguaient que la réglementation qui leur avait été appliquée donnait lieu à diverses discriminations. Il s'agissait en premier lieu, pour l'enfant, d'« *une discrimination par rapport à un autre enfant péruvien qui aurait été adopté par des époux luxembourgeois et qui se serait vu reconnaître le lien de filiation au Luxembourg* »³¹⁹². Les requérantes insistaient notamment sur leurs difficultés

³¹⁷⁹ CEDH, Première section, Wagner et J. M. W. L. contre Luxembourg, 28 juin 2007, n° 76240/01 : D., 2007, 2700, Note MARCHADIER F. ; D., 2008, 1507, Obs. JAULT-SESEKE F. ; RCDIP, 2007, 807, Note KINSCH P. ; RTD civ., 2007, 738, Obs. MARGUÉNAUD J.-P. ; AJDA, 2007, 1918, Obs. FLAUSS J.-F. ; JCP G, 2007, I, 182, SUDRE F. ; JDI, 2008, 187, Note AVOUT L. (d°).

³¹⁸⁰ *Ibid.*, § 17.

³¹⁸¹ *Ibid.*, § 40.

³¹⁸² *Ibid.*, § 2.

³¹⁸³ *Ibid.*, § 108.

³¹⁸⁴ *Ibid.*, § 114.

³¹⁸⁵ *Ibid.*, § 117.

³¹⁸⁶ *Ibid.*, § 125-127.

³¹⁸⁷ *Ibid.*, § 128.

³¹⁸⁸ *Ibid.*, § 129 et 66 et s.

³¹⁸⁹ *Ibid.*, § 132.

³¹⁹⁰ *Ibid.*, § 133.

³¹⁹¹ *Ibid.*, § 134.

³¹⁹² *Ibid.*, § 138.

quotidiennes dans l'accomplissement de formalités liées à l'absence de nationalité luxembourgeoise de l'enfant³¹⁹³. En second lieu, elles arguaient qu'il existait une discrimination subie par la mère célibataire par rapport à une femme mariée au regard d'un projet d'adoption, seules les capacités éducatives devant entrer en ligne de compte³¹⁹⁴. Enfin, était contestée l'interdiction d'adopter plénièrement pour les femmes célibataires alors même que l'adoption simple leur était ouverte. La CEDH considéra d'abord qu'il existait bien une analogie entre, d'une part, la situation de l'enfant et « *celle de n'importe quel enfant qui a bénéficié au Pérou d'un jugement d'adoption plénier* » et, d'autre part, entre la situation de la mère célibataire et celle de « *toute autre personne sollicitant la reconnaissance au Luxembourg d'un jugement d'adoption plénier* »³¹⁹⁵. Elle conclut ensuite à la violation de l'article 14, la différence de traitement contestée n'apparaissant pas proportionnée et adéquate au but poursuivi³¹⁹⁶. Cette condamnation était sous-tendue par les difficultés quotidiennes rencontrées par les requérantes ainsi que par l'existence de jugements en sens inverse à celui rendu à l'encontre des requérantes³¹⁹⁷. Il faut y ajouter l'argument tiré du fait que l'enfant « *ne saurait se voir reprocher des faits qui ne lui sont pas imputables* »³¹⁹⁸, argument déjà prégnant dans l'affaire Mazurek³¹⁹⁹.

Dans la seconde affaire³²⁰⁰, pour laquelle il était question de la conformité à l'ordre public grec de la reconnaissance en Grèce de l'adoption réalisée par un moine aux États-Unis, la Cour rappela notamment les principes posés dans l'arrêt Wagner selon lesquels « *les juges nationaux ne pouvaient raisonnablement passer outre le statut juridique créé valablement à l'étranger et correspondant à une vie familiale au sens de l'article 8 de la Convention, ni refuser la reconnaissance des liens familiaux qui préexistaient de facto et se dispenser d'un examen concret de la situation* »³²⁰¹.

Il semblait possible de mettre en lumière un certain nombre de points communs entre ces affaires et celles de filiation d'un enfant issu d'une gestation pour autrui. En premier lieu, il semblait logique de retenir l'existence d'une vie familiale de fait en cas de gestation pour autrui, dans la mesure où un comportement parental a été adopté malgré l'absence de lien de filiation. En second lieu, il s'agissait également de la question de la reconnaissance sur le territoire national d'une décision prononcée à l'étranger et il y avait donc bien un statut juridique valablement créé à l'étranger qui ne saurait être ignoré. Ensuite, tout comme dans l'affaire Wagner, les enfants issus d'une gestation pour autrui sont amenés à subir des inconvénients dans leur vie quotidienne. Si les difficultés liées à l'entrée sur le territoire et à l'acquisition de la nationalité française semblaient avoir été limitées par la jurisprudence du Conseil d'État³²⁰² et l'adoption de la circulaire TAUBIRA³²⁰³, cette dernière s'accordait mal avec la jurisprudence

³¹⁹³ *Ibid.*, § 139-140.

³¹⁹⁴ *Ibid.*, § 141.

³¹⁹⁵ *Ibid.*, § 152.

³¹⁹⁶ *Ibid.*, § 159.

³¹⁹⁷ *Ibid.*, § 156-157.

³¹⁹⁸ *Ibid.*, § 158.

³¹⁹⁹ CEDH, Troisième section, Mazurek contre France, 1^{er} février 2000, n° 34406/97.

³²⁰⁰ CEDH, Première section, Negrepontis-Giannisis contre Grèce, 3 mai 2011, n° 56759/08.

³²⁰¹ *Ibid.*, § 74. La Cour a également rappelé l'arrêt Wagner au stade de l'existence d'une ingérence en retenant que « *le refus par les tribunaux luxembourgeois d'accorder l'exequatur d'un jugement étranger d'adoption constituait une ingérence dans le droit au respect de la vie privée et familiale* » (§ 60).

³²⁰² Conseil d'État, 4 mai 2011, n° 348778 ; Conseil d'État, 8 juillet 2011, n° 350486. Notons que la CEDH tient compte du fait que les autorités délivrent un titre de voyage à l'enfant. La séparation temporaire des parents et de l'enfant visant à clarifier la situation ne viole pas l'article 8 : CEDH, Deuxième section, D. et autres contre la Belgique, 8 juillet 2014, n° 29176/13.

récente de la Cour de cassation³²⁰⁴. Il pouvait, dès lors, être possible de mettre en avant l'intérêt supérieur de l'enfant qui ne doit pas payer pour des faits qui ne lui sont pas imputables.

Néanmoins, certains auteurs avaient insisté sur l'absence de consensus dans le domaine de la gestation pour autrui. Ils invoquaient, au soutien de la marge d'appréciation, les affaires S. H. et Harroudj³²⁰⁵. La Cour avait d'ailleurs retenu, dans la deuxième affaire, que « *la requérante ne se plaint pas d'obstacles majeurs dans le déroulement de sa vie familiale* »³²⁰⁶ alors même que l'enfant ne pouvait pas bénéficier dans l'immédiat de la nationalité française et devenir héritière de la requérante³²⁰⁷. A. MARAIS, procédant à un parallèle entre les enfants issus d'une gestation pour autrui et ceux recueillis en Kafala, avait souligné que la France pourrait échapper aux foudres de la CEDH si la Cour considérait que l'absence de lien de filiation ne les empêchait pas de mener en France une vie familiale de fait avec leurs parents³²⁰⁸. Or, certains auteurs soulignaient que, mise à part la qualité d'héritier, les difficultés quotidiennes des enfants issus d'une GPA étaient en réalité peu importantes³²⁰⁹. Il allait de soi que l'importance des inconvénients exacts subis par les familles ayant eu recours à une gestation pour autrui allait être déterminante, la Cour ayant d'ailleurs demandé davantage de précisions aux parties sur cette question³²¹⁰.

La Cour, qui s'est prononcée le 26 juin 2014³²¹¹, a condamné la France. D'abord, elle considère, conformément à sa jurisprudence bien établie, que l'affaire relève tant du droit au respect de la vie familiale³²¹² que du droit au respect de la vie privée³²¹³.

Elle se place ensuite sur le terrain des ingérences et non des obligations positives et s'attelle à déterminer si les conditions de l'article 8 § 2³²¹⁴ sont respectées. Elle considère que l'ingérence était bien prévue par la loi³²¹⁵ et qu'elle répond aux objectifs de « *protection de la santé* » et de « *protection des droits et*

³²⁰³ Circulaire du 25 janvier 2013 relative à la délivrance des certificats de nationalité française – convention de mère porteuse – État civil étranger, NOR : JUSC1301528C, BOMJ, 31 janvier 2013, n° 2013-01 : « *le seul soupçon de recours à une telle convention conclue à l'étranger ne peut suffire à opposer un refus aux demandes de CNF dès lors que les actes de l'état civil local attestant du lien de filiation avec un français, légalisés ou apostillés sauf dispositions conventionnelles contraires, sont probants au sens de l'article 47 précité* ».

³²⁰⁴ LE BOURSIOT M.-C., « Le principe de l'intérêt de l'enfant à être adopté après la promulgation de la loi mariage pour tous », RLDC, 2013, Supplément au n° 110, p. 53.

³²⁰⁵ CEDH, Cinquième section, Harroudj contre France, 4 octobre 2012, n° 43631/09 : cette affaire concernait le refus de la France d'octroyer l'adoption plénière d'une enfant née en Algérie et recueillie en Kafala par une femme française.

³²⁰⁶ *Ibid.*, § 47.

³²⁰⁷ Elle souligne notamment la possibilité d'effectuer un testament et de nommer un tuteur en cas de décès et d'obtenir la nationalité française après un délai de cinq ans : *Ibid.*, § 51.

³²⁰⁸ MARAIS A., « La maternité pour autrui et le genre », in ZATTARA-GROS A.-F., *Bioéthique et genre*, LGDJ, Lextenso, 2013, pp. 160-161.

³²⁰⁹ CHÉNEDÉ F., « ... Et demain, la gestation pour autrui ? », *Dr. fam.*, 2013, n° 7, Dossier 27, § 12-15.

³²¹⁰ SPINOSI P., « Une gestation pour autrui éthique ? », in FENOUILLET D. (Dir.), *L'assistance médicale à la procréation. Perspectives d'avenir*, Université Panthéon Assas, Colloque du 25 novembre 2013.

³²¹¹ CEDH, Cinquième section, Mennesson contre France, 26 juin 2014, n° 65192/11 ; CEDH, Cinquième section, Labassée contre France, 26 juin 2014, n° 65941/11.

³²¹² « *Ce qui importe (...) dans ce type de situations, c'est la réalité concrète de la relation entre les intéressés. Or, il est certain en l'espèce que les premiers requérants s'occupent comme des parents des troisième et quatrième requérantes depuis leur naissance, et que tous les quatre vivent ensemble d'une manière qui ne se distingue en rien de la « vie familiale » dans son acception habituelle* » : CEDH, Cinquième section, Mennesson contre France, 26 juin 2014, n° 65192/11, § 45.

³²¹³ « *La Cour a par ailleurs jugé que la « vie privée », au sens de cette même disposition, intègre, quelquefois des aspects de l'identité non seulement physique mais aussi sociale de l'individu (...). Il en va ainsi de la filiation dans laquelle s'inscrit chaque individu, ce qu'illustrent les affaires dans lesquelles la Cour a examiné la question de la compatibilité avec le droit au respect de la vie privée de l'impossibilité de faire établir un lien juridique entre un enfant et un parent biologique et a souligné que le respect de la vie privée exige que chacun puisse établir les détails de son identité d'être humain (...). Comme dans les affaires de ce type, il y a une « relation directe » entre la vie privée des enfants nés d'une gestation pour autrui et la détermination juridique de leur filiation* » : *Ibid.*

³²¹⁴ *Ibid.*, § 49.

³²¹⁵ *Ibid.*, § 58.

libertés d'autrui »³²¹⁶. Elle écarte en revanche l'argument tiré de la « *défense de l'ordre* » et de « *la prévention des infractions pénales* » en s'appuyant sur le non-lieu du fait de l'inapplicabilité du droit français sur le territoire étranger³²¹⁷. Cette position semble tout à fait logique en raison de l'absence de volonté de poursuivre de tels faits qui a clairement été soulignée plus haut³²¹⁸.

Examinant enfin si l'ingérence présente un caractère « *nécessaire* », « *dans une société démocratique* »³²¹⁹, la Cour insiste sur la marge d'appréciation des États en l'absence de consensus, tout en soulignant que cette marge d'appréciation est réduite dans la mesure où « *un aspect essentiel de l'identité des individus est en jeu* »³²²⁰. Cette marge d'appréciation n'obère pas tout contrôle de la Cour qui examine l'équilibre entre les divers intérêts en présence en tenant particulièrement compte de l'intérêt supérieur de l'enfant³²²¹. Elle procède ensuite par distinctions.

Examinant le droit des requérants au respect de leur vie familiale, elle passe en revue les divers inconvénients affectant cette vie familiale³²²². Elle insiste néanmoins sur le fait qu'il convient de se prononcer « *au regard des obstacles concrets que ceux-ci ont dû effectivement surmonter du fait de l'absence de reconnaissance en droit français du lien de filiation* »³²²³. En se référant à son arrêt Chavdarov, la Cour relève que les requérants peuvent « *vivre ensemble dans des conditions globalement comparables à celles dans lesquelles vivent les autres familles et qu'il n'y a pas lieu de penser qu'il y a un risque que les autorités décident de les séparer* »³²²⁴. Elle ajoute que « *les juges français ne se sont pas dispensés d'un examen concret de la situation, puisqu'(...) ils ont estimé, implicitement mais nécessairement, que les difficultés pratiques que les requérants pourraient rencontrer dans leur vie familiale en l'absence de reconnaissance du lien établi entre eux à l'étranger ne dépasseraient pas les limites qu'impose le respect de l'article 8* »³²²⁵. Ainsi, son appréhension concrète de la vie privée qui n'implique pas nécessairement la reconnaissance d'un statut lui permet de conclure à la conventionnalité du droit français.

Toutefois, la Cour n'arrive pas à la même conclusion en examinant ensuite la question sur le fondement du droit au respect de la vie privée des enfants issus de la GPA³²²⁶. Elle considère, en effet, qu'il existe une « *atteinte à leur identité au sein de la société française* » dans la mesure où les enfants sont dans une situation d'incertitude juridique eu égard à leur filiation³²²⁷ ; sont également inclus dans l'identité la nationalité³²²⁸ et les droits successoraux³²²⁹. Elle ajoute que « *les effets de la non-reconnaissance en droit français du lien de filiation entre les enfants ainsi conçus et les parents d'intention ne se limitent pas à la situation de ces derniers, qui seuls ont fait le choix des modalités de procréation (...) : ils portent aussi sur celle des enfants eux-mêmes, dont le droit au respect de la vie privée, qui implique que chacun puisse établir la substance de son identité, y compris sa filiation se trouve*

³²¹⁶ *Ibid.*, § 62.

³²¹⁷ *Ibid.*, § 61.

³²¹⁸ Voir *supra* § 371.

³²¹⁹ CEDH, Cinquième section, Mennesson contre France, 26 juin 2014, n° 65192/11, § 63 et s.

³²²⁰ *Ibid.*, § 80.

³²²¹ *Ibid.*, § 81.

³²²² Absence de reconnaissance de la nationalité française (*Ibid.*, § 89), recours aléatoire à l'article 18 CC pour établir la nationalité et l'absence de réponse du gouvernement sur les risques de contestation et d'annulation d'un certificat de nationalité (*Ibid.*, § 90), les inquiétudes en cas de décès ou de séparation (*Ibid.*, § 91).

³²²³ *Ibid.*, § 92.

³²²⁴ *Ibid.*

³²²⁵ *Ibid.*, § 93.

³²²⁶ *Ibid.*, § 96 et s.

³²²⁷ *Ibid.*, § 96.

³²²⁸ *Ibid.*, § 97.

³²²⁹ *Ibid.*, § 98.

significativement affecté »³²³⁰. On retrouve ici l'idée selon laquelle les enfants ne doivent pas se voir reprocher les erreurs des adultes. Elle insiste ensuite sur l'impossibilité totale d'établir un lien de filiation correspondant à la vérité biologique et revendiqué par l'ensemble des intéressés³²³¹, ce qui est conforme à la jurisprudence qu'elle a développée en matière d'empreintes génétiques. Elle conclut que la France a dépassé sa marge d'appréciation³²³² et, au vu du poids à accorder à l'intérêt des enfants, a méconnu leur droit au respect de la vie privée³²³³. La conclusion de la Cour et la distinction à laquelle elle procède montrent la très forte effectivité du droit à l'identité dans la jurisprudence de la CEDH. Cette effectivité du droit à l'identité devrait donc logiquement se retrouver au soutien du droit à la connaissance de ses origines.

B. Le droit à la connaissance de ses origines

452. L'évolution du droit international semble indiquer une prise en compte croissante de l'intérêt de l'enfant, notamment dans le cadre de l'accès à la connaissance de son ascendance, ce qui pourrait poser des difficultés liées à la confrontation avec la position française. Le droit suisse, étant davantage en adéquation avec les textes internationaux sur cette question, il ne sera pas abordé ici. Il sera utilisé plus loin en tant qu'outil de reconstruction du droit de la filiation³²³⁴. Deux conventions sont principalement sollicitées dans ce domaine : la Convention internationale relative aux droits de l'enfant (1) et la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme (2). Si leur influence demeure pour le moment limitée en France, leur influence potentielle doit être soulignée.

1. L'influence potentielle de la CIDE révélée par le droit suisse

453. Comme le souligne M. FATIN-ROUGE STEFANINI, « si le principe de l'anonymat du donneur devait être ultérieurement reconnu comme une garantie légale essentielle par le Conseil constitutionnel, cela poserait au juge ordinaire le problème de la confrontation entre une disposition législative garantissant un principe constitutionnel et une convention internationale puisque la Convention internationale des droits de l'enfant, ratifiée par la France le 26 janvier 1990 et entrée en vigueur le 6 septembre 1990, consacre pour l'enfant le droit de connaître ses origines »³²³⁵. Pourtant, cette affirmation ne fait pas l'objet d'un consensus doctrinal³²³⁶. L'article 7-1 CIDE, qui dispose que « l'enfant a dans la mesure du possible le droit de connaître ses parents et d'être élevé par eux », laisse en effet planer le doute quant à son application éventuelle dans le cadre du don de gamètes. S'il va de soi que cette question est controversée et ne peut donc donner lieu à une réponse tranchée, la Convention internationale des droits de l'enfant recèle un potentiel croissant en termes d'applicabilité et d'application qui pourrait influencer sur la position française.

³²³⁰ *Ibid.*, § 99.

³²³¹ *Ibid.*, § 100.

³²³² *Ibid.*

³²³³ *Ibid.*, § 101.

³²³⁴ Voir *infra* § 486 et s.

³²³⁵ FATIN-ROUGE M., « Table ronde : constitution et secret de la vie privée, France », *AIJC*, 2000, XVI, p. 288.

³²³⁶ GUTMAN D., *Le sentiment d'identité*, Paris, LGDJ, 2000, p. 37.

454. Un potentiel croissant en termes d'applicabilité conduisant à interroger la position française – La convention internationale des droits de l'enfant a été ratifiée par la France³²³⁷ et par la Suisse³²³⁸. Elle n'a pas prévu la création d'un organe juridictionnel. Ainsi, son applicabilité du point de vue international est relativement faible, car elle passe uniquement par le biais des recommandations du Comité. Se pose alors la question de son applicabilité devant les juridictions nationales. La France a opté dans la Constitution de 1958³²³⁹ pour un système moniste³²⁴⁰ tout comme la Suisse³²⁴¹, ce qui postule en faveur de l'intégration des traités dans l'ordre juridique interne, sans qu'une loi de transposition soit nécessaire. En Suisse, les dispositions d'un traité peuvent être invoquées par les particuliers dès lors qu'elles sont suffisamment claires et précises afin qu'elles puissent servir de base à une décision concrète en définissant des droits et obligations³²⁴². En France, deux conditions permettent de faire produire un effet direct aux dispositions d'un traité devant le juge administratif. D'une part, le traité doit conférer des droits au bénéfice direct des particuliers, d'autre part, la règle qui reconnaît des droits doit être suffisamment précise et son application ne doit pas nécessiter l'édiction d'une réglementation nationale complémentaire. Devant le juge judiciaire, sont productrices d'effet direct « *les dispositions dont la rédaction permet au juge de déduire que les États parties ont admis qu'elles pouvaient être directement invoquées par les sujets de droit* »³²⁴³. Les conditions entraînant un effet direct du traité en droit interne sont donc relativement similaires d'un pays à l'autre. Pourtant, l'intégration des dispositions de la Convention dans l'ordre juridique interne s'est réalisée de manière différente.

Contrairement à la France, la Suisse s'est montrée favorable à l'intégration de cette convention dans son ordre juridique. Le Tribunal fédéral a considéré que l'article 7-1 CIDE était suffisamment clair et précis pour être directement applicable dans l'ordre juridique suisse³²⁴⁴. Ce raisonnement a été largement approuvé par la doctrine. En France, on a pu constater une divergence de positions entre les deux ordres de juridictions. Le Conseil d'État a procédé à une application à géométrie variable de la Convention en déterminant, disposition par disposition, l'existence ou l'absence d'effet direct³²⁴⁵. Il a rapidement admis l'applicabilité directe de certaines dispositions de la CIDE ; toutefois il ne s'est pas encore prononcé sur l'article 7-1. En revanche, la Cour de cassation a procédé à une appréciation globale et a, pendant

³²³⁷ Ratification le 2 juillet 1990, publiée par le décret 90-917 du 8 Octobre 1990, *JORF*, 12 octobre 1990, p. 12363.

³²³⁸ Ratification le 24 février 1997, entrée en vigueur le 26 mars 1997, *RS* 0. 107.

³²³⁹ DEHAUSSY J., SALEM M., *Juriste droit international*, Fascicule 12-2, « Sources du droit international. – Les traités. – Effets des traités : situation juridique des ressortissants des parties au regard des normes conventionnelles (généralités. Application des traités en France) », n° 5.

³²⁴⁰ Il existe néanmoins un certain nombre de restrictions quant à cette solution, notamment en cas de contrariété entre un traité international et la constitution.

³²⁴¹ Voir : Message relatif à l'approbation de l'accord sur l'espace économique européen, 18 mai 1992, *FF* 1992 IV 85-87 ; Message concernant les initiatives populaires « pour une politique d'asile raisonnable » et « contre l'immigration clandestine », 22 juin 1994, *FF* 1994 III 1480-1483 ; Article 190 Cst. féd. On admet généralement que le choix du monisme constitue un principe de droit constitutionnel non écrit : cités par : MAHON P., *Droit constitutionnel I : institutions, juridiction constitutionnelle et procédure*, Neuchâtel, Les abrévés, Unine, 2010, p. 177.

³²⁴² ATF 124 III 90 = *JT*, 1998, I, 272 : cité par GUILLOD O., *Droit des familles*, Bâle, Les abrévés, Unine, Helbing & Lichtenhahn, 2014, p. 314. Voir également MAHON P., *Droit constitutionnel I : institutions, juridiction constitutionnelle et procédure*, Neuchâtel, Les abrévés, Unine, 2010, p. 178.

³²⁴³ Sur cette question, voir : PERRIN DE BRICHAMBAUT M., DOBELLE J.-F., COULÉE F., *Leçons de droit international public*, Amphi, Dalloz, 2011, pp. 337-338.

³²⁴⁴ ATF 125 I 257, 262 ; ATF 126 I 240 ; ATF 128 I 63, 71 : cités par : GUILLOD O., *Droit des familles*, Bâle, Les abrévés, Unine, Helbing & Lichtenhahn, 2014, p. 314.

³²⁴⁵ PERRIN DE BRICHAMBAUT M., DOBELLE J.-F., COULÉE F., *Leçons de droit international public*, Amphi, Dalloz, 2011, pp. 346-347.

longtemps, refusé l'applicabilité directe de la CIDE au terme d'un attendu devenu classique : « *les dispositions de la CIDE (...) ne peuvent être invoquées devant les tribunaux. Cette convention qui ne crée des obligations qu'à la charge des États parties n'étant pas directement applicable en droit interne* »³²⁴⁶. Cette position a largement été critiquée par la doctrine, à juste titre, semble-t-il. D'une part, la jurisprudence a admis l'applicabilité directe du Pacte international relatif aux droits civiques et politiques et de la CESDH, en se fondant sur l'article 55 de la Constitution. Il était dès lors incohérent de ne pas en faire de même avec la CIDE qui est de nature semblable (traité relatif aux droits de l'homme), d'autant que les prises de position des représentants du pouvoir (antérieures ou postérieures à la ratification) traduisent cette volonté³²⁴⁷. D'autre part, il existe des dispositions qui, au vu de leur formulation, semblent bien conférer directement des droits aux particuliers. Face à la vigueur de ces critiques, la Cour de cassation a modifié ses positions en 2005³²⁴⁸ en reconnaissant un effet direct aux articles 3-1 et 12-2. Cette position a été confirmée par la suite, notamment dans l'affaire Benjamin³²⁴⁹. Cet arrêt, rendu au visa de l'article 7-1 CIDE, précise que ce texte est « *applicable directement devant les tribunaux français* ». Les positions françaises du juge administratif et du juge judiciaire relatives à l'applicabilité des dispositions de la CIDE sont désormais similaires à la position suisse, ce qui contribue à accroître son influence sur le droit interne. Cette influence est encore élargie par le potentiel d'application de la CIDE mis en exergue par la comparaison avec la Suisse.

455. Un potentiel croissant confirmé par l'interprétation suisse de l'article 7-1 CIDE – Le juge confronté à l'application d'une norme doit en premier lieu l'interpréter, ce qui lui permettra de déterminer l'effet et la portée de la règle invoquée. L'importance de l'interprétation est considérable. En droit français, le juge administratif, après avoir traditionnellement considéré « *qu'il n'appartient pas au Conseil d'État de se prononcer sur l'interprétation d'un traité international* »³²⁵⁰, est revenu sur sa position dans l'arrêt GISTI³²⁵¹. Quant au juge judiciaire, il s'est par la suite calqué sur la position du Conseil d'État³²⁵². En Suisse, le Tribunal fédéral peut également interpréter le droit international dans le cadre de son application. Le juge bénéficie donc d'une certaine marge de manœuvre lorsque le texte est ambigu, comme c'est le cas de l'article 7-1 CIDE. Ce dernier dispose que « *l'enfant est enregistré aussitôt sa naissance et a dès celle-ci le droit à un nom, le droit d'acquérir une nationalité et, dans la mesure du possible, le droit de connaître ses parents et d'être élevé par eux* ». Selon certains, ce texte constituerait le fondement d'un droit à la connaissance de ses origines qui protégerait l'épanouissement de l'enfant et lui permettrait de revendiquer un droit à la connaissance du donneur de sperme. Cette thèse mérite d'être examinée. La formulation extrêmement vague du texte aboutit à une double problématique. Que signifie l'expression « dans la mesure du possible » ? Quels sont les « parents » visés ? C'est en effet de la réponse à ces questions que dépendra la protection accordée par ce texte à l'enfant issu d'une procréation médicalement assistée.

La Convention ne définit pas la notion de parents. Or, on sait que ce terme peut recouvrir des

³²⁴⁶ Cass. civ. 1^{re}, 10 mars 1993, n° 91-11.310 : *Bull. civ.*, 1993, I, n° 103 ; *D.*, 1993, 361, Note MASSIP J.

³²⁴⁷ CHABERT C., « Pour un réexamen de la question de l'applicabilité directe de la convention de New-York du 26 janvier 1990 relative aux droits de l'enfant » *JCP G*, 2003, n° 18, I, 129, p. 763.

³²⁴⁸ Cass. civ. 1^{re}, 18 mai 2005, n° 02-20.613 : *Bull. civ.*, 2005, I, n° 212 ; *JCP G*, 2005, II, 10081. Voir également : Cass. civ. 1^{re}, 18 mai 2005, n° 02-16.336 : *Bull. civ.*, 2005, I, n° 211.

³²⁴⁹ Cass. civ. 1^{re}, 7 avril 2006, n° 05-11.285 : *Bull. civ.*, 2006, I, n° 195.

³²⁵⁰ Conseil d'État, 23 juillet 1923, Veuve Murat, Recueil Lebon, p. 554.

³²⁵¹ Conseil d'État, Assemblée, 29 juin 1990, GISTI, Recueil Lebon, p. 171.

³²⁵² Cass. civ. 1^{re}, 19 décembre 1995 : *Gaz. Pal.*, 28 juin 1996, 2.

réalités multiples : parents par le sang, parents psychosociaux ou encore parents juridiques, ces définitions pouvant d'ailleurs se recouper. Les opinions sont partagées dès lors qu'il s'agit de savoir si cet article peut concerner le donneur de sperme. Divers arguments permettraient d'exclure le donneur de gamètes du champ de la Convention. Pour certains auteurs, « *il semble évident que l'esprit de cet article concerne plutôt le droit à avoir des parents (ou plutôt de ne pas en être privé) que le droit à connaître la vérité biologique de sa filiation* »³²⁵³. Comme le don de gamètes est réservé aux couples hétérosexuels, l'enfant aura bien un père et une mère et l'anonymat ne le prive que « *de connaître son géniteur, circonstance que ne recouvre pas l'article 7* »³²⁵⁴. Ensuite, comme le souligne G. DAVID, la citation complète de l'article, à savoir « *le droit de connaître ses parents et d'être élevé par eux* »³²⁵⁵, laisse penser que le donneur en est exclu. En effet, nul n'a jamais prétendu que l'enfant ait un droit à être élevé par le donneur, ce qui sonnerait d'ailleurs le glas des procréations assistées. De plus, le terme « eux » renvoie à « ses parents » ; on devrait donc en déduire qu'il s'agit des mêmes personnes. Pourtant la jurisprudence française a parfois dissocié les deux propositions³²⁵⁶. Les défenseurs de cette thèse se fondent enfin sur la *ratio legis*. En effet, le texte visait les cas d'enfants enlevés à leurs parents (pendant la dictature en Argentine par exemple) et avait pour objectif d'éviter que l'adoption ne soit considérée comme un remède aux difficultés matérielles des familles³²⁵⁷. Ce à quoi il faut ajouter qu'il semble impossible que les États parties se soient mis d'accord sur un point aussi précis que l'accès à l'identité du géniteur en cas de don de gamètes.

Malgré ces arguments, en France comme en Suisse, un fort courant doctrinal estime que cet article esquisse le fondement d'un droit à la connaissance de ses origines génétiques, fondé sur l'épanouissement de la personnalité de l'enfant. Ainsi, le terme « parent » ferait référence au parent biologique permettant d'englober le donneur de gamètes³²⁵⁸. C'est également cette idée qui a été mise en avant dans l'exposé des motifs de la proposition de loi relative à la possibilité de lever l'anonymat des donneurs de gamètes³²⁵⁹. Enfin, les recommandations du Comité des droits de l'enfant, qui est un organe de contrôle sans pouvoir juridictionnel, semblent accréditer cette thèse. En effet, dans ses observations initiales consacrées à la législation danoise, il a relevé une « *contradiction possible entre le droit de connaître ses origines garanti par la CIDE et la législation sur l'insémination artificielle* »³²⁶⁰. Quant à la législation suisse, bien qu'ayant levé l'anonymat, l'article 27 de la LPMA encourt la critique du comité qui « *recommande à l'État partie de garantir autant que*

³²⁵³ GUIBERT J., AZRIA E., « Anonymat du don de gamètes : protection d'un modèle social ou atteinte aux droits de l'homme ? », *Journal de gynécologie, obstétrique et biologie de la reproduction*, 2007, Vol. 36, n° 4, p. 366.

³²⁵⁴ *Ibid.* Dans ce sens également : LESAULNIER F., « L'enfant né d'une procréation médicalement assistée et le secret de l'identité de l'auteur du don », *Médecine & droit*, 1998, n° 30, p. 20 ; DREIFUSS-NETTER F., « La connaissance des origines en droit français », *Archives de pédiatrie*, 2002, n° 9, Supplément 2, p. 279.

³²⁵⁵ DAVID G., « À propos de la proposition de loi (juin 2006) relative à la possibilité de lever l'anonymat des donneurs de gamètes », *Gynécologie, obstétrique et fertilité*, 2007, Vol. 35, n° 5, p. 487.

³²⁵⁶ Cass. civ. 1^{re}, 7 avril 2006, n° 05-11.285 : *Bull. civ.*, 2006, I, n° 195.

³²⁵⁷ GUTMAN D., *Le sentiment d'identité*, Paris, LGDJ, 2000, p. 39.

³²⁵⁸ Voir les références citées : pour le droit suisse, voir PREMAND V., « Le droit de l'enfant à l'accès aux données relatives à ses parents biologiques dans les cas d'adoption et de don de sperme », in BORD M., PREMAND V. et al., *Le droit à la connaissance de ses origines*, Genève, Schulthess, 2006, p. 22. Pour le droit français : NEIRINCK C., « Le droit pour l'enfant de connaître ses origines », in SÉRIAUX A. (Dir.) *Le droit, la médecine et l'être humain, propos hétérodoxes sur quelques enjeux vitaux du XXI^e siècle*, Aix-Marseille, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 1996, pp. 29-52.

³²⁵⁹ AN, Proposition de la relative à la possibilité de lever l'anonymat des donneurs de gamètes, Présentée par Mme Valérie PÉCRESSÉ et al., n° 3225, Enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 28 juin 2006.

³²⁶⁰ CRC/C/15/Add 33, Point 11. La même solution peut être tirée de la recommandation CRC/C/15/Add. 20, Point 14, concernant la France : « *S'agissant du droit de l'enfant de connaître ses origines, y compris dans le cas où la mère a demandé que l'anonymat soit respecté à l'accouchement et dans la déclaration de naissance, ainsi que dans les cas d'adoption et de procréation médicalement assistée, le Comité s'inquiète de la compatibilité réelle des mesures législatives à l'étude avec les dispositions de la Convention, en particulier ses principes généraux* ».

possible à l'enfant le respect de son droit de connaître l'identité de ses parents »³²⁶¹. Le terme « parent » recouvrirait donc le cas du donneur de gamètes.

Mais, même en admettant que cet article puisse s'appliquer au donneur de sperme (ce qui demeure incertain), sa contrariété avec le principe de l'anonymat n'en est pas pour autant démontrée, car l'article n'accorde ce droit à l'enfant que « *dans la mesure du possible* ». Deux interprétations de cette phrase sont envisageables : soit elle autorise des restrictions de nature matérielle, soit elle autorise également des restrictions de nature juridique. En France, la doctrine est divisée sur ce point. L'acceptation des restrictions de nature juridique validerait l'anonymat. Il nous semble cependant plus logique de les exclure dans la mesure où, dans le cas contraire, le législateur pourrait prévoir tout type de dérogations faisant perdre à la convention son intérêt. En Suisse, cette question a été tranchée par le Tribunal fédéral dans un arrêt de 2002, qui a précisé que cette expression « *ne signifie pas que l'on doive effectuer une pesée d'intérêts entre ceux de l'enfant et ceux des parents, mais se rapporte à la possibilité matérielle de connaître son ascendance. Le droit existe donc lorsque les parents sont connus des autorités auxquelles l'enfant doit s'adresser pour obtenir des renseignements* »³²⁶². Cette interprétation est favorable à la protection de l'enfant au détriment des parents, et aboutit à la condamnation de l'anonymat, tel qu'il est pratiqué en France, car l'institution médicale, « *tiers instruit au secret* »³²⁶³, détient les informations dont l'accès est délibérément refusé à l'enfant par la loi.

Bien que l'interprétation de cette disposition soit controversée, l'examen de la jurisprudence du Tribunal fédéral suisse montre qu'une certaine interprétation lui confère un potentiel important en faveur d'un droit à la connaissance des origines. La réception de l'article 7-1 CIDE n'a pas posé de difficulté dans ce pays dans la mesure où elle s'insère parfaitement dans la logique du droit interne. Au contraire, la législation française a des positions plus opaques sur la question des origines puisqu'elle permet de garder l'anonymat dans le cas d'un don de gamètes et lors d'un accouchement sous X. Le droit interne peut donc entrer en conflit avec la convention internationale. Traditionnellement, les magistrats hésitaient à donner son plein effet à la convention, car ils y voyaient le risque d'« *une remise en cause profonde de notre système par le recours au traité* »³²⁶⁴. Mais l'œuvre législative ayant peu à peu rendu notre droit plus conforme à la CIDE, les magistrats peuvent désormais lui accorder toute sa place. Une évolution semble donc être en marche qui verrait croître l'influence de la CIDE, ce qui pourrait fragiliser notre position sur l'anonymat du don de gamètes. L'arrêt Benjamin pourrait constituer une illustration du potentiel de la CIDE, puisqu'en se fondant sur l'article 7 CIDE la Cour de cassation a conféré à l'enfant le droit de connaître son père qui l'a reconnu antérieurement à sa naissance³²⁶⁵. Plus encore que la loi du 22 janvier 2002³²⁶⁶, cet arrêt tend à limiter l'anonymat de la mère en cas d'accouchement sous X. Ces potentialités ont été confirmées par un arrêt de la cour d'appel d'Angers³²⁶⁷ dans lequel la cour a fait primer l'intérêt de l'enfant déduit de l'article

³²⁶¹ CRC/C/15 Add 182, Point 28.

³²⁶² ATF 128 I 63 : cité par SCHMIDT A., « Le droit de l'enfant à connaître ses origines génétiques », in ZEN-RUFFINEN P., *Les secrets et le droit*, Bâle, Genève, Zurich, Schulthess, 2004, p. 146.

³²⁶³ LESAULNIER F., « L'enfant né d'une procréation médicalement assistée et le secret de l'identité de l'auteur du don », *Médecine & droit*, 1998, n° 30, p. 17.

³²⁶⁴ GOUTTENOIRE A., « La convention internationale des droits de l'enfant vingt ans après – Commentaire article par article », *Dr. fam.*, 2009, n° 11, Dossier 13, p. 12.

³²⁶⁵ Cass. civ. 1^{re}, 7 avril 2006, n° 05-11.285 : *Bull. civ.*, 2006, I, n° 195.

³²⁶⁶ Loi n° 2002-93 du 22 janvier 2002 relative à l'accès aux origines des personnes adoptées et pupilles de l'État, *JORF*, 23 janvier 2002, p. 1519.

³²⁶⁷ CA Angers, 26 janvier 2011, n° 10-01339.

7 CIDE sur la faculté pour la mère de conserver l'anonymat et sur son choix de couper l'enfant de sa famille³²⁶⁸. L'intérêt de l'enfant à connaître ses origines en tant que vecteur de son identité prend une importance croissante dans le cadre de la CIDE, il est également possible de déceler de telles potentialités dans le cadre de la CEDH.

2. L'influence du droit à la connaissance de ses origines en construction par la CEDH.

456. Critique de l'anonymat au regard de l'article 8 – L'article 8 CESDH, relatif au droit au respect de la vie privée, fait l'objet d'une interprétation extensive de la Cour européenne des droits de l'homme. La juridiction strasbourgeoise a assuré, par le biais de cet article, le droit à l'autonomie personnelle qui englobe l'autodétermination tant corporelle qu'informationnelle. La notion de vie privée va donc bien au-delà du simple secret de la vie privée tel qu'il résulte notamment de la jurisprudence du Conseil constitutionnel, puisqu'elle inclut l'idée d'un libre développement de la personnalité. Cela explique que cet article ait été fréquemment avancé au soutien d'un droit à la connaissance de ses origines. Il a d'ailleurs été invoqué sans succès devant les juridictions françaises par les requérants dans les deux affaires relatives à l'anonymat du don de gamètes qui ont été mentionnées précédemment³²⁶⁹. Bien que la conventionnalité de l'anonymat du don de gamètes ait été reconnue par le juge administratif, l'étude détaillée de la jurisprudence de la CEDH nous paraît plutôt de nature à mettre en doute la compatibilité du droit français avec l'article 8 CESDH.

457. Droit à la connaissance de ses origines – S'il est vrai que l'arrêt S. H. contre Autriche semble laisser aux États une large marge d'appréciation en matière d'AMP³²⁷⁰, il convient tout de même de garder à l'esprit l'important potentiel lié à la reconnaissance du droit à l'identité dont découle le droit à la connaissance de ses origines, tiré de l'article 8. Ce droit a fait l'objet de multiples consécutions dans la jurisprudence de la CEDH.

Ainsi, la cour a déjà eu une interprétation large de la notion de vie privée en estimant dans l'arrêt Gaskin contre Royaume-Uni que cet article impliquait le droit d'avoir accès aux informations qui permettent à une personne d'établir les circonstances de sa vie d'enfant, et qu'en principe les autorités ne l'empêchent pas de se procurer ces renseignements, sauf en cas de justification précise. Le fait de subordonner l'accès au dossier à l'acceptation des informateurs n'est pas en lui-même incompatible avec cet article, dès lors qu'il existe un organe indépendant chargé de prendre la décision définitive en cas de refus³²⁷¹. Cet arrêt ne concerne pas directement notre sujet puisqu'il s'agissait d'un délinquant qui souhaitait accéder au dossier relatif à sa petite enfance, durant laquelle il avait été placé dans diverses familles. Pourtant, il en est moins éloigné qu'il n'y paraît puisque dans les deux cas il s'agit pour l'enfant de rechercher ses origines, ce qui aurait pu présager une condamnation de l'anonymat pour violation de l'article 8.

³²⁶⁸ AVENA-ROBARDET V., « Des grands-parents de fait », *AJ famille*, 2011, n° 3, p. 63.

³²⁶⁹ Voir *infra* § 409.

³²⁷⁰ CEDH, Grande chambre, S. H. et autres contre Autriche, 3 novembre 2011, n° 57813/00 : *AJ famille*, 2011, 608, Note MIRKOVIC A. ; *RTD civ.*, 2012, 283, Note MARGUÉNAUD J.-P. ; *D.*, 2011, 2870 ; *Revue droit & santé*, 2012, n° 46, 274, Note LAMBERT-GARREL L.

³²⁷¹ CEDH, Cour plénière, Gaskin contre Royaume-Uni, 7 juillet 1989, n° 10454/83 : voir SUDRE F. et al., *Les grands arrêts de la Cour européenne des Droits de l'Homme*, Paris, Thémis, PUF, 2011, p. 475.

Mais dans un arrêt X, Y et Z contre Royaume-Uni, la Cour a estimé qu'« *il n'existe pas d'assentiment général des États membres du Conseil de l'Europe quant à savoir s'il est préférable, du point de vue de l'enfant ainsi conçu (par des techniques d'AMP), de protéger l'anonymat du donneur de sperme ou de donner à l'enfant le droit de connaître l'identité de celui-ci* »³²⁷². Cela laissait penser que l'on se situait dans une période de transition et que la question devait donc relever de la marge d'appréciation des États³²⁷³. Il faut noter que bien que cette affaire concerne une IAD, le cas était quelque peu spécifique dans la mesure où il s'agissait de faire déclarer la paternité d'une personne transsexuelle.

L'arrêt Mikulic contre Croatie, dans lequel la Cour a estimé que « *les personnes qui se trouvent dans la situation de la requérante ont un intérêt vital, défendu par la Convention à obtenir les informations qui leur sont indispensables pour découvrir la vérité sur un aspect important de leur identité personnelle* »³²⁷⁴ doit prévaloir sur l'intérêt du père supposé à ne pas se soumettre à un test de paternité, laissait penser que cette période de transition était « *révolue* »³²⁷⁵. Il semblait indiquer que la Cour reconnaissait un droit d'accès aux origines paternelles. Cependant, la situation est ici sensiblement différente de celle qui prévaut dans le cadre des PMA. En effet, dans cette affaire la personne est privée de père, alors qu'en cas de don de sperme la personne a un père. Il ne s'agit donc que d'une demande d'accès au nom du donneur.

Par la suite, la Cour semble avoir quelque peu nuancé sa position dans l'arrêt Odièvre contre France³²⁷⁶. La requérante, P. ODIÈVRE, qui n'avait pu accéder à l'identité de sa mère avait saisi la Cour en estimant que le droit français violait l'article 8 en l'empêchant d'accéder à un pan de son histoire personnelle. La Cour relève l'existence d'un conflit d'intérêts entre « *le droit à la connaissance de ses origines qui trouve son fondement dans l'interprétation extensive du champ d'application de la notion de vie privée* » et « *l'intérêt de la femme à conserver l'anonymat pour sauvegarder sa santé en accouchant dans des conditions médicales appropriées* ». Mais à ce conflit de base, se mêlent également d'autres intérêts qui doivent être pris en compte. D'une part, l'intérêt des tiers dans la mesure où « *toute levée non consensuelle de l'anonymat pourrait comporter des risques non négligeables, non seulement pour sa mère elle-même, mais aussi pour sa famille adoptive, qui l'a élevée, pour son père et pour sa fratrie biologique, qui tous ont également droit au respect de leur vie privée et familiale* »³²⁷⁷. D'autre part, l'intérêt général puisque la non-révélation du nom de la mère a pour but d'éviter les avortements clandestins et les abandons sauvages et donc indirectement de sauvegarder la vie de l'enfant. La Cour précise que les États bénéficient d'une marge de manœuvre pour concilier ces intérêts. Elle rappelle que Mme ODIÈVRE a pu avoir accès à des données non identifiantes sur sa mère et conclut que la création par la loi française du Conseil national pour l'accès aux origines personnelles renforçant les possibilités de lever l'anonymat de la mère assure une conciliation des intérêts en présence conforme à l'article 8. Tout comme dans l'affaire Gaskin, l'existence d'un procédé de médiation visant à assurer un juste équilibre entre les intérêts

³²⁷² CEDH, Grande chambre, X, Y et Z contre Royaume-Uni, 2 mars 1997, n° 21830/93, § 44.

³²⁷³ SUDRE F. *et al*, *Les grands arrêts de la Cour européenne des Droits de l'Homme*, Paris, Thémis, PUF, 2011, p. 476.

³²⁷⁴ CEDH, Mikulic contre Croatie, 7 février 2002, § 64 : *RTD civ.*, 2002, 866, Obs. MARGUÉNAUD J.-P. ; *RTD civ.*, 2002, 795, Obs. HAUSER J. ; *JCP G*, 2002, I, 157, Obs. SUDRE F.

³²⁷⁵ SUDRE F. *et al*, *Les grands arrêts de la Cour européenne des Droits de l'Homme*, Paris, Thémis, PUF, 2011, p. 477.

³²⁷⁶ CEDH, Grande chambre, Odièvre contre France, 13 février 2003, n° 42326/98 : *AJDA*, 2003, 603, Note FLAUSS J.-F. ; *D.*, 2003, 739 ; *D.*, 2003, 1240, Note MALLET-BRICOUT B. ; *RDSS*, 2003, 219, Note MONÉGER F. ; *RTD civ.*, 2003, 276, Obs. HAUSER J. ; *RTD civ.*, 2003, 375, Obs. MARGUÉNAUD J.-P. ; *RTDH*, 2004, 405, Note BONNET V. ; *JPC G*, 2003, II, 10049, Note GOUTTENOIRE A., SUDRE F. ; *Dr. fam.*, 2003, Comm. 58, MURAT P. ; *JCP G*, 2003, I, 120, Note MALAURIE P. ; *LP4*, 11 juin 2003, 11, Note ROY O.

³²⁷⁷ CEDH, Grande chambre, Odièvre contre France, 13 février 2003, n° 42326/98, § 44.

divergents semble fondamentale. C'est d'ailleurs l'absence d'un tel procédé qui semble avoir plaidé en faveur de la condamnation récente de l'Italie en matière d'accouchement sous X³²⁷⁸.

Enfin il est possible de mentionner deux arrêts en matière d'expertise *post mortem*. Dans l'arrêt Jäggi contre Suisse³²⁷⁹ concernant une affaire similaire à l'affaire Montand, la Cour a estimé que le refus par le Tribunal fédéral de prononcer l'exhumation du père supposé du requérant afin de réaliser une analyse ADN violait l'article 8 CEDH. En effet, « *l'intérêt que peut avoir un individu à connaître son ascendance ne cesse nullement avec l'âge, bien au contraire* »³²⁸⁰. La Cour accorde ainsi une large place à l'intérêt de l'enfant, dès lors qu'il s'agit d'accéder à des éléments de son identité. Cette interprétation a encore prévalu dans l'affaire Pascaud contre France³²⁸¹.

En dehors de l'affaire X, Y, Z contre Royaume-Uni, qui est relativement ancienne, la Cour ne s'est pas prononcée sur l'anonymat du don de gamètes. Si sa jurisprudence en matière d'AMP semble indiquer que cet anonymat pourrait être conforme à cette Convention, le déploiement du droit à la connaissance de ses origines pourrait plaider en sens inverse. En effet, la Cour n'hésite pas à retenir que « *l'ampleur de [la] marge d'appréciation de l'État dépend non seulement du ou des droits concernés mais également, pour chaque droit, de la nature même de ce qui est en cause. La Cour considère que le droit à l'identité, dont relève le droit de connaître son ascendance, fait partie intégrante de la notion de vie privée. Dans pareil cas, un examen d'autant plus approfondi s'impose pour peser les intérêts en présence* »³²⁸². L'effectivité du droit à l'identité et sa capacité à infléchir la marge d'appréciation ont d'ailleurs été particulièrement bien mises en exergue dans l'affaire Menesson dans laquelle la Cour a établi la distinction entre l'absence de consensus sur l'opération de GPA elle-même et la restriction de la marge d'appréciation liée à l'incidence de la mesure étatique sur l'identité des enfants. La CEDH semble par ailleurs sensible à l'existence d'un procédé de médiation qui s'avère absent en matière de don de gamètes. Il ne nous paraît donc pas possible d'affirmer que la législation française soit hors de tout soupçon et il paraît intéressant de prendre les devants en réfléchissant aux outils permettant de repenser le droit de la filiation par AMP.

458. Conclusion de la section 1 : l'identification des catalyseurs de la reconstruction communs aux deux pays – Après avoir montré les limites du rôle du droit de la santé dans la détermination des statuts familiaux, nous avons conclu à la nécessité de procéder à une reconstruction civiliste du droit de la procréation. Cette reconstruction est encouragée par deux principaux catalyseurs.

³²⁷⁸ CEDH, Deuxième section, Godelli contre Italie, 25 septembre 2012, n° 33783/09 : *JCP G*, 2012, n° 41, 1083, Note BLAY-GRABARCZYK K. ; *AJ famille*, 2012, 554, Note CHÉNEDÉ F. ; *D.*, 2012, 2309.

³²⁷⁹ CEDH, Troisième section, Jäggi contre Suisse, 13 juillet 2006, n° 58757/00 : *RTD civ.*, 2006, 727, Obs. MARGUÉNAUD J.-P. ; *RTD civ.*, 2007, 99, Obs. HAUSER J.

³²⁸⁰ *Ibid.*, § 40.

³²⁸¹ CEDH, Cinquième section, Pascaud contre France, 16 juin 2011, n° 19535/08 : VIAL G., « L'expertise génétique *post mortem* à l'épreuve du droit au respect de la vie privée et familiale », *RDLF*, 2011, Chron. n° 16, Disponible sur : <http://rdlf.upmf-grenoble.fr/?p=1282>, Consulté le 28 avril 2014 ; *LPA*, 11 juillet 2012, n° 138, 7, POMART-NOMDÉDÉO C. ; *RTD civ.*, 2011, 526, Obs. HAUSER J. ; *Dalloz actualité*, 5 juillet 2011, Note SIFFREIN-BLANC C. ; *Dr. fam.*, 2011, Alerte 72, BRUGGEMAN M. ; *JCP G*, 2011, n° 27, 797, Note MILANO L. ; *RJPF*, 2011-10/41, Note GARÉ T. ; *Droit et patrimoine l'hebdo*, 27 juin 2011, n° 838, 1, Obs. C. L. G. ; *RLDC*, 2011, n° 86, 65, Note DEKEUWER-DÉFOSSEZ F. ; *D.*, 2011, 1758 ; *AJ famille*, 2011, 429, Note CHÉNEDÉ F.

³²⁸² CEDH, Troisième section, Jäggi contre Suisse, 13 juillet 2006, n° 58757/00, § 37 : *RTD civ.*, 2006, 727, Obs. MARGUÉNAUD J.-P. ; *RTD civ.*, 2007, 99, Obs. HAUSER J.

En premier lieu, les réflexions relatives à l'ouverture de l'adoption aux couples de même sexe contribuent à relancer le débat relatif à l'accès de ces couples à l'AMP. Elles montrent les limites de l'argumentation médicale au soutien de ce qui constitue finalement un choix de société.

En second lieu, le développement des droits fondamentaux nous semble constituer un vecteur mesuré d'évolution des pratiques médicales puisqu'une sorte de gradation peut être observée.

D'abord, les droits protégés par les conventions internationales ne contraignent ni à l'ouverture de la gestation pour autrui, ni à l'ouverture du don d'ovules, même si sur ce dernier point toute évolution n'est pas à exclure. La réflexion relative à l'ouverture du don d'ovules mérite la place qui lui est faite actuellement en Suisse car la Cour exige un examen régulier sur ce point.

Ensuite, les droits fondamentaux impliquent une analyse *in concreto*. Dans le domaine des examens par empreintes génétiques, la Cour exige une appréciation flexible. Elle se montre hostile aux interdictions totales pour les requérants de faire examiner leurs situations. Elle tient, en outre, compte de la connaissance préalable de la réalité biologique de la filiation et de la volonté concordante des parties de détruire un lien de filiation non vécue et non conforme à la vérité biologique. Elle termine par vérifier qu'un équilibre a été recherché entre les intérêts en présence. Dans le domaine de la gestation pour autrui, les droits des parents à la vie privée ne leur confèrent pas un droit à un statut dès lors qu'ils peuvent vivre au quotidien avec les enfants.

Enfin, le droit à l'identité, tout spécialement celui des enfants issus des actes médicaux liés à la procréation, semble être le vecteur le plus effectif d'évolution du droit. Il s'avère en effet difficilement conciliable avec la jurisprudence de la Cour de cassation relative à la filiation des enfants issus d'une gestation pour autrui et l'anonymat absolu du don de gamètes tel qu'il est pratiqué en France.

SECTION 2 : LE DROIT COMPARÉ AU SERVICE DE LA RECONSTRUCTION DU DROIT DE LA PROCRÉATION

459. **Réserves quant au rôle de proposition du droit comparé** – Les limites du modèle familial consacré par la législation sanitaire invitent à repenser le droit de la filiation par assistance médicale à la procréation. Le recours au droit comparé et l'étude du phénomène du tourisme procréatif ont montré que l'ouverture croissante de l'assistance médicale à la procréation témoignait des limites du modèle naturalisant existant dans les deux pays. Cependant, loin de constituer une « *marche forcée* » sans considération des « *particularismes* » et des « *racines nationales* »³²⁸³, la comparaison permet au contraire, dans sa fonction de connaissance du droit, de tenir compte des éventuelles spécificités nationales. En outre, elle permet d'éclairer les mécanismes d'adaptation du droit face aux réalités nouvelles, en l'occurrence la procréation médicalement assistée. L'étude menée précédemment a permis de mettre en exergue deux principaux points de tension en matière d'AMP : le champ des bénéficiaires et l'anonymat. Pour chacun de ces points, il s'agira donc de cerner les éventuelles lacunes et les possibilités d'évolution. Des propositions visant à prendre en compte les spécificités nationales seront avancées en ce qui concerne les règles de filiation (I) et le rôle du tiers procréateur (II).

I. LE DROIT COMPARÉ AU SERVICE DE L'ADAPTATION DU DROIT DE LA FILIATION

460. La comparaison des droits français et suisse a déjà permis de démontrer que, plutôt que le droit de la santé, ce sont les conceptions de la famille qui doivent dicter les critères de la filiation. Il en résulte deux conséquences.

D'une part, il convient, afin de maintenir l'équilibre entre vérité biologique et vérité juridique, de subordonner l'identification par empreintes génétiques aux finalités spécifiques du droit de la famille (A). En effet, contrairement à ce qui est parfois avancé, ce n'est pas le verrouillage de l'accès à la vérité biologique mais la détermination de fondements clairs du droit de la filiation qui est le plus à même de garantir un tel équilibre. À vouloir nier la part de la biologie, on risque au contraire de l'exacerber. Il convient donc de clarifier les objectifs du droit de la famille en rendant, si besoin complémentaires, les composantes biologiques et juridiques de la filiation.

D'autre part, les conceptions de la famille ont aujourd'hui évolué par rapport à la date à laquelle est intervenue la réglementation de l'assistance médicale à la procréation. Si, à l'époque, le modèle du « *ni vu, ni connu* »³²⁸⁴ pouvait être justifié par le contexte social, tel n'est plus le cas aujourd'hui, car la procréation assistée n'a plus rien d'une pratique souterraine. Le droit de la santé ne peut donc plus agir comme une sorte de cache en assimilant les gamètes aux autres éléments et produits du corps humain. Les revendications de certains enfants issus du don montrent que la question doit être placée sur le terrain de l'identité. Par l'intervention d'un tiers dans la procréation, le législateur a clairement fait le choix de

³²⁸³ LEMOULAND J.-J., *Répertoire de droit civil Dalloz*, « Famille », Mars 2013, n° 219.

³²⁸⁴ THÉRY I., *Des humains comme les autres. Bioéthique, anonymat et genre du don*, Cas de figure, Éditions de l'EHESS, 2010, p. 27.

permettre le développement d'une famille dans de telles conditions. Le droit de la famille doit alors clairement assumer son rôle de meneur dans la définition du lien de filiation et construire juridiquement le droit de l'AMP, non sur un modèle médical ou par assimilation à un modèle familial naturalisant qu'il peine à imiter, mais sur un modèle propre qui valorise un projet parental accepté par la société. Il convient dès lors de s'atteler à repenser le modèle de l'AMP (B).

A. Subordonner l'identification par empreintes génétiques aux finalités du droit de la famille

461. Réfutation de l'influence fondamentale du droit de la santé – La possibilité, ouverte par l'apparition des tests sanguins puis des empreintes génétiques, de connaître avec certitude les liens biologiques existants entre les individus était susceptible de faire évoluer le droit de la filiation et de bouleverser l'équilibre entre les deux vérités. Le développement des expertises de paternité aurait ainsi pu conduire à laisser une place centrale au droit médical qui aurait pu apparaître comme une sorte de nouveau guide pour le droit de la filiation, en ce que « *la possibilité technique d'accès à la vérité des gènes (...) déterminerait dorénavant le changement des règles de fond en matière de filiation* »³²⁸⁵. Un juge américain a ainsi affirmé, dans les années 1970, que « *les questions de filiation doivent être considérées désormais comme un problème médical bien plus que juridique* »³²⁸⁶. Suivant cette idée, on aurait pu imaginer que la volonté plus prégnante du droit suisse de favoriser l'accès à la preuve favorise la « biologisation » du lien de filiation, idée fréquemment avancée en France. Le droit de la santé contribuerait alors à révéler l'importance de la biologie dans le contentieux de la filiation et apparaîtrait comme une sorte de guide pour le droit de la famille.

Toutefois, il tel n'a pas été le cas et nous nous rallions donc à l'hypothèse posée par M.-T. MEULDERS-KLEIN selon laquelle « *ce n'est pas la connaissance de la vérité objective qui détermine les choix de société aussi fondamentaux que les règles de la parenté, mais les racines culturelles et l'état des mentalités en rapport avec les intérêts et les valeurs jugées essentielles* »³²⁸⁷. Le droit comparé s'avère un outil précieux pour étayer cette hypothèse dans la mesure où il permet d'analyser comment, confrontés à une même problématique, à savoir la possibilité d'accéder à la vérité biologique, deux droits ont été amenés à évoluer. Il facilite alors la mise en lumière des racines culturelles, propres à chacun des pays, susceptibles de déterminer le lien de filiation. La suite de la réflexion de M.-T. MEULDERS-KLEIN s'avère tout aussi déterminante dans notre analyse. L'auteur relève en effet que « *le lien juridique de filiation est un rapport de droit qui repose sur un rapport de fait, c'est-à-dire en principe le lien de consanguinité. Mais jamais jusqu'à ce jour, il n'a existé d'adéquation parfaite entre ces deux rapports, et la raison essentielle s'en trouve moins dans l'absence de moyens de preuve que dans des choix délibérés entre les filiations qui méritent ou non d'être socialement reconnues et les fondements culturels sur lesquels reposent ces choix* »³²⁸⁸. Il en résulte que le droit de la santé ne peut apparaître que comme un droit suiveur (1), mis au service d'un choix de société, ces choix de société déterminant les règles applicables à

³²⁸⁵ MEULDERS-KLEIN M.-T., « Les empreintes génétiques et la filiation : la fin d'une énigme ou la fin des dilemmes », in HENNAU-HUBLET C., KNOPPERS N.-M., *L'analyse génétique à des fins de preuve et les droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 1997, p. 398.

³²⁸⁶ *Ibid.*

³²⁸⁷ *Ibid.*

³²⁸⁸ *Ibid.*, pp. 398-399.

l'identification par empreintes génétiques. La place accordée aux examens par empreintes génétiques est donc cantonnée par la poursuite d'objectifs spécifiques au droit de la filiation (2).

1. Le caractère suiveur du droit de la santé

462. Alors que l'intuition première pouvait être celle d'une convergence progressive vers l'importance de la vérité biologique des droits français et suisse, sous l'influence du droit de la santé, celle-ci doit en réalité être nuancée. En effet, l'étude des travaux préparatoires des lois relatives à la bioéthique et de la LAGH montre que le droit de la santé apparaît comme un droit « suiveur » dans les deux pays. Ce qualificatif est utilisé pour signifier que les textes adoptés ne remettent pas foncièrement en cause le droit de la famille. Ce caractère suiveur du droit de la santé se manifeste de manière différente dans les deux pays. En France, le souci de ne pas laisser la génétique guider le droit de la famille s'est traduit par l'indissociabilité du droit de la santé et du droit de la famille. Au contraire en Suisse, le droit de la santé est dissocié du droit de la famille, sans toutefois que cette dissociation n'exerce une influence directe sur le droit de la filiation.

463. L'indissociabilité du droit de la santé et du droit de la famille en France – En France, il est possible de parler d'une indissociabilité du droit de la santé et du droit de la famille dans la mesure où l'article 16-11 du Code civil lie de manière obligatoire l'identification d'une personne par ses empreintes génétiques et mesure d'instruction ordonnée par le juge saisi d'une action en matière de filiation ou de subsidiaires. Des sanctions pénales³²⁸⁹ ont été édictées au soutien de l'interdiction ainsi posée. Le droit de la santé n'exerce donc pas une influence déterminante sur le droit de la famille. Il se contente, en effet, d'encadrer les progrès scientifiques en les soumettant aux règles posées par le droit de la famille. Ce caractère suiveur du droit de la santé correspond aux demandes sociétales de l'époque qui ont été décrites plus haut³²⁹⁰. Malgré une ouverture plus importante de l'accès aux empreintes génétiques en Suisse, le droit de la santé peut également être qualifié de droit suiveur.

464. Une dissociation du droit de la santé et du droit de la famille sans effets directs en Suisse – La réglementation des empreintes génétiques par la loi fédérale relative à l'analyse génétique humaine a été décrite et il en est ressorti une large possibilité d'accès aux techniques d'empreintes génétiques, la seule restriction ayant trait au fait de se rendre dans un laboratoire autorisé à y procéder. Il a également été précisé que l'accès aux empreintes génétiques en dehors d'une procédure impliquait d'informer la personne sur les répercussions psychiques et sociales de l'analyse ainsi que sur les dispositions relatives au droit de la filiation. Il faut toutefois noter, ainsi que le relève le message du Conseil fédéral, que « *la détermination de la filiation au moyen d'un profil d'ADN n'a en tant que telle pas d'effet sur la situation familiale* »³²⁹¹. Le droit de la santé apparaît dès lors comme un droit suiveur. Certes, il permet l'accès à la connaissance des

³²⁸⁹ Les articles 226-28 CP et L 1133-4 CSP punissent actuellement d'un an d'emprisonnement et 15 000 € d'amende le fait de rechercher l'identification d'une personne par ses empreintes génétiques ainsi que le fait de divulguer ces informations ou de procéder à l'identification sans agrément. Sous l'empire de la loi du 29 juillet 1994, les peines, prévues aux articles L 145-20 CSP et 226-28 CP, étaient d'un an d'emprisonnement et 100 000 F d'amende.

³²⁹⁰ Voir *infra* § 113 et s et § 121 et s.

³²⁹¹ Message relatif à la loi fédérale sur l'analyse génétique humaine, 11 septembre 2002, FF 2002 6929.

résultats des examens génétiques. Cependant, les conséquences de cette connaissance relèvent exclusivement du droit de la famille. C'est ce dernier qui déterminera, en fonction des conditions propres aux différentes actions en filiation, s'il convient de faire produire ou non des effets de droit à cette connaissance du fait biologique.

2. Le droit de la santé, un outil au service du droit de la famille

465. L'influence du droit de la santé doit être cantonnée par la poursuite de finalités spécifiques au droit de la famille. Ces dernières peuvent être déterminées à partir d'une lecture parallèle des dispositions du droit de la filiation française et suisse. La comparaison montre que l'ouverture de l'accès aux empreintes génétiques n'empêche pas la prévalence des objectifs de nature familiale. Les règles de droit de la filiation de chacun des deux pays, qui ont déjà été développées, ne seront rappelées que ponctuellement lorsqu'elles permettent d'identifier de tels objectifs. La stabilité de la filiation est recherchée tant par le droit français que par le droit suisse. Néanmoins, la protection du mariage, la volonté d'assurer à l'enfant un double lien de filiation ou encore la place fondamentale accordée au respect de la parole donnée semblent plus ancrées en droit suisse. Ce sont ces objectifs, plus que les règles de droit de la santé, qui expliquent les divergences entre les deux droits. Ils doivent dicter les évolutions du droit de la filiation afin que les empreintes génétiques soient considérées comme un outil au service du droit de la famille et non comme un guide.

466. La stabilisation des liens de filiation : un objectif commun – Alors que la jurisprudence française avait bouleversé l'équilibre prévu entre vérité biologique et vérité sociologique par la loi du 3 janvier 1972, l'un des objectifs de l'ordonnance du 4 juillet 2005 a été de stabiliser le lien de filiation. Cet objectif est également prégnant en droit suisse. La comparaison permet de faire émerger trois principales techniques visant à favoriser la stabilisation des liens de filiation, y compris à l'encontre de la vérité biologique.

La première technique réside dans la prévention des conflits de filiation. En droit suisse, l'action en paternité ne peut être intentée s'il existe déjà un rapport de filiation entre un homme et un enfant. Dans cette hypothèse, il faut d'abord agir en contestation de la filiation préexistante puis tenter l'action en recherche de paternité qui *« peut en tout cas être intentée dans l'année qui suit la dissolution de ce rapport »*³²⁹². L'article 257 CCS règle par avance un éventuel conflit de présomptions de paternité en posant que *« lorsque l'enfant est né dans les trois cents jours qui suivent la dissolution du mariage par suite du décès et que sa mère a contracté un nouveau mariage, le second mari est réputé être le père »*. Enfin, il ne peut pas exister de conflit entre une filiation naturelle et une filiation légitime dans la mesure où seul peut être reconnu l'enfant qui ne bénéficie que d'un lien de filiation à l'égard de sa mère³²⁹³. En droit français, le principe chronologique a été généralisé à l'article 320 CC³²⁹⁴ qui a été complété par l'article 336-1³²⁹⁵ lors de la ratification par la loi du 16 janvier

³²⁹² Art. 363 al. 2 CCS.

³²⁹³ Art. 260 CCS.

³²⁹⁴ *« Tant qu'elle n'a pas été contestée en justice, la filiation légalement établie fait obstacle à l'établissement d'une autre filiation qui la contredirait »*.

³²⁹⁵ Issu de l'ordonnance du 4 juillet 2005 : *« Lorsqu'il détient une reconnaissance paternelle prénatale dont les énonciations relatives à son auteur sont contredites par les informations concernant le père que lui communique le déclarant, l'officier de l'état civil compétent en application de l'article 55*

2009³²⁹⁶. Bien qu'en pratique il ne soit pas parfaitement atteint³²⁹⁷, l'objectif poursuivi consiste à prévenir plus qu'à guérir les conflits de filiation, ce qui rapproche le droit français du droit suisse.

La deuxième technique est liée à la délimitation des titulaires des actions. La comparaison des droits français et suisse permet clairement de mettre en lumière la place différente accordée au mariage. Elle sera donc étudiée ultérieurement.

La troisième et dernière technique est liée à l'écoulement du temps. Les délais d'actions se sont pour l'essentiel progressivement raccourcis en droit français, si bien qu'ils se sont davantage rapprochés de ceux prévus par le droit suisse.

Dans ce pays, l'action en recherche de paternité ne peut être intentée par la mère que dans l'année suivant la naissance³²⁹⁸ et par l'enfant dans l'année suivant l'âge de sa majorité³²⁹⁹. L'action en contestation de reconnaissance ne peut être intentée que dans un délai relatif d'un an, à compter du jour auquel l'intéressé a eu connaissance du fait que l'auteur de la reconnaissance n'est pas le père de l'enfant ou que la mère a cohabité avec un tiers pendant la période de conception³³⁰⁰. Pour l'auteur de la reconnaissance, ce même délai relatif court à compter de la date à laquelle il a eu connaissance de son erreur ou à laquelle la menace qui pesait sur lui a cessé³³⁰¹. Il faut ajouter un délai absolu de cinq ans qui court à compter de la reconnaissance et à l'issue duquel aucune action de contestation ne peut plus être intentée³³⁰². L'action de l'enfant peut encore être intentée dans l'année suivant sa majorité³³⁰³. L'action en désaveu est également soumise à un délai relatif d'un an, qui court à partir de la connaissance de la naissance et du fait qu'il n'est pas le père ou de la cohabitation de la mère avec un tiers à l'époque de la conception pour le mari, et à compter de sa majorité pour l'enfant³³⁰⁴. La filiation ne peut en aucun cas être contestée cinq ans après la naissance. Il est enfin possible d'obtenir une restitution des délais pour de justes motifs, tant dans l'action en recherche de paternité³³⁰⁵ que dans le cadre de l'action en contestation de la reconnaissance³³⁰⁶ ou que dans le cadre du désaveu de paternité³³⁰⁷. Les délais relativement courts dans l'ensemble de ces hypothèses ne mettent pas en péril la stabilité du lien de filiation.

Tel n'était pas le cas en droit français, du fait de l'importance des délais de droit commun et de l'ouverture par la jurisprudence de nouvelles actions permettant de contester la filiation. En effet, en dehors des actions légalement prévues pour la contestation de la paternité légitime pour lesquelles les délais étaient de six mois, les autres actions étaient enserrées dans le délai de droit commun de trente

établit l'acte de naissance au vu des informations communiquées par le déclarant. Il en avise sans délai le procureur de la République qui élève le conflit de paternité sur le fondement de l'article 336 ».

³²⁹⁶ Loi n° 2009-61 du 16 janvier 2009 ratifiant l'ordonnance n° 2005-759 du 4 juillet 2005 portant réforme de la filiation et modifiant ou abrogeant diverses dispositions relatives à la filiation, *JORF*, 18 janvier 2009, p. 1062.

³²⁹⁷ Pour le détail de l'évolution concernant la prévention et la résolution des conflits de filiation, voir : TERRÉ F., FENOUILLET D., *Droit civil. La famille*, Paris, Précis, Dalloz, 2011, pp. 632-643.

³²⁹⁸ Art. 263 al. 1 chiffre 1 CCS.

³²⁹⁹ Art. 263 al. 1 chiffre 2 CCS.

³³⁰⁰ Art. 260 c al. 1 CCS.

³³⁰¹ *Ibid.*

³³⁰² *Ibid.*

³³⁰³ Art. 260 al. 2 CCS.

³³⁰⁴ Art. 256 c al. 1 et 2 CCS.

³³⁰⁵ Art. 263 al. 3 CCS.

³³⁰⁶ Art. 260 c al. 3 CCS.

³³⁰⁷ Art. 256 c al. 3 CCS.

ans³³⁰⁸. Il s'agissait des actions en contestation de la paternité légitime fondées sur les articles 334-9 et 322 interprétés *a contrario*, de l'action en contestation d'état³³⁰⁹, de la contestation de la reconnaissance³³¹⁰ et de la contestation de la possession d'état.

Ces délais préjudiciaient profondément à la stabilité du lien familial et l'un des objectifs de l'ordonnance du 4 juillet 2005 a donc été d'en favoriser la stabilisation³³¹¹. Le délai de prescription de droit commun est ainsi passé de trente à dix ans³³¹². Lorsque la filiation est établie par un titre corroboré par une possession d'état³³¹³, l'action se prescrit par cinq ans à compter du jour où la possession d'état a cessé ou du décès du parent dont le lien est contesté³³¹⁴. En toutes hypothèses, il n'est plus possible de contester la filiation si la possession d'état a duré plus de cinq ans à compter de la naissance ou de l'éventuelle reconnaissance ultérieure, à l'exception du ministère public³³¹⁵. En revanche, si la possession d'état n'est pas conforme au titre, le délai de droit commun est applicable. Enfin, la possession d'état peut être contestée dans un délai de dix ans, qu'elle ait été constatée par acte de notoriété ou établie par jugement, la loi du 16 janvier 2009 ayant unifié les deux délais³³¹⁶. On constate donc un raccourcissement important des délais en droit français, ce qui montre bien que la stabilisation de la filiation constitue un objectif commun aux deux droits. Trois autres objectifs apparaissent spécifiques au droit suisse, la mise en lumière de cette spécificité étant particulièrement révélée par le recours au droit comparé.

467. L'importance différente accordée à l'octroi à l'enfant d'un double lien de filiation – L'objectif visant à octroyer à l'enfant un double lien de filiation apparaît nettement plus prégnant en droit suisse qu'en droit français d'un triple point de vue.

En premier lieu, lorsqu'un enfant naît en dehors du mariage, l'office de l'état civil doit communiquer la naissance de cet enfant à l'autorité de protection de l'enfant³³¹⁷. Jusqu'à une date récente,

³³⁰⁸ Art. 311-7 CC.

³³⁰⁹ Art. 322-1 CC.

³³¹⁰ Art. 339 CC. L'existence d'une possession d'état conforme à la reconnaissance et ayant duré dix ans fermait l'action, sauf pour l'autre parent, l'enfant et le parent véritable.

³³¹¹ Le rapport de présentation de l'ordonnance au Président de la République soulignait ainsi que « *la modification du régime des actions, rendue nécessaire par le développement des moyens de preuve, appelle une plus grande rigueur dans les délais afin de mettre l'enfant à l'abri des revendications tardives affectant la stabilité de son état* » : SÉNAT, Rapport fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du Règlement et d'administration générale sur le projet de loi ratifiant l'ordonnance n° 2005-759 du 4 juillet 2005 portant réforme de la filiation et modifiant ou abrogeant diverses dispositions relatives à la filiation, Par M. Henri de RICHEMONT, n° 145, Annexe au procès-verbal de la séance du 19 décembre 2007, p. 32.

³³¹² Art. 321 CC : « *Sauf lorsqu'elles sont enfermées par la loi dans un autre délai, les actions relatives à la filiation se prescrivent pas dix ans à compter du jour où la personne a été privée de l'état qu'elle réclame, ou a commencé à jouir de l'état qui lui est contesté. À l'égard de l'enfant, ce délai est suspendu pendant sa minorité* ».

³³¹³ La Cour de cassation a refusé de transmettre une QPC concernant la conformité de l'article 333 CC au principe d'égalité, au droit à un recours effectif et au droit et respect de la vie privée et familiale : Cass. civ. 1^{re}, 24 février 2011, n° 10-40.068 : « *La question posée ne présente pas un caractère sérieux, en ce que l'article 333 du Code civil, qui régit les conditions et les délais de l'action en contestation de la filiation, répond à une situation objective particulière dans laquelle se trouvent toutes les personnes bénéficiant d'une possession d'état, en distinguant selon la durée de celle-ci, afin de stabiliser leur état dans un but d'intérêt général et en rapport avec l'objet de la loi qui a recherché un équilibre entre les composantes biologique et affective de la filiation, dans le respect de la vie privée et familiale des intéressés* ».

³³¹⁴ Art. 333 al. 1 CC. Le deuxième point de départ a été précisé par la loi du 16 janvier 2009.

³³¹⁵ Art. 333 al. 2 CC.

³³¹⁶ Selon l'ordonnance de 2005, le délai était de cinq ans. Il avait paru illogique que le délai soit moins important lorsque la possession d'état est constatée dans un acte de notoriété qui s'avère moins fiable ; Art. 335 CC.

³³¹⁷ Art. 50 al. 1 let. a de l'ordonnance sur l'état civil du 28 avril 2004, Entrée en vigueur au 1^{er} juillet 2004, RS 211.112.2, RO 2004 2915.

un curateur chargé d'établir la filiation paternelle et de conseiller la mère était alors en principe nommé³³¹⁸. Cette mesure était également applicable lorsque la filiation a été détruite par une action en contestation de paternité³³¹⁹. L'institution automatique du curateur de paternité a été supprimée par la révision du droit de l'autorité parentale³³²⁰. Cette suppression a été justifiée par le fait que « rien ne permet de croire qu'une mère non mariée est moins à même de protéger ses intérêts et ceux de ses enfants qu'une mère mariée »³³²¹. Ce type de mesures pourra toutefois continuer à être pris sur le fondement des articles 307 et suivants si la « protection de [l'enfant] l'exige »³³²². L'abrogation de l'article 309 CC « n'affecte [donc] en rien le droit de l'enfant de connaître son ascendance »³³²³. Contrairement à ce qui se passe en cas de contestation de la filiation de l'enfant, le curateur éventuel doit chercher à faire établir la filiation de l'enfant sans tenir compte de l'intérêt de ce dernier à voir établi un lien de filiation à l'égard d'un homme en particulier³³²⁴. Ainsi, « le fait que le père présumé soit (...) totalement incapable de s'occuper de l'enfant demeure (...) sans pertinence », le législateur considérant que l'enfant a intérêt à bénéficier d'un double lien de filiation³³²⁵. Il en résulte que l'établissement du lien de filiation, fondé sur le lien génétique, pourra être mis au service de cet objectif. La différence quant à la prise en compte de l'intérêt de l'enfant dans le domaine de la contestation et dans le domaine de l'établissement contentieux du lien de filiation renforce d'ailleurs encore cette idée. Cette situation se retrouvait également dans le Code civil français lors de la contestation de la filiation légitime par la mère ou par un tiers. En effet, les articles 318 et 334-9 interprétés *a contrario* par la jurisprudence l'avaient soumise à la condition que lui soit substituée soit une filiation naturelle, soit une filiation légitime. Cette exigence ne valait pas lorsque la filiation était contestée par le mari, mais dans cette hypothèse les délais étaient très courts. Toutefois, l'interprétation *a contrario* de l'article 322 a bouleversé cet équilibre en permettant de détruire un lien de filiation sans pour autant le remplacer, conduisant ainsi à un « vide de filiation » déploré par la doctrine³³²⁶. La solution perdure avec l'ordonnance de 2005 bien que la réduction des délais pour contester la filiation en limite la portée.

Il convient, en second lieu, de souligner que, dans le cadre d'une action en recherche de paternité, le père prétendu à l'égard duquel est née la présomption, ne peut la renverser qu'en démontrant que sa paternité est exclue ou moins probable que celle d'un tiers. Cette dernière règle s'avère favorable à l'établissement d'un double lien de filiation à l'égard de l'enfant puisqu'elle « ne le laisse pas sans père (...) mais (...) substitue (...) un tiers au père présumé »³³²⁷.

³³¹⁸ Art. 309 ancien CCS : « Dès qu'une femme enceinte non mariée en fait la demande à l'autorité de protection de l'enfant ou que celle-ci a été informée de l'accouchement, elle nomme un curateur chargé d'établir la filiation paternelle, de conseiller et d'assister la mère d'une façon appropriée ».

³³¹⁹ Art. 309 al. 2 ancien CCS.

³³²⁰ Code civil suisse (autorité parentale), Modification du 21 juin 2013, FF 2013 4234.

³³²¹ Message concernant une modification du Code civil suisse (autorité parentale), 16 novembre 2011, FF 2011 8333.

³³²² *Ibid.*, FF 2011 8346.

³³²³ *Ibid.*

³³²⁴ ATF 121 III 1 = JT, 1996, I, 665. En cas de procréation médicalement assistée avec don de sperme à l'étranger, le recours d'une mère homosexuelle a été admis « en raison de l'impossibilité de lever en droit espagnol l'anonymat du donneur pour l'établissement d'un lien de filiation avec le père » : Chambre des tutelles, 12 avril 2010/67 = JT, 2011, III, 50.

³³²⁵ PICHONNAZ P., FOËX B., *Code civil I, Commentaire Romand*, Bâle, Helbing & Lichtenhahn, 2010, p. 1586.

³³²⁶ HUET-WEILLER D., « Le droit français », in LABRUSSE-RIOU C., CORNU G. (Dir.), *Droit de la filiation et progrès scientifiques*, Paris, Perspectives économiques et juridiques, Economica, 1982, p. 21.

³³²⁷ FLATTET G., « Le nouveau droit suisse de la filiation », RIDC, 1977, Vol. 29, n° 4, p. 688.

En dernier lieu, le droit suisse ne connaît pas de restriction à l'établissement d'un lien de filiation incestueuse si bien que l'enfant incestueux ou adultérin peut toujours être reconnu³³²⁸. On pourrait simplement y voir une illustration de l'importance accordée à l'égalité des filiations³³²⁹ et une manifestation de l'influence des progrès de la science³³³⁰. Il faut également y ajouter une illustration du principe selon lequel il en va de l'intérêt de l'enfant de bénéficier d'un double lien de filiation. Ce principe objectif apparaît nettement moins prégnant en droit français puisque le Code civil prohibe l'établissement d'un double lien de filiation à la suite d'un inceste³³³¹ et la Cour de cassation refuse l'établissement de la filiation par adoption³³³². Toutefois, cette position a pu être critiquée, tant en matière d'inceste³³³³ qu'en matière de maternité pour autrui au sujet de laquelle il a été relevé que l'« *on ne peut pas croire que priver un enfant, même seulement d'un point de vue légal, de ses parents puisse être conforme à un ordre public quel qu'il soit* »³³³⁴ et sa conformité à la jurisprudence de la CEDH³³³⁵ a parfois pu être interrogée³³³⁶. D'autres règles de droit suisse mettent en valeur l'importance du double lien de filiation, tout en renforçant le poids de la parole donnée.

468. Le respect de la parole donnée en droit suisse et le refus des « filiations de paille » en droit français – L'importance accordée au respect de la parole donnée transparaît particulièrement en droit suisse à travers deux séries de règles.

La première trace de cet objectif se retrouve dans l'article 256 relatif à l'action en désaveu qui prévoit que « *le mari ne peut intenter l'action [en désaveu] s'il a consenti à la conception par un tiers* ». Cet article

³³²⁸ FONDATION POUR LES ÉTUDES INTERNATIONALES, *Les problèmes juridiques concernant le lien de filiation*, Actes du XXVII^e colloque de droit européen, La Valette (Malte), 15-17 septembre 1997, Strasbourg, Conseil de l'Europe, 1999, p. 69.

³³²⁹ FLATTET G., « Le nouveau droit suisse de la filiation », *RIDC*, 1977, Vol. 29, n° 4, p. 676.

³³³⁰ L'auteur fait cette référence de manière plus générale concernant les conditions d'ouverture de l'action en recherché de paternité : FLATTET G., « Le nouveau droit suisse de la filiation », *RIDC*, 1977, Vol. 29, n° 4, p. 684.

³³³¹ Art. 310-2 CC : « *S'il existe entre les père et mère de l'enfant un des empêchements à mariage prévus par les articles 161 et 162 pour cause de parenté, la filiation étant déjà établie à l'égard de l'un, il est interdit d'établir la filiation à l'égard de l'autre par quelque moyen que ce soit* ». L'Ancien article 334-10 CC disposait : « *S'il existe entre les père et mère de l'enfant naturel un des empêchements à mariage prévus par les articles 161 et 162 ci-dessus pour cause de parenté, la filiation étant déjà établie à l'égard de l'un, il est interdit d'établir la filiation à l'égard de l'autre* ».

³³³² Cass. civ. 1^{re}, 6 janvier 2004, n° 01-01.600 : *Bull. civ.*, 2004, I, n° 2 ; *G.A.J.C.*, 2007, n° 52 ; *D.*, 2004, 362, Concl. SAINTE-ROSE J., VIGNEAU D. ; *JCP G.*, 2004, II, 10064, Note LABRUSSE-RIOU C. ; *JCP G.*, 2004, I, 109, Obs. RUBELLIN-DEVICHI J. ; *Defrénois*, 2004, 594, Obs. MASSIP J. ; *AJ famille*, 2004, 66, Note BICHERON F. ; *Dr. fam.*, 2004, Comm. 16, FENOUILLET D. ; *RJPF*, 2004-3/34, Note GARÉ T. ; *LP4*, 8 avril 2004, 13, Note VOISIN V. ; *RTD civ.*, 2004, 75, Obs. HAUSER J. : « *La requête en adoption (...) contrevient aux dispositions d'ordre public édictées par l'article 334-10 du Code civil interdisant l'établissement du double lien de filiation en cas d'inceste absolu* ». La Cour de cassation casse l'arrêt rendu par la cour d'appel de Rennes le 22 janvier 2001 qui avait retenu que « *la loi n'interdisait pas l'adoption de son propre enfant et que l'adoption simple, ne manifestant pas une filiation biologique, ne pouvait être assimilée à la reconnaissance d'un enfant dont les père et mère connaissent un des empêchements à mariage prévus par les articles 161 et 162 du Code civil* ». Elle s'était notamment fondée sur les conclusions des experts psychiatres. La solution posée par la Cour de cassation a été confirmée par la cour d'appel de Paris sur renvoi : CA Paris, 5 avril 2005 : *Dr. fam.*, 2005, Comm. 242, MURAT P. Cette jurisprudence, rendue en application de l'article 334-10, est confirmée par la nouvelle formulation de l'article 310-2 CC qui ajoute que la filiation ne peut être établie par « *quelque moyen que ce soit* ».

³³³³ Voir par exemple la note critique de VOISIN V., « Intérêt de l'enfant contre intérêt public », *LP4*, 2004, n° 71, p. 13.

³³³⁴ GOUTTENOIRE A., « Filiation d'enfants nés d'une mère porteuse : parents aux États-Unis mais pas en France... », *Lexbase hebdo*, Edition privée générale, n° 389, n° N7217BNM.

³³³⁵ En matière d'inceste, voir : CEDH, Quatrième section, B. et L. contre Royaume-Uni, 13 septembre 2005, n° 36536/02 (interdiction du mariage entre un beau-père et sa belle-fille, violation de l'article 8) ; CEDH, Cinquième section, Stübing contre Allemagne, 12 avril 2012, n° 4354/08 (sanction pénale des relations sexuelles entre adultes d'une même fratrie, ample marge d'appréciation eu égard au consensus, non-violation de l'article 8 à l'unanimité) ; CEDH, Troisième section, Mazurek contre France, 1^{er} février 2000, n° 34406/97 (droits successoraux de l'enfant adultérin, violation de l'article 14 combiné avec l'article 1^{er} du protocole n° 1) ; CEDH, Grande chambre, Fabris contre France, 7 février 2013, n° 16574/08 (différence de traitement successoral entre l'enfant naturel et l'enfant légitime, violation de l'article 14).

³³³⁶ SÉNAT, Rapport fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du Règlement et d'administration générale sur le projet de loi ratifiant l'ordonnance n° 2005-759 du 4 juillet 2005 portant réforme de la filiation et modifiant ou abrogeant diverses dispositions relatives à la filiation, Par M. Henri de RICHEMONT, n° 145, Annexe au procès-verbal de la séance du 19 décembre 2007, p. 20.

s'applique même au-delà de la question de la procréation médicalement assistée³³³⁷ et permet de verrouiller l'engagement pris par le mari de la mère d'accepter l'enfant comme le sien. Il est toutefois nécessaire que le consentement porte sur la conception elle-même et non uniquement sur l'existence d'une relation adultérine³³³⁸. Si le consentement porte sur la procréation artificielle avec un tiers, la doctrine est divisée³³³⁹ quant à l'exigence du respect des formes posées par la LPMA. Il n'existe pas de telle règle consacrée en dehors de la PMA en droit français.

La seconde trace de l'importance accordée au respect de la parole donnée, peut être identifiée au sein de l'article 260 a CCS qui circonscrit les hypothèses dans lesquelles l'auteur d'une reconnaissance peut agir en contestation. Ce dernier ne se voit ouvrir l'action que s'il a reconnu l'enfant « *en croyant qu'un danger grave et imminent le menaçait lui-même, ou l'un de ses proches, dans sa vie, dans sa santé, son bonheur ou ses biens, ou s'il était dans l'erreur concernant sa paternité* »³³⁴⁰. Cet article codifie en partie³³⁴¹ la jurisprudence antérieure. Dans un arrêt du 10 février 1949, le Tribunal fédéral avait indiqué que les vices du consentement prévus par le Code des obligations pouvaient trouver à s'appliquer, par analogie, à l'hypothèse de la reconnaissance d'un enfant naturel. Il avait néanmoins ajouté que l'erreur ou le dol ne pouvaient porter que sur la paternité de l'auteur de la reconnaissance. Refusant de retenir l'erreur ou le dol dans le cas d'espèce, le Tribunal fédéral en était venu à considérer que l'unique problème susceptible de se poser était de savoir si l'auteur de la reconnaissance mensongère pouvait, sur ce seul motif, revenir sur sa reconnaissance. Le Tribunal fédéral avait alors rappelé l'article 339 du Code civil français de l'époque dont la jurisprudence a déduit que la reconnaissance « *ne peut avoir d'effet qu'à condition d'être conforme à la vérité* ». Après avoir rappelé la position de certains auteurs ayant tenté de tirer une telle solution de l'article 306 CCS, il refusait de s'engager dans la voie française en se fondant sur la note marginale de cet article, sur l'absence de mention expresse d'une telle action en faveur de l'auteur de la reconnaissance et enfin sur les travaux préparatoires³³⁴². Il confirmait donc sa position déjà retenue dans un arrêt du 6 juillet 1923³³⁴³. Ainsi, avant comme après la réforme du droit de la filiation, la volonté librement exprimée est irrévocable. Une telle solution a le mérite de ne pas porter atteinte au principe de l'indisponibilité de l'état des personnes puisque la volonté institutionnalisée à travers l'acte de reconnaissance ne peut plus être l'objet d'un revirement. Comme le relève J.-F. AUBERT, « *on ne joue pas avec les liens de famille* »³³⁴⁴.

Cette situation tranche particulièrement avec les règles relatives à la contestation d'une reconnaissance mensongère applicables en droit français. Sous l'empire de la loi de 1972, l'action en contestation de la reconnaissance était ouverte à son auteur³³⁴⁵. Ainsi que cela a déjà été précisé, la preuve pouvait se faire par tous moyens, y compris par l'expertise biologique, si bien que le lien non conforme à

³³³⁷ MEIER P., STEITTLER M., *Droit de la filiation*, Zurich, Schulthess, 2014, p. 46.

³³³⁸ *Ibid.*

³³³⁹ Exigeant le respect des formes posées par la LPMA : *Ibid.*, p. 46. Se contentant de considérer que le consentement oral, voire tacite pourrait suffire : PICHONNAZ P., FOËX B., *Code civil I, Commentaire Romand*, Bâle, Helbing & Lichtenhahn, 2010, p. 1548.

³³⁴⁰ Art. 260 a al. 2 CCS.

³³⁴¹ Il ne la codifie qu'en partie seulement dans la mesure où le projet de loi revient sur la jurisprudence du Tribunal fédéral (ATF 79 II 27, 30) qui n'avait admis l'action fondée sur les vices du consentement que dans l'hypothèse dans laquelle « *l'auteur de la reconnaissance ignorait les circonstances rendant sa paternité impossible* » : Message du Conseil fédéral à l'Assemblée fédérale concernant la modification du Code civil suisse (filiation), 5 juin 1974, FF 1974 II 41.

³³⁴² ATF 75 II 6, 10-13.

³³⁴³ ATF 49 II 155.

³³⁴⁴ AUBERT J.-F., *Les actions de la filiation en droit civil suisse. Essai de classification*, Neuchâtel, Imprimerie H. Messeiller, 1955, p. 85.

³³⁴⁵ Art. 339 CC.

la vérité biologique pouvait être détruit. Cette solution perdure avec l'ordonnance du 4 juillet 2005 puisque l'action fondée sur l'article 333 est ouverte au père et que les actions fondées sur l'article 334 et 335 sont ouvertes à toute personne qui y a un intérêt. L'expertise biologique qui est de droit peut être prononcée. Elle permet de mettre en lumière le caractère mensonger de la reconnaissance et donc de réduire à néant le lien de filiation. Seule est alors envisageable l'action en responsabilité à l'encontre de l'auteur de la reconnaissance fautive, étant précisé que la mère peut voir sa responsabilité engagée³³⁴⁶. Si le fondement de la condamnation au paiement de dommages et intérêts a pu évoluer³³⁴⁷, la responsabilité de l'auteur de la reconnaissance de complaisance est constante, à condition que l'auteur ait conscience du caractère mensonger de la reconnaissance³³⁴⁸, qu'il soit à l'origine de l'action en contestation de la reconnaissance³³⁴⁹ et qu'un préjudice réparable puisse être retenu³³⁵⁰. La responsabilité peut être retenue même si les fins du défendeur à l'action ne sont pas directement liées à son objet³³⁵¹. Ainsi, le droit français favorise l'annulation de la reconnaissance et l'octroi de dommages et intérêts à l'enfant. Il refuse ainsi de laisser subsister une filiation qui ne correspondrait ni à la vérité biologique ni à la vérité sociologique. Ces filiations de paille sont fréquemment critiquées par la doctrine approuvant la position du droit français, considérée comme conforme à l'indisponibilité de l'état. On peut toutefois s'interroger sur cette solution au regard du droit suisse et de l'ordonnance du 4 juillet 2005, ce qui nous conduira à réfléchir à cette question dans le cadre de notre réflexion sur une éventuelle restructuration du droit de la filiation³³⁵². Une dernière différence entre les objectifs poursuivis par les deux droits doit encore être évoquée.

469. Des divergences explicables par la place accordée à la protection de la famille dans le mariage – Au-delà du fait qu'aucune reconnaissance ne peut être réalisée si l'enfant naît au sein d'un couple marié, l'objectif d'accorder une forte protection à la famille dans le mariage ressort clairement des dispositions relatives aux titulaires de l'action en désaveu en droit suisse. Antérieurement à la révision du

³³⁴⁶ TGI de la Seine, 25 octobre 1965 : *JCP G*, 1966, IV, 72 ; CA Caen, 24 juin 1993 : *Jurisdata* n° 1993-050551 ; CA Grenoble, 30 juillet 2014, n° 13/03367.

³³⁴⁷ Pour une discussion sur les divers fondements envisagés, voir : HUET-WEILLER D., « Nature de la responsabilité encourue par l'auteur d'une reconnaissance mensongère en cas d'annulation de celle-ci », *RTD civ.*, 1991, n° 3, p. 512 : les fondements successifs sont : la faute : Cass. civ. 1^{re}, 12 février 1960, *Bull. civ.*, 1960, I, n° 120 : l'homme avait reconnu sciemment un enfant qui n'était pas le sien et lui avait conféré un état pendant douze ans. La Cour de cassation retient une faute liée à la fausse déclaration de reconnaissance dont l'effet restait suspendu au pouvoir de l'homme d'exercer une action en contestation. Cette faute a causé un préjudice à l'enfant qui a vu la stabilité de son état civil compromise. Même raisonnement dans : Cass. civ. 1^{re}, 4 mars 1981, n° 80-10.328 : *Bull. civ.*, 1981, I, n° 81 ; CA Dijon, 1^{re} chambre, 19 avril 1994 : *RTD civ.*, 1994, 841, Obs. HAUSER J. : l'auteur insiste sur le fait que ce n'est pas la reconnaissance de complaisance qui est fautive mais sa contestation ultérieure. L'engagement de se comporter comme un père a ensuite été retenu : Cass. civ. 1^{re}, 21 juillet 1987, n° 85-16.887 : *Bull. civ.*, 1987, I, n° 246 ; Cass. civ. 1^{re}, 6 décembre 1988, n° 86-16.763 : *Bull. civ.*, 1988, I, n° 348 ; Cass. civ. 1^{re}, 10 juillet 1990, n° 88-15.105 : *Bull. civ.*, 1990, I, n° 196 ; *GAJC*, 2007, n° 48 ; D., 1990, 517, Note HUET-WEILLER D. ; *RTD civ.*, 1991, 119, Obs. JOURDAIN P. ; *RTD civ.*, 1991, 311, Obs. HAUSER J. ; CA Versailles, 29 avril 1993 : *Defrénois*, 1994, 326, Obs. MASSIP J. ; CA Paris, 1^{re} chambre C, 28 septembre 2006, n° 01/12252 : *AJ famille*, 2006, 426, Obs. CHÉNEDÉ F.

³³⁴⁸ TGI de la Seine, 14 décembre 1964 : D., 1965, 507, Note ROUAST A.

³³⁴⁹ Cass. civ. 1^{re}, 16 juin 1998, n° 96-16.277 : *Bull. civ.*, 1998, I, n° 215 ; D., 1999, 360, Note MASSIP J. ; D., 1998, Somm., 355, GRANET F. ; *LPA*, 24 février 1999, 7, Note REBOURG M. ; *Defrénois*, 1999, 305, Obs. MASSIP J. : « Par motif adopté, la cour d'appel a exactement décidé que M. Alain Y... n'étant pas à l'origine de l'instance, sur le mérite de laquelle il avait déclaré s'en rapporter à la justice, il ne pouvait lui être fait grief d'avoir failli à l'engagement qu'il avait pris de subvenir, comme un père, aux besoins de Johanna ».

³³⁵⁰ Cass. civ. 1^{re}, 5 novembre 1996, n° 94-20.774 : D., 1997, Somm., 157, GRANET-LAMBRECHTS F. ; *Defrénois*, 1997, 722, Obs. MASSIP J. ; *RTD civ.*, 1997, 111, Obs. HAUSER J. : « Après avoir relevé qu'après le prononcé du divorce des époux G.-D., deux ans après la célébration du mariage, M. D. avait subvenu aux besoins de Mme T. jusqu'à la majorité de celle-ci, la cour d'appel a souverainement retenu que leurs relations avaient été inexistantes, qu'il n'y avait entre eux aucun lien affectif et admis que l'intéressée avait connaissance de la réalité de sa situation ; que la cour d'appel a ainsi caractérisé l'absence de préjudice ».

³³⁵¹ CA Bordeaux, 2 juin 1992 : D., 1993, Somm., 163, GRANET-LAMBRECHTS F. : seule fin de curiosité, l'expertise biologique ordonnée ayant conduit à confirmer la paternité de l'homme.

³³⁵² Voir *infra* § 475 et s.

droit de la filiation, le Tribunal fédéral avait, dans un premier temps, refusé d'ouvrir l'action en désaveu à toute autre personne que le mari et les éventuels cohéritiers de l'enfant en cas de décès³³⁵³. Il avait notamment insisté sur le fait que « *tout le système de la famille reposant sur la présomption de paternité du mari, le législateur n'a pas voulu que cette présomption put être renversée par une autre personne* »³³⁵⁴. L'importance du mariage en tant que pilier de la société l'avait conduit à refuser d'ouvrir l'action en désaveu à l'enfant, bien qu'il ait eu dans son cas particulier, un intérêt à en bénéficier³³⁵⁵. Il relevait alors que l'« *on ne saurait pour des raisons d'opportunité dans un cas déterminé violer une règle fondamentale qui garantit les intérêts généraux de la société et qui ne peut les garantir que si elle est rigoureusement maintenue* »³³⁵⁶. Cette position a été renouvelée à plusieurs reprises³³⁵⁷ alors que la doctrine se montrait de plus en plus critique et que plusieurs décisions cantonales avaient ouvert l'action à l'enfant³³⁵⁸. Le Tribunal fédéral est ensuite revenu sur sa jurisprudence en admettant le droit de l'enfant à agir en désaveu « *en tout cas lorsque le mari de sa mère a laissé périmer son droit et que la mère, après dissolution du mariage avec cet homme, a épousé celui des œuvres duquel l'enfant est issu* »³³⁵⁹.

La révision du droit de la filiation de 1976 a permis de faire évoluer la législation. Les titulaires de l'action sont désormais prévus par l'article 256 CCS. Bien que l'action soit désormais plus ouverte, les titulaires demeurent nettement plus limités qu'en droit français, ce qui témoigne de la subsistance de la protection de la famille dans le mariage en droit suisse. Deux principaux arguments permettent d'étayer cette idée.

En premier lieu, seuls le mari et l'enfant sont désignés en tant que titulaires³³⁶⁰ de l'action, ce qui conduit clairement à exclure la mère³³⁶¹ et son éventuel amant qui serait biologiquement l'auteur de l'enfant. Dans son message, le Conseil fédéral a considéré qu'ils n'avaient pas d'« *intérêt digne de protection à intenter l'action* » et a souligné que l'intérêt de l'enfant incapable de discernement devait être sauvegardé par l'autorité tutélaire³³⁶². L'exclusion de l'amant constitue un argument en faveur de la protection du mariage puisque, dans l'hypothèse de la contestation de la reconnaissance, c'est-à-dire en dehors de la filiation dans le mariage, il se voit reconnaître le droit d'agir en tant que tiers intéressé. Cette protection du mariage a d'ailleurs été affirmée par la jurisprudence qui, d'une part retient que le lien de filiation est indifférent au lien biologique tant que l'action en désaveu n'a pas abouti³³⁶³ et d'autre part, n'hésite pas à interdire à l'amant, sous menace de peines, de prétendre qu'il est le père de l'enfant et de prendre contact avec lui. La

³³⁵³ ATF 44 II 223, 225.

³³⁵⁴ *Ibid.*

³³⁵⁵ Il relevait ainsi : « *Il n'est pas nécessaire d'insister longuement sur les dangers que courrait la stabilité de la famille si l'on permettait à la mère d'invoquer son propre adultère, à son complice ou à des tiers quelconques de faire sortir les enfants de leur famille légale ou enfin aux enfants d'agir en quelque sorte contre eux-mêmes en se faisant déclarer illégitimes* » : ATF 44 I 223, 225.

³³⁵⁶ *Ibid.*

³³⁵⁷ ATF 44 II 224 = JT, 1919, I, 199 ; ATF 49 II 319 ; ATF 73 II 203 ; ATF 78 I 3, cités par ATF 88 II 477, 480 = JT, 1963, I, 265.

³³⁵⁸ Pour le détail de la doctrine et de la jurisprudence, voir : ATF 88 II 477 = JT, 1963, I, 265 ; AUBERT J.-F., *Les actions de la filiation en droit civil suisse. Essai de classification*, Neuchâtel, Imprimerie H. Messeiller, 1955, pp. 169-172.

³³⁵⁹ ATF 88 II 477 = JT, 1963, I, 265. Pour une mise en parallèle des arguments de fond du Tribunal fédéral et de la cour d'appel voir : NORDMANN P., « Droit de l'enfant de demander son propre désaveu (CCS 253) », RSJ, 1963, n° 20, pp. 302-304.

³³⁶⁰ Art. 256 al. 1 CCS. La solution est également rappelée dans plusieurs arrêts dont : ATF 108 II 344 ; ATF 122 II 289 : cités par SPRUMONT D., QUELOZ N., BENOIT A., SCHALLER F., « Conditions de licéité des tests de paternité par analyse d'ADN en dehors du cadre judiciaire », *PJA*, 2003, n° 11, p. 1282.

³³⁶¹ L'exclusion de la mère est parfois critiquée par la doctrine au regard de l'égalité de traitement et de la vie privée et familiale, voir les références citées par : MEIER P., STETTLER M., *Droit de la filiation*, Zurich, Schulthess, 2014, p. 55.

³³⁶² Message du Conseil fédéral à l'Assemblée fédérale concernant la modification du Code civil suisse (filiation), 5 juin 1974, FF 1974 II 30.

³³⁶³ ATF 108 II 344, 347-348.

protection de la cellule familiale dans le mariage prévaut donc sur le lien biologique, le Tribunal fédéral ayant retenu que l'amant « *n'a pas le droit d'affirmer sa paternité biologique et de l'opposer à la seule filiation qui compte, c'est-à-dire celle qui unit [l'enfant] au mari de sa mère* »³³⁶⁴.

En second lieu, la stabilité du mariage en lui-même fait obstacle à l'action en désaveu de l'enfant puisque celui-ci n'est titulaire de l'action en désaveu que dans l'hypothèse dans laquelle « *la vie commune des époux a pris fin pendant sa minorité* »³³⁶⁵. Le Conseil fédéral soulignait dans son message qu'« *il paraît (...) justifié de ne reconnaître la qualité pour agir à l'enfant que lorsque le mariage de ses parents n'est plus intact* »³³⁶⁶. La valeur protégée est donc bien la stabilité de la famille établie dans le mariage y compris à l'encontre de la vérité biologique. La cessation de la vie commune est entendue largement puisqu'elle peut concerner tant la séparation de droit que la séparation de fait³³⁶⁷. La doctrine considère en général que la reprise de la vie commune des époux, pendant la minorité du moins, fait obstacle à l'action en désaveu³³⁶⁸. Certains auteurs relèvent néanmoins que le droit de l'enfant d'agir devrait être maintenu malgré la réconciliation, si la relation entre le mari et l'enfant a été altérée du fait de la séparation ou si l'enfant capable de discernement en exprime la volonté³³⁶⁹.

Ainsi, en dehors de l'hypothèse de la contestation de la reconnaissance qui est ouverte à tout intéressé³³⁷⁰, sous réserve du mariage de la mère avec l'auteur de la reconnaissance³³⁷¹, le cercle des titulaires du droit d'agir apparaît relativement restreint en droit suisse. L'action en recherche de paternité est réservée à l'enfant et à la mère³³⁷² et le désaveu est réservé au mari et à l'enfant³³⁷³. La limitation des titulaires de l'action favorise indiscutablement la stabilité du lien familial dans le mariage à l'égard des actions des tiers, notamment l'éventuel amant de la mère.

Les titulaires de l'action apparaissent nettement plus élargis en droit français. Sous l'empire de la loi du 3 janvier 1972, les actions légalement prévues étaient relativement circonscrites, du moins s'agissant de la paternité légitime. En effet, le désaveu était réservé au mari et la loi de 1972, modifiant le Code civil de 1804, avait ouvert la contestation de paternité légitime à la mère. Au contraire du droit suisse qui refuse encore d'ouvrir le désaveu à la mère, le droit français avait considéré qu'une telle action était conforme à l'intérêt de l'enfant, l'action de la mère lui permettant d'éviter d'avoir à subir une paternité de haine liée au refus du mari trompé de désavouer l'enfant à des fins vengeresses. L'ouverture de l'action en désaveu à l'enfant en droit suisse permet toutefois d'éviter cette éventualité. La contestation de la reconnaissance et de la possession d'état étaient quant à elles ouvertes à tout intéressé. La situation du droit français était donc, dans les textes issus de la loi de 1972, relativement similaire à la situation suisse actuelle. Elle

³³⁶⁴ ATF 108 II 344, 350. Toutefois, selon P. MEIER et M. STETTLER, « il est douteux, dans un temps où la vérité sur les origines est une valeur individuelle et sociale fondamentale, que cette jurisprudence puisse être confirmée aujourd'hui » : MEIER P., STETTLER M., *Droit de la filiation*, Zurich, Schulthess, 2014, p. 55, Note 192.

³³⁶⁵ Art. 256 al. 1 chiffre 2 CCS.

³³⁶⁶ Message du Conseil fédéral à l'Assemblée fédérale concernant la modification du Code civil suisse (filiation), 5 juin 1974, FF 1974 II 30.

³³⁶⁷ O. GUILLOD relève dans ce sens que la condition est réalisée en cas de divorce, de séparation de corps, d'annulation du mariage, de séparation judiciaire, de séparation de fait, et ce, que le mariage soit formellement dissout ou non : PICHONNAZ P., FOËX B., *Code civil I, Commentaire Romand*, Bâle, Helbing & Lichtenhahn, 2010, p. 1545.

³³⁶⁸ *Ibid.*, p. 1545, Note 9.

³³⁶⁹ *Ibid.*, p. 1545.

³³⁷⁰ Art. 260 a CCS.

³³⁷¹ Art. 259 CCS.

³³⁷² Art. 263 al. 1 CCS.

³³⁷³ Art. 256 al. 1 CCS.

correspondait à une large protection de la filiation dans le mariage, y compris à l'encontre de la vérité biologique. Néanmoins, cette similitude a largement décliné avec le développement des interprétations jurisprudentielles *a contrario* qui ont laissé la part belle à la vérité biologique.

Mais cette ouverture marquait surtout le déclin de la présomption de paternité, ce que met en lumière le droit comparé. Alors que le droit de la santé suisse a conduit à ouvrir largement l'accès aux tests génétiques, il se montre plus favorable que le droit français à la protection de la stabilité du lien de filiation dans le mariage. Cette comparaison contribue à renforcer l'idée selon laquelle l'érosion progressive de la légitimité et l'extension des possibilités d'agir en désaveu « *réside[nt] moins (...) dans un souci de vérité que dans l'instabilité croissante des mariages. À quoi bon préserver un lien de filiation juridique avec un mari qui n'est pas le père et qui bientôt ne sera plus le mari ?* »³³⁷⁴. Cette idée est encore renforcée si l'on étudie l'évolution des délais entourant les actions en contestation de la paternité du mari prévues par les textes. Sous l'empire de la loi de 1972, les délais étaient très courts puisqu'ils étaient en général de six mois alors que le délai de droit commun était de trente ans. L'ordonnance de 2005 a unifié les délais et les titulaires des actions qui sont désormais les mêmes pour la filiation dans le mariage et hors mariage. Comme le souligne le rapport RICHEMONT, lorsque le titre est conforme à la possession d'état, « *ces règles nouvelles sont (...) moins protectrices de la paix des familles mariées qu'avant, puisque les titulaires de l'action sont plus nombreux et peuvent agir pendant cinq ans, mais bien plus protectrices de celle des familles non mariées puisque les délais de prescription ont été sensiblement réduits* »³³⁷⁵. Il en résulte que le droit français apparaît moins soucieux que le droit suisse d'assurer la stabilité de la filiation dans le mariage, ce qui s'explique sans doute par la place encore prégnante dont ce dernier jouit dans ce pays.

470. La nécessité de conférer un caractère suiveur au droit de la santé vient d'être démontrée dans le domaine de l'identification par empreintes génétiques. Elle s'exprime également en ce qui concerne l'assistance médicale à la procréation.

B. « Refamilialiser » le droit de l'AMP

471. Des techniques juridiques au service de la « refamilialisation » du droit de l'AMP – Il a été relaté plus haut que les deux droits convergeaient progressivement vers la reconnaissance d'un statut parental par le biais de l'adoption ouverte aux couples de même sexe³³⁷⁶. Cette ouverture conduit nécessairement à réfléchir aux raisons qui justifient de leur refuser l'accès à l'assistance médicale à la procréation. L'argument tiré du caractère médical de l'AMP apparaît affaibli, ce qui contribue à fragiliser le modèle médical naturalisant de l'AMP avec tiers donneur. Cela montre en effet que, même pour les couples de sexe différent, l'ouverture de l'assistance médicale à la procréation revêt une dimension

³³⁷⁴ GROSSEN J.-M., « Père de droit et père de fait : sur trois arrêts concernant la filiation paternelle de l'enfant adultérin non désavoué », in *Famille und Recht, Festgabe der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Freiburg für Bernhardt Schnyder zum 65. Geburtstag*, Freiburg, Universitätsverlag, 1995, pp. 321-322.

³³⁷⁵ SÉNAT, Rapport fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du Règlement et d'administration générale sur le projet de loi ratifiant l'ordonnance n° 2005-759 du 4 juillet 2005 portant réforme de la filiation et modifiant ou abrogeant diverses dispositions relatives à la filiation, Par M. Henri de RICHEMONT, n° 145, Annexe au procès-verbal de la séance du 19 décembre 2007, p. 42.

³³⁷⁶ Voir *supra* § 343 et s.

foncièrement civile et familiale ; elle invite donc à « refamilialiser » le droit de l'assistance médicale à la procréation, c'est-à-dire à conférer au droit de la famille un rôle moteur dans les évolutions du droit de la procréation au détriment du droit de la santé (1). Il est ainsi nécessaire d'explorer les techniques juridiques susceptibles d'être mises au service de cet objectif (2).

1. Repenser le modèle du droit de l'AMP pour remédier à son incohérence

472. L'AMP constitue un acte médical particulier dans la mesure où il contribue à la création du lien familial. Or, cette spécificité n'émerge pas réellement si l'on étudie son régime juridique. Comme le relève I. THÉRY, « *la force du modèle matrimonial procréatif était telle qu'il a pu les attirer (la PMA et l'adoption) dans son orbite* »³³⁷⁷.

D'un point de vue juridique, le régime juridique de l'AMP n'a pas été construit en fonction de cette spécificité, mais par référence à deux modèles.

D'une part, dans les deux pays, il a été construit par référence au modèle familial fondé sur la procréation charnelle. Ce modèle familial est particulièrement visible à travers les conditions d'accès à l'AMP et les règles de droit de la filiation.

D'autre part, il a été construit par référence à un modèle médical. Ce modèle médical se dédouble. En premier lieu, il se traduit par le fait que la PMA n'est ouverte qu'en présence d'indications médicales plus ou moins élargies dans chacun des deux pays. En second lieu, le modèle médical se traduit, uniquement en France, par l'assimilation des gamètes aux autres éléments et produits du corps humain, thématique qui sera traitée plus loin car elle touche la question du rôle du tiers³³⁷⁸. Le modèle peut être défini comme « *une institution dont une autre se serait inspirée pour en reproduire au moins partiellement le régime* »³³⁷⁹. Il s'agit en fait d'une « *institution placée au-dessus des autres, ou à part, dont on va se servir. Le modèle est ponctionné : le législateur (...) relève une partie de sa technique pour l'appliquer à une institution étrangère* »³³⁸⁰. Le modèle est révélé par la technique de l'emprunt qui « *consiste pour une institution, à reproduire certaines dispositions du régime d'une autre institution de nature différente, qu'elle considère comme un modèle pour les insérer parmi les règles organisant son propre régime* »³³⁸¹. Lorsque le législateur a été confronté à l'apparition de l'AMP, il a fallu l'intégrer dans le système juridique préexistant. Or, pour ce faire, deux techniques étaient envisageables : soit « *la création ex nihilo* » d'une catégorie nouvelle, soit la référence « *à une catégorie préexistante* » permettant de « *relier l'avenir au passé* »³³⁸². Or, il s'avère que le modèle va « *parfois par opportunité, (...) réutiliser des matériaux juridiques qui ont fait leurs preuves* »³³⁸³. Il est vrai que lorsque les juges ont dans un premier temps dû faire face à l'AMP, ils n'ont pas procédé par emprunts en se contentant de s'appuyer sur les règles de droit commun³³⁸⁴. Il nous semble cependant que le législateur a ensuite clairement utilisé cette technique juridique. Étudiant

³³⁷⁷ THÉRY I., « Mariage de même sexe et filiation : rupture anthropologique ou réforme de la civilisation ? », *Dr. fam.*, 2013, n° 7, Dossier 17, § 21.

³³⁷⁸ Voir *infra* § 486.

³³⁷⁹ TERRASSON DE FOUGÈRES A., *Le modèle dans le droit de la famille : notion et fonction (essai de droit comparé interne)*, Paris II, Thèse en droit privé, 1994, p. 14.

³³⁸⁰ *Ibid.*, p. 88.

³³⁸¹ *Ibid.*, p. 213.

³³⁸² *Ibid.*, p. 226 : citant CARBONNIER J., *Droit civil. Introduction*, Paris, PUF, 1992, p. 63.

³³⁸³ *Ibid.*

³³⁸⁴ *Ibid.*, pp. 243-244.

l'emprunt à la filiation légitime, A. TERRASSON DE FOUGÈRES fait référence à l'idée d'emprunt historique. Elle indique que « *toutes les réformes réalisées en faveur de l'enfant naturel visent à le faire bénéficier d'avantages similaires, dans la mesure du possible, à ceux dont jouit l'enfant légitime. Le législateur, sensibilisé par l'inégalité du statut que connaît l'enfant naturel par rapport à l'enfant légitime cherche à le traiter « presque comme » un enfant légitime* »³³⁸⁵. Il semble que cette idée puisse être transposée dans le domaine de l'AMP, dans la mesure où l'étude de la réglementation de chacun des pays a permis de mettre en lumière la raison principale du recours à ces modèles : légitimer l'opération de l'AMP en se déconnectant de l'idée de l'adultère et en l'assimilant à un traitement médical, tout en traitant l'enfant comme s'il était né au sein du couple. Si le recours à ces modèles s'expliquait tout à fait par des raisons historiques, il apparaît aujourd'hui difficilement possible de les maintenir.

473. L'incohérence de la loi ouvrant le mariage aux couples de même sexe – Bien que le projet de loi ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe ait été silencieux sur la question de l'ouverture de la PMA et de la GPA³³⁸⁶, cette question a constitué le cœur de la controverse qui a eu lieu en France à cette période. La doctrine française a beaucoup insisté sur les incohérences liées à l'ouverture de l'adoption de l'enfant du conjoint, couplée au maintien de l'interdiction de l'AMP. En effet, la possibilité d'adopter l'enfant encourage le contournement des règles posées par le droit de la santé³³⁸⁷. Un couple de même sexe peut facilement se rendre à l'étranger pour bénéficier d'un don de sperme avec donneur anonyme ou d'une gestation pour autrui. La femme qui accouche en France est la mère et sa conjointe peut demander l'adoption de son enfant. Pour les hommes, si la fraude n'est pas détectée lors de l'entrée sur le territoire national, il sera toujours possible de soutenir que les enfants ont été conçus naturellement avec une femme n'ayant pas souhaité assumer sa maternité et solliciter ensuite l'adoption de l'enfant du conjoint³³⁸⁸. En revanche, la fraude détectée empêchera l'établissement de la filiation paternelle et, par là même, l'adoption de l'enfant du conjoint³³⁸⁹. Cette question devrait toutefois évoluer du fait de la condamnation de la France par la CEDH dans l'affaire *Mennesson*.

³³⁸⁵ TERRASSON DE FOUGÈRES A., *Le modèle dans le droit de la famille : notion et fonction (essai de droit comparé interne)*, Paris II, Thèse en droit privé, 1994, p. 172.

³³⁸⁶ AN, Projet de loi ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe, Présenté au nom de M. Jean-Marc AYRAULT par Mme Christiane TAUBIRA, n° 344, Enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 7 novembre 2012.

³³⁸⁷ BINET J.-R., « Circulaire Taubira. Ne pas se plaindre des conséquences dont on hérite les causes », *JCP G*, 2013, n° 7, p. 291 ; NEIRINCK C., « Accorder le mariage aux personnes de même sexe, oui. Reconnaître un droit à l'enfant, non ! Pourquoi ? », *Dr. fam.*, 2013, n° 1, Dossier 2, § 9 ; MIRKOVIC A., « Les dommages pour tous du mariage pour quelques-uns », *Dr. fam.*, 2013, n° 1, Dossier 5, § 6 ; PARICARD S., « Mariage homosexuel et filiation. Quelques éléments de droit comparé », *Dr. fam.*, 2013, n° 1, Dossier 8, § 27 ; HAUSER J., « Le mariage des couples de même sexe et le notaire : une réforme par prétériton et procrastination », *Dr. fam.*, 2013, n° 1, Dossier 7, § 22-23 ; DEKEUWER-DÉFOSSEZ F. (entretien réalisé par BOËTON M.), « Le mariage et l'adoption par les couples homosexuels : la question juridique », *Études*, 2012, n° 4175, Tome 417, pp. 470-471 ; DEKEUWER-DÉFOSSEZ F., « L'extension du mariage et de la filiation aux couples de même sexe : tsunami annoncé en droit de la famille », *RLDC*, 2012, n° 98, p. 58 ; FOLLAIN E., « Focus sur les conséquences sur les enfants de la loi n° 2013-404 du 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe », *AJCT*, 2013, n° 11, p. 507 ; DIONISI-PEYRUSSE A., « Actualité de la bioéthique », *AJ famille*, 2013, n° 5, p. 260 ; CORPART I., « Le mariage pour tous et ses incidences sur le sort des enfants », *AJ famille*, 2013, n° 6, p. 340 et s. ; DEKEUWER-DÉFOSSEZ F., « Le mariage des couples de même sexe est le cheval de Troie de leur accès à la parenté », *RLDC*, 2013, n° 105, p. 41 ; BRUNETTI-PONS C., « L'égalité en droit de la famille : conséquences de la loi dite mariage pour tous », *RLDC*, 2013, n° 105, p. 76.

³³⁸⁸ LE BOURSIOT M.-C., « Nouveaux mariés de même sexe : l'adoption de l'enfant du conjoint plus aisée que l'adoption conjointe », *RJPF*, 2013, n° 7-8, pp. 34-35.

³³⁸⁹ LE BOURSIOT M.-C., « Le principe de l'intérêt de l'enfant à être adopté après la promulgation de la loi mariage pour tous », *RLDC*, 2013, Supplément au n° 110, p. 53.

Il avait été prévu que la PMA soit discutée, après un avis du CCNE qui devait être rendu en octobre 2013³³⁹⁰, dans le cadre d'un grand projet de loi sur la famille. Le 21 octobre 2013, la ministre déléguée à la famille, D. BERTINOTTI a présenté la méthode d'élaboration de ce projet³³⁹¹ qui s'appuyait sur des auditions³³⁹², de nombreux rapports³³⁹³ et la création de quatre groupes de réflexion³³⁹⁴. Le calendrier fixé était censé permettre la présentation d'un projet de loi en Conseil des ministres pour une discussion devant le Parlement avant la fin du premier trimestre de 2014³³⁹⁵. Néanmoins, les discussions sur la PMA et la GPA n'ont pas cessé et de nombreuses propositions de loi visant soit à l'autoriser³³⁹⁶, soit à l'interdire expressément, ont été déposées³³⁹⁷.

³³⁹⁰ AFP, « Le Comité d'éthique se prononcera vers octobre sur la PMA », *Libération.fr*, 6 février 2013, Disponible sur : <http://www.liberation.fr/societe/2013/02/06/le-comite-d-ethique-se-prononcera-vers-octobre-sur-la-pma> 879688, Consulté le 20 juin 2014. J.-C. AMEISEN a récemment annoncé que l'avis sera rendu au printemps 2015 : « Jean-Claude Ameisen annonce un avis sur la PMA au printemps », *Libération.fr*, 24 octobre 2014, Disponible sur : http://www.liberation.fr/societe/2014/10/24/jean-claude-ameisen-annonce-un-avis-sur-la-pma-au-printemps_1129034, Consulté le 25 octobre 2014.

³³⁹¹ BERTINOTTI D., « Présentation de la méthode d'élaboration du projet de loi sur la famille. Installation des groupes de réflexion », Paris, 21 octobre 2013, Disponible sur : http://www.social-sante.gouv.fr/IMG/pdf/DP_loi_famille_211013.pdf, Consulté le 20 juin 2014

³³⁹² Notamment d'associations et d'acteurs institutionnels.

³³⁹³ Rapport du Conseil économique, social et environnemental (« Les évolutions contemporaines de la famille et leurs conséquences en matière de politiques publiques ») ; Rapport du Haut conseil à la famille (« Ruptures familiales ») ; Rapport du groupe de travail organisé par les ministères de la justice et des affaires sociales et de la santé (« Comment assurer le respect de la coparentalité entre parents séparés »).

³³⁹⁴ Groupe médiation familiale et contrat de co-parentalité, Président Marc JUSTON, Rapporteur Stéphanie GARGOULAUD ; Groupe de travail nouveaux droits pour les enfants, Président Jean-Pierre ROSENCZVEIG, Rapporteur Dominique YOUNG ; Groupe de travail protection de l'enfance et adoption, Présidente Adeline GOUTTENOIRE, Rapporteur Isabelle CORPART ; Groupe de travail filiation, origines, parentalité, Présidente Irène THÉRY, Rapporteur Anne-Marie LEROYER.

³³⁹⁵ BERTINOTTI D., « Présentation de la méthode d'élaboration du projet de loi sur la famille. Installation des groupes de réflexion », Paris, 21 octobre 2013, p. 2, Disponible sur : http://www.social-sante.gouv.fr/IMG/pdf/DP_loi_famille_211013.pdf, Consulté le 20 juin 2014

³³⁹⁶ On peut signaler dès 2012 : SÉNAT, Proposition de loi visant à l'ouverture du mariage aux personnes du même sexe et à l'ordonnancement des conditions de la parentalité, Présentée par Mme Esther BENBASSA *et al.*, n° 745, Enregistré à la Présidence du Sénat le 27 août 2012 : elle proposait l'ouverture du mariage et de l'adoption aux couples de même sexe ainsi que l'accès à la PMA pour les couples de femmes. Elle proposait également de permettre la transcription des actes de naissance étrangers dressés à l'issue d'une gestation pour autrui, sans pour autant autoriser la GPA en France ; AN, Proposition de loi visant à l'ouverture du mariage aux personnes du même sexe et à l'ordonnancement des conditions de la parentalité, Présentée par M. Sergio CORONADO, n° 317, Enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 24 octobre 2012 ; SÉNAT, Proposition de loi modifiant l'article L 2141-2 du Code de la santé publique, Présentée par M. Jean-Pierre GODEFROY *et al.*, n° 786, Enregistré à la Présidence du Sénat le 19 juillet 2013 : *Revue droit & santé*, 2013, n° 56, 769-770, Note FAVREAU A. La proposition de loi « a pour objet d'ouvrir l'assistance médicale à la procréation à tous les couples infertiles, qu'il s'agisse d'une infertilité médicale ou « sociale » » ; SÉNAT, Proposition de loi relative à l'accès égalitaire pour toutes aux techniques d'assistance à la procréation, Présentée par Mme Esther BENBASSA *et al.*, n° 517, Enregistré à la Présidence du Sénat le 7 mai 2014 : visant à ouvrir comme nouvelle indication de l'AMP « la demande parentale d'un couple de femmes » ou « la demande parentale d'une femme en âge de procréer ». La proposition excluait la prise en charge par la sécurité sociale et sécurisait la filiation en prévoyant que « lorsque le couple ayant consenti à une assistance médicale à la procréation est composé de deux femmes, la filiation de la conjointe est judiciairement déclarée. L'action obéit aux dispositions des articles 328 et 331 du présent code » ; AN, Proposition de loi relative à l'accès égalitaire pour toutes aux techniques d'assistance médicale à la procréation, Présentée par M. Sergio CORONADO *et al.*, n° 1979, Enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 28 mai 2014 (similaire).

³³⁹⁷ Concernant l'AMP : AN, Proposition de loi visant à limiter l'accès à la procréation médicalement assistée aux seuls couples hétérosexuels confrontés à une infertilité médicale, Présentée par M. Philippe GOSSELIN *et al.*, n° 1456, Enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 10 octobre 2013 : insiste sur le caractère médical de l'opération et sur l'idée qu'« en aucun cas, la PMA ne doit répondre à un autre souci, à une demande sociétale » ; AN, Proposition de loi visant à restreindre le recours à la procréation médicalement assistée aux seuls couples hétérosexuels, Présentée par M. Paul SALEN *et al.*, n° 1446, Enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 10 octobre 2013 : visant à préciser que « l'infertilité d'un couple est évaluée suivant des méthodes scientifiques permettant de constater l'impossibilité médicale, pour ledit couple, de procréer suivant les méthodes naturelles » ; AN, Proposition de loi visant à interdire toute intervention médicale ayant pour but de concevoir un enfant à la demande de deux personnes de même sexe, Présentée par Mme Annie GENEVARD *et al.*, n° 1683, Enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 8 janvier 2014 : visant à intégrer à l'article 16-4 du Code civil un alinéa prévoyant l'interdiction de « toute intervention ayant pour but de concevoir un enfant à la demande de deux personnes de même sexe » ; AN, Proposition de loi visant à la réécriture de la loi Taubira sur le mariage des personnes de même sexe pour une meilleure prise en compte des enfants dans le respect des couples, Présentée par M. Daniel FASQUELLE *et al.*, n° 2401, Enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 26 novembre 2014. Concernant la GPA : AN, Proposition de loi visant à interdire, dans le Code civil, la gestation pour autrui, Présentée par M. Paul SALEN *et al.*, n° 1445, Enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 10 octobre 2013 : visant à intégrer un article 47-1 en réponse à la circulaire

La question a rebondi avec la multiplication des demandes d'adoption de l'enfant du conjoint à la suite d'une PMA réalisée à l'étranger. Les juges du fond y ont répondu de manière disparate. Alors que certains ont accepté l'adoption en se fondant sur la conformité à l'intérêt de l'enfant³³⁹⁸, d'autres l'ont refusée en arguant de la fraude à la loi et du détournement d'institution³³⁹⁹. Il est vrai que tant la jurisprudence de la Cour de cassation en matière de GPA que celle du Conseil constitutionnel³⁴⁰⁰

Taubira : « Tout acte d'état civil étranger prouvant une filiation par recours à la technique de la gestation pour autrui est réputé nul, y compris si ladite filiation concerne un parent français » ; AN, Proposition de loi visant à interdire la gestation pour autrui, Présentée par M. Philippe GOSSELIN *et al.*, n° 1442, Enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 10 octobre 2013 : visant notamment à interdire l'adoption de l'enfant du conjoint à l'issue d'une PMA ou d'une GPA à l'étranger, à réputer nul tout acte étranger constatant une filiation par GPA et à ce qu'aucune décision ne puisse avoir pour objet de reconnaître une GPA sur le territoire national, y compris à l'égard de citoyens étrangers ; AN, Proposition de loi visant à rendre constitutionnel le principe de l'indisponibilité du corps humain, Présentée par M. Philippe GOSSELIN *et al.*, n° 1354, Enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 12 septembre 2013 : procédant à une confusion entre indisponibilité et non patrimonialité ; AN, Proposition de loi constitutionnelle visant à rendre constitutionnel le principe d'indisponibilité du corps humain, Présentée par M. Paul SALEN *et al.*, n° 1363, Enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 18 septembre 2013 : « La République française garantit le respect des grands principes applicables à la protection de la dignité humaine au rang desquels on compte la protection du corps humain et l'impossibilité d'en faire, lui ou les produits qui en sont dérivés, l'objet de transactions financières ou non » (d'un point de vue juridique, on peut se montrer critique au vu des implications de l'indisponibilité du corps humain).

³³⁹⁸ Notamment : TGI Lille, 14 octobre 2013 : *Juridata* n° 2013-027517 ; *Dr. fam.*, 2014, Comm. 4 ; *Gaz. pal.*, 12 décembre 2013, 5, Obs. LABBÉE X. : un couple de femmes pacsées s'était tourné vers la Belgique afin de bénéficier d'une PMA avec tiers donneur anonyme. Deux enfants, aujourd'hui âgés de dix et huit ans, en sont issus. Le couple a contracté un mariage. Après vérification des conditions exigées par l'article 343, du consentement de la mère et examen de nombreux témoignages, le TGI de Lille prononce l'adoption plénière jugée conforme à l'intérêt des enfants ; TGI Clermont-Ferrand, 15 mai 2014 : BERGOUIGNOUX C., « PMA : une femme autorisée à adopter l'enfant de son épouse », *Lamontagne.fr*, 20 mai 2014, Disponible sur : <http://www.lamontagne.fr/auvergne/actualite/2014/05/20/pma-une-femme-autorisee-a-adopter-les-enfants-de-son-epouse-11009827.html>, Consulté le 20 juin 2014 ; TGI Marseille : LECLAIR A., « Le TGI de Marseille valide l'adoption d'un enfant conçu par PMA pour couple de femmes », *Lefigaro*, 11 juin 2014, Disponible sur : <http://www.lefigaro.fr/actualite-france/2014/06/11/01016-20140611ARTFIG00255-le-tgi-de-marseille-valide-l-adoption-d-un-enfant-concu-par-pma-pour-un-couple-de-femmes.php>, Consulté le 20 juin 2014 ; TGI Niort : « Décision du TGI de Niort : 3 adoptions accordées pour des couples homosexuels », Synthèse de presse quotidienne, *Généthique.org*, 18 juin 2014, Disponible sur : <http://www.genethique.org/?q=content/d%C3%A9cision-du-tgi-de-niort-3-adoptions-accord%C3%A9es-pour-des-couples-homosexuels>, Consulté le 20 juin 2014 ; TGI Toulouse : DUPONT G., « Adoption par des couples homosexuels : grande disparité dans les pratiques des tribunaux », *Lemonde.fr*, 24 février 2014, Disponible sur : http://www.lemonde.fr/societe/article/2014/02/24/adoption-par-des-couples-homosexuels-une-tres-grande-disparite-dans-les-pratiques-des-tribunaux-4372119_3224.html, Consulté le 20 juin 2014 ; TGI Paris, 5 février et 17 avril 2014 ; Selon l'APGL, au moins une trentaine d'adoptions auraient déjà été prononcées en juin 2014 : THOMASSET F., « De nombreux tribunaux valident les adoptions d'enfants nés par PMA », *Lacroix.com*, 12 juin 2014, Disponible sur : <http://www.lacroix.com/Actualite/France/De-nombreux-tribunaux-valident-les-adoptions-d-enfants-nes-par-PMA-2014-06-12-1163628>, Consulté le 20 juin 2014.

³³⁹⁹ Proposant cette solution : NEIRINCK C., « Première adoption plénière par l'épouse de la mère », *Dr. fam.*, 2014, n° 1, Comm. 4. Les procureurs de Marseille, Aix-en-Provence et Toulouse avaient mis en avant cet argument pour s'opposer à des demandes d'adoption : « Les flous juridiques du « mariage pour tous » sur l'adoption des enfants nés par PMA », Synthèse de presse quotidienne, *Généthique.org*, 26 février 2014, Disponible sur : <http://www.genethique.org/?q=content/les-flous-juridiques-du-%C2%AB-mariage-pour-tous-%C2%BB-sur-l%E2%80%99adoption-des-enfants-n%C3%A9s-par-pma>, Consulté le 20 juin 2014 ; *AJ famille*, 2014, 145, Obs. DIONISI-PEYRUSSE A. Le TGI de Versailles a refusé le prononcé de l'adoption : TGI Versailles, 29 avril 2014, RG n° 13/00168 : *Dalloz actualité*, 9 mai 2014, COUSTET T., *RLDC*, 2014, n° 116, 54 ; *AJ famille*, 2014, 267, Obs. DIONISI-PEYRUSSE A. ; *AJ famille*, 2014, 368, Obs. MÉCARY C. : un enfant était né d'une PMA en Belgique. Le TGI rappelle la décision du Conseil constitutionnel du 17 mai 2013 et considère qu'il appartient aux juridictions de réprimer les pratiques constitutives d'un détournement. Il caractérise la fraude comme le fait de chercher à « obtenir ce que la loi française prohibe par des moyens détournés et formellement légaux, que ce soit en France ou à l'étranger ». Il conclut, sur le modèle de la position de la Cour de cassation dans le domaine de la gestation pour autrui que « le procédé qui consiste à bénéficier à l'étranger d'une assistance médicale à la procréation interdite en France, puis à demander l'adoption de l'enfant, conçu conformément à la loi étrangère mais en violation de la loi française, constitue une fraude et interdit donc l'adoption de l'enfant illégalement conçu » ; TGI Aix-en-Provence, 23 juin 2014 : « La Cour de cassation va se prononcer sur « l'adoption pour tous » », Synthèse de presse quotidienne, *Généthique.org*, 26 juin 2014, Disponible sur : <http://www.genethique.org/?q=en/node/16580>, Consulté le 26 juin 2014

³⁴⁰⁰ Conseil constitutionnel, Décision n° 2013-669 DC, 17 mai 2013, Loi ouvrant le mariage aux personnes de même sexe, Consid. 49 : « Considérant, en premier lieu que, d'une part, en permettant l'adoption de deux personnes de même sexe ou au sein d'un couple de personnes de même sexe, le législateur, compétent pour fixer les règles relatives à l'état et à la capacité des personnes en application de l'article 34 de la Constitution, a estimé que l'identité des sexes des adoptants ne constituait pas, en elle-même, un obstacle à l'établissement d'un lien de filiation adoptive » ; Consid. 58 : « Considérant, en troisième lieu, que l'éventualité d'un détournement de la loi lors de son application n'entache pas celle-ci d'inconstitutionnalité ; qu'il appartient aux juridictions compétentes, de priver d'effet et, le cas échéant, de réprimer de telles pratiques ». On peut néanmoins souligner les limites du contrôle exercé par le Conseil constitutionnel qui souligne qu'il ne bénéficie pas d'un pouvoir d'appréciation similaire à celui du Parlement.

pouvaient être perçues comme un soutien à un tel raisonnement³⁴⁰¹. La doctrine avançait parfois également l'intérêt de l'enfant³⁴⁰². L'argument de la fraude a toutefois été critiqué dans la mesure où il n'y aurait pas fraude au sens du droit international privé³⁴⁰³ et où le fait de retenir la fraude pouvait conduire à ce que l'enfant soit privé de sa mère biologique³⁴⁰⁴. Les risques d'intrusion dans « la chambre à coucher » des individus ont, en outre, été relevés³⁴⁰⁵. Les travaux parlementaires semblaient enfin inclure la possibilité d'adopter l'enfant issu d'une PMA réalisée à l'étranger³⁴⁰⁶.

La Cour de cassation a été saisie pour avis par le TGI d'Avignon³⁴⁰⁷ lui demandant si « l'accès à la procréation médicalement assistée, sous forme d'un recours à une insémination artificielle avec donneur inconnu à l'étranger par un couple de femmes est (...) de nature, dans la mesure où cette assistance ne lui est pas ouverte en France, en application de l'article L 2141-2 du Code de la santé publique, à constituer une fraude à la loi sur l'adoption, et notamment aux articles 343 et 345-1 du Code civil, et au Code de la santé publique, empêchant que soit prononcée une adoption de l'enfant né de cette procréation par l'épouse de la mère biologique »³⁴⁰⁸. Le TGI de Poitiers a formulé une question quasiment similaire en interrogeant en outre la Cour sur le point de savoir si « l'intérêt supérieur de l'enfant et le droit à la vie privée et familiale exige[aient] (...) de faire droit à la demande d'adoption formulée par l'épouse de la mère »³⁴⁰⁹. La Cour de cassation a rendu ses avis le 22 septembre 2014. Elle y retient que « le recours à l'assistance médicale à la procréation, sous la forme d'une insémination artificielle avec donneur anonyme à l'étranger, ne fait pas obstacle au prononcé de l'adoption, par l'épouse de la mère, de l'enfant né de cette procréation, dès lors que les conditions légales de l'adoption sont réunies et qu'elle est conforme à l'intérêt de l'enfant »³⁴¹⁰. Elle ne reprend donc pas son raisonnement en matière de gestation pour autrui. Cette distinction s'explique très certainement par la différence entre GPA et PMA, cette dernière étant autorisée sous condition sur le territoire national, par les arrêts de la CEDH dans les affaires Menesson et Labassée, ainsi que par la loi du 17 mai 2013 qui empêche désormais

³⁴⁰¹ BINET J.-R., « Après la loi Taubira, la PMA et la GPA sont-elles inéluctables ? », *L'express*, 7 mai 2014, Disponible sur : <http://www.lefigaro.fr/vox/societe/2014/05/06/31003-20140506ARTFIG00344-apres-la-loi-taubira-la-pma-et-de-la-gpa-sont-elles-ineluctables.php?pagination=3>, Consulté le 20 mai 2014.

³⁴⁰² BATTEUR A., « L'adoption et la loi du 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux personnes de même sexe », *LPA*, 4 juillet 2013, n° 133, p. 29 et s., § 4.

³⁴⁰³ MÉCARY C., « Adoption plénière de l'enfant du conjoint au sein d'un couple de femmes », *AJ famille*, 2014, n° 6, p. 368 ; DIONISI-PEYRUSSE A., « Actualités de la bioéthique : refus de l'adoption d'un enfant conçu par PMA », *AJ famille*, 2014, n° 5, p. 267 : soulignant que c'est la conception elle-même qui serait frauduleuse. Dans le même sens : COUSTET T., « PMA : quand adoption et mariage homosexuel ne font pas bon ménage », *Dalloz actualité*, 9 mai 2014.

³⁴⁰⁴ BOLLÉE S., LEROYER A.-M., PATAUT E., « L'État dans les chambres à coucher ? », *Huffingtonpost.fr*, 7 mars 2014, Disponible sur : http://www.huffingtonpost.fr/sylvain-bollee/adoption-couple-lesbiennes_b_4919680.html, Consulté le 20 mai 2014.

³⁴⁰⁵ *Ibid.*

³⁴⁰⁶ Des amendements similaires visant à interdire l'adoption dans une telle hypothèse ont été rejetés : voir notamment : Amendement n° 3281, Présenté par GOSSELIN P. : « Toutefois, l'adoption n'est pas permise lorsque l'enfant a été conçu dans le cadre d'une gestation pour le compte d'autrui ou d'une technique de procréation médicalement assistée ne respectant pas les conditions posées par la législation française » ; Amendement n° 4223, Présenté par BRETON X. ; Amendement n° 4241, Présenté par FROMION Y. ; Amendement n° 4343, Présenté par MARITON H. ; Amendement n° 4568, Présenté par VITEL P. ; Amendement n° 4606, Présenté par LACROUTE V. ; Amendement n° 4688, Présenté par DHUICQ N. ; Amendement n° 5354, Présenté par POISSON J.-F.

³⁴⁰⁷ Cette information et le jugement du TGI de Poitiers sont rapportés par : « La Cour de cassation va se prononcer sur l'« adoption pour tous » », Synthèse de presse quotidienne, *Genethique.org*, 26 juin 2014, Disponible sur : <http://www.genethique.org/?q=en/node/16580>, Consulté le 26 juin 2014. La synthèse de presse souligne que le TGI d'Avignon a également saisi la Cour de cassation pour avis.

³⁴⁰⁸ Cass. avis, 22 septembre 2014, n° 15010 (demande n° 1470007).

³⁴⁰⁹ Cass. avis, 22 septembre 2014, n° 15011 (demande n° 1470006).

³⁴¹⁰ Cass. avis, 22 septembre 2014, n° 15010 (demande n° 1470007) et n° 15011 (demande n° 1470006).

de considérer que la mention de deux parents de même sexe sur les registres d'état civil est contraire aux conceptions françaises³⁴¹¹.

Après quelques difficultés de coordination, le gouvernement a annoncé en février 2014 que ni la PMA ni la GPA ne feraient partie du projet de loi sur la famille sur lequel il a fini par reculer³⁴¹². Une proposition de loi relative à l'autorité parentale et à l'intérêt de l'enfant a ensuite été déposée afin de reprendre en partie la réforme du droit de la famille³⁴¹³ ; néanmoins, elle n'intégrait pas les questions relatives à la PMA et à la gestation pour autrui. Cela n'a pas empêché ces thématiques de s'immiscer dans les débats. En effet, lors des travaux en commission des lois, un amendement visant à introduire une présomption de parenté liée à l'existence d'un projet parental commun a été présenté. L'un des objectifs affichés était de sécuriser la filiation des enfants nés d'un don de gamètes à l'étranger, consécutif au refus de certaines juridictions de prononcer l'adoption de l'enfant du conjoint³⁴¹⁴. L'amendement a été rejeté après qu'il a été rappelé que l'objectif de la loi TAUBIRA était d'autoriser l'adoption dans de telles situations et que la présomption de parenté aurait d'importantes conséquences en droit de la filiation³⁴¹⁵. Lors des discussions devant l'Assemblée nationale, le sujet a également été abordé à de multiples reprises. Plusieurs amendements visant à interdire la présomption de parenté³⁴¹⁶, l'adoption de l'enfant du conjoint en cas de PMA³⁴¹⁷ ou de procréation ou de gestation pour autrui³⁴¹⁸, ou encore à interdire de priver un enfant de sa double filiation maternelle et paternelle, notamment en interdisant toute reconnaissance de la PMA ou de la GPA³⁴¹⁹, ont été rejetés. Deux amendements visant à revenir sur les nouvelles règles de l'adoption ont été rejetés³⁴²⁰, de même que divers amendements visant à renforcer la pénalisation dans ces

³⁴¹¹ Cass. civ. 1^{re}, 7 juin 2012, n° 10-30.261 et n° 11-30.262. Sur renvoi, la cour d'appel de Versailles accepte la réception de l'adoption homoparentale. Les juges se fondent sur l'article 6-1 qui fait disparaître la contrariété à l'ordre public international : CA Versailles, 20 mars 2014, n° 13103655 : *Af famille*, 2014, 237, Note HAFTEL B.

³⁴¹² « Le gouvernement renonce à présenter son projet sur la famille cette année », *Lefigaro.fr*, 3 février 2014, Disponible sur : <http://www.lefigaro.fr/politique/2014/02/03/01002-20140203ARTFIG00068-bras-de-fer-entre-manuels-valls-et-le-groupe-ps-sur-la-loi-famille.php>, Consulté le 20 juin 2014 ; « Sous pression, le gouvernement recule sur le projet de loi famille », *Lefigaro.fr*, 3 février 2014, Disponible sur : <http://www.lefigaro.fr/politique/2014/02/03/01002-20140203ARTFIG000360-sous-pression-le-gouvernement-recule-sur-la-famille.php>, Consulté le 20 juin 2014.

³⁴¹³ AN, Proposition de loi relative à l'autorité parentale et à l'intérêt de l'enfant, Présentée par M. Bruno LE ROUX *et al.*, n° 1856, Enregistrée à la Présidence de l'Assemblée nationale le 1^{er} avril 2014.

³⁴¹⁴ Amendement n° CL23, Présenté par CORONADO S. et MASSONNEAU V. proposant notamment d'insérer après l'article 312 du Code civil un article 312-1 disposant que « *l'enfant conçu ou né pendant le mariage d'un couple composé de deux femmes, qui résulte d'un projet parental commun et qui est sans filiation paternelle connu, a pour parent la conjointe de sa mère* ».

³⁴¹⁵ AN, Rapport fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République sur la proposition de loi (n° 1856) de M. Bruno le ROUX *et al.*, relative à l'autorité parentale et à l'intérêt de l'enfant, Par Mme Marie-CHAPDELAINE, n° 1925, Enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 7 mai 2014, p. 93.

³⁴¹⁶ Amendement n° 683, Présenté par MARÉCHAL-LE PEN M. et BOMPARD J. : il visait à compléter l'article 312 en précisant que « *si l'enfant est conçu ou né pendant le mariage d'un couple composé de deux femmes et dont le père est décédé ou inconnu, la parenté demeure exclusivement conférée à la mère biologique* ».

³⁴¹⁷ Amendement n° 129, Présenté par FASQUELLE D. : « *L'adoption donnant effet à une assistance médicale à la procréation avec insémination artificielle avec donneur au profit de l'épouse de la mère biologique d'un enfant en fraude à l'article L 2141-2 du Code de la santé publique est nulle, de nullité absolue* ».

³⁴¹⁸ Amendement n° 131, Présenté par FASQUELLE D. : « *L'adoption donnant effet à une convention portant sur la procréation ou la gestation pour le compte d'autrui est nulle* ».

³⁴¹⁹ Amendement n° 13, Présenté par MOREAU Y. : il visait à compléter l'article 16-4 CC en prévoyant que « *nul ne peut priver un enfant de sa double filiation maternelle et paternelle. Toute assistance médicale à la procréation qui n'a pas pour objet de remédier à l'infertilité de l'homme ou de la femme formant le couple parental ou d'éviter la transmission à l'enfant ou à un membre du couple d'une maladie d'une particulière gravité est interdite de manière absolue* ». Il proposait également de compléter l'article 16-7 de la manière suivante : « *La République française ne reconnaît aucune convention portant sur la procréation ou la gestation pour le compte d'autrui contractée ou exécutée à l'étranger, quels que soit ses cocontractants ou la loi applicable au lieu de la convention. La République met tout en œuvre au plan international pour lutter contre la marchandisation du corps humain et l'atteinte à sa dignité* ».

³⁴²⁰ Amendement n° 8, Présenté par FASQUELLE D. *et al.* : « *L'adoption peut être demandée par l'homme et la femme, mariés depuis plus de deux ans ou âgés l'un et l'autre de plus de vingt-huit ans, non séparés de corps* » ; Amendement n° 524, Présenté par BRETON X. (similaire).

domaines³⁴²¹. Un autre amendement visant à créer une présomption de parenté³⁴²² a enfin été rejeté. Il a notamment été souligné que le texte n'avait pas pour objet de traiter de l'AMP, sujet sur lequel il convient d'attendre l'avis du CCNE³⁴²³. Ce dernier devrait se prononcer d'ici la fin de l'année 2014³⁴²⁴. Les débats sur la loi APIE ne sont pas clos, la suite des débats étant pour l'instant reportée³⁴²⁵. Il conviendra de les suivre, bien qu'aucune évolution ne semble se profiler, dans la mesure où le gouvernement considère que la question n'est pas à l'ordre du jour et s'en remet au rôle unificateur de la jurisprudence. Une proposition de loi, visant à ouvrir l'AMP aux femmes et aux couples de femmes, a récemment été déposée³⁴²⁶. La prohibition de la MPA ne devrait pas être revue, C. TAUBIRA ayant déclaré après la condamnation de la France par la CEDH : « *Nous n'allons pas toucher à ce principe d'ordre public (...) on ne remet pas en cause le principe d'interdiction absolue [de] la gestation pour autrui. Donc on ne touche pas à notre Code civil, mais par contre nous sommes attentifs à la situation des enfants* »³⁴²⁷.

En droit suisse, l'argument fondé sur l'incohérence et l'incitation au tourisme procréatif avait été mis en avant lors des travaux relatifs à la loi sur le partenariat enregistré afin de justifier l'interdiction de l'adoption³⁴²⁸. Le rapport explicatif relatif à l'avant-projet de modification du Code civil concernant le droit de l'adoption s'est toutefois montré nettement moins réticent en insistant davantage sur la sécurisation du lien de filiation³⁴²⁹. Il se pourrait donc que, dans les années à venir, le droit suisse se trouve confronté aux mêmes incohérences que le droit français en autorisant, par une disposition légale, l'adoption de l'enfant du partenaire homosexuel. En effet, cet enfant pourrait être issu d'une PMA ou d'une MPA réalisée à l'étranger que le droit n'autorise pourtant pas sur le territoire national. Un premier

³⁴²¹ Amendement n° 128, Présenté par FASQUELLE D. : proposant la modification de l'article 50 du Code civil en augmentant le quantum de la peine : « *Toute contravention à l'article 47, de la part des fonctionnaires y dénommés, est poursuivie devant le tribunal de grande instance, et punie d'une amende de 1 000 à 10 000 euros* » ; Amendement n° 132, Présenté par M. FASQUELLE : proposant d'insérer au sein du Code pénal un article 227-13-1 : « *Le détournement de l'adoption en vue de donner effet à une assistance médicale à la procréation avec insémination artificielle avec donneur au profit de l'épouse de la mère biologique d'un enfant en fraude à l'article L. 2141-2 du Code de la santé publique est puni de trois ans d'emprisonnement et de 45 000 euros d'amende* » ; Amendement n° 133, Présenté par FASQUELLE D. : « *Le détournement de l'adoption en vue de donner effet à une convention portant sur la procréation ou la gestation pour le compte d'autrui en fraude à l'article 16-7 du Code civil est puni de trois ans d'emprisonnement et de 45 000 euros d'amende* » ; Amendement n° 553, Présenté par LE FUR M. concernant la promotion de la GPA sur internet, en faisant référence à l'alerte du défenseur des droits feu Dominique BAUDIS.

³⁴²² Amendement n° 621, Présenté par CORONADO S. *et al.* : proposant notamment d'insérer, après l'article 312 du Code civil, un article 312-1 disposant que « *l'enfant conçu ou né pendant le mariage d'un couple composé de deux femmes, qui résulte d'un projet parental commun et qui est sans filiation paternelle connue, a pour parent la conjointe de sa mère* ».

³⁴²³ AN, 2^e séance du 21 mai 2014, JORF, *Débats parlementaires*, 22 mai 2014, Compte rendu intégral, p. 3370.

³⁴²⁴ AFP, « PMA : le conseil d'éthique pourrait se prononcer avant la fin de l'année », *Libération.fr*, 5 février 2014, Disponible sur : <http://www.liberation.fr/societe/2014/02/05/pma-le-conseil-d-ethique-pourrait-se-prononcer-avant-la-fin-de-l-annee-978057>, Consulté le 20 mai 2014.

³⁴²⁵ MARRAUD DES GROTIES G., « Loi famille : de report en report », *Lamy actualités du droit*, 19 juin 2014.

³⁴²⁶ SÉNAT, Proposition de loi relative à l'accès égalitaire pour toutes aux techniques d'assistance à la procréation, Présentée par Mme Esther BENBASSA *et al.*, n° 517, Enregistré à la Présidence du Sénat le 7 mai 2014.

³⁴²⁷ « CEDH, Affaire Mennesson et Labassée : une porte ouverte à la GPA », Synthèse de presse quotidienne, *Généthique.org*, 27 juin 2014, Disponible sur : <http://www.genethique.org/?q=content/les-flous-juridiques-du-%C2%AB-mariage-pour-tous-%C2%BB-sur-l%E2%80%99adoption-des-enfants-n%C3%A9s-par-pma>, Consulté le 27 juin 2014.

³⁴²⁸ Selon le message du Conseil fédéral, « *l'autorisation de l'adoption restreinte à ce seul cas de figure ne pourrait qu'encourager les couples homosexuels à procéder à une insémination hétérologue ou à concevoir un enfant par la voie naturelle en taisant le nom du père, de manière à rendre l'adoption possible* » : Message relatif à la loi sur le partenariat enregistré entre personnes de même sexe, 29 novembre 2002, FF 2003 1225.

³⁴²⁹ Rapport explicatif relatif à l'avant-projet de modification du Code civil (Droit de l'adoption), pp. 20-21, Disponible sur : http://www.admin.ch/ch/f/gg/pc/documents/2365/CC_Adoption_Rapport-expl_fr.pdf, Consulté le 2 septembre 2014 : « *On peut penser également aux cas de procréation médicalement assistée dans lesquels le père est un donneur de sperme anonyme. Bien que le droit suisse ne donne pas accès à la procréation médicalement assistée aux couples homosexuels, il est aisé de contourner cette interdiction en recourant à de telles prestations à l'étranger. Pour l'enfant, les conséquences d'une adoption par le conjoint sont en règle générale positives. Par contre, dans un partenariat, si le partenaire a assumé la responsabilité de l'enfant et qu'il décède ou que le partenariat est rompu, l'enfant n'aura pas une situation sûre. De plus, par l'adoption l'enfant acquerrait un droit à l'entretien, un droit de succession, un droit à une rente d'enfant et à une rente d'orphelin vis-à-vis du ou de la partenaire de son père ou de sa mère, ce qui est aussi dans son intérêt* ».

pas dans ce sens a d'ailleurs été réalisé avec le jugement du tribunal administratif de Saint-Gall qui a « *estimé que les principes fondamentaux du droit suisse ne s'opposaient pas à la reconnaissance par l'état civil d'un acte de naissance établi en conformité avec la législation californienne, laquelle autorise la gestation pour autrui, y compris au profit de couples homosexuels* »³⁴³⁰.

Selon J.-R. BINET, cette distinction entre droit de la santé et droit civil constitue « *plus qu'une incohérence, (...) la manifestation de la coexistence de deux mariages distincts, dans le Code civil, depuis la loi du 17 mai 2013 : le mariage de droit commun relié à la filiation charnelle et le mariage des couples de même sexe* »³⁴³¹. Or, nombre d'auteurs ont souligné, en se fondant sur les arrêts Gas et Dubois et X contre Autriche, que cette distinction de traitement juridique des couples se voyant soumis à un même statut serait susceptible d'être qualifiée de discrimination par la CEDH et qu'il n'est pas certain que l'argument lié à la dimension médicale de l'AMP puisse continuer d'exercer un poids décisif³⁴³².

474. La révélation de l'inadéquation du modèle – Au-delà de l'incohérence liée à la légalisation de l'adoption de l'enfant du conjoint, les évolutions relatives aux couples de même sexe contribuent à interroger le modèle posé par les législations nationales concernant l'AMP pour les couples de sexe différent. En effet, le dispositif a été construit dans chacun des pays sur « *une fiction structurante : dans la mesure du possible, faire comme si l'enfant avait été conçu sans assistance médicale et, surtout, lui permettre d'y croire* »³⁴³³. Or, comme le relève I. THÉRY, « *l'homoparentalité est ici un révélateur de l'évolution inachevée de l'adoption et surtout de l'AMP. Parce que les couples de même sexe ne sont jamais tentés par le mensonge auquel nos institutions ont poussé et contraint tant de couples de sexe opposé en leur enjoignant de passer pour les géniteurs qu'ils n'étaient pas s'ils voulaient devenir parents* »³⁴³⁴. Si en pratique cet argument doit être nuancé dans la mesure où les CECOS n'encouragent plus au maintien du secret relatif au mode de conception de l'enfant, la construction du régime juridique reste fondée sur cette idée. Les discussions relatives à l'ouverture de l'accès à l'AMP pour les couples de même sexe interrogent ce modèle en mettant l'accent sur la dimension première de l'AMP, à savoir une dimension civile et familiale.

³⁴³⁰ MASMEJAN D., « Homoparentalité et mères porteuses devant le Tribunal fédéral », *Letemps.ch*, 26 septembre 2014, Disponible sur : <http://www.letemps.ch/Page/Uuid/6fe4c9b0-4565-11e4-80ff-d339e46abe52/Homoparentalit%C3%A9%20et%20m%C3%A8res%20porteuses%20devant%20le%20Tribunal%20f%C3%A9d%C3%A9ral>, Consulté le 5 octobre 2014.

³⁴³¹ BINET J.-R., « Après la loi Taubira, la PMA et la GPA sont-elles inéluctables ? », *Lefigaro.fr*, 7 mai 2014, Disponible sur : <http://www.lefigaro.fr/vox/societe/2014/05/06/31003-20140506ARTFIG00344-apres-la-loi-taubira-la-pma-et-de-la-gpa-sont-elles-ineluctables.php?pagination=3>, Consulté le 20 mai 2014.

³⁴³² BOYSSON B. (de), « L'assistance médicale à la procréation pour les couples homosexuels : quelles perspectives ? », *Dr. fam.*, 2013, n° 7, Dossier 25, § 27-29 ; MALAURIE P., BORREGO-BORREGO J., KOUBI-FLOTTE P.-O., « L'angle mort du projet de loi », *Dossier de synthèse*, Février 2013, p. 1 ; ZABORSKA A., PUPPINCK G., « PMA : la France a déjà voté... », *Dossier de synthèse*, Février 2013, pp. 4-5 ; POIVEY-LECLERQ H., « Auditions au Sénat », *Dossier de synthèse*, Février 2013, p. 10 ; BEAUDOIN C., « La loi française peut-elle contribuer au renversement du consensus européen ? », *AJ famille*, 2013, n° 6, p. 366 et s. ; DEKEUWER-DÉFOSSEZ F., « Le mariage des couples de même sexe est le cheval de Troie de leur accès à la parenté », *RLDC*, 2013, n° 105, p. 41 ; BRUNETTI-PONS C., « L'égalité en droit de la famille : conséquences de la loi dite Mariage pour tous », *RLDC*, 2013, n° 105, p. 75.

³⁴³³ BINET J.-R., « Après la loi Taubira, la PMA et la GPA sont-elles inéluctables ? », *Lefigaro.fr*, 7 mai 2014, Disponible sur : <http://www.lefigaro.fr/vox/societe/2014/05/06/31003-20140506ARTFIG00344-apres-la-loi-taubira-la-pma-et-de-la-gpa-sont-elles-ineluctables.php?pagination=3>, Consulté le 20 mai 2014.

³⁴³⁴ THÉRY I., « Mariage de même sexe et filiation : rupture anthropologique ou réforme de la civilisation ? », *Dr. fam.*, 2013, n° 7, Dossier 17, § 24.

2. Les techniques juridiques au service de l'adaptation du droit

475. La réflexion poursuivie n'étant consacrée qu'à l'influence du droit de la santé sur le lien familial en droit civil, il convient de se concentrer sur les rapports qu'entretiennent ces deux pans du droit et non de détailler les réglementations qui pourraient être envisagées dans le domaine de la maternité pour autrui ou de l'AMP. Une étude de droit comparé franco-suisse ne constituerait d'ailleurs pas le cadre adéquat puisque les deux droits interdisent la MPA. Il en va de même en ce qui concerne l'ouverture de l'AMP aux couples de même sexe. Les droits belge, anglais ou de certains États américains sont nettement plus fructueux pour effectuer une telle recherche³⁴³⁵. Néanmoins, la comparaison franco-suisse reste utile. En effet, bien que les deux droits soient restrictifs quant à l'ouverture de l'accès à l'AMP, le droit suisse semble se montrer nettement moins réticent pour ce qui concerne la reconnaissance de la filiation issue d'une AMP à l'étranger. Il permet ainsi de montrer que les techniques préexistantes pourraient être utilisées aux fins de sécuriser la filiation des enfants. Néanmoins, il permettra également de témoigner des limites de la transposition des techniques juridiques préexistantes, ce qui nous conduira à proposer l'institutionnalisation d'une filiation fondée sur la volonté.

476. Les limites de la transposition des techniques juridiques préexistantes – La situation du couple suisse hétérosexuel ayant recours à un don d'ovules à l'étranger ne demande pas d'adaptation particulière du droit. En effet, en vertu du principe *mater semper certa est*, la mère est la femme qui accouche. En revanche, la situation est plus complexe pour les couples de même sexe. Afin de faire reconnaître leur situation de fait, ces couples se sont tournés dans deux principales directions : la parentalité et la parenté.

477. Limites des techniques fondées sur la parentalité – Malgré l'interdiction qui leur est faite d'accéder à la procréation médicalement assistée, les couples de même sexe n'ont pas attendu « *une quelconque autorisation du législateur pour « faire famille* » »³⁴³⁶. Mais dans la mesure où « *aucune forme familiale n'a de consistance ex se* [et ne peut] *s'auto-fonder* »³⁴³⁷, ces couples ont naturellement cherché à bénéficier d'une reconnaissance juridique. Leurs prétentions se sont tournées dans diverses directions. En premier lieu, il est possible de créer un lien entre la femme n'ayant pas accouché et l'enfant en se tournant vers la reconnaissance de la parentalité, c'est-à-dire de la fonction sociale exercée par la « *mère de fait* ». Les deux pays connaissent des institutions dans ce sens.

³⁴³⁵ Pour des études dans ce sens voir : G'SELL F., « Aspects de droit comparé », in Colloque la procréation pour tous ?, Organisé par le centre de recherche en droit privé de l'université de Bretagne occidentale, Brest, 16 mai 2014 ; SCHAMPS G., SOSSON J. (Dir.), *La gestation pour autrui : vers un encadrement ?*, Bruxelles, Bruylant, 2013, 466 p. ; FULCHIRON H., SOSSON J., *Parenté, filiation, origine. Le droit de l'engendrement à plusieurs*, Bruxelles, Bruylant, 2013, 368 p. ; RENCHON J.-L., « Le système belge », in *L'assistance médicale à la procréation. Perspectives d'avenir*, Université Panthéon Assas, Colloque du 25 novembre 2013 ; SAINT PERN L. (de), « Le système anglais », in *L'assistance médicale à la procréation. Perspectives d'avenir*, Université Panthéon Assas, Colloque du 25 novembre 2013.

³⁴³⁶ AN, Rapport fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République sur le projet de loi (n° 344), ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe, par M. Erwann BINET, n° 628, Enregistré à la présidence de l'Assemblée nationale le 17 janvier 2013, Tome 1, p. 47.

³⁴³⁷ LEGENDRE P., *L'inestimable objet de la transmission. Étude sur le principe généalogique en Occident*, Paris, Fayard, 1985, p. 154.

En France, il s'agit de la délégation partage d'autorité parentale de l'article 377-1 du Code civil. Bien qu'initialement envisagée pour répondre au phénomène des recompositions familiales³⁴³⁸, son utilisation par les couples de même sexe était tout à fait prévisible³⁴³⁹. Dans la lignée des positions retenues par certains juges du fond³⁴⁴⁰, la Cour de cassation a validé le recours à un tel procédé pour les familles homosexuelles en retenant que « *l'article 377, alinéa 1er, du Code civil ne s'oppose pas à ce qu'une mère seule titulaire de l'autorité parentale en délègue tout ou partie de l'exercice à la femme avec laquelle elle vit en union stable et continue, dès lors que les circonstances l'exigent et que la mesure est conforme à l'intérêt supérieur de l'enfant* »³⁴⁴¹. La délégation n'est nullement automatique. Il appartient, en effet, aux juges du fond de relever non seulement que les circonstances exigent une délégation, mais aussi que celle-ci est conforme à l'intérêt de l'enfant. La Cour de cassation l'a rappelé fermement dans un arrêt du 8 juillet 2010³⁴⁴². Elle approuve la position de la cour d'appel qui a refusé de prononcer la délégation, jugeant que les requérantes n'apportaient pas la preuve de circonstances particulières imposant la délégation ni celle de l'intérêt de l'enfant. Malgré cette position stricte, certains juges du fond se contentent parfois de déduire ces deux conditions de l'existence d'une vie familiale de fait et des qualités éducatives du couple³⁴⁴³, sans relever de circonstances exceptionnelles³⁴⁴⁴. Le prononcé de la délégation partage de l'autorité parentale peut être considéré comme une consécration de l'homoparentalité puisque l'utilisation de cet instrument juridique souple permet d'entériner, dans une certaine mesure, la fonction parentale exercée par le partenaire ou concubin du parent. Malgré l'existence d'institutions favorisant la situation du membre du couple non parent, la situation applicable aux couples de même sexe ayant « fait famille » a été jugée insatisfaisante pour diverses raisons. Les incertitudes encadrant la procédure de délégation d'autorité parentale ont été soulignées. En premier lieu, il n'est pas certain qu'elle soit accordée par le juge dans la mesure où elle est soumise à la constatation d'une double condition. Certains ont ainsi regretté « *une forte insécurité juridique et une inégalité géographique entre les familles, certains tribunaux et certaines cours d'appel se montrant très exigeants, d'autres moins* »³⁴⁴⁵. En second lieu, les difficultés en cas de séparation ont été mises en exergue. Certes, la délégation partage peut s'avérer utile pour organiser les liens de l'enfant dans cette hypothèse³⁴⁴⁶. Cependant, elle est conditionnée par la bonne entente au sein du couple, l'accord du (ou des) parent(s) exerçant l'autorité parentale étant nécessaire³⁴⁴⁷.

³⁴³⁸ SAINTE-ROSE J., « Vers une reconnaissance de l'homoparentalité ? », *AJ famille*, 2006, n° 11, p. 695.

³⁴³⁹ RUBELLIN-DEVICHI J., « Droit de la famille », *JCP G*, 2002, n° 1, I, 101, § 9.

³⁴⁴⁰ Voir : TGI Nice, 8 juillet 2003 ; TGI Nice, 7 avril et 30 juin 2004 ; TGI Paris, 2 avril 2004 cités dans : *AJ famille* 2004, 453, Obs. CHÉNEDÉ F. Postérieurement, voir : CA Paris, 5 mai 2006, RG n° 2004/09692 : *AJ famille*, 2004, 453, Obs. CHÉNEDÉ F.

³⁴⁴¹ Cass. civ. 1^{re}, 24 février 2006, n° 04-17-090 : *Jurisdata* n° 2006-032294 ; *Bull. civ.*, 2006, I, n° 101 ; *AJ famille*, 2006, 159, Obs. CHÉNEDÉ F. ; *D.*, 2006, 876, Obs. FULCHIRON H. ; *D.*, 2006, Pan. 1148, GRANET-LAMBRECHTS F. ; *RTD civ.*, 2006, 297, Obs. HAUSER J. ; *D.*, 2006, 1421, Obs. LEMOULAND J.-J., VIGNEAU D. ; *RJPF*, 2006-4/32, Obs. MULON É. ; *Dr. fam.*, 2006, Comm. 89, MURAT P. ; *RDSS*, 2006, 578, Note NEIRINCK C. ; *JCP G*, 2006, I, 199, Obs. REBOURG M. ; *D.*, 2006, 897, Note VIGNEAU D.

³⁴⁴² Cass. civ. 1^{re}, 8 juillet 2010, n° 09-12.623 : *Bull. civ.*, 2010, I, n° 158.

³⁴⁴³ Voir, par exemple : TGI Bayonne, 26 octobre 2011.

³⁴⁴⁴ CA Paris, 1^{er} décembre 2011, RG n° 11/06495 ; TGI Paris, 22 février 2013, n° 12/35092 : *AJ famille*, 2013, Comm. 232, GALLMEISTER I.

³⁴⁴⁵ AN, Rapport fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République sur le projet de loi (n° 344), ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe, par M. Erwann BINET, n° 628, Enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 17 janvier 2013, Tome 2, Contribution reçue de M. Serge PORTELLI, p. 189. Voir également : AN, Rapport fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République sur le projet de loi (n° 344), ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe, par M. Erwann BINET, n° 628, Enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 17 janvier 2013, Tome 2, Contribution reçue de M^e C. MECARY, p. 204.

³⁴⁴⁶ TGI Lille, 18 décembre 2007 : *Dr. fam.*, 2008, Comm. 58, MURAT P.

³⁴⁴⁷ Art. 377-1 C. civ.

Le partenaire ou le concubin du parent de l'enfant peut toutefois bénéficier d'un droit aux relations personnelles avec l'enfant sur le fondement de l'article 371-4 al. 2 du Code civil lorsque le JAF estime que tel est l'intérêt de l'enfant³⁴⁴⁸. En troisième et dernier lieu, la délégation prend fin au décès du délégant. Ce bref rappel de la situation applicable aux couples de même sexe montre que seuls les montages fondés sur la parentalité permettent aux couples de même sexe de bénéficier de règles protectrices. L'utilisation de ces instruments juridiques est toutefois conditionnée, notamment par l'intérêt de l'enfant dont l'appréciation relève du juge. Tel est d'ailleurs également le cas en Suisse³⁴⁴⁹.

Dans ce pays, comme le souligne P. MEIER³⁴⁵⁰, il existe déjà des règles permettant de prendre en compte les situations concrètes dans lesquelles sont susceptibles de se trouver les couples de même sexe. Ainsi, la loi fédérale relative au partenariat enregistré en son article 27 prévoit que lorsque l'un des partenaires a des enfants, l'autre est tenu de l'assister de façon appropriée dans l'accomplissement de son obligation d'entretien et dans l'exercice de l'autorité parentale et de le représenter lorsque les circonstances l'exigent. Les difficultés sont donc moindres que celles susceptibles d'être rencontrées en France par les couples de même sexe ayant conclu un PACS, dans la mesure où le statut de partenaire enregistré confère automatiquement les prérogatives utiles à la vie quotidienne. Ces prérogatives sont similaires à celles existant dans le mariage en cas de reconstitution familiale. Il n'est nullement besoin de procéder à une délégation d'autorité parentale ou de donner procuration au partenaire ; le droit de représentation résulte directement de la loi³⁴⁵¹. Cette source légale nous semble intéressante puisqu'elle permet de tenir compte des situations concrètes, tout en posant tant des droits que des obligations dont le tiers ne peut se défaire. Elle assure une certaine publicité, les prérogatives découlant du seul enregistrement du partenariat, ce qui permet de sécuriser les relations à l'égard des tiers. Elle garantit enfin la place des titulaires de l'exercice de l'autorité parentale qui ne sont pas évincés. Il faut en effet souligner que les « *partenaires enregistrés du parent de l'enfant ne peuvent exercer l'autorité parentale* »³⁴⁵². Ce n'est pourtant pas dans ce sens que s'oriente le projet de loi APIE³⁴⁵³, actuellement en discussion devant l'Assemblée nationale et qui s'inscrit davantage dans une logique « *contractualiste* », laissant « *insinuer l'idée qu'il est possible de se défaire sur autrui de ses responsabilités de parents* »³⁴⁵⁴. Cette logique pose un certain nombre de difficultés³⁴⁵⁵ que nous semble éviter le droit

³⁴⁴⁸ La loi du 17 mai 2013 accorde désormais une place particulière au « *tiers, parent ou non, en particulier lorsque ce tiers a résidé de manière stable avec lui (l'enfant) et l'un de ses parents, a pourvu à son éducation, à son entretien ou à son installation, et a noué avec lui des liens affectifs durables* ». L'octroi du droit aux relations personnelles reste toutefois subordonné à l'intérêt de l'enfant : pour des exemples récents, voir : Cass. civ. 1^{re}, 23 octobre 2013, n° 12-20.160 : *Dr. fam.*, 2014, Comm. 36, NEIRINCK (refus du droit de visite en faveur de l'ancienne compagne de la mère. Le droit de visite est jugé contraire à l'intérêt de l'enfant, né par don de gamètes, par les experts). *Contra* : CA Rouen, 3 avril 2014, n° 13/03333 : *Dr. fam.*, 2014, Comm. 99, NEIRINCK C. (droit de visite accordé à la femme ayant poursuivi un projet parental avec la mère).

³⁴⁴⁹ Art. 27 LPart. Pour une analyse plus large concernant les liens personnels avec le beau-parent après divorce, voir : PICHONNAZ P., « Contribution d'entretien des enfants et nouvelles structures familiales », in PICHONNAZ P., RUMO-JUNGO (Dir.), *Enfant et divorce. Symposium en droit de la famille 2005*, Genève, Zurich, Bâle, Université de Fribourg, 2006, pp. 32-37.

³⁴⁵⁰ MASMEJAN D., « Homoparentalité : « On oublie les possibilités qui existent déjà » (Interview du Professeur Philippe MEIER), *Letemps.ch*, 12 décembre 2012, Disponible sur : <http://www.letemps.ch/Page/Uuid/31936c2c-4385-11e2-ac7c-f1e9d2f47a83/Homoparentalit%C3%A9%20On%20oublie%20les%20possibilit%C3%A9s%20qui%20existent%20d%C3%A9j%C3%A0>, Consulté le 13 juin 2014.

³⁴⁵¹ Message relatif à la loi fédérale sur le partenariat enregistré, 29 novembre 2002, FF 2003 1245.

³⁴⁵² COPUR E., « Homoparentalité », in ZIEGLER A. et al. (Dir.), *Droits des gays et lesbiennes en Suisse*, Berne, Stämpfli, 2006, p. 289.

³⁴⁵³ AN, Proposition de loi relative à l'autorité parentale et à l'intérêt de l'enfant, Présentée par M. Bruno LE ROUX et al., n° 1856, Enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 1^{er} avril 2014.

³⁴⁵⁴ DEKEUWER-DÉFOSSEZ F., « Coparentalité et famille recomposée : une conciliation impossible ? », *RLDC*, 2014, n° 116, p. 74.

³⁴⁵⁵ *Ibid.*, pp. 74-75.

suisse. S'il n'est pas question ici d'entrer dans le détail des règles relatives aux droits des tiers et à l'autorité parentale, il convient tout de même de rappeler brièvement les nouveaux outils envisagés par la proposition de loi. D'abord, il est question de créer une présomption d'accord à l'égard des tiers de bonne foi pour les actes usuels qu'un parent a autorisé un tiers à accomplir³⁴⁵⁶. Ensuite, la proposition crée un mandat d'éducation quotidienne qui peut autoriser un tiers, avec l'accord des deux parents, à accomplir les actes usuels à l'égard de l'enfant³⁴⁵⁷. En outre, elle renforce la distinction entre le partage et la délégation de l'exercice de l'autorité parentale³⁴⁵⁸, tout en supprimant l'exigence de circonstances particulières. Le partage pourrait désormais être réalisé par le biais d'une convention homologuée³⁴⁵⁹. Elle favorise la possibilité de confier l'enfant à un tiers, prévue par l'article 373-3, en remplaçant notamment les termes « *choisis de préférence dans sa parenté* » par ceux de parents ou non³⁴⁶⁰. Enfin, elle renforce les droits de ce tiers en lui permettant d'accomplir les actes usuels et, à titre exceptionnel, des actes graves justifiés par l'intérêt de l'enfant avec l'autorisation du juge, alors qu'il ne bénéficiait auparavant que de la possibilité d'accomplir les actes usuels relatifs à la surveillance et à l'éducation de l'enfant³⁴⁶¹.

La comparaison des droits français et suisse montre que, jusqu'à présent le droit suisse semble plus satisfaisant lorsqu'il s'agit de tenir compte de la situation des familles recomposées ou des couples de même sexe ayant des enfants. L'article permettant l'exercice de la parentalité est en effet calqué sur celui du mariage. Toutefois, ce tableau ne doit pas être idéalisé dans la mesure où l'article en question ne concerne que les couples ayant enregistré leur partenariat et non les couples de même sexe vivant en concubinage³⁴⁶², même si la doctrine propose une application des mêmes règles en se fondant sur l'analogie³⁴⁶³. En effet, le concubinage se caractérise par le fait que seul le parent biologique bénéficie de relations juridiques avec les enfants³⁴⁶⁴. Quoi qu'il en soit, il convient de constater que l'existence de règles favorables à la réalisation des actes de la vie quotidienne par le beau-parent, y compris homosexuel, n'ont pas empêché l'apparition de revendications en faveur de la reconnaissance de liens de filiation, c'est-à-dire de liens de parenté. Cela montre clairement que les règles relatives à la parentalité sont jugées insuffisantes par les principaux intéressés qui aspirent à la reconnaissance d'un lien de parenté.

478. Limites des règles relatives à l'adoption – Les techniques fondées sur la parenté adoptive ne s'avèrent pas plus adéquates pour répondre aux enjeux de l'AMP. Il a été explicité plus haut que le droit suisse semble plus souple que le droit français lorsqu'il s'agit de déterminer si l'enfant issu d'une maternité

³⁴⁵⁶ Art. 9 de la proposition de loi APIE.

³⁴⁵⁷ *Ibid.*, Art. 10.

³⁴⁵⁸ *Ibid.*, Art. 13.

³⁴⁵⁹ *Ibid.*, Art. 14.

³⁴⁶⁰ *Ibid.*, Art. 11.

³⁴⁶¹ *Ibid.*, Art. 12.

³⁴⁶² Historiquement le Tribunal fédéral avait défini le concubinage comme « *une communauté de vie d'une certaine durée, voire durable, de deux personnes de sexe opposé, à caractère exclusif, qui présente aussi bien une composante spirituelle, corporelle et économique et peut être également définie comme une communauté de table et de lit* » : WERRO F., *Concubinage, mariage et démariage*, Berne, Stämpfli, 2000, pp. 40-41 : ATF 118 II 235 = JT 1994 I 333. Le Tribunal fédéral a fait évoluer sa jurisprudence par un ATF 134 V 369, Consid. 6. 3. Dans cet arrêt, le Tribunal fédéral considère que des personnes de même sexe peuvent former une communauté de vie au sens des articles 20 a al. 1 let. a LPP et 15 al. 1 let. b ch. 2 OLP.

³⁴⁶³ COPUR E., « Homoparentalité », in ZIEGLER A. et al. (Dir.), *Droits des gays et lesbiennes en Suisse*, Berne, Stämpfli, 2006, pp. 295-296.

³⁴⁶⁴ HERTZ N., « Couples de même sexe non enregistrés », in ZIEGLER A. et al. (Dir.), *Droit des gays et lesbiennes en Suisse*, Berne, Stämpfli, 2006, p. 87.

pour autrui à l'étranger peut être adopté, en tenant compte de l'intérêt de l'enfant au cas par cas. L'adoption est donc envisageable, ce qui correspond aux souhaits exprimés par une partie de la doctrine française³⁴⁶⁵. Si l'adoption apparaît comme un outil potentiel pour réguler *a posteriori* certaines situations, elle présente toutefois un certain nombre de limites. D'une part, même si l'on peut considérer qu'il convient de se placer du point de vue de l'enfant qui est déjà né, il est fréquemment souligné que l'adoption, telle qu'elle est actuellement conçue dans chacun des droits, a pour but de donner une famille à un enfant et non un enfant à une famille. Ensuite, force est de constater que la situation prévalant actuellement en droit suisse a tout de même été critiquée. La situation familiale de l'enfant peut mettre passablement de temps à être éclaircie et il n'est pas exclu qu'aucun lien de filiation ne puisse être établi entre l'enfant et le membre du couple à l'égard duquel il n'est pas lié biologiquement. Trois hypothèses sont en effet susceptibles de poser difficulté. D'abord, pour les couples de concubins, la mère ne pourra en aucun cas établir un lien de filiation avec l'enfant dans la mesure où le droit suisse ne connaît pas la reconnaissance maternelle et où l'adoption de l'enfant du conjoint et l'adoption commune ne sont ouvertes qu'aux couples mariés³⁴⁶⁶. Il en va de même pour les couples d'hommes³⁴⁶⁷. Enfin, même au sein d'un couple marié, le ou les liens de filiation peuvent ne pas être établis si les parents ne remplissent pas les conditions relatives à l'adoption ou si cette dernière est jugée contraire à l'intérêt de l'enfant. Il existe donc des difficultés qui pourraient s'amenuiser avec les ouvertures potentielles envisagées par la réforme du droit de l'adoption. Malgré ces difficultés, le droit suisse a l'avantage de permettre d'apprécier au cas par cas les situations en fonction du bien de l'enfant en question en lui garantissant un statut juridique. L'adoption permet en outre de garantir à l'enfant l'accès à ses origines. Ces difficultés montrent toutefois que le moule de l'adoption n'apparaîtrait pas nécessairement adapté pour fonder, en droit national, au cas où le législateur déciderait d'y réfléchir, la filiation en matière de MPA. On aurait également pu penser à la possession d'état qui est spécifique au droit français. Toutefois, il a été démontré que la contestation de la possession d'état, contrairement à sa constatation, faisait appel à la vérité biologique, ce qui s'avère peu approprié.

479. La nécessité d'instituer une filiation fondée sur la volonté – L'étude des dispositions de droit de la santé relatives au lien de couple a permis d'insister sur le rôle central de la volonté dans la création du lien de filiation. Cette volonté apparaît tantôt individuelle, le plus souvent féminine, tantôt comme celle du couple. Il a également été démontré que le droit de la santé avait contribué à la définition du régime juridique de l'AMP par référence au modèle de la procréation charnelle. Cette référence semble s'expliquer par des raisons historiques puisqu'elle a permis de faire bénéficier à l'AMP de l'aura de ce modèle. Néanmoins, ce modèle est actuellement remis en cause par certains intéressés, mais aussi par les revendications des couples de même sexe qui contribuent à en mettre en lumière les limites. Il semble en outre difficilement conciliable avec le reste de l'évolution du droit de la filiation. En effet, les examens des

³⁴⁶⁵ FENOUILLET D., « La filiation plénière, un modèle en quête d'identité », in *L'avenir du droit. Mélanges en l'honneur de François Terré*, Paris, Dalloz, PUF, Jurisclasseur, 1999, p. 533 et 547 et s. ; BRUNET L., « L'adoption au sein des couples de même sexe : une « falsification » de la réalité ? », in THÉRY I., *Mariage de même sexe et filiation*, Paris, Cas de figure, Éditions EHESS, 2013, pp. 97-101.

³⁴⁶⁶ CONSEIL FÉDÉRAL, Rapport sur la maternité de substitution, Rapport du Conseil fédéral du 29 novembre 2013 en exécution du postulat 12.3917 du 28 septembre 2012, p. 28.

³⁴⁶⁷ *Ibid.*

empreintes génétiques conduisent à mettre l'accent sur la vérité biologique. La réglementation de ces examens et de l'AMP exerce une influence antagoniste sur le droit de la filiation. Le recours à un même moule juridique s'avère donc inadapté. Il convient dès lors de reconstruire le droit de la filiation en partant du principe selon lequel une différence de nature s'accompagne d'une différence de régime³⁴⁶⁸. La filiation artificielle et la filiation charnelle n'ont pas la même nature dans la mesure où la filiation artificielle avec donneur est mixte, seul l'un des membres du couple ayant un lien génétique avec l'enfant. Il convient alors de replacer la volonté au fondement du droit de la filiation par AMP et de réfléchir plus largement au rôle de la volonté dans l'ensemble du droit de la filiation.

480. La possible stabilité des filiations fondées sur la volonté démontrée par le droit suisse –

Certains auteurs se montrent hostiles à l'idée de fonder la filiation sur la volonté des individus. C. NEIRINCK exprime ces réticences de manière particulièrement claire lorsqu'elle relève que les couples de même sexe recourent à une PMA « *de convenance* »³⁴⁶⁹. Selon elle, « *le parent géniteur recourt aux forces procréatrices d'autrui pour le devenir et s'érige en instance auto-fondée de l'engendrement* »³⁴⁷⁰. Elle ajoute que « *le parent géniteur semble vouloir respecter la loi de l'engendrement en donnant à l'enfant un second parent. Ce dernier, cependant de même sexe que le premier et totalement étranger à l'enfant, est choisi uniquement en considération d'un rapport affectif dont rien ne garantit la pérennité, ce qui le différencie de la parenté* »³⁴⁷¹. Il y aurait donc une atteinte à l'indisponibilité de la filiation. Ce raisonnement semble toutefois susceptible d'être discuté. En effet, l'indisponibilité peut être définie comme « *l'interdiction de disposer* »³⁴⁷². Or, il n'y a pas de disposition de la filiation si la volonté de la personne est institutionnalisée et si elle ne peut ensuite être librement révoquée. Comme l'a indiqué F. TERRÉ lors de son audition par le groupe de travail sur la maternité pour autrui du Sénat, « *le principe d'indisponibilité de l'état des personnes est remis en cause lorsque les personnes elles-mêmes choisissent librement et sans contrainte de disposer de l'état de l'enfant, en lui attribuant une filiation comme bon leur semble. Mais, dès lors que cette filiation est fixée par la loi et que les individus ne peuvent s'y soustraire sous peine de sanction, le principe est préservé* »³⁴⁷³. Le droit suisse illustre particulièrement bien l'idée selon laquelle l'engagement peut s'avérer un critère tout aussi stable que la vérité biologique pour assurer la stabilité des liens de filiation. Cela a pu être souligné tant dans le domaine de la PMA que dans le domaine de la filiation charnelle. Comme le relève M. MANDOFIA-BERNEY, « *en Suisse, le fait qu'il est impossible de revenir sur une volonté exprimée sauf vice dans cette volonté, le fait que la filiation de l'enfant est fixée dans un délai généralement très court et enfin le fait que la vérité biologique est une référence absolue à défaut de volonté exprimée ou lors de conflits positifs de filiation, assurent tout à fait la stabilité de*

³⁴⁶⁸ BERGEL J.-L., « Différence de nature (égale) différence de régime », *RTD civ.*, 1984, n° 2, p. 255 et s.

³⁴⁶⁹ NEIRINCK C., « Filiation par convenance personnelle et droits de l'enfant », *Dr. fam.*, 2013, n° 4, Repère 4.

³⁴⁷⁰ *Ibid.*, § 2.

³⁴⁷¹ *Ibid.*, § 3. Dans le même sens, quoique plus nuancée, C. BRUNETTI-PONS relève qu'« *introduire une filiation sociale, donne le droit à des adultes de fixer eux-mêmes la règle de droit qui érige leurs désirs en modèle. Par exemple, deux femmes peuvent décider que l'enfant n'a pas besoin de père et ériger leur relation personnelle en modèle juridique qui s'imposera à l'enfant et au père évincé* » : BRUNETTI-PONS C., « L'égalité en droit de la famille : conséquences de la loi dite Mariage pour tous », *RLDC*, 2013, n° 105, p. 77.

³⁴⁷² CORNU G., *Vocabulaire juridique*, Paris, Dicos poche, Quadrige, PUF, 2007, p. 485.

³⁴⁷³ SÉNAT, Rapport d'information fait au nom de la commission des affaires sociales et de la commission des lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du Règlement et d'administration générale par le groupe de travail sur la maternité pour autrui, Par Mme Michèle ANDRÉ, MM. Alain MILON et Henri De RICHEMONT, n° 421, Annexe au procès-verbal de la séance de 25 juin 2008, p. 65.

l'état de l'enfant »³⁴⁷⁴. Or, cette stabilité de la filiation fondée sur la volonté ne se retrouve en droit français ni dans le domaine de l'AMP ni dans celui de la filiation charnelle.

481. Un mode d'établissement *sui generis* – La volonté institutionnalisée pourrait être envisagée comme fondement³⁴⁷⁵ d'un nouveau modèle de la filiation par AMP, voire MPA. La comparaison avec le droit suisse a permis de montrer que plus l'accès à l'AMP était ouvert et plus la sécurisation de la filiation de l'enfant par le biais des règles de la filiation charnelle s'avérait complexe et incohérente au regard de l'évolution d'ensemble du droit de la filiation. L'objectif visant à garantir la stabilité de la filiation n'est pas atteint puisqu'en l'absence de mécanisme de publicité, le couple peut très bien cacher le mode de conception de l'enfant et contester le lien de filiation d'un commun accord. Si le droit suisse se montre plus adapté, ce n'est qu'en raison de son caractère restrictif. Il ne peut donc être considéré comme un outil pour la reconstruction du droit, d'autant que les réflexions en cours quant aux liens entre la filiation et le concubinage d'une part et l'homosexualité d'autre part, pourraient laisser à penser que des évolutions sont susceptibles de se profiler. Ce constat invite à adopter une vision prospective. La nécessité de reconstruire le droit de la filiation est de plus en plus mise en avant. Plusieurs modèles sont d'ores et déjà envisagés par la doctrine française. H. FULCHIRON invite à « *inventer de nouvelles formes de filiation reposant à la fois sur la volonté (le projet parental), la réalité biologique (si l'un des parents apporte ses gamètes) et la sanction de l'autorité publique* »³⁴⁷⁶. De même, A.-M. LEROYER propose de « *prévoir un mode d'établissement *sui generis*, volontaire et déclaratif, qui pourrait être fait, comme la reconnaissance, devant l'officier d'état civil ou le notaire (au moment où le consentement est donné), et qui, à l'inverse de la reconnaissance, ne serait pas censé transcrire la vérité biologique* »³⁴⁷⁷. M. GROSS suggère que « *la filiation soit fondée sur l'engagement pris devant le juge par la convention d'ores et déjà obligatoire, qui cesserait d'être secrète* »³⁴⁷⁸. Le rapport de la fondation Terra nova proposait, quant à lui, que le don de gamètes fasse l'objet d'une autorisation judiciaire et que le jugement, conservé dans le registre de l'état civil, soit mentionné dans la copie intégrale de l'acte de naissance³⁴⁷⁹. Enfin, le rapport THÉRY/LEROYER préconisait un « *mode d'établissement *sui generis** » reposant sur une « *déclaration commune anticipée de filiation* »³⁴⁸⁰.

482. Les modalités d'expression de la volonté – Les réflexions menées jusqu'ici ont permis de conclure à l'utilité de favoriser un mode d'établissement de la filiation *sui generis* qui serait fondé sur une volonté instituée. Elle permettrait de mettre le régime juridique de l'AMP davantage en adéquation avec la

³⁴⁷⁴ MANDOFIA-BERNEY M., *Vérités de la filiation et procréation assistée. Étude des droits suisse et français*, Bâle et Francfort-sur-le-Main, Collection Genevoise, Helbing & Lichtenhahn, 1993, p. 115.

³⁴⁷⁵ P. MURAT propose également de distinguer clairement la famille fondée sur les liens biologiques et la famille fondée sur les liens volontaires : MURAT P., « Prolégomènes à une hypothétique restructuration du droit des filiations », in WICKER G. (Dir.), *Mélanges en l'honneur du professeur Jean Hauser*, Paris, Lexis-Nexis, Dalloz, 2012, p. 426.

³⁴⁷⁶ FULCHIRON H., « Le mariage pour tous. Un enfant pour qui ? Loi n° 2013-404 du 17 mai 2013 », *JCP G*, 2013, n° 23, Doctr. 658, § 73.

³⁴⁷⁷ LEROYER A.-M., « La loi n° 2013-404 du 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux couples de même sexe. Au passé, présent et futur », *D.*, 2013, n° 25, p. 1704.

³⁴⁷⁸ GROSS M., « Ouvrir l'accès à l'AMP pour les couples de femmes ? », in THÉRY I. (Dir.), *Mariage de même sexe et filiation*, Paris, Cas de figure, Éditions EHESS, 2013, pp. 111-112.

³⁴⁷⁹ TERRA NOVA, Groupe de travail présidé par Geneviève DELAISI DE PARSEVAL et Valérie DEPADT-SEBAG, *Accès à la parenté. Assistance médicale à la procréation et adoption. Pour une révision progressiste de la loi relative à la bioéthique*, Paris, 2010, pp. 62-65.

³⁴⁸⁰ THÉRY I., LEROYER A.-M., *Filiation, origines, parentalité. Le droit face aux nouvelles valeurs de responsabilité générationnelle*, Rapport du groupe de travail filiation, origines parentalité, Ministère des affaires sociales, ministère délégué chargé de la famille, 2014, p. 26, p. 162 et pp. 176-181.

physionomie réelle de l'opération et de sécuriser la filiation de manière uniforme en cas d'ouverture à venir de l'accès à la PMA. Plusieurs possibilités sont alors envisageables : la volonté peut être exprimée devant les médecins, devant un officier public ou encore devant un juge. En droit suisse, la volonté est exprimée devant le médecin, en droit français devant le médecin et le notaire ou le juge. Conformément à l'idée selon laquelle le droit de la santé doit exercer un rôle suiveur au stade de la création du lien de filiation, conférer au seul médecin la tâche de participer à l'institution de la filiation semble peu adapté puisque cette question dépasse le cadre médical. Il semble préférable de dissocier clairement « *ce que font les médecins* » et « *ce que font les parents* »³⁴⁸¹. Le droit suisse pourrait s'inspirer du droit français. L'expression de la volonté devant le médecin est incontournable, mais ne constitue pas le cadre adéquat pour sécuriser la filiation de l'enfant en cas d'ouverture plus large de l'AMP. Le recours systématique au juge semble relativement lourd et ce changement pourrait éventuellement ne pas être accepté. La possibilité de recourir à l'expression du consentement dans un acte authentique devant un notaire, telle qu'elle existe en France, semble intéressante car elle garantit la fiabilité de l'information sur les règles relatives à la filiation, contrairement à ce qui se passe en Suisse où l'information juridique est délivrée, à notre sens de manière discutable, par un médecin.

483. La consignation des données – Toutefois, la réglementation suisse apparaît par ailleurs intéressante dans la mesure où elle prévoit la consignation par le médecin des données relatives au donneur et des données relatives au couple receveur, notamment la date de l'utilisation du sperme³⁴⁸². Le médecin traitant doit transmettre ces données à l'office fédéral de l'état civil immédiatement après la naissance de l'enfant et, s'il n'a pas connaissance de la date de la naissance, immédiatement après la date présumée de celle-ci³⁴⁸³. Cette solution présente divers intérêts. Au-delà de la conservation des données relatives à son ascendance, elle permet d'exercer une surveillance sur les dons de sperme³⁴⁸⁴, de garantir des délais de conservation du sperme contrairement à ce qui existe en France³⁴⁸⁵, ainsi que de s'assurer du respect des exigences relatives au couple donneur³⁴⁸⁶. Elle assure, en outre, l'indisponibilité du lien de filiation, à condition toutefois que le juge éventuellement saisi d'une action en contestation de paternité puisse y accéder et procède systématiquement à l'interrogation du fichier. Cette forme de publicité apparaît intéressante et il semblerait à la fois utile d'en développer la pratique en Suisse et de s'en inspirer en droit français. En effet, d'une part, les synthèses des rapports de contrôle et d'inspection relatifs aux activités d'AMP de l'agence de la biomédecine laissent transparaître des lacunes concernant le registre des donneurs de gamètes³⁴⁸⁷, l'identitovigilance³⁴⁸⁸, la traçabilité³⁴⁸⁹ et l'informatique³⁴⁹⁰, le dossier médical commun³⁴⁹¹,

³⁴⁸¹ *Ibid.*, p. 183.

³⁴⁸² Art. 24 LPMA.

³⁴⁸³ Art. 25 LPMA.

³⁴⁸⁴ OFEC, MÉGEVAND N., « IG donor meeting. Transmission des données relatives au don de sperme à l'Office fédéral de l'état civil OFEC », 27 novembre 2008, p. 1, Disponible sur : <https://www.bj.admin.ch/content/dam/data/gesellschaft/eazw/dokumentation/referate/ref20081127-f.pdf>, Consulté le 20 juin 2014.

³⁴⁸⁵ KERMALVEZEN A., *Mes origines : une affaire d'État*, Paris, Max Milo, 2014, p. 235.

³⁴⁸⁶ OFEC, MÉGEVAND N., « IG donor meeting. Transmission des données relatives au don de sperme à l'Office fédéral de l'état civil OFEC », 27 novembre 2008, p. 2, Disponible sur : <https://www.bj.admin.ch/content/dam/data/gesellschaft/eazw/dokumentation/referate/ref20081127-f.pdf>, Consulté le 20 juin 2014.

³⁴⁸⁷ AGENCE DE LA BIOMÉDECINE, Mission d'inspection, *Synthèse des rapports d'inspection des activités d'AMP transmis à l'agence de la biomédecine en 2012*, Édition 2013, p. 11.

voire des erreurs d'attribution³⁴⁹². D'autre part, l'intervention du notaire ne permet pas de sécuriser davantage la filiation puisque le secret est garanti aux parents.

484. L'institutionnalisation de la volonté pour garantir l'indisponibilité du lien de filiation – Il conviendrait donc d'assurer l'indisponibilité du lien de filiation. Dans la mesure où le caractère central de la volonté parentale a déjà été démontré³⁴⁹³, il semble possible de s'appuyer clairement sur cette expression commune de volonté pour fonder le lien de filiation. Comme cela avait déjà été pressenti lors de la comparaison des règles applicables à la filiation, retenir que le consentement à l'AMP vaut reconnaissance à l'égard des deux membres du couple apparaît relativement simple et efficace. Le rapport THÉRY/LEROYER précise utilement cette première intuition en proposant le concept de « *déclaration commune anticipée de filiation* »³⁴⁹⁴. Ce concept est intéressant en ce qu'il se distingue de celui de la reconnaissance qui est supposée correspondre au lien biologique. Par ailleurs, il permet de tenir compte du fait que la PMA constitue pour l'instant une prérogative du couple. L'idée de distinguer d'une part, le consentement commun à l'acte médical et d'autre part le consentement commun à l'institution du lien de filiation s'intègre dans notre thèse selon laquelle le droit de la santé ne doit pas exercer un rôle moteur dans la détermination des liens de filiation, cette question relevant fondamentalement du droit civil. Ce mode d'établissement de la filiation peut être appliqué indistinctement à l'ensemble des techniques d'AMP faisant appel à un don puisqu'il « *convient (...) de bien distinguer l'établissement de la filiation, par la déclaration de filiation, du mode de procréation médicale que seuls les parents et le médecin connaissent* », ce qui permet d'assumer « *la responsabilité de l'engendrement avec tiers donneur* »³⁴⁹⁵.

Le rapport préconise ensuite que les parents aient l'obligation de transmettre la déclaration à l'officier d'état civil dans les trois jours de la naissance³⁴⁹⁶. Il propose, en premier lieu, de sanctionner l'opposition d'un parent à ce que la déclaration de filiation soit portée sur l'acte de naissance par

³⁴⁸⁸ AGENCE DE LA BIOMÉDECINE, Mission d'inspection, *Synthèse des rapports d'inspection des activités d'AMP transmis à l'agence de la biomédecine en 2013*, Édition 2014, p. 16 ; AGENCE DE LA BIOMÉDECINE, Mission d'inspection, *Synthèse des rapports d'inspection des activités d'AMP transmis à l'agence de la biomédecine en 2012*, Édition 2013, p. 13.

³⁴⁸⁹ AGENCE DE LA BIOMÉDECINE, Mission d'inspection, *Synthèse des rapports d'inspection des activités d'AMP transmis à l'agence de la biomédecine en 2013*, Édition 2014, p. 14 ; AGENCE DE LA BIOMÉDECINE, Mission d'inspection, *Synthèse des rapports d'inspection des activités d'AMP transmis à l'agence de la biomédecine en 2012*, Édition 2013, p. 11 ; AGENCE DE LA BIOMÉDECINE, Mission d'inspection, *Synthèse des rapports de contrôle et d'inspection relatifs aux activités d'AMP transmis à l'agence de la biomédecine en 2010*, Édition 2011, p. 7 ; AGENCE DE LA BIOMÉDECINE, Mission d'inspection, *Synthèse des rapports de contrôle et d'inspection relatifs aux activités d'AMP transmis à l'agence de la biomédecine en 2009*, Édition 2010, p. 11.

³⁴⁹⁰ AGENCE DE LA BIOMÉDECINE, Mission d'inspection, *Synthèse des rapports d'inspection des activités d'AMP transmis à l'agence de la biomédecine en 2012*, Édition 2013, p. 11.

³⁴⁹¹ AGENCE DE LA BIOMÉDECINE, Mission d'inspection, *Synthèse des rapports d'inspection des activités d'AMP transmis à l'agence de la biomédecine en 2013*, Édition 2014, p. 18 ; AGENCE DE LA BIOMÉDECINE, Mission d'inspection, *Synthèse des rapports d'inspection des activités d'AMP transmis à l'agence de la biomédecine en 2011*, Édition 2012, p. 5 ; AGENCE DE LA BIOMÉDECINE, Mission d'inspection, *Synthèse des rapports de contrôle et d'inspection relatifs aux activités d'AMP transmis à l'agence de la biomédecine en 2010*, Édition 2011, p. 4.

³⁴⁹² AGENCE DE LA BIOMÉDECINE, Mission d'inspection, *Synthèse des rapports d'inspection des activités d'AMP transmis à l'agence de la biomédecine en 2012*, Édition 2013, p. 14 ; AGENCE DE LA BIOMÉDECINE, Mission d'inspection, *Synthèse des rapports de contrôle et d'inspection relatifs aux activités d'AMP transmis à l'agence de la biomédecine en 2010*, Édition 2011, p. 7 ; AGENCE DE LA BIOMÉDECINE, Mission d'inspection, *Synthèse des rapports de contrôle et d'inspection relatifs aux activités d'AMP transmis à l'agence de la biomédecine en 2009*, 2010, p. 11.

³⁴⁹³ Voir *infra* § 80.

³⁴⁹⁴ THÉRY I., LEROYER A.-M., *Filiation, origines, parentalité. Le droit face aux nouvelles valeurs de responsabilité générationnelle*, Rapport du groupe de travail filiation, origines parentalité, Ministère des affaires sociales, ministère délégué chargé de la famille, 2014, p. 176.

³⁴⁹⁵ *Ibid.*

³⁴⁹⁶ *Ibid.*, pp. 177-178.

l'établissement automatique de la filiation sur production de la déclaration anticipée³⁴⁹⁷. Il propose, en second lieu, de sanctionner les parents qui tenteraient de frauder en ne transmettant pas la déclaration anticipée à l'officier d'état civil par l'ouverture à tout intéressé de la possibilité de contester la filiation sur le fondement du droit commun³⁴⁹⁸.

Cette solution nous semble inadaptée, et ce pour deux raisons. D'une part, elle aboutirait à ne sanctionner que le parent non lié biologiquement à l'enfant, ce qui semble inopportun dans la mesure où l'on envisage justement de fonder la filiation sur une volonté commune et donc solidaire. D'autre part, elle aboutirait à priver injustement l'enfant d'un lien de filiation et à le sanctionner pour l'inconstance des adultes. Ces préconisations nous semblent complexifier inutilement les choses et il serait préférable de s'en tenir à une transmission directe de la déclaration par le notaire à l'officier d'état civil. La proposition du rapport, visant à mentionner la déclaration sur l'acte de naissance de l'enfant et de rendre cette information disponible uniquement sur l'acte intégral dont l'accessibilité serait limitée, semble raisonnable³⁴⁹⁹.

Cette idée pourrait d'ailleurs utilement être reprise en droit suisse, ce qui permettrait de favoriser la possibilité pour l'enfant de faire jouer son droit à la connaissance de ses origines.

Enfin, l'idée de distinguer l'engendrement de la procréation et l'acte médical du lien de filiation permet de renouveler la manière de penser une éventuelle construction de la filiation par gestation pour autrui. Au-delà des questions complexes et controversées liées à la protection des différents intervenants et des risques de dérives liés à l'ouverture de cette technique dont il n'est pas question dans ce travail, le recours à la notion d'engendrement pose les questions sous un autre jour ainsi que le relève très pertinemment A.-M. LEROYER ; il ne s'agit plus de se demander « *à qui est l'enfant* », mais « *de qui est l'enfant* »³⁵⁰⁰ ?

485. Repenser le rôle de la volonté dans l'ensemble du droit de la filiation – Mais au-delà de la question de l'assistance médicale à la procréation, le droit comparé franco-suisse nous invite à revenir plus largement sur le rôle de la volonté dans l'ensemble du droit de la filiation. En effet, si la volonté instituée et liée à l'existence d'un projet parental commun permet de fonder le lien de filiation, pourquoi cette volonté ne produirait-elle pas le même effet dans le domaine des procréations charnelles ? En droit français, un homme peut très bien reconnaître un enfant en sachant pertinemment qu'il n'en est pas le père, afin de concrétiser son projet de vie en commun avec la mère de celui-ci, puis revenir sur cet engagement. Il en résulte une atteinte à l'indisponibilité du lien de filiation. Comme le propose C. SIFFREIN-BLANC, la similitude des situations devrait donner lieu à une similitude de régime³⁵⁰¹.

³⁴⁹⁷ *Ibid.*, p. 179.

³⁴⁹⁸ *Ibid.*

³⁴⁹⁹ *Ibid.*, pp. 179-180.

³⁵⁰⁰ LEROYER A.-M., *Propos tenus lors de la Présidence de l'après midi consacrée à « la maternité pour autrui ouverte à tous les couples ? »*, in *Colloque la procréation pour tous ?*, Organisé par le centre de recherche en droit privé de l'université de Bretagne occidentale, Brest, 16 mai 2014.

³⁵⁰¹ SIFFREIN-BLANC C., *La parenté en droit civil français : étude critique*, Aix-Marseille, Collection du centre Pierre Kayser, PUAM, 2009, p. 393.

Le droit suisse s'avère alors intéressant pour penser la reconstruction du droit de la filiation. En effet, il distingue clairement la situation de l'homme qui s'est engagé à reconnaître l'enfant en connaissance de cause, de la situation dans laquelle l'homme ne savait pas que l'enfant n'était pas biologiquement de ses œuvres. Le premier ne peut pas revenir sur son engagement. Sa volonté institutionnalisée est irrévocable : une fois qu'il s'est engagé, il ne peut plus revenir sur cet engagement. Cela semble à la fois conforme à l'indisponibilité, puisque la volonté ne peut pas défaire le lien institué, et cohérent au vu de la similitude entre la situation de cet homme et celle d'un homme recourant à une PMA³⁵⁰². En revanche, si l'homme apprend tardivement qu'il n'est pas lié génétiquement à l'enfant, il peut agir dans un délai d'un an à compter du moment où il a eu connaissance de son erreur. Cette notion d'erreur a notamment été proposée en droit français par C. PHILIPPE qui suggère de s'inspirer de la notion d'erreur dans le mariage en retenant à la fois une dimension objective (réalité de la filiation) et subjective (le fait a été déterminant pour l'homme ayant reconnu l'enfant)³⁵⁰³. Telle est d'ailleurs la solution retenue en droit suisse où, comme le relève O. GUILLIOD, « l'erreur doit également être déterminante par rapport à la reconnaissance, c'est-à-dire que si l'auteur avait eu connaissance de son erreur, il n'aurait pas reconnu l'enfant »³⁵⁰⁴. Elle semble intéressante et permet de tenir compte de la jurisprudence de la CEDH qui est sensible à la connaissance ou à l'absence de connaissance de la situation. C. PHILIPPE propose de joindre à la notion d'erreur celle de « contestation fondée sur le caractère intolérable du lien de filiation »³⁵⁰⁵. Ce caractère « résulterait de la preuve du caractère fictif de la filiation sous ses aspects à la fois biologiques et affectifs ; tel serait le cas en l'absence de possession d'état à condition qu'il n'y ait aucun doute sur la volonté partagée de l'enfant et de ses parents ou de l'un d'eux de faire disparaître l'élément tractatus »³⁵⁰⁶. Le droit suisse relève de la même ambition, à travers deux techniques qui apparaissent à la fois souples et généralisables ; le délai absolu de cinq ans permet de protéger la stabilité de la filiation de l'enfant et un équilibre entre les intérêts en présence peut être sauvegardé par l'existence de la restitution des délais pour justes motifs. Cette solution semble à la fois équilibrée et conforme à la jurisprudence de la CEDH qui se montre hostile aux interdictions absolues de contester la filiation ne correspondant ni à la vérité génétique ni à la vérité sociologique. Elle pourrait utilement être transposée en droit français.

La position du droit suisse apparaît en outre intéressante au vu des craintes parfois exprimées par la doctrine à l'égard de l'ordonnance du 4 juillet 2005 qui rend inattaquable la filiation établie par un titre conforté par une possession d'état à l'issue d'un délai de cinq ans. Ainsi, F. MILLET souligne qu'« il n'est pas imaginable que le père sociologique se désintéresse d'un enfant qui n'est pas le sien après s'être séparé de sa mère et que les deux objets de son affection passée subissent un sort identique. (...) on prend le risque, pour éradiquer le contentieux, de voir maintenue une filiation qui pourrait finalement ne plus correspondre, ni à une vérité affective, qui s'exerce certes sur l'enfant, mais qui est aussi sujette aux fluctuations du couple dont elle procède, ni à la vérité biologique »³⁵⁰⁷. L'impossibilité que nous proposons pour l'homme qui a procédé sciemment à une reconnaissance de complaisance de revenir sur sa parole ne conduit pas pour autant à verrouiller la filiation ainsi que le démontre le droit suisse. En effet, dans ce pays, l'action demeure ouverte à l'enfant dans l'année qui suit sa

³⁵⁰² *Ibid.*

³⁵⁰³ PHILIPPE C., « Volonté, responsabilité et filiation », *D.*, 1991, n° 7, p. 48.

³⁵⁰⁴ GUILLIOD O., *Droit des familles*, Bâle, Les abrégés, Unine, Helbing & Lichtenhahn, 2014, p. 48.

³⁵⁰⁵ PHILIPPE C., « Volonté, responsabilité et filiation », *D.*, 1991, n° 7, p. 48.

³⁵⁰⁶ *Ibid.*

³⁵⁰⁷ MILLET F., « La vérité affective ou le nouveau dogme de la filiation », *JCP G*, 2006, n° 7, I, 112, § 18.

majorité. Il pourra alors juger s'il est ou non dans son intérêt de maintenir une filiation non conforme à la vérité génétique. Cette idée, parfois avancée par la doctrine française qui souligne toutefois que « *pour éviter les contestations ab irato consécutives à une adolescence ou une post-adolescence difficile, la réouverture du délai pour agir pourrait être subordonnée à la cessation de la possession d'état pendant la minorité de l'enfant* »³⁵⁰⁸, nous semble particulièrement utile.

Enfin, les craintes doctrinales concernent l'hypothèse dans laquelle un enfant découvre après ses vingt-trois ans le fait qu'il n'est pas lié génétiquement à l'homme qui l'a reconnu ou encore l'homme qui découvrirait après le délai de cinq ans qu'il n'est pas le géniteur de l'enfant³⁵⁰⁹. La notion de justes motifs, telle qu'elle existe en droit suisse, permettrait d'assurer une solution souple et indépendante de la volonté des parties et assurerait la conformité du droit français à la CEDH.

Au-delà de la reconstruction du lien de filiation se pose la question du rôle du tiers qui a procréé l'enfant dans le cadre d'un don de gamètes.

II. LE DROIT COMPARÉ AU SERVICE DE L'ÉVOLUTION DU RÔLE DU TIERS ET DU DROIT À LA CONNAISSANCE DE SES ORIGINES

486. Le droit suisse au soutien de l'abandon du modèle médical du don de gamètes – En 1994, A. TERRASSON DE FOUGÈRES, relevait que « *le don du sang est (...) le modèle législatif de tout ce que l'on a pu inventer depuis en la matière. Il opère une simplification du droit et permet de réaliser une certaine cohérence* »³⁵¹⁰. Or, les limites de ce modèle ont pu être soulignées. Une part croissante est accordée au droit à la connaissance de ses origines en droit conventionnel, alors que le droit français au contraire se refuse à reconnaître un standard équivalent. Le « dialogue » et la « concurrence » des juges invitent néanmoins le droit français à ne pas rester en retrait sur cette question. Il apparaît dès lors nécessaire de repenser le droit à l'identité personnelle. L'expérience suisse pourrait s'avérer utile (A). Toutefois, l'importation d'un modèle s'avère complexe, si bien que les réticences françaises devront être soulignées (B).

A. L'utilité de l'expérience suisse dans la construction de l'identité personnelle

487. Le droit suisse s'insère davantage que le droit français dans le courant initié en droit international. Par le biais de la liberté personnelle, des notions telles que l'identité de l'enfant ont été prises en considération. Il s'agira dès lors de démontrer l'apport matériel indéniable du concept de liberté personnelle, malgré la « *situation paradoxale des droits fondamentaux* »³⁵¹¹ en Suisse (1), avant de voir comment ce concept pourrait être mis au service de la construction d'un statut du tiers (2).

³⁵⁰⁸ FULCHIRON H., « Vérité contre stabilité des filiations ? », *D.*, 2013, n° 44, p. 2963.

³⁵⁰⁹ FULCHIRON H., « Toute vérité est-elle bonne à dire ? Note à verser au dossier de la ratification de l'ordonnance portant réforme de la filiation », *D.*, 2008, n° 43, p. 3037.

³⁵¹⁰ TERRASSON DE FOUGÈRES A., *Le modèle dans le droit de la famille : notion et fonction (essai de droit comparé interne)*, Paris II, Thèse en droit privé, 1994, p. 218.

³⁵¹¹ BÉGUIN J.-C., « La situation paradoxale des droits fondamentaux dans la nouvelle Constitution suisse », in *Les droits individuels et le juge en Europe. Mélanges en l'honneur de Michel Fromont*, Strasbourg, Presses universitaires de Strasbourg, 2001, p. 45.

1. L'apport matériel indéniable du concept de liberté personnelle, malgré la « situation paradoxale » des droits fondamentaux en Suisse

488. En droit fédéral, la liberté personnelle constitue à l'origine un droit constitutionnel à fort potentiel de concrétisation. Ce potentiel a ensuite été soutenu par le mécanisme de l'initiative populaire qui a permis une concrétisation de la notion.

489. **Un droit constitutionnel non écrit** – Au plan fédéral, aucune Constitution antérieure à la Constitution de 1999 ne garantissait la liberté personnelle³⁵¹². La Constitution du 12 avril 1798 ne contenait pas l'expression « *liberté personnelle* », mais affirmait : « *La liberté naturelle de l'homme est inaliénable ; elle n'est restreinte que par la liberté d'autrui et des vues légalement constatées d'un avantage général nécessaire* »³⁵¹³. Par la suite, ni l'acte de médiation de 1803³⁵¹⁴ ni le pacte fédéral de 1815³⁵¹⁵ ne mentionnèrent cette notion. Ce silence peut s'expliquer par diverses raisons. Tout d'abord, à l'époque, les compétences attribuées³⁵¹⁶ à la Confédération étaient limitées, ce qui conduisait à réduire le risque qu'une autorité fédérale porte atteinte aux libertés³⁵¹⁷. On pourrait également avancer le fait que la liberté personnelle semblait aller de soi³⁵¹⁸. La liberté personnelle était en effet largement garantie par les constitutions cantonales sous des vocables variés. Rédigées dans leur majorité pendant la période de la Régénération, ces dernières furent largement marquées par les influences du libéralisme³⁵¹⁹. Seuls deux cantons faisaient exception : Bâle-Ville et le Tessin³⁵²⁰. Les constitutions cantonales se limitaient, pour l'essentiel, à la garantie de l'*habeas corpus* en prévoyant diverses garanties comme l'inviolabilité du domicile, des règles relatives à la procédure pénale ou encore l'interdiction d'obtenir un aveu sous contrainte. C'est à l'occasion d'un litige opposant un recourant au canton de Bâle Ville, dont la Constitution ne prévoyait pas la garantie de la liberté personnelle, que le Tribunal fédéral fut amené à se prononcer sur la valeur de la liberté personnelle (traduit liberté individuelle) au niveau fédéral. Le Tribunal fédéral éleva alors la liberté personnelle au rang de droit constitutionnel non écrit en estimant que cette liberté « *constitue un élément essentiel du système de l'État de droit sur lequel repose la Confédération. C'est pourquoi selon l'opinion actuellement dominante, la garantie de la liberté individuelle fait partie, comme la propriété, du droit constitutionnel non écrit de la Confédération. Il y a d'autant moins de raisons d'hésiter à suivre cette opinion, que le Tribunal fédéral l'a faite sienne depuis longtemps pour la garantie de la propriété et s'y est tenu. Du moment que la liberté individuelle fait partie du droit constitutionnel non écrit de la Confédération, il n'est pas nécessaire d'examiner si, comme le prétend le recourant, elle est garantie aussi tacitement par la constitution cantonale de*

³⁵¹² GRISEL A., « La liberté personnelle et les limites du pouvoir judiciaire », RIDC, 1975, Vol. 27, n° 3, p. 551.

³⁵¹³ Constitution helvétique du 12 avril 1798, article 5, cité dans : HILTY C., *Les Constitutions fédérales de la Suisse*, Neuchâtel, Attinger, 1891, pp. 337-339 ; SALAMIN M., *Documents d'Histoire suisse 1798-1847*, Sierre, Collection Recueils de textes d'Histoire suisse, 1969, pp. 17-19.

³⁵¹⁴ Acte de médiation du 19 février 1803, cité dans : BIEDERMANN J., *Chartes, pactes et traités de la Suisse*, Lausanne, 1915, pp. 87-101 ; SALAMIN M., *Documents d'Histoire suisse 1798-1847*, Sierre, Collection Recueils de textes d'Histoire suisse, 1969, pp. 39-40.

³⁵¹⁵ Pacte fédéral du 7 août 1815, cité dans : GODET M., *Dernières nouvelles d'il y a cent ans. La Suisse et l'Europe en 1840*, Neuchâtel, 1940, pp. 62-70 ; SALAMIN M., *Documents d'Histoire suisse 1798-1847*, Sierre, Collection Recueils de textes d'Histoire suisse, 1969, pp. 66-68.

³⁵¹⁶ En vertu du principe de subsidiarité.

³⁵¹⁷ ROSSINELLI M., *Les libertés non écrites : contribution à l'étude du pouvoir créateur du juge constitutionnel*, Genève, Collection juridique romande, 1986, p. 70.

³⁵¹⁸ *Ibid.*, p. 69.

³⁵¹⁹ *Ibid.*, p. 72.

³⁵²⁰ GRISEL A., « La liberté personnelle et les limites du pouvoir judiciaire », RIDC, 1975, Vol. 27, n° 3, p. 551.

Bâle-Ville »³⁵²¹. Cet arrêt historique met en exergue l'œuvre « créatrice »³⁵²² du Tribunal fédéral dans la mesure où la reconnaissance de libertés non écrites lui permet de consacrer certains droits ou libertés de manière autonome, sans aucun rattachement formel à un fondement textuel et sans concrétiser extensivement un autre droit. Cette position du Tribunal fédéral contraste avec les positions françaises, dans la mesure où, depuis la fin des années 80, le Conseil constitutionnel « *structure et légitime son activité avec une image de juge non maître du bloc de constitutionnalité* »³⁵²³.

On est en droit de se demander ce qui peut justifier cette « audace » du juge constitutionnel suisse. Pour cela, il faut revenir rapidement sur la conception historique de la place du juge et des conceptions de la justice dans chacun des deux pays afin de mettre en lumière trois différences principales. Notons d'abord que le positivisme législatif n'a jamais eu cours en Suisse où les mentalités se sont montrées plutôt favorables à la fonction judiciaire et au pouvoir d'appréciation du juge³⁵²⁴. Si la fonction judiciaire s'est trouvée historiquement confondue avec l'autorité politique³⁵²⁵, cette confusion s'est opérée au détriment du pouvoir judiciaire³⁵²⁶, ce qui n'a pas été le cas en France où les parlements se sont révoltés sous l'Ancien régime³⁵²⁷. Par ailleurs, en 1830, « *le principe de la séparation des pouvoirs et l'indépendance, et notamment de l'indépendance du pouvoir judiciaire va être un des fers de lance du programme libéral* »³⁵²⁸. Les révolutionnaires helvétiques « *vont revendiquer, avec confiance, une justice indépendante du pouvoir politique en y voyant la garantie de l'équité et de leurs droits* »³⁵²⁹. Il existe donc en Suisse une vision favorable au juge qui s'oppose à la défiance vis-à-vis du juge français. L'article 1^{er} du Code civil témoigne particulièrement de cet état d'esprit en prévoyant, qu'à défaut de règle ou de coutume applicables, le juge doit trancher « *selon les règles qu'il établirait s'il devait faire acte de législateur* ». L'article 4 du Code civil suisse, qui dispose que « *le juge applique les règles du droit et de l'équité, lorsque la loi réserve son pouvoir d'appréciation ou qu'elle le charge de prononcer en tenant compte soit des circonstances, soit de justes motifs* », renforce encore cette idée. Comme le souligne D. MANAI, l'édiction de cet article « *baigne dans [un] climat intellectuel qui associe le juge à un adjoint-pensant du législateur* »³⁵³⁰.

Par ailleurs, il est possible d'identifier un mouvement doctrinal favorable à l'émergence des libertés non écrites. Alors que la doctrine traditionnelle suisse n'avait jamais dénoncé le caractère lacunaire

³⁵²¹ ATF 89 I 92, 98 = JT, 1964, I, 114.

³⁵²² RONZANI É., *L'interprétation créatrice de la Constitution par le juge constitutionnel en France et en Suisse*, Dijon, Thèse en droit public, 1999, 208 p.

³⁵²³ CHAMPEIL-DESPLATS V., « Le Code civil, source de principes fondamentaux reconnus par les lois de la République ? », in VERPEAUX M. (Dir.), *Code civil et constitution(s)*, Aix-Marseille, Droit public positif, PUAM, 2005, p. 28.

³⁵²⁴ ROSSINELLI M., *Les libertés non écrites : contribution à l'étude du pouvoir créateur du juge constitutionnel*, Genève, Thèse en droit, 1987, p. 45.

³⁵²⁵ *Ibid.*

³⁵²⁶ *Ibid.*, p. 46.

³⁵²⁷ *Ibid.*, p. 42.

³⁵²⁸ *Ibid.*, p. 48.

³⁵²⁹ *Ibid.*

³⁵³⁰ MANAI D., *Le juge entre la loi et l'équité, essai sur le pouvoir d'appréciation du juge en droit suisse*, Lausanne, Payot, 1985, p. 36. Elle rappelle ce climat : « *Déjà au début du XIX^e siècle, l'école historique allemande hostile à toute codification avait réagi contre le dogme de la souveraineté de la loi. Pour cette école, la loi, loin de créer le droit, ne fait que le consacrer. Le droit ne serait donc pas un produit de l'État ; le résultat de la volonté discrétionnaire d'un législateur, il prendrait naissance, de manière graduelle et spontanée, par voie de coutume, dans les « couches profondes du peuple », dans le « Volkegeist », qui se réduit en réalité à l'esprit de la nation. Mais c'est d'une manière beaucoup plus systématique, à la fin du XIX^e siècle, qu'un mouvement européen se constitue (notamment le mouvement de l'« Interessensjurisprudenz » en Allemagne ; celui de l'École scientifique, en France, qui tous deux ne manqueront pas d'influencer la théorie anglo-saxonne des standards et plus particulièrement l'œuvre de Roscoe Pound) pour réagir contre la tendance qui se bornait à faire une analyse exégétique des textes légaux, les coupant de la réalité sociale de laquelle ils émergeaient pourtant. La perspective légaliste exégétique réduisait, en effet, le juge à interpréter les textes de lois par voie de raisonnement déductif : tout le droit est dans la loi, seul le législateur est habilité à créer du droit. Au contraire, pour ce vaste mouvement de réaction contre l'exégèse, le rôle du juge est d'être à l'écoute des intérêts sociaux et de les confronter aux règles juridiques afin de réaliser un équilibre entre eux.* »

de la Constitution, deux publicistes influents, HUBER et GIACOMETTI, vont estimer que le catalogue des libertés est insuffisant³⁵³¹. Ce changement de mentalité fait notamment suite à la crise des années 30 pendant laquelle les libertés étaient menacées par « *des tendances autoritaires ou antilibérales* »³⁵³². Ces auteurs attribuent alors un rôle prépondérant au pouvoir judiciaire et développent des « *théories en faveur de la consécration et de la protection par le Tribunal fédéral des libertés implicites* »³⁵³³. Influencé par la doctrine (un des deux auteurs siège d'ailleurs au Tribunal fédéral), le Tribunal fédéral va faire évoluer sa jurisprudence dans le sens d'une protection accrue des libertés qui passe, notamment, par la reconnaissance des libertés non écrites (d'autres voies vont être mises en place comme le noyau intangible, les conditions des restrictions aux libertés...) ³⁵³⁴. L'intérêt de la reconnaissance d'un droit fédéral non écrit réside dans la plus forte protection dont il bénéficie. En effet, les droits constitutionnels donnent lieu à un contrôle plus étendu que les simples facultés³⁵³⁵. La jurisprudence créatrice du Tribunal fédéral va être accueillie très favorablement par la doctrine qui l'avait appelée de ses vœux, mais également par le monde politique et par les citoyens³⁵³⁶.

490. Un droit constitutionnel à fort potentiel de concrétisation – Le droit constitutionnel à la liberté personnelle bénéficie d'un fort potentiel de concrétisation. Entre 1874 et 1964, A. GRISEL relève que la liberté personnelle était invoquée « *sous ses deux formes traditionnelles : le droit de se déplacer et le droit à l'intégrité corporelle* »³⁵³⁷. La liberté personnelle a d'abord servi de relais à la protection de la liberté physique, par opposition à la liberté intellectuelle³⁵³⁸. Dans un arrêt de 1963³⁵³⁹, le Tribunal fédéral l'a définie comme « *la liberté individuelle au sens de la liberté physique, c'est-à-dire au sens de la libre disposition de son propre corps* » ³⁵⁴⁰ en retenant qu'elle était « *la condition d'exercice de toutes les autres libertés* »³⁵⁴¹. Il en déduit que « *la prise de sang constitue une atteinte à la liberté corporelle même si elle est peu douloureuse et relativement inoffensive* »³⁵⁴². Au-delà de la liberté physique, le Tribunal fédéral a ensuite utilisé la liberté personnelle pour assurer la protection d'intérêts idéaux. Le développement des nouvelles technologies d'investigation lui donna en effet l'occasion de développer la sphère de protection de la liberté personnelle. Dans une affaire de 1964³⁵⁴³, un homme ivre avait causé un accident de la route, provoquant ainsi le décès de six personnes. L'homme indiquait n'avoir aucun souvenir de l'évènement. Une expertise fut donc diligentée afin de déterminer l'incidence de l'alcool sur la perte de mémoire. Les premiers experts ayant eu des doutes quant à un éventuel diagnostic d'épilepsie, le ministère public demanda qu'une seconde expertise soit menée. Le juge d'instruction confia alors aux experts tout pouvoir d'investigation. L'homme porta un recours devant la

³⁵³¹ ROSSINELLI M., *Les libertés non écrites : contribution à l'étude du pouvoir créateur du juge constitutionnel*, Genève, Thèse en droit, 1987, p. 67 et s. et p. 82 et s.

³⁵³² *Ibid.*, p. 83.

³⁵³³ *Ibid.*, p. 85.

³⁵³⁴ *Ibid.*, p. 106.

³⁵³⁵ GRISEL A., « La liberté personnelle et les limites du pouvoir judiciaire », *RIDC*, 1975, Vol. 27, n° 3, p. 562.

³⁵³⁶ ROSSINELLI M., *Les libertés non écrites : contribution à l'étude du pouvoir créateur du juge constitutionnel*, Genève, Thèse en droit, 1987, p. 167.

³⁵³⁷ Voir les références citées par GRISEL A., « La liberté personnelle et les limites du pouvoir judiciaire », *RIDC*, 1975, Vol. 27, n° 3, p. 554.

³⁵³⁸ ATF 82 I 234, 238 = *JT*, 1957, I, 298 (le TF est ensuite revenu sur sa position).

³⁵³⁹ ATF 89 I 92 = *JT*, 64, I, 114.

³⁵⁴⁰ *Ibid.*

³⁵⁴¹ *Ibid.*

³⁵⁴² *Ibid.*

³⁵⁴³ ATF 90 I 29.

chambre d'accusation, demandant que les seconds experts ne le placent pas en état d'ivresse. Le Tribunal fit découler de la liberté personnelle la protection des justiciables contre « *les atteintes qui tendraient par un moyen quelconque à supprimer la faculté qui lui est propre, d'apprécier une situation donnée et de se déterminer d'après cette appréciation* »³⁵⁴⁴. Cette liberté garantit donc le droit à l'autodétermination. La liberté personnelle s'est principalement développée dans trois directions. Elle a permis de fonder l'autodétermination corporelle, l'autodétermination informationnelle ainsi que le droit à l'identité et à la connaissance de ses origines. Seul ce troisième aspect est ici en cause, les autres ayant déjà été développés. Dans un arrêt du 15 mars 1989³⁵⁴⁵, le Tribunal fédéral a envisagé la question de l'anonymat du don de gamètes en faisant référence à la notion de liberté personnelle et au droit de l'enfant de prendre connaissance du dossier prévu par 4 Cst. féd. (interdiction de l'arbitraire). Il se demandait notamment si l'enfant engendré par procréation hétérologue avait le droit de prendre connaissance de son ascendance. Soulignant que ce droit était susceptible de s'opposer à celui du donneur ou à celui des parents sociaux, il soulevait la question de savoir quels intérêts devaient l'emporter. Il demeura évasif en indiquant qu'« *on ne peut pas le dire de façon générale (...). Mais [qu'il] se peut que, selon les circonstances et dans un cas particulier, l'intérêt de l'enfant à connaître le donneur de sperme puisse l'emporter. Il n'y a pas lieu, en l'espèce, de déterminer de façon définitive dans quelle mesure et sous quelles conditions un enfant peut avoir le droit de connaître l'identité de son père génétique. Les considérations ci-dessus démontrent clairement qu'une garantie sans réserve du maintien de l'anonymat du donneur est problématique* ». Cette première décision a rapidement été suivie par un mouvement constitutionnel et législatif.

491. Une concrétisation explicite par le mécanisme de l'initiative populaire favorisant l'implantation constitutionnelle du droit à la connaissance de ses origines – Dans les années 90 a été adoptée une initiative populaire « *contre l'application abusive des techniques de reproduction et de manipulation génétique à l'espèce humaine* » qui réclamait l'introduction d'un article constitutionnel, afin de contraindre la confédération à adopter une réglementation. Cette dernière comprenait une liste d'interdictions, notamment celle de cacher aux intéressés l'identité des géniteurs, hors des cas légalement prévus³⁵⁴⁶. Le législateur se voyait donc confier le soin de trancher la question. Le Conseil fédéral proposa un contre-projet à l'initiative donnant compétence à la confédération pour légiférer, mais l'Assemblée fédérale le modifia, estimant qu'il était nécessaire de donner à la Confédération des lignes directrices. C'est ainsi que fut adopté l'article 24^{novies} de la Constitution qui donnait mandat à la Confédération pour « *édicter des prescriptions concernant l'utilisation du patrimoine germinal et génétique humain (...)* [en veillant à] *assurer la protection de la dignité humaine, de la personnalité et de la famille* ». Son alinéa 2 let. g prévoyait que « *l'accès d'une personne aux données relatives à son ascendance est garanti* »³⁵⁴⁷. Depuis la révision de la Constitution du 18 avril 1999³⁵⁴⁸, entrée en vigueur au 1^{er} janvier 2000, l'article 24^{novies} est devenu l'article 119³⁵⁴⁹. Seule la rédaction de la norme a changé, mais son contenu reste le même, cet article disposant désormais que « *toute personne a accès*

³⁵⁴⁴ *Ibid.*

³⁵⁴⁵ ATF 115 Ia 234, 256 = JT, 1991, II, 202.

³⁵⁴⁶ Message concernant l'initiative populaire « contre l'application abusive des techniques de reproduction et de manipulation génétique à l'espèce humaine », 18 septembre 1989, FF 1989 III 948.

³⁵⁴⁷ Reproduit dans SCHWEIZER R. J., SALADIN P., « Article 24 novies », in *Commentaire de la Constitution Fédérale de la Confédération Suisse du 29 mai 1874*, Berne, Stämpfli, 1996, p. 1.

³⁵⁴⁸ Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999, Entrée en vigueur au 1^{er} janvier 2000, RS 101, RO 1999 2556.

³⁵⁴⁹ Reproduit dans AUBERT J.-F., « Article 119 Procréation médicalement assistée et génie génétique dans le domaine humain », in *Petit commentaire de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999*, Genève, Schulthess, 2003, p. 933.

aux données relatives à son ascendance ». Il résulte des travaux préparatoires que ce droit garantit à l'enfant issu d'une PMA l'accès à l'identité du donneur³⁵⁵⁰. Par l'adoption de cet article, le constituant a tranché le conflit entre trois intérêts concurrents : celui du donneur à garder l'anonymat permettant de protéger sa vie privée, celui de l'enfant à accéder à un pan de son histoire par la connaissance de l'identité du donneur de sperme et, enfin, la paix de la famille créée par la PMA. Il le résout au profit de l'enfant en affirmant un droit fondamental à la connaissance de son ascendance qui permet l'épanouissement de sa personnalité et découle de sa liberté personnelle. Ainsi, « *la protection de la famille (tranquillité familiale) cède la pas devant la protection de la personnalité* »³⁵⁵¹, contrairement à la France. Après l'adoption de cet article, une période de flou s'est amorcée jusqu'à l'adoption de la LPMA. En effet, l'ASSM n'avait pas retiré ses directives prescrivant l'anonymat et un certain nombre de centres ont ainsi continué à garantir l'anonymat aux donneurs. Pourtant, certains auteurs estimaient que la précision de l'article constitutionnel permettait d'invoquer le droit à connaître l'identité des géniteurs « *devant tous les organes de l'état sans qu'il soit besoin d'attendre la législation d'application* »³⁵⁵².

492. La concrétisation dans la LPMA – La loi fédérale relative à la procréation médicalement assistée a été adoptée en 1998 afin de concrétiser le droit reconnu par la Constitution fédérale et d'en préciser les contours en cas de don de gamètes. Il ne s'agit pas, dans le cadre de cette étude, de décrire précisément les modalités d'exercice de ce droit qui sont largement détaillées dans la LPMA et l'OPMA, mais d'en rappeler les lignes directrices. D'abord, un certain nombre de données énumérées par l'article 24 LPMA doivent être conservées. La liste n'est pas limitative et l'article 17 OPMA précise que le donneur peut fournir d'autres informations, ainsi qu'une photo. Les données sont ensuite transmises par le médecin traitant à l'office fédéral de l'état civil qui devra les conserver pendant 80 ans³⁵⁵³. L'enfant est titulaire d'un droit d'accès aux données relatives au donneur, mais la législation tient compte de son droit à l'autodétermination et cet accès est donc soumis à sa demande écrite. Il convient néanmoins de distinguer trois hypothèses. L'enfant âgé de plus de 18 ans a un droit inconditionnel à bénéficier des renseignements sur l'identité et l'aspect du donneur³⁵⁵⁴. Dans ce cas, l'intérêt de l'enfant prévaut sur celui de ses parents et du donneur. Par contre, l'enfant âgé de moins de 18 ans ne pourra accéder à ces informations que s'il fait valoir un intérêt légitime. Enfin, l'enfant doit faire valoir un intérêt légitime pour accéder aux données autres que celles énumérées par 24 al. 2 a/b LPMA, et cela quel que soit son âge³⁵⁵⁵. Dans ces deux dernières hypothèses, le droit de l'enfant reste limité, car l'office pourra décider de l'étendue de l'information après avoir pesé les intérêts en présence. Mais si les droits de l'enfant sont prépondérants, le droit à la vie privée du donneur n'est pas pour autant négligé. Avant que les données ne soient communiquées à l'enfant, il est informé de la demande de ce dernier. Il peut refuser de le rencontrer, auquel cas l'enfant est informé des droits de la personnalité du donneur et de la famille de celui-ci. Si

³⁵⁵⁰ MANDOFIA BERNEY M., GUILLOD O., « Liberté personnelle et procréation assistée : quelques réflexions », *RSJ*, 1993, n° 12, p. 209.

³⁵⁵¹ PELET L., « Le droit du vivant sous l'angle constitutionnel », in MOREILLON L., KUHN A., *et al.*, *Aspects pénaux du droit du vivant*, Bruxelles, Collection latine, Bruylant, 2004, p. 11.

³⁵⁵² MANDOFIA BERNEY M., GUILLOD O., « Liberté personnelle et procréation assistée : quelques réflexions », *RSJ*, 1993, n° 12, p. 210.

³⁵⁵³ Art. 25 LPMA.

³⁵⁵⁴ Art. 27 LPMA.

³⁵⁵⁵ Il s'agit notamment de la date du don ou des résultats des examens médicaux.

l'enfant maintient malgré tout sa demande, les données lui seront communiquées. Dans une telle hypothèse, l'enfant qui souhaiterait rencontrer le donneur se trouve face à une impasse. Quoi qu'il en soit, la connaissance de ses origines ne donne pas lieu à la création d'un lien familial entre l'enfant et le donneur. Il existe donc une dissociation entre origines et filiation qui fait écho à la distinction entre procréation et engendrement, précédemment soulignée³⁵⁵⁶.

493. Un apport procédural limité : « la situation paradoxale des droits fondamentaux »³⁵⁵⁷ – Malgré cet important potentiel de concrétisation, l'apport de la protection fédérale de la liberté personnelle apparaît limité d'un point de vue procédural dans la mesure où il existe un contrôle de constitutionnalité inachevé. En effet, l'article 191 de la Constitution fédérale prévoit l'immunité des lois fédérales. La limitation du contrôle de constitutionnalité des lois fédérales est une des principales caractéristiques du système constitutionnel suisse. Il traduit la conception de la démocratie selon laquelle les lois fédérales, édictées par le Parlement et pouvant être soumises au référendum (art 141 Cst), doivent être respectées par les tribunaux et l'administration. Cette conception est sous-tendue par le postulat du peuple souverain. Ce dernier peut décider de valider la loi par référendum ou de ne pas procéder au référendum. Le pouvoir judiciaire ne peut donc pas s'élever au-dessus du pouvoir législatif. Il existe cependant un contrôle qui s'exerce selon trois modalités. Un contrôle préventif est effectué puisque les textes obligent le Conseil fédéral à se prononcer sur la constitutionnalité des projets d'actes administratifs qu'il transmet aux Chambres fédérales³⁵⁵⁸. De ce fait, les Chambres discutent et se prononcent sur l'interprétation proposée par le Conseil fédéral, quiconque assurant une tâche de l'État étant tenu de respecter les droits fondamentaux et de concourir à leur réalisation en vertu de l'article 35 de la Constitution. De plus, la rigueur de la règle de l'article 191 a été peu à peu assouplie par la jurisprudence (interprétation conforme, possibilité de constater qu'une loi fédérale viole la constitution sans pour autant pouvoir sanctionner une inconstitutionnalité, contrôle de la conventionalité – c'est-à-dire de la conformité à la CESDH – des lois fédérales)³⁵⁵⁹. Enfin, il existe un contrôle de constitutionnalité des lois cantonales. Cette spécificité de l'organisation suisse pourrait favoriser le droit conventionnel au détriment des droits constitutionnels³⁵⁶⁰ ; elle contribue néanmoins au dialogue des droits.

2. L'apport du droit comparé pour la construction d'un statut du tiers : un modèle fondé sur la dissociation entre identité et filiation.

494. Le droit suisse montre que le droit à la connaissance de ses origines est susceptible d'entrer en conflit avec d'autres droits. Ces conflits sont liés à l'extension du cercle des titulaires de ce droit et à la détermination des débiteurs de ce droit. Il faut y ajouter le fait que le droit de connaître son ascendance aboutit à des réflexions quant à l'existence d'un éventuel corollaire : le droit de connaître sa descendance. Ces questionnements invitent à promouvoir la dissociation entre identité et filiation.

³⁵⁵⁶ Voir *supra* § 400.

³⁵⁵⁷ BÉGUIN J.-C., « La situation paradoxale des droits fondamentaux dans la nouvelle Constitution suisse », in *Les droits individuels et le juge en Europe. Mélanges en l'honneur de Michel Fromont*, Strasbourg, Presses universitaires de Strasbourg, 2001, p. 45.

³⁵⁵⁸ Renforcement du contrôle préventif de la conformité au droit, Rapport du Conseil fédéral, 5 mars 2010, FF 2010 1989-2066.

³⁵⁵⁹ AUER A., MALINVERNI G., HOTTELIER M., *Droit constitutionnel suisse, L'État*, Vol I, Berne, Stämpfli, 2013, p. 649 et s.

³⁵⁶⁰ BÉGUIN J.-C., « La situation paradoxale des droits fondamentaux dans la nouvelle Constitution suisse », in *Les droits individuels et le juge en Europe. Mélanges en l'honneur de Michel Fromont*, Strasbourg, Presses universitaires de Strasbourg, 2001, p. 62.

495. Les potentialités de conflits de droits fondamentaux à travers l'expansion du cercle des titulaires – Si l'affirmation d'un droit à la connaissance de ses origines ne s'est faite qu'en lien avec les procréations assistées et que la question de son éventuelle extension à d'autres enfants n'a pas été discutée à cette époque, la question de son champ d'application s'est rapidement posée. Certes, l'intitulé de l'article 119 de la Constitution³⁵⁶¹ laisse penser que ce droit est cantonné aux PMA ; cependant, « *il est (...) délicat de s'arrêter sur le chemin de l'égalité dans ce domaine* »³⁵⁶². Outre les enfants issus d'une PMA, trois catégories d'enfants sont intéressées par ce droit : les enfants adoptés, puis les enfants nés d'une mère célibataire, enfin les enfants nés d'une infidélité de la femme mariée. La doctrine s'est alors demandé si le droit de connaître ses origines ne devait pas être étendu à l'ensemble des enfants, quel que soit leur mode de conception. Divers arguments plaident en ce sens. D'abord, « *la fameuse question d'où venons-nous ? est une interrogation existentielle commune à tout être humain quel que soit son mode d'engendrement. Elle n'est pas moins pressante pour l'enfant adopté ou l'enfant né d'une mère célibataire, voire pour l'enfant né de parents mariés. Il serait même paradoxal de limiter ce droit aux personnes nées d'une PMA parce que ce sont celles qui ont le lien le plus ténu avec leur géniteur* »³⁵⁶³. De plus, si l'on considère que ce droit est nécessaire à l'épanouissement de la personne et concrétise le droit à la liberté personnelle, on ne voit pas pourquoi tous les enfants n'en bénéficieraient pas, dans la mesure où la limitation d'un droit constitutionnel à une certaine catégorie de personnes n'est possible que si elle est justifiée³⁵⁶⁴. Ensuite, le droit est formulé en des termes généraux, ce qui permettrait de déduire sa généralisation. Cet argument est encore renforcé par la rédaction de l'article 119 Cst. féd.³⁵⁶⁵. Le Tribunal fédéral s'est d'ailleurs prononcé dans ce sens dans un arrêt du 4 mars 2002³⁵⁶⁶ relatif à un enfant adopté. Il a estimé que l'enfant adopté devenu majeur dispose du droit de connaître ses parents biologiques, et partant, de consulter les indications masquées du registre d'état civil, indépendamment de toute pesée des intérêts opposés. Ainsi, « *l'enfant adopté ne saurait être traité différemment de l'enfant issu d'une procréation médicalement assistée [et possède] un droit fondamental inaliénable et imprescriptible* »³⁵⁶⁷. La solution est actuellement codifiée à l'article 268 c CCS résultant de la loi fédérale du 22 juin 2001³⁵⁶⁸. Enfin, dans un arrêt du 28 février 2008³⁵⁶⁹, le Tribunal fédéral a admis que le droit de connaître son origine relève de la vie privée et s'applique à l'enfant né pendant le mariage. Ainsi, la levée de l'anonymat en matière de procréation assistée et l'affirmation d'un droit d'accès aux données relatives à son ascendance n'est pas anodine ; son champ d'application peut difficilement être limité à une catégorie d'enfant.

496. La nécessaire circonscription des débiteurs du droit à la connaissance de ses origines – Une seconde difficulté est liée aux débiteurs de ce droit. Il existe, en droit suisse, deux types de droits

³⁵⁶¹ « Procréation médicalement assistée et génie génétique dans le domaine humain ».

³⁵⁶² LEUBA A., MEIER P., SANDOZ S., « Quelle famille pour le XXI^e siècle ? », in *Rapports suisses présentés au XVI^e Congrès international de droit comparé de Brisbane*, Zurich, Bâle, Genève, Schulthess, 2002, p. 167.

³⁵⁶³ MANDOFIA BERNEY M., GUILLOD O., « Liberté personnelle et procréation assistée : quelques réflexions », *RSJ*, 1993, n° 12, pp. 205-214.

³⁵⁶⁴ Cette inégalité de traitement pourrait éventuellement être justifiée par le fait qu'en principe la connaissance du donneur ne peut pas aboutir à un lien de filiation.

³⁵⁶⁵ « *Toute personne a accès aux données relatives à son ascendance* ».

³⁵⁶⁶ ATF 128 I 63.

³⁵⁶⁷ MEIER P., STETTLER M., *Droit de la filiation*, Zurich, Schulthess, 2014, p. 245.

³⁵⁶⁸ Loi fédérale relative à la Convention de La Haye sur l'adoption et aux mesures de protection de l'enfant en cas d'adoption internationale du 22 juin 2001, Entrée en vigueur au 1^{er} janvier 2003, RS 211.221.31, RO 2002 3988.

³⁵⁶⁹ ATF 134 III 241.

constitutionnels : ceux qui produisent à la fois un effet vertical et horizontal et ceux qui ne produisent qu'un effet vertical. La question s'est donc posée de savoir si le droit à l'accès aux données relatives à son ascendance valait uniquement à l'encontre de l'État ou également à l'encontre des particuliers. Ce point concerne notamment les enfants adultérins ou nés d'une mère célibataire, dans la mesure où, contrairement aux enfants issus d'une PMA, tout enregistrement fait défaut et seuls les particuliers sont donc détenteurs des informations. Mais la question pourrait également se poser pour l'enfant issu d'une procréation assistée. En effet, bien que cet enfant possède un droit à la connaissance de l'identité du donneur, ses parents n'ont aucune obligation légale de lui révéler la particularité de sa conception. Dès lors, on pourrait imaginer que l'enfant qui se rendrait compte fortuitement de ses origines différentes pourrait reprocher à ses parents de lui avoir interdit l'accès à ses origines et cherche à engager leur responsabilité.

La doctrine est divisée sur l'existence d'un effet horizontal. Certains auteurs estiment qu'« *un effet direct en droit privé (...) paraît aller bien au-delà de la volonté du législateur et avoir des conséquences qui le rendent inacceptable. Chacun pourrait en effet le faire valoir envers n'importe quel tiers* ». Une telle solution présenterait un double inconvénient : d'une part elle porterait « *un rude coup à l'institution de la famille* », d'autre part, « *en pratique, on voit mal comment forcer les mères à dire ce qu'elles veulent cacher et comment punir leur refus de coopérer* »³⁵⁷⁰. Pourtant, une autre partie de la doctrine estime que ce droit ne peut être effectif que s'il produit un effet horizontal. Si la doctrine et la jurisprudence estiment que l'on « *ne saurait l'y contraindre en la menaçant d'un retrait de ses droits parentaux* »³⁵⁷¹, certains auteurs proposent par exemple d'assortir le refus de donner les renseignements de la sanction pénale prévue par l'article 292 CPS en cas d'insoumission à une décision de l'autorité³⁵⁷². Dans une telle hypothèse, le droit à l'intimité de la mère serait largement malmené. Bien qu'elle ait considéré que les droits fondamentaux devaient également être réalisés entre les particuliers³⁵⁷³, « *la jurisprudence n'a pour le moment pas reconnu une obligation de la mère de révéler à l'enfant (...) l'identité du père* »³⁵⁷⁴. Il résulte de l'ensemble de ces développements que la portée de l'effet horizontal de ce droit reste controversée. Les mesures qui pourraient être prises envers la mère ou le père présumé récalcitrant sont de nature attentatoire à leur propre liberté et il convient de rester vigilant sur l'équilibre à établir entre les intérêts en présence.

497. Le droit à la connaissance de sa descendance ? – Enfin, une troisième difficulté concerne l'éventuelle reconnaissance d'un droit à la connaissance de sa descendance qui constituerait le corollaire du droit à la connaissance de son ascendance. Si un tel droit n'est pas reconnu dans le domaine de la PMA, la question se pose actuellement avec acuité dans le domaine de l'adoption. En effet, l'avant-projet de réforme du droit de l'adoption envisage de permettre la transmission de l'identité de l'enfant adopté aux parents biologiques, sous réserve que l'enfant majeur ou capable de discernement y consente. Les parents

³⁵⁷⁰ MANDOFIA BERNEY M., GUILLOD O., « Liberté personnelle et procréation assistée : quelques réflexions », *RSJ*, 1993, n° 12, p. 211.

³⁵⁷¹ LEUBA A., MEIER P., SANDOZ S., « Quelle famille pour le XXI^e siècle ? », in *Rapports suisses présentés au XVI^e Congrès international de droit comparé de Brisbane*, Zurich, Bâle, Genève, Schulthess, 2002, p. 167.

³⁵⁷² DE VRIES REILINGH J., « Le droit fondamental de l'enfant à connaître son ascendance », *PJA*, 2003, n° 4, p. 371.

³⁵⁷³ ATF 134 III 241.

³⁵⁷⁴ GUILLOD O., *Droit des familles*, Bâle, Les abrégés, Unine, Helbing & Lichtenhahn, 2014, p. 300.

adoptifs doivent également consentir si l'enfant est mineur³⁵⁷⁵. Ils pourraient en revanche accéder aux informations non identifiantes sans que le consentement de l'adopté soit requis et quel que soit l'âge de ce dernier, la seule réserve tenant à l'absence d'atteinte aux intérêts de l'enfant³⁵⁷⁶. L'avant-projet marque donc un assouplissement de la législation ainsi qu'un changement dans la perception de l'adoption. Alors que traditionnellement le secret de l'adoption plénière, seule pratiquée en Suisse, était central dans la mesure où l'« *on craignait à l'époque que les contacts entre les parents biologiques et les enfants et ses parents adoptifs compromettent ou entravent la réussite sociale de l'adoption* »³⁵⁷⁷, les perceptions ont aujourd'hui évolué. Cela explique qu'en exécution de la motion FEHR³⁵⁷⁸ et en réponse aux sollicitations d'une partie de la doctrine³⁵⁷⁹, le choix a été fait « *d'intégrer les droits de la personnalité des parents biologiques dans la pesée des intérêts* »³⁵⁸⁰. Le rapport explicatif souligne que contrairement à celui de l'enfant, le droit des parents biologiques n'est que conditionnel. Il l'explique par l'intérêt supérieur de l'enfant et la consécration constitutionnelle d'un droit en sa faveur³⁵⁸¹. L'avant-projet renforce les adoptions ouvertes et semi-ouvertes³⁵⁸². Le projet de révision qui vient d'être dévoilé confirme la volonté d'assouplir le secret de l'adoption. Il prévoit que « *les parents qui ont donné leur enfant à l'adoption et leurs descendants directs pourront obtenir des informations sur l'identité d'adoption de l'enfant une fois celui-ci devenu majeur et s'il y a consenti* »³⁵⁸³. Il ajoute que « *les parents adoptifs et les parents biologiques pourront convenir que ces derniers ont le droit d'entretenir des relations personnelles avec l'enfant adopté* »³⁵⁸⁴.

498. L'ouverture vers une « autonomisation » de la notion d'identité – Le droit à la connaissance de ses origines, qu'il concerne les enfants issus d'une AMP ou non peut contribuer à révéler au grand jour une éventuelle distorsion entre liens génétiques et liens juridiques. Dans la filiation charnelle, la connaissance du nom du géniteur peut permettre d'agir en recherche de paternité. Dans la filiation par AMP, la suppression de la barrière de l'anonymat rend le donneur directement accessible. Bien que celui-ci soit protégé par le droit contre une action en justice dans chacun des pays, certains auteurs n'hésitent pas à

³⁵⁷⁵ Art. 268 b. al. 1 et al. 2 de l'avant projet, Disponible sur :

<https://www.bj.admin.ch/content/dam/data/gesellschaft/gesetzgebung/adoptionsrecht/vorentw-f.pdf>, Consulté le 25 juin 2014.

³⁵⁷⁶ *Ibid.*, Art. 268 b al. 3.

³⁵⁷⁷ Rapport explicatif relatif à l'avant-projet de modification du Code civil (Droit de l'adoption), p. 29, Disponible sur : http://www.admin.ch/ch/f/gg/pc/documents/2365/CC_Adoption_Rapport-expl_fr.pdf, Consulté le 2 septembre 2014.

³⁵⁷⁸ Motion de Jacqueline FEHR, Secret de l'adoption, Déposée au Conseil national, 9 décembre 2009, n° 09.4107 : « *Le Conseil fédéral est chargé de soumettre au Parlement une modification de la disposition du Code civil sur le secret de l'adoption prévoyant que les parents biologiques d'un enfant ayant été adopté auront le droit, lorsque l'enfant aura atteint sa majorité, d'apprendre son identité, pour autant qu'il y consente* ». Elle visait notamment à tenir compte du fait que « *jusqu'en 1982, de nombreuses femmes ont été placées dans des établissements (notamment pénitentiaires) dans un but "éducatif", sur la base de simples décisions administratives et sans l'intervention d'un juge. Le sort de ces jeunes femmes a, depuis, fait l'objet de recherches qui nous invitent à rouvrir ce dossier. Une grossesse hors mariage suffisait souvent à faire placer une femme. Sous les pressions de la direction de l'établissement où elles étaient placées, nombre de ces femmes ont alors remis leur enfant en vue d'une adoption. La plupart d'entre elles n'ont ensuite plus jamais revu leur enfant et elles ne connaissent ni son identité ni le lieu où il se trouve. Pour ces femmes, cette situation est difficile à supporter* ». Cette motion reprend quasiment à l'identique la motion de Rosmarie ZAPFL, Secret de l'adoption, Déposée au Conseil national, 15 juin 2006, n° 06.3268.

³⁵⁷⁹ Voir les références citées par : rapport explicatif relatif à l'avant-projet de modification du Code civil (Droit de l'adoption), p. 30, Disponible sur : http://www.admin.ch/ch/f/gg/pc/documents/2365/CC_Adoption_Rapport-expl_fr.pdf, Consulté le 2 septembre 2014.

³⁵⁸⁰ *Ibid.*

³⁵⁸¹ *Ibid.*

³⁵⁸² *Ibid.*, pp. 30-31.

³⁵⁸³ Message concernant la modification du Code civil (Droit de l'adoption), p. 2, Disponible sur :

<https://www.bj.admin.ch/dam/data/bj/gesellschaft/gesetzgebung/adoptionsrecht/bot-f.pdf>, Consulté le 10 décembre 2014.

³⁵⁸⁴ *Ibid.*, p. 3.

souligner que « *le risque, certes mineur, est qu'à terme, de débiteur d'informations « identifiantes », le donneur ne devienne débiteur d'aliments. Selon le Professeur Jean HAUSER, « derrière le droit de l'enfant à connaître ses origines se dessine l'épineuse question de son droit à succéder »* »³⁵⁸⁵. Cette remarque montre clairement la nécessité de distinguer plus clairement les fondements de chaque type de filiation. En effet, une filiation instituée juridiquement sur un engagement apparaît nettement plus solide face à la vérité biologique qu'une filiation fondée sur le modèle de la procréation charnelle.

Il convient dès lors de bien préciser ce que fait le donneur dans le cadre de l'AMP. La distinction posée par I. THÉRY entre le donneur qui « *procrée* » et les membres du couple qui « *engendrent* » grâce au « *don d'engendrement* » paraît adéquate pour traduire la réalité de l'opération d'AMP. Il semble toutefois nécessaire de fonder juridiquement cette proposition. L'opération peut correspondre à un acte de « *disposition juridique corporelle* »³⁵⁸⁶. Analysant cette opération, dans le domaine du don de gamètes, S. PRIEUR souligne qu'il s'agit d'un « *acte grave par essence en ce qu'il transmet à l'enfant une partie de la personnalité et de l'information génétique du « donneur »* »³⁵⁸⁷. Il analyse cet acte comme « *un acte juridique constitutif d'une autorisation portant sur une utilisation, exclusive de tout acte translatif de propriété* »³⁵⁸⁸. Il envisage ensuite la maternité de substitution comme le fait de mettre à disposition d'autrui sa capacité gestationnelle en transmettant, selon les hypothèses, à l'enfant son patrimoine génétique³⁵⁸⁹. Cet auteur réalise par ailleurs une distinction qui nous semble fondamentale, même s'il n'en tire pas toutes les conséquences. Il insiste, en effet, sur le fait que le don de gamètes est « *un acte de disposition non seulement dans cet aspect translatif, mais également dans un aspect renonciatif : par son geste, le donneur renonce à ses droits* »³⁵⁹⁰. Il est vrai qu'en principe, il ne devrait pas pouvoir y renoncer du fait de l'indisponibilité de l'état des personnes. Toutefois, dans le don de gamètes cette possibilité résulte de la loi, si bien que la personne ne dispose pas de son état. En cas d'ouverture de la MPA, elle devrait être expressément prévue et encadrée afin de protéger le caractère libre et éclairé du consentement. Il nous semble d'ailleurs que, dans le domaine du don de gamètes, il pourrait être utile d'insister davantage sur cet aspect en distinguant clairement le consentement à l'utilisation des gamètes de l'information relative aux effets que la loi attache au don, à savoir la renonciation à la filiation. Un document écrit et séparé sur ce point pourrait permettre d'insister sur la gravité de l'acte. La dernière partie de l'opération réside dans l'établissement de la filiation à l'égard du couple qui « *engendre* » l'enfant et a d'ores et déjà été décrite. Ces précisions quant à l'opération juridique montrent qu'il est possible de dissocier filiation et origines dans le cadre du don de gamètes.

Mais, on l'a vu, le droit à la connaissance de ses origines peut difficilement être limité à une catégorie particulière d'enfants et la difficulté réside alors dans les risques relatifs à la stabilité du lien de filiation. Le droit suisse témoigne clairement de la possibilité de faire cohabiter vérité biologique et vérité génétique. En effet, dans son arrêt du 28 février 2008, le Tribunal fédéral a admis que « *l'enfant qui souhaite*

³⁵⁸⁵ BERNAND Y., « La place du tiers géniteur », *Dr. fam.*, 2013, n° 7, Dossier 26, § 20.

³⁵⁸⁶ PRIEUR S., *La disposition par l'individu de son corps*, Bordeaux, Collection thèses, LEH, 1999, p. 140.

³⁵⁸⁷ *Ibid.*, p. 155.

³⁵⁸⁸ *Ibid.*

³⁵⁸⁹ *Ibid.*

³⁵⁸⁹ *Ibid.*

³⁵⁸⁹ *Ibid.*, p. 183.

³⁵⁹⁰ *Ibid.*, p. 155.

connaître ses origines mais qui ne peut plus intenter l'action en désaveu parce que celle-ci est périmée (...), peut tirer de l'article 28 CCS (protection de la personnalité) le droit d'intenter une action en constatation de son ascendance »³⁵⁹¹. La reconnaissance d'une action *sui generis* en connaissance de ses origines montre que, même au-delà du don de gamètes, liens biologiques et liens juridiques peuvent devenir complémentaires au service de l'identité personnelle. Le terme d'accès aux origines « personnelles » et non familiales tel qu'il est utilisé en France témoigne d'ailleurs bien de cette idée. Il s'agit d'accepter le témoignage particulièrement bien exprimé par certains enfants issus d'un don de gamètes selon lequel « *il est vain de chercher à opposer ces deux faces de [leur] origine ou à les hiérarchiser* » ; il est possible d'être « *à la fois le fils ou la fille de [leurs] parents (...) et le produit d'une autre part d'origine qu' [ils] souhaitent connaître* »³⁵⁹². Cette dissociation entre connaissance des origines et filiation apparaît d'autant plus intéressante qu'elle semblerait pouvoir trouver un appui dans la jurisprudence de la CEDH, dont nous avons souligné qu'elle n'impliquait pas nécessairement une « biologisation » du lien de filiation. Dans un jugement de la II^e Cour civile du Tribunal cantonal du Canton de Neuchâtel du 16 mars 2001, il a été retenu que « *l'action en paternité que le demandeur aurait pu introduire dix à treize ans plus tôt est tardive et par conséquent irrecevable. Le droit de connaître ses origines n'implique pas celui de voir aboutir une action en recherche de paternité avec effets d'état civil et vocation successorale indépendamment de toute limite temporelle. La connaissance des origines du demandeur est établie par le résultat de l'expertise judiciaire qui corrobore celui de l'expertise privée, de sorte qu'en l'occurrence l'article 8 CEDH ne fait pas obstacle à l'irrecevabilité de l'action* »³⁵⁹³. La CEDH, même si elle ne s'est pas directement prononcée sur la question, ne semble absolument pas hostile à une telle dissociation. Elle a en effet retenu, dans l'affaire Kautzor, que le point de savoir si le père biologique devait pouvoir clarifier les origines génétiques de l'enfant indépendamment de toute modification de son statut relève de la marge d'appréciation des États³⁵⁹⁴. Elle avait au préalable souligné qu'aucun des vingt-six États dont la législation a été examinée ne prévoit une telle procédure³⁵⁹⁵. Il convient désormais de se demander comment de telles considérations pourraient s'intégrer en droit français.

B. Les limites à l'importation d'un modèle étranger

499. Les limites du modèle du don du sang ont été mises en lumière et il apparaît nécessaire de réfléchir aux outils qui pourraient être utilisés en droit français pour favoriser l'implantation du droit de l'enfant à la connaissance de ses origines (1). Il apparaîtra néanmoins nécessaire d'être réaliste en rappelant les résistances à l'évolution du modèle (2).

³⁵⁹¹ GUILLOD O., *Droit des familles*, Bâle, Les abrégés, Unine, Helbing & Lichtenhahn, 2014, p. 248.

³⁵⁹² KERMALVEZEN-FORNIS A. : AN, Commission spéciale chargée d'examiner le projet de loi relatif à la bioéthique, Compte rendu n° 3, 15 décembre 2010, p. 28 et p. 29.

³⁵⁹³ II^e cour civile du tribunal cantonal de Neuchâtel, 16 mars 2011, *RM4*, 2011, n° 5, 424.

³⁵⁹⁴ CEDH, Cinquième section, Kautzor contre Allemagne, 22 mars 2012, n° 23338/09, § 79.

³⁵⁹⁵ *Ibid.*, § 39, c'est à notre sens oublier la situation de la Suisse.

1. Les fondements potentiels de la consécration d'un droit à la connaissance de ses origines

500. En France, un embryon de droit à la connaissance de ses origines a été reconnu avec la création du CNAOP. La loi favorisait ainsi la distinction entre origines et filiation. Néanmoins, la loi ratifiant l'ordonnance de 2005, en ouvrant l'action en recherche de maternité en cas d'accouchement sous X, en se fondant sur l'argument à notre sens peu pertinent du risque d'une condamnation pour discrimination par le CEDH du fait de l'ouverture de l'action en recherche de paternité, a porté atteinte à la distinction posée. Il convient dès lors de réfléchir aux vecteurs d'intégration, en droit français, d'un droit à la connaissance de ses origines qui serait distinct du lien de filiation.

501. La liberté personnelle et les droits de la personnalité : un fondement adéquat – La réflexion suisse qui a lieu depuis plusieurs années sur le droit à la connaissance de ses origines peut être un outil intéressant pour penser la restructuration du droit français. En effet, elle montre que le droit à la connaissance de ses origines découle en droit public de la notion de liberté personnelle et en droit privé des droits de la personnalité. Il convient dès lors de s'interroger sur la potentialité de ces outils à accueillir un droit à la connaissance de ses origines.

Il a été démontré que le juge constitutionnel, malgré plusieurs occasions, a refusé de consacrer un droit à la connaissance de ses origines. Néanmoins, l'importance de la protection conventionnelle de l'identité a permis d'entrevoir l'intérêt de bénéficier d'un standard équivalent et invite à ne pas rester en retrait quant à la prise en compte de la notion d'identité. Le Conseil semble avoir ouvert la voie à une possible évolution des conceptions relatives au secret dans sa décision 2013-669 DC. Il y retient en effet que *« la liberté proclamée par l'article 2 de la Déclaration de 1789 implique le respect de la vie privée ; que toutefois, aucune exigence constitutionnelle n'impose ni que le caractère adoptif de la filiation soit dissimulé ni que les liens de parenté établis par la filiation adoptive imitent ceux de la filiation biologique ; que par suite, le grief tiré de ce que la possibilité d'une adoption par deux personnes de même sexe porterait atteinte au principe d'égalité et au droit à la protection de la vie privée doit être écarté »*³⁵⁹⁶. Tout en étant conscient du fait que l'absence de mobilisation de la protection constitutionnelle de la personnalité par le Conseil est réfléchie et délibérée, il semble intéressant d'étudier les potentialités du concept de liberté personnelle à la lumière du droit suisse. Il n'est pas question de développer l'histoire de l'apparition du concept de liberté personnelle dans la jurisprudence constitutionnelle, déjà évoquée à l'occasion de l'étude de la liberté corporelle³⁵⁹⁷. Néanmoins, il est possible de souligner que l'apparition de ce concept a conduit la doctrine à réfléchir à son champ matériel. Procédant à une comparaison de diverses jurisprudences constitutionnelles, X. BIOY, après avoir rappelé la définition de B. MATHIEU selon laquelle la liberté personnelle *« est le droit de ne pas subir de contraintes excessives »*, souligne que *« la liberté personnelle entend protéger les choix et l'identité personnelle en les préservant, dans une certaine mesure des concessions à faire à la vie sociale »*³⁵⁹⁸. Il intègre l'accès aux origines biologiques dans les

³⁵⁹⁶ Conseil constitutionnel, Décision n° 2013-669 DC, 17 mai 2013, Loi ouvrant le mariage aux couples de même sexe, Consid. 51.

³⁵⁹⁷ Voir *supra* § 189 et s.

³⁵⁹⁸ BIOY X., « Le libre développement de la personnalité en droit constitutionnel essai de comparaison (Allemagne, Espagne, France, Italie, Suisse), RIDC, 2003, Vol. 55, n° 1, p. 137.

composantes de la liberté personnelle³⁵⁹⁹. De même, A. PENA-SOLER, recherchant une approche conceptuelle de la liberté personnelle, relève que « *la connaissance de ses origines biologiques constitue un élément fondamental de la prise de conscience par la personne de son identité nécessaire à son plein épanouissement et pourrait être également abordée sous l'angle de la liberté personnelle* »³⁶⁰⁰. Le concept de liberté personnelle est intéressant dans la mesure où il favorise « *l'élaboration d'un bloc de libertés rattachées en son sein* »³⁶⁰¹. Plus particulièrement, il peut s'agir d'un outil permettant au Conseil « *de dégager un catalogue de principes protecteurs des droits et libertés qui ne souffre pas de la comparaison avec la Convention européenne des droits de l'homme* »³⁶⁰². Le droit suisse montre tout l'intérêt de bénéficier d'une notion faisant écho à la jurisprudence de la CEDH. Les risques d'une hypertrophie du champ matériel de la liberté personnelle semblent d'ailleurs avoir été évités, d'autant que l'article 36 permet de restreindre utilement ce droit fondamental.

Au-delà de la liberté personnelle, il a parfois été souligné que le droit à l'identité pourrait trouver son fondement dans l'alinéa 10 du préambule de la Constitution de 1946³⁶⁰³ ou dans le principe de dignité de la personne. Ainsi, D. GUTMAN considère que l'« *on pourrait alléguer qu'il est contraire à la dignité humaine de cantonner quelqu'un dans l'ignorance d'une information sur soi-même que d'autres connaissent* »³⁶⁰⁴. Cette position est réfutée par J.-B. MBOUTOU ZEH qui relève que « *la dignité de l'enfant (...) n'est pas la seule qu'il incombe au droit de respecter* », si bien qu'il peut exister des conflits de droits³⁶⁰⁵. Il exclut également la qualification de droit de la personnalité au motif d'une part que le « *raisonnement en termes de droit subjectif pêche pour la simple raison qu'au droit de l'enfant s'opposerait celui de la mère* »³⁶⁰⁶ et d'autre part du fait des difficultés liées aux limites de la quête³⁶⁰⁷. Il conclut que « *la détermination de l'étendue du droit à la connaissance des origines résiste à l'appréhension strictement juridique des droits de la personnalité et du respect de la dignité* »³⁶⁰⁸.

L'analyse du droit suisse montre clairement qu'une analyse juridique est possible, à condition toutefois de penser un mécanisme permettant d'assurer la conciliation entre les différents droits reconnus et de garantir la prévisibilité des solutions. Le droit privé suisse offre un tel mécanisme à l'article 28 al. 2 CCS qui dispose qu'une atteinte à la personnalité « *est illicite, à moins qu'elle ne soit justifiée par le consentement de la victime, par un intérêt prépondérant privé ou public, ou par la loi* ». Il permet dès lors de faire écho à la méthode de raisonnement de la Cour européenne des droits de l'homme découlant de l'article 8 § 2 CESDH. Il est vrai, comme le relève M. PICHARD à propos du droit au respect de la vie privée, qu'il n'existe pas en droit privé français de disposition prévoyant expressément les modalités de conciliation entre les droits en

³⁵⁹⁹ *Ibid.*, p. 140.

³⁶⁰⁰ PENA-SOLER A., « À la recherche de la liberté personnelle désespérément... », in *Renouveau du droit constitutionnel. Mélanges en l'honneur de Louis FAVOREU*, Paris, Dalloz, 2007, p. 1702.

³⁶⁰¹ PARIENTE A., « La liberté personnelle dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », in *La Constitution et les valeurs, Mélanges en l'honneur de Dmitri Georges LAVROFF*, Paris, Études mélanges, Dalloz, 2005, p. 278.

³⁶⁰² GENEVOIS B., « Le Conseil constitutionnel et les principes », in CAUDAL S. (Dir.), *Les principes en droit*, Paris, Études juridiques, Economica, 2008, p. 366.

³⁶⁰³ BIOY X., « L'identité de la personne devant le Conseil constitutionnel », *RFDC*, 2006, n° 65, p. 95.

³⁶⁰⁴ GUTMAN D., *Le sentiment d'identité*, Paris, LGDJ, 2000, p. 44.

³⁶⁰⁵ MBOUTOU ZEH J.-B., *Les incidences de la science médicale sur la filiation en droit français*, Paris VIII, Thèse en droit privé, 2003, p. 360.

³⁶⁰⁶ *Ibid.*, p. 357.

³⁶⁰⁷ *Ibid.*, p. 358.

³⁶⁰⁸ *Ibid.*, p. 360.

présence³⁶⁰⁹. Néanmoins, cet auteur relève qu'il est possible d'identifier une convergence timide des méthodes. Il s'appuie sur des jurisprudences de 2003³⁶¹⁰ dans lesquelles « *la nécessité de moduler les solutions en fonction de la concurrence d'autres éléments du système juridique qu'ils soient de nature objective est posée explicitement* »³⁶¹¹. La convergence des méthodes continue de s'exprimer, puisque récemment la Cour de cassation a rendu un arrêt³⁶¹², au seul visa de l'article 8, écartant dans une affaire l'application de l'article 161 CC et reprenant à bas mot³⁶¹³ la méthode de la pesée des intérêts en présence. La doctrine s'est toutefois montrée relativement critique en soulignant notamment que la Cour de cassation sort de son rôle. Comme le souligne M. PICHARD, s'il existe bien des risques liés à la reconnaissance de droits relativement indéterminés et soumis à une forte concurrence, ces inconvénients peuvent être limités par une motivation soignée³⁶¹⁴ et par le système de la cassation sans renvoi³⁶¹⁵.

2. Les résistances non négligeables à l'évolution du modèle

502. Bien que nous préconisons l'abandon du modèle du don de gamètes fondé sur le don du sang au profit de la reconnaissance d'un droit à la connaissance de ses origines, précisons qu'il existe en France des résistances importantes à l'évolution du modèle. Ces résistances semblent être de six ordres. Elles ont d'ores et déjà pu être évoquées dans les développements précédents et nous nous contenterons de les rappeler afin de mettre en avant les spécificités du droit français, susceptibles de les expliquer.

503. L'absence de « clause générale » de protection de la personnalité – D'abord, il va de soi que le concept suisse de liberté personnelle et son pendant en droit privé, la « clause générale » de protection de la personnalité, ont pu permettre de faciliter la reconnaissance de droits dans des secteurs en particulière évolution³⁶¹⁶. Cette reconnaissance est d'autant plus aisée en droit suisse qu'il existe tant en droit privé qu'en droit public des mécanismes de restriction textuellement prévus.

504. Une conception différente du rôle du juge – Un second facteur d'explication pourrait être trouvé dans des conceptions différentes du rôle du juge dans la mesure où le droit français s'est montré

³⁶⁰⁹ PICHARD M., *Le droit à, Étude de législation française*, Paris, Recherches juridiques, Economica, 2006, p. 320.

³⁶¹⁰ Cass. civ. 1^{re}, 23 avril 2003, n° 01.01.851 : *Bull. civ.*, 2003, I, n° 98 : la Cour considère que la cour d'appel a « justifié l'équilibre qu'elle expose avoir recherché, à travers les sanctions prononcées, entre la liberté de l'information et le droit de chacun au respect de sa vie privée et familiale » et n° 00-207.40 ; Cass. civ. 1^{re}, 24 avril 2003, n° 01.01.186 : *Bull. civ.*, 2003, II, n° 114.

³⁶¹¹ PICHARD M., *Le droit à, Étude de législation française*, Paris, Recherches juridiques, Economica, 2006, p. 320 et s.

³⁶¹² Cass. civ. 1^{re}, 4 décembre 2013, n° 12.26.066 : *D.*, 2014, 179, Note critique CHÉNEDÉ F. ; *RTD civ.*, 2014, 88, Obs. HAUSER J. ; *D.*, 2014, 153, Note FULCHIRON H. ; *AJ famille*, 2014, 124, Obs. THOURET S.

³⁶¹³ Comme le relève H. FULCHIRON, « la Cour de cassation reprend la méthode de raisonnement utilisée par la CEDH, c'est-à-dire la pesée des intérêts en présence, intérêts individuels et intérêt collectif. À vrai dire, la Cour de cassation ne se livre à cet exercice que de façon indirecte à travers un long exposé des motivations de l'arrêt d'appel. (...) La Cour de cassation semble cependant hésiter à franchir le pas. Sa décision conserve une construction classique qui suppose que l'interprète induise du syllogisme posé les raisons de la décision prise, et donc qu'il reconstitue le raisonnement du juge dont n'apparaît que la structure formelle, alors qu'un raisonnement au regard de l'article 8 supposerait que la mise en balance des intérêts en présence soit faite de façon explicite » : FULCHIRON H., « La Cour de cassation, juge des droits de l'homme ? », *D.*, 2014, n° 3, p. 153.

³⁶¹⁴ PICHARD M., *Le droit à, Étude de législation française*, Paris, Recherches juridiques, Economica, 2006, p. 326 et s.

³⁶¹⁵ *Ibid.*, p. 345 et s.

³⁶¹⁶ WERRO, « La définition des biens de la personnalité : une prérogative du juge », in GAUCH P., WERRO F., ZUFFEREY J.-B. (Dir.), *La protection de la personnalité : bilan et perspectives d'un nouveau droit : contributions en l'honneur de Pierre Tercier*, Fribourg, Éditions universitaires de Fribourg, 1993, p. 16 ; STEINAUER P.-H., FOUNTOULAKIS C., *Droit des personnes physiques et de la protection de l'adulte*, Berne, Stämpfli, 2014, p. 179.

historiquement nettement plus hostile au pouvoir créateur du juge que le droit suisse. La doctrine souligne régulièrement le risque d'arbitraire lié à la conciliation par le juge des droits et intérêts en présence.

505. Des méthodes de raisonnement différentes – Il faut ajouter que la méthode de raisonnement de la Cour de cassation fondée sur le syllogisme, la distinction du droit et du fait ainsi que la motivation succincte des arrêts de la Cour de cassation (comparée aux arrêts du Tribunal fédéral) pourraient constituer des éléments décisifs d'explication. L'analyse de F. DEKEUWER-DÉFOSSEZ met d'ailleurs particulièrement bien en lumière ces variations de méthodes lorsqu'elle met en parallèle le droit français issu de l'ordonnance de 2005 et la jurisprudence de la CEDH. Elle relève notamment que « *la prise en considération de la situation concrète de chaque plaideur est assez différente du système français qui fonctionne sur la base de critères généraux* »³⁶¹⁷ et « *qu'il n'est pas besoin d'épiloguer longuement pour montrer à quel point le système de pensée [de la CEDH] est étranger à la logique du droit français* »³⁶¹⁸.

506. Une culture plus favorable au secret – En outre, il existe en France et en Suisse des conceptions historiques et culturelles différentes du secret. Le droit suisse ne connaît pas l'accouchement sous X et s'est montré rapidement favorable au droit à la connaissance de ses origines. On observe toutefois actuellement des réflexions relatives au secret de l'adoption dans les deux pays.

507. La difficulté à se départir du modèle du don du sang – Par ailleurs, le droit français peine encore à se départir du modèle du don du sang, souvent qualifié de modèle bioéthique à la française. Lors de la révision de 2011, les parlementaires ont d'ailleurs fréquemment souligné les risques d'effondrement de l'éthique française du don en cas de levée de l'anonymat. Bien que nous ne préconisons pas cette solution, une évolution *a minima*, permettant de lever l'anonymat du don dans l'intérêt thérapeutique des enfants issus d'un don largement entendu, pourrait être envisagée.

508. Un lien indéfectible entre examen des empreintes génétiques et action en filiation – Enfin, le lien indéfectible opéré par le Code civil entre accès aux empreintes génétiques et actions en filiation ne favorise pas la dissociation entre origines et filiation. Les débats parlementaires relatifs à la loi bioéthique de 2011 ont mis en avant la large confusion régnant dans l'esprit de nombreux parlementaires entre origines et filiation, ainsi que l'utilisation de l'argument de la « biologisation » de la filiation comme une sorte d'épouvantail permettant de repousser toute évolution du droit fondée sur une complémentarité entre biologique et juridique.

509. Conclusion de la section 2 : le droit comparé au service de la reconstruction du droit de la procréation – La comparaison des droits français et suisse a permis de remettre en cause le postulat selon lequel le droit de la santé exerce une influence déterminante sur le lien de filiation en conduisant à sa « biologisation ». Plus que le droit de la santé, ce sont les objectifs sociétaux ainsi que les règles relatives aux délais de prescription et aux titulaires des actions qui permettent d'orienter la construction juridique

³⁶¹⁷ DEKEUWER-DÉFOSSEZ F., « Les empreintes génétiques devant la CEDH : avis de coup de vent sur l'ordonnance du 4 juillet 2005 », *RLDC*, 2007, n° 38, p. 42.

³⁶¹⁸ *Ibid.*, p. 44.

des liens de filiation. Par exemple, bien que le droit suisse ouvre plus largement l'accès aux empreintes génétiques, la place qu'il accorde à la protection de la filiation dans le mariage le conduit à limiter, davantage que le droit français, la place accordée à la vérité biologique. Il est ainsi possible, tout en reconnaissant l'importance du lien biologique, de ne pas remettre en cause le lien de filiation. La filiation étant une notion juridique, la cohabitation entre connaissance des liens génétiques et stabilité du lien familial peut s'opérer en réalisant une dissociation entre origines et filiation. Ce concept, déjà bien implanté en droit suisse et mis en lumière dans le cadre de l'examen de l'accès aux empreintes génétiques, apparaît particulièrement nécessaire dans le domaine de l'assistance médicale à la procréation. Il permet d'assurer une construction plus cohérente du droit de la filiation, en tenant compte de la dimension identitaire (et non familiale) du don de gamètes. La recherche de cette cohérence passe également par une distinction plus nette entre les modalités juridiques d'établissement de la filiation par AMP et les modalités d'établissement de la filiation charnelle. Cette dissociation nous semble encouragée par les évolutions du droit français du fait de l'ouverture du mariage et de l'adoption aux couples de même sexe. Elles pourraient être utiles au droit suisse, s'il venait à accorder davantage de droits aux personnes homosexuelles. Ainsi, le droit comparé constitue-t-il en quelque sorte un laboratoire au service d'un enrichissement mutuel des réflexions menées dans chacun des droits.

510. Conclusion du chapitre 2 : l'utilité d'une reconstruction civiliste du droit de la procréation grâce au droit comparé – L'utilité d'une reconstruction civiliste du droit de la procréation est révélée par notre étude de droit comparé. L'ouverture de l'adoption aux couples de même sexe témoigne des incohérences du modèle originaire de l'AMP avec don de gamètes et conduit à renouveler les réflexions sur le droit de la procréation. Les réflexions sont également renouvelées par les droits fondamentaux qui peuvent être vus comme un vecteur mesuré d'harmonisation des deux droits. L'évolution du droit de la procréation est utile et le droit comparé fournit des pistes de réflexion. Ces dernières peuvent être mobilisées au gré, d'une part, des contraintes externes qui pèsent sur les droits nationaux à la suite d'une condamnation par la CEDH, d'autre part, du renouvellement des conceptions nationales des structures familiales.

511. Conclusion du titre 1 : la limitation du rôle du droit de la santé dans la détermination des liens familiaux – Le droit comparé montre la porosité des frontières du droit de la santé. Les règles relatives à l'accès aux tests génétiques et à l'AMP ont précédemment été qualifiées de droit de la santé du fait de leur participation à la régulation de l'activité médicale. Or, l'étude comparée des législations montre que cette qualification apparaît largement artificielle. En effet, ces règles poursuivent comme finalité première l'institutionnalisation et la structuration des liens familiaux. La régulation de l'activité médicale constitue une finalité secondaire. Comme le souligne P. MURAT, « *ce qui est premier, c'est l'objectif principal poursuivi par telle ou telle disposition* »³⁶¹⁹. Lorsqu'un droit technique, « *non civil de la famille* », « *intervie[nt] ouvertement dans un objectif familial, (...) la famille reste le centre d'intérêt du législateur* » et c'est en réalité « *de droit de*

³⁶¹⁹ MURAT P., « Le lien familial hors du droit civil de la famille : brèves remarques de synthèse », in MARIA I., FARGE M. (Dir.), *Le lien familial hors du droit civil de la famille*, Paris, Colloques & essais, Lextenso-Fondation Varenne, 2014, p. 203.

la famille dont il s'agit »³⁶²⁰. Cela implique de repenser le droit de la procréation afin d'y intégrer ce postulat nécessaire à la cohérence du droit. Le droit comparé peut alors être mis au service de la reconstruction du droit de la procréation. Cette reconstruction implique une subordination du droit de la santé aux mouvements du droit de la famille dès lors qu'il est question de fonder juridiquement les liens familiaux. La fonction du droit de la santé doit être limitée à un rôle technique. Il doit être un outil au service de finalités déterminées par le droit de la famille.

³⁶²⁰ *Ibid.*

TITRE 2 : LE RÔLE COMPLÉMENTAIRE DU DROIT DE LA SANTÉ DANS LA DÉTERMINATION DES DROITS ET DEVOIRS FAMILIAUX

512. L'importance des objectifs poursuivis par les règles de droit – La spécificité de l'acte médical lié à la procréation, lequel poursuit un objectif premier de nature familiale, a justifié la limitation du rôle du droit de la santé dans la détermination des liens familiaux. Le droit de la santé peut en revanche exercer un rôle plus important lorsqu'il est question de déterminer les droits et devoirs familiaux. En effet, dans ce cadre, il ne poursuit pas une finalité directement familiale, mais d'autres objectifs. Ces objectifs entretiennent des rapports ambivalents avec le droit de la famille.

Dans certaines hypothèses, les objectifs du droit de la santé et du droit de la famille sont concordants. Il est tout d'abord possible d'identifier une finalité classique de protection de la personne. Cette idée apparaît à plusieurs reprises dans le Code civil. Elle est assignée tant à l'autorité parentale qu'au droit des majeurs protégés. Le droit de la santé s'inscrit dans cette même mouvance, son objectif étant de protéger la santé de la personne, y compris parfois contre elle-même. L'importance accordée à l'autonomie du patient par le droit de la santé trouve également un écho en droit civil. En effet, comme le souligne F. CHÉNEDÉ, « *la protection de la personne, objectif traditionnel du droit des incapacités, doit désormais se concilier avec la préservation de son autonomie, finalité nouvelle du droit des majeurs protégés* »³⁶²¹. Cette double finalité du droit des incapacités est particulièrement mise en exergue par l'article 415 du Code civil qui dispose, depuis la loi du 5 mars 2007³⁶²², que la protection « *a pour finalité l'intérêt de la personne protégée. Elle favorise, dans la mesure du possible, l'autonomie de celle-ci* ». La garantie de l'autonomie et la garantie de la protection de la personne constituent donc des finalités partagées par le droit civil et par le droit de la santé. L'articulation de ces deux champs du droit doit donc être garantie, au service de ces finalités communes.

En revanche, il arrive que les finalités du droit de la santé et du droit de la famille soient divergentes, auquel cas il est nécessaire de rechercher une conciliation entre ces deux branches du droit.

513. Complémentarité du droit de la santé et du droit de la famille – Ainsi, afin de garantir la cohérence du droit, il semble utile que le droit de la santé exerce un rôle complémentaire. Cela signifie que le droit de la santé et le droit de la famille doivent se compléter. Pour ce faire, ces deux branches du droit peuvent être articulées autour d'une théorie générale construite grâce au droit comparé (Chapitre 1), laquelle connaît toutefois certains aménagements (Chapitre 2) du fait des divergences de finalités entre les deux branches du droit étudiées.

³⁶²¹ CHÉNEDÉ F., « Protection et autonomie des personnes vulnérables – entre droit des incapacités et droits de l'incapable », in FULCHIRON H. (Dir.), *Les solidarités entre générations*, Bruxelles, Bruylant, 2013, pp. 993-994.

³⁶²² Loi n° 2007-308 du 5 mars 2007 réformant la protection juridique des majeurs, *JORF*, 7 mars 2007, p. 4325.

CHAPITRE 1 : L'ARTICULATION DU DROIT DE LA SANTÉ ET DU DROIT DE LA FAMILLE PAR UNE THÉORIE GÉNÉRALE CONSTRUITE GRÂCE AU DROIT COMPARÉ

514. L'utilité d'une « théorie générale »³⁶²³ – Une théorie générale serait utile tant pour les mineurs que pour les majeurs protégés.

515. Première utilité : la résolution des difficultés précédemment identifiées – La reconnaissance d'une théorie générale en droit français permettrait en premier lieu de résoudre un certain nombre de difficultés qui sont de deux ordres.

De manière spécifique, il apparaît nécessaire de favoriser une plus grande harmonisation entre le droit de la famille et le droit de la santé sur trois principaux points.

Il s'agirait d'abord d'apporter une réponse à la multiplication des exceptions à l'autorité parentale. En effet, le droit de l'autorité parentale a pu apparaître comme « *dévoré par les exceptions du droit de la santé publique* »³⁶²⁴ et cet affaiblissement s'inscrit en contradiction avec l'évolution, au cœur de la loi 2002-305, tendant à légitimer l'autorité parentale.

Au-delà de cette incohérence, l'encadrement de ces exceptions ne semble pas toujours de nature à apporter une protection suffisante à la personne protégée. Il est possible de critiquer le fait que les exceptions concernent, pour l'essentiel, tous les mineurs sans qu'il ne soit fait mention de leur âge ou de leur discernement. Il en résulte que le mineur pourra accéder à la contraception, à l'interruption volontaire de grossesse et même à tout traitement visant à sauvegarder sa santé, sans qu'il ne soit vérifié s'il est apte à se protéger. Dans les domaines relatifs à la sexualité et plus particulièrement à l'IVG, « *sans doute faut-il comprendre qu'à partir du moment où une mineure (...) est enceinte* » on considère qu'elle est apte³⁶²⁵. Il serait cependant plus opportun de prévoir une prise en compte de l'aptitude du mineur afin qu'il bénéficie d'une protection adaptée. Cette protection semble d'autant plus utile dans le cadre de l'article L 1111-5 du Code de la santé publique dont la portée est relativement large. Certes, dans ces deux dernières hypothèses, il est prévu que le mineur soit accompagné par la personne majeure de son choix. Cependant, comme le relève B. MATHIEU, cela n'est pas sans poser des problèmes de constitutionnalité. Il retient que si « *le principe de l'autorité parentale n'est pas en lui-même un principe constitutionnel, il peut cependant être considéré comme découlant directement de la protection constitutionnelle de la famille affirmée par l'alinéa 10 du préambule de 1946. Or la reconnaissance de la famille et donc de ses prérogatives est axée, dans la jurisprudence constitutionnelle sur la protection de*

³⁶²³ L'idée d'une « *théorie générale* », a été proposée par J. HAUSER dans deux articles : « Le consentement aux soins des majeurs protégés », *LPA*, 19 mars 2002, n° 56, p. 4 ; « Une théorie générale de la protection du sujet vulnérable », *RLDC*, 2011, n° 83, p. 70. Nos propositions s'inspirent de cette idée en la complétant grâce au droit comparé.

³⁶²⁴ GRIDEL J.-P., « L'acte éminemment personnel du mineur », *Gaz. Pal.*, 22 mars 2003, Rec., p. 771.

³⁶²⁵ VIGNEAU D., « L'autonomie du mineur en matière de santé », in LEMOULAND J.-J., *La condition juridique du mineur, Aspects internes et internationaux, Questions d'actualité*, Carré droit, Litec 2004, p. 48.

*l'enfant. Il n'en reste pas moins qu'à partir du moment où est invoquée la protection de la santé de la personne mineure une dérogation au principe de l'autorité parentale peut être admise. Cependant, dans cette hypothèse, la dérogation à l'autorité parentale doit être à même d'assurer la protection de la santé de la personne mineure et la sauvegarde de sa liberté. On peut estimer que tel n'est pas le cas à partir du moment où la personne mineure peut se faire assister de n'importe quelle personne majeure de son choix »*³⁶²⁶.

Enfin, on ne peut manquer de relever un réel phénomène de « *décodification* » puisque le Code de la santé publique contient « *le statut biomédical des mineurs (...), alors pourtant que ce statut relève du droit civil personnel et familial* »³⁶²⁷. Cette dispersion des textes pose des difficultés d'articulation et nuit à la complétude du droit civil. Elle conduit parfois à faire primer « *l'esprit particulariste qui préside trop souvent au droit spécial* »³⁶²⁸ sur la nécessaire protection, notamment en matière de recherche sur le mineur ou encore dans le cadre de l'article L 1111-5³⁶²⁹. Ce même phénomène a pu être identifié à travers l'étude des dispositions applicables aux majeurs protégés.

À ces difficultés spécifiques, s'ajoutent des difficultés d'ordre plus général. Il existe au sein même du droit civil français une certaine incohérence. En effet, face à l'affirmation de l'incapacité générale d'exercice du mineur, les sphères de capacité de ce dernier se sont multipliées. Il apparaît dès lors une certaine « *antinomie (...) entre la théorie générale univoque et la pratique plus nuancée* »³⁶³⁰. En outre, la multiplication d'exceptions éparses et fondées sur des critères différents conduit, selon certains, « *à un maquis inextricable duquel même les professionnels les plus avertis (...) ne se retrouvent même plus* »³⁶³¹. L'ensemble de ces difficultés justifie, selon nous, la recherche d'une théorie générale.

516. Deuxième utilité : les vertus classiques de la théorie générale – Cette recherche s'avère, en second lieu, d'autant plus nécessaire en raison des vertus inhérentes à l'existence d'une théorie générale. D'une part, il convient de noter qu'un effort dans ce sens a été réalisé avec l'adoption de la loi du 5 mars 2007³⁶³² en ce qui concerne le droit des majeurs protégés. La sphère d'autonomie du mineur, au contraire, « *continue à résulter de dispositions éparses, comme auparavant pour le majeur* ». On peut donc « *regretter qu'elle ne soit pas aussi clairement présentée* »³⁶³³. Cela favoriserait une réflexion plus générale autour de « *la protection du sujet vulnérable* »³⁶³⁴.

D'autre part, une théorie générale présente une utilité du fait de sa capacité à se saisir des nouvelles pratiques permettant, ainsi, une certaine adaptation du droit au fait. On peut, dans ce sens, relever qu'en droit suisse de nombreux actes ne font pas l'objet d'une réglementation spécifique au plan fédéral, car les principes relatifs aux actes strictement personnels posés par le Code civil ont permis d'apporter des réponses satisfaisantes. La gradation de la protection en fonction de la capacité de discernement, impliquant indirectement une gradation fondée sur la gravité de l'acte, garantit l'adaptabilité

³⁶²⁶ MATHIEU B., « Les droits des personnes malades », *LPA*, 19 juin 2002, n° 122, p. 17.

³⁶²⁷ FENOUILLET D., « Le droit civil de la famille hors le Code civil », *LPA*, 21 septembre 2005, n° 188, p. 7.

³⁶²⁸ *Ibid.*

³⁶²⁹ Pour des développements sur ces points, voir : *Ibid.*

³⁶³⁰ ROQUE J., « La prémajorité », *Dr. fam.*, 2009, n° 4, Étude 20.

³⁶³¹ SACAIZE A., « La capacité des personnes physiques », *LPA*, 1^{er} juillet 2004, n° 131, p. 55.

³⁶³² Loi n° 2007-308 du 5 mars 2007 portant réforme de la protection juridique des majeurs, *JORF*, 7 mars 2007, p. 4325.

³⁶³³ MORACCHINI-ZEIDENBERG S., « L'acte personnel de la personne vulnérable », *RTD civ.*, 2012, n° 1, p. 23.

³⁶³⁴ HAUSER J., « Une théorie générale de la protection du sujet vulnérable », *RLDC*, 2011, n° 83, p. 70.

de la protection. Certes, en droit français, il existe également un principe général. Il réside dans l'incapacité d'exercice du mineur et de l'exercice des droits du mineur par les titulaires de l'autorité parentale. Cependant, il ne permet pas réellement de concilier autonomie et protection, même si la loi du 4 mars 2002 a permis un certain assouplissement. Il en résulte que l'autonomie du mineur doit être prévue par l'adoption d'une législation spécifique. La multiplication des législations spéciales comporte alors le risque de porter atteinte à la cohérence du droit en multipliant les exceptions et les critères. Le droit de la santé illustre particulièrement bien ce risque conduisant à constater que « *l'insertion dans le Code de la santé publique d'une théorie générale des actes concernant les personnes protégées serait certainement préférable au fouillis actuel où le vocabulaire et les solutions dépendent de la date du texte* »³⁶³⁵.

517. L'articulation du droit de la santé et du droit de la famille par à une théorie générale construite grâce au droit comparé – Le droit suisse, en ce qu'il comporte une théorie générale ancrée de longue date dans le droit civil et relayée par le droit spécial de la santé, pourrait constituer une source de réflexion intéressante pour la cohérence et l'unité du système juridique français. Il est en effet nécessaire de favoriser davantage l'articulation entre ces branches du droit ; le droit de la santé devant, selon nous, constituer une branche spécifique mais non autonome du droit.

Une théorie générale permettrait de déterminer la portée de l'autorité parentale face à l'autonomie de la personne mineure afin d'éviter que l'autorité parentale ne soit ébranlée dans ses fondements par le droit de la santé (Section 1). Pour les majeurs protégés, elle favoriserait la prévisibilité et la cohérence du régime juridique applicable aux actes personnels, tout en garantissant au mieux la protection du majeur face aux prérogatives familiales (Section 2).

³⁶³⁵ HAUSER J., « Une théorie générale de la protection du sujet vulnérable », *RLDC*, 2011, n° 83, p. 70.

SECTION 1 : LA PORTÉE DE L'AUTORITÉ PARENTALE FACE À L'AUTONOMIE DE LA PERSONNE MINEURE

518. Les vertus d'une théorie générale, permettant d'aboutir à une articulation claire et cohérente de l'autorité parentale et de l'autonomie de la personne mineure dans le domaine sanitaire, viennent d'être exposées. L'expérience du droit suisse, lequel est doté de longue date d'une théorie générale, constitue un point d'appui pour reconsidérer cette articulation. Conformément à la méthode comparatiste que nous avons retenue, il ne saurait être question d'importer des concepts étrangers déconnectés de la réalité et de la spécificité du droit français. La constatation d'un rapprochement des deux droits, résultant de l'étude de l'évolution de la législation française et des « formants » jurisprudentiel et doctrinaux, permet toutefois de repenser le droit français à la lumière du droit suisse. Nous verrons dans un premier temps, à travers l'étude de la portée pratique de l'autonomie du mineur, qu'il existe entre les deux droits d'importantes divergences. Ces divergences constituent, selon nous, un obstacle à toute tentative d'unification et d'importation de solutions étrangères (I). En revanche, au vu de la constatation de certaines convergences, il nous semble réaliste d'enrichir les solutions existant en France en mobilisant la « *fonction subversive* » du droit comparé (II).

I. DES DIVERGENCES IRRÉDUCTIBLES QUANT À LA PORTÉE DE L'AUTONOMIE : RÉFUTATION DE LA « FONCTION UNIFICATRICE » DU DROIT COMPARÉ

519. Le titre second de la première partie de cette thèse a permis d'identifier une opposition théorique entre les deux droits en ce qui concerne le critère de base permettant de déterminer si le mineur peut prendre les décisions relatives à sa santé, puis de préciser sa raison d'être. En droit français, le critère de catégorisation répond à la question : la personne est-elle capable ou incapable ? En second lieu, il s'agit de déterminer si l'on doit appliquer le principe, à savoir l'autorité parentale, ou si l'on se situe dans un cas d'exception. En droit suisse, le critère de catégorisation dépend du discernement de la personne. Il s'agira ici de déterminer la portée pratique accordée au consentement du mineur face à l'autorité parentale dans différentes hypothèses. Il n'est toutefois pas question de détailler l'ensemble des cas de figure envisageables puisque cela a déjà été réalisé à diverses reprises³⁶³⁶. Nous étudierons donc, dans un premier temps, la portée accordée au consentement du mineur (A) avant d'envisager la portée de son éventuel refus (B). Les critères n'étant pas les mêmes en droit français et en droit suisse, il apparaît préférable, dans un objectif de clarté, de présenter séparément chacun des pays, puis d'établir une comparaison.

³⁶³⁶ GABRIEL A., *Le mineur : quel acteur de santé ?*, Paris Descartes, Thèse en droit privé, 2011, 542 p. ; BRUNEEL-BAÏSSAS C., *La protection de la santé du mineur*, Lyon 3, Thèse en droit privé, 2007, 449 p. ; TRESCH N., *Le corps de l'enfant*, Strasbourg 3, Thèse en droit privé, 1997, 363 p. ; DUVAL-ARNOULD D., *Le corps de l'enfant sous le regard du droit*, Paris, Bibliothèque de droit privé, Tome 238, LGDJ, 1994, 331 p.

A. La portée pratique du consentement du mineur

520. La portée du consentement du mineur à l'acte médical ne dépend pas des mêmes critères de catégorisation en droit français et en droit suisse. Il en résulte une opposition entre l'efficacité du consentement du mineur suisse (1) et la simple recherche du consentement du mineur français (2).

1. L'efficacité du consentement du mineur capable de discernement en droit suisse

521. L'effectivité du consentement du mineur capable de discernement – En droit suisse, le critère de catégorisation réside dans l'existence ou au contraire l'absence de discernement. La première catégorie correspond à celle du mineur capable de discernement. Ce dernier consent seul à l'acte médical et son consentement revêt une portée contraignante³⁶³⁷. Cette systématique de base prévaut pour l'ensemble des actes médicaux³⁶³⁸, du moins lorsqu'ils présentent un intérêt thérapeutique pour le patient.

Cette solution a notamment été précisée dans un arrêt du 26 octobre 1988³⁶³⁹. Le Tribunal fédéral a été saisi d'un recours de droit public exercé par un citoyen genevois à l'encontre, d'une part des dispositions de la loi cantonale du 6 décembre 1987 concernant les rapports entre membres des professions de la santé et patients et, d'autre part, d'une disposition de la loi cantonale du 7 décembre 1979 sur le régime des personnes atteintes d'affections mentales et sur la surveillance des établissements psychiatriques (LPAAM).

Le recourant contestait la constitutionnalité des articles 5, 6 et 7 LPAAM. Le premier article disposait que « *le consentement [aux mesures diagnostiques et thérapeutiques] est valablement donné par le patient capable de discernement. En l'absence de discernement, le médecin demande l'accord du représentant légal* ». Le deuxième article, relatif aux examens et traitements qui ressortissent à la recherche clinique, exigeait le consentement du représentant légal en sus du consentement du patient. Le troisième prévoyait que la psychochirurgie ne pouvait être pratiquée que si le patient ou son représentant légal y consentait. Le recourant estimait que ces articles conférant au représentant légal le pouvoir de consentir à une intervention médicale sur la personne incapable d'y consentir elle-même étaient incompatibles avec l'ancien article 19 al. 2 du Code civil.

Le Tribunal fédéral indique qu'« *il est généralement admis qu'un patient mineur ou interdit peut consentir seul à un traitement médical qui lui est proposé lorsqu'il est capable de discernement* ». Il souligne que l'article 5

³⁶³⁷ MANAI D., « Les droits du patient adolescent en Suisse », in FEUILLET-LIGER B. (Dir.), *Adolescents et acte médical, approche internationale et pluridisciplinaire*, Bruxelles, Droit bioéthique et société, Bruylant, 2011, p. 259 ; GUILLOD O., *Le consentement éclairé du patient, autodétermination ou paternalisme*, Neuchâtel, Ides et Calendes, 1986, p. 216 ; MANDOFIA-BERNEY M., « Mineur et conflit parental quant au traitement proposé », in BERTRAND D., DUMOULIN J.-F., LA HARPE R., HUMMEL M., *Médecin et droit médical*, Chêne-Bourg, Médecine et hygiène, 2009, p. 120 ; GUILLOD O., MANDOFIA BERNEY M., « Le mineur face au traitement proposé », in LA HARPE R., UMMEL M., DUMOULIN J.-F., *Droit de la santé et médecine légale*, Chêne-Bourg, Médecine et hygiène, 2014, p. 290 et p. 294 ; LÜCKER-BABEL M.-F., ARBEX F., « L'influence des droits de l'enfant sur la pratique médicale », in BERTRAND D., DUMOULIN J.-F., LA HARPE R., HUMMEL M., *Médecin et droit médical*, Chêne-Bourg, Médecine et hygiène, 2009, p. 337.

³⁶³⁸ Voir annexe 10 : les actes médicaux sur le mineur en droit français et en droit suisse.

³⁶³⁹ ATF 114 Ia 350.

respecte parfaitement ce principe. Il émet en revanche une réserve d'interprétation relative à l'article 7. Ce dernier, pour être conforme à la liberté personnelle doit être lu comme habilitant la personne capable de discernement à consentir seule à une mesure de psychochirurgie. Le consentement du représentant légal n'étant exigé que lorsque le patient est incapable de discernement. S'agissant de l'article 6, le Tribunal fédéral admet l'intervention complémentaire du représentant légal qu'il justifie notamment par le fait que « *la nature de telles interventions (examens et traitements qui ressortissent à la recherche clinique), qui peuvent parfois trouver leur justification autant dans l'intérêt de la science que dans l'intérêt thérapeutique du patient, légitime un renforcement de la protection de celui-ci à l'égard du pouvoir médical* ». C'est donc le fait que l'acte soit réalisé dans l'intérêt d'autrui³⁶⁴⁰ qui justifie l'exigence du représentant légal en sus de celui du patient.

Cette position a par la suite été confirmée dans un arrêt du 2 avril 2008³⁶⁴¹. Le Tribunal fédéral y souligne que « *la jurisprudence admet qu'un patient mineur peut consentir seul à un traitement médical qui lui est proposé lorsqu'il est capable de discernement. En effet, le mineur capable de discernement peut exercer seul les droits strictement personnels parmi lesquels figure la faculté de consentir à un acte médical. (...) Le mineur ne sera donc représenté par ses parents que s'il est incapable de discernement* ».

Cette faculté de consentir pour le présent a été étendue au mineur capable de discernement qui peut décider pour l'avenir en adoptant des directives anticipées³⁶⁴². Comme le souligne le message du Conseil fédéral, « *l'auteur des directives n'a pas besoin d'avoir l'exercice des droits civils, car il s'agit en l'occurrence de l'exercice d'un droit strictement personnel* »³⁶⁴³.

Une solution similaire prévaut également en matière d'informations relatives à la santé. Il en résulte d'une part que le mineur capable de discernement reçoit seul les informations relatives à sa santé³⁶⁴⁴ « *de manière adaptée à sa personnalité* »³⁶⁴⁵. Il peut donc décider de garder le secret vis-à-vis de ses parents³⁶⁴⁶. D'autre part, il accède seul à son dossier médical et peut s'opposer à l'accès des titulaires de l'autorité parentale³⁶⁴⁷. Une affaire soumise à la commission genevoise de surveillance des professions de santé illustre parfaitement cette question. En l'espèce, les parents d'un enfant mineur avaient confié la prise en charge psychologique de leur fils à un spécialiste FMH en psychiatrie. Déçus par sa prise en charge, ils demandent l'accès au dossier médical de leur fils. La commission de surveillance retient que « *les mineurs capables de discernement n'ont pas besoin du consentement de leur représentant légal pour exercer leurs droits strictement*

³⁶⁴⁰ De nos jours, les solutions sont données par les articles 22 (pour les projets de recherche sur des enfants) et 23 LRH. Cette question est traitée dans la partie relative aux aménagements de la théorie générale dans l'intérêt thérapeutique d'autrui.

³⁶⁴¹ ATF 134 II 235.

³⁶⁴² Art. 370 du Code civil issu du nouveau droit de la protection de l'adulte : Code civil suisse (Protection de l'adulte, droit des personnes et droit de la filiation), Modification du 19 décembre 2008, RO 2011 725. Antérieurement à la réforme, voir notamment : ASSM, *Droit des patientes et patients à l'autodétermination, Principes médico-éthiques*, 2005, III. Commentaire, p. 9.

³⁶⁴³ Message concernant la révision du Code civil suisse (protection de l'adulte, droit des personnes et droit de la filiation) du 28 juin 2006, FF 2006 6665.

³⁶⁴⁴ DEVAUD C., *L'information en droit médical : étude de droit suisse*, Genève, Bâle, Zurich, Schulthess, 2009, p. 118.

³⁶⁴⁵ MANAI D., « Pouvoir parental et droit médical », *Fampra.ch*, 2002, Vol. 3, n° 2, p. 200.

³⁶⁴⁶ MANAI D., « Les droits du patient adolescent en Suisse », in FEUILLET-LIGER B. (Dir.), *Adolescents et acte médical, approche internationale et pluridisciplinaire*, Bruxelles, Droit bioéthique et société, Bruylant, 2011, p. 276 ; MARTIN J., GUILLIOD O., « Secret médical. Quelle attitude du praticien quand des instances ou personnes extérieures demandent des renseignements à propos d'un patient », *Bulletin des médecins suisses*, 2000, Vol. 81, n° 37, p. 2052 ; LÜCKER-BABEL M.-F., ARBEX F., « L'influence des droits de l'enfant sur la pratique médicale », in BERTRAND D., DUMOULIN J.-F., LA HARPE R., HUMMEL M., *Médecin et droit médical*, Chêne-Bourg, Médecine et hygiène, 2009, p. 338.

³⁶⁴⁷ DUCOR P., « L'accès du patient au dossier médical », in LA HARPE R., UMMEL M., DUMOULIN J.-F., *Droit de la santé et médecine légale*, Chêne-Bourg, Médecine et hygiène, 2014, p. 377.

personnels»³⁶⁴⁸. La capacité de discernement du fils, âgé désormais de 17 ans, est retenue. La plainte des parents n'est donc pas recevable. La commission relève également qu'« *un dossier médical peut contenir plus qu'un simple diagnostic sur l'état de santé du patient, et notamment des éléments qu'un mineur, capable de discernement, peut légitimement vouloir garder confidentiels entre son thérapeute et lui-même. Dès lors, (...) les parents pouvaient consulter le dossier médical de leur enfant, avec l'accord de celui-ci* »³⁶⁴⁹.

Enfin, ce raisonnement prévaut également en ce qui concerne la sexualité du mineur. En matière d'interruption de grossesse³⁶⁵⁰, l'article 119 al 3 du Code pénal dispose que « *le consentement du représentant légal de la femme enceinte est requis si elle est incapable de discernement* ». *A contrario*, il est donc possible de déduire que la mineure capable de discernement consent seule à l'interruption préalable de grossesse. Cette condition s'ajoute notamment aux conditions de délai et de détresse prévues par ce même article. En outre, pour les mineures de moins de seize ans, le médecin doit s'assurer lui-même que la femme enceinte s'est adressée à un centre de consultation spécialisé pour mineures³⁶⁵¹.

En matière de contraception, J.-M. GROSSEN avait déduit l'autonomie du mineur capable de discernement de l'ancien article 19 al. 2 CCS et des dispositions pénales relatives à l'IVG sur la mineure capable de discernement. Dans la mesure où cette dernière consent seule à l'IVG, elle devrait, *a fortiori*, accéder seule à la contraception. Il appuie également son raisonnement sur le droit au secret du mineur et sur l'article premier de la loi sur les centres en matière de grossesse³⁶⁵². La doctrine considère désormais que le mineur capable de discernement bénéficie d'une autonomie totale en la matière³⁶⁵³.

522. L'absence d'effectivité du consentement du mineur incapable de discernement – La seconde catégorie correspond au mineur incapable de discernement. Dans cette hypothèse, son représentant légal agit en son nom³⁶⁵⁴. Ce principe est posé par l'article 19 c du Code civil suisse qui dispose que pour l'exercice de leurs droits strictement personnels « *les personnes incapables de discernement sont représentées par leur représentant légal, sauf pour les droits qui ne souffrent aucune représentation en raison de leur lien étroit avec la personnalité* ». Cette disposition, introduite lors de la révision du Code civil du 19 décembre 2008, clarifie et codifie la distinction doctrinale et jurisprudentielle³⁶⁵⁵ entre les droits strictement personnels relatifs et les droits strictement personnels absolus. La représentation du mineur incapable de discernement vaut pour l'ensemble des actes susmentionnés pour le mineur capable de discernement. Toutefois, la liberté des titulaires de l'autorité parentale n'est pas illimitée. Ces derniers doivent en effet

³⁶⁴⁸ BLANCHARD N., « La jurisprudence récente de la commission genevoise de surveillance des professions de santé », *Médecine et hygiène*, 5 mai 1999, Vol. 57, p. 978.

³⁶⁴⁹ *Ibid.*

³⁶⁵⁰ UMMEL M., TOLEDO VERA A.-G., « L'interruption de grossesse », in LA HARPE R., UMMEL M., DUMOULIN J.-F., *Droit de la santé et médecine légale*, Chêne-Bourg, Médecine et hygiène, 2014, p. 436, Note 9 ; HURTADO-POZO J., *Droit pénal partie spéciale*, Zurich, Schulthess, 2009, pp. 92-124.

³⁶⁵¹ Art. 120 al. 1 let. c. CPS.

³⁶⁵² GROSSEN J.-M., « L'autorité parentale, le secret médical et la contraception. Remarques à partir de l'affaire Gillick », in *Festschrift für Cyril Hegnauer zum 65. Geburtstag*, Berne, Stämpfli, 1986, pp. 91-94.

³⁶⁵³ *Ibid.*, pp. 91-94.

MANAI D., « Les droits du patient adolescent en Suisse », in FEUILLET-LIGER B. (Dir.), *Adolescents et acte médical, approche internationale et pluridisciplinaire*, Bruxelles, Droit bioéthique et société, Bruylant, 2011, p. 277 ; FRENCK N., JACCOTTET-TISSOT C., « Exercice des droits strictement personnels du mineur capable de discernement entre liberté et protection : l'exemple de l'accès au planning familial », *Fampra.ch*, 2002, n° 3, pp. 503-510.

³⁶⁵⁴ MANAI D., « Les droits du patient adolescent en Suisse », in FEUILLET-LIGER B. (Dir.), *Adolescents et acte médical, approche internationale et pluridisciplinaire*, Bruxelles, Droit bioéthique et société, Bruylant, 2011, p. 259.

³⁶⁵⁵ ATF 117 II 6 ; ATF 114 Ia 350 et les références doctrinales citées.

tenir compte autant que possible de l'avis du mineur³⁶⁵⁶ puisqu'il s'agit de décisions importantes au sens de l'article 301 al. 2 du Code civil.

2. La recherche du consentement du mineur en droit français

523. Droit commun et droit spécial des actes médicaux en France – En droit français, il apparaît nécessaire de distinguer, ainsi que nous l'avons fait plus haut, entre les cas pour lesquels il convient d'appliquer ce que nous avons appelé le droit commun de l'acte médical et les cas de dérogations exceptionnelles à l'autorité parentale. Enfin, il conviendra de mentionner l'existence de dispositions spécifiques à certains actes, notamment dans le domaine de la biomédecine.

La description du « droit commun de l'acte médical » implique de faire référence aux principes généraux relatifs à l'information des usagers du système de santé et à l'expression de leur volonté, consacrés par la loi du 4 mars 2002. Ainsi que cela a été précisé plus haut, le mineur est par principe soumis à l'autorité parentale. Ce sont donc les titulaires de l'autorité parentale qui exercent les droits du patient mineur.

524. La promotion du mineur au statut d'« acteur de santé » – Toutefois, la réforme de 2002 a eu pour objectif de procéder à un rééquilibrage des « relations entre le professionnel de santé et le malade, en faisant de ce dernier un véritable acteur de santé »³⁶⁵⁷. Cette promotion du statut d'« acteur de santé » a eu un impact pour les patients mineurs, puisque ces derniers se sont vu reconnaître des droits, parfois qualifiés de « *droits propres* »³⁶⁵⁸. En premier lieu et aux termes de l'article L 1111-2 al 5, les mineurs ont le « *droit de recevoir eux-mêmes une information et de participer à la prise de décision les concernant, d'une manière adaptée (...) à leur degré de maturité* ». Certains auteurs considèrent que ce droit peut être exercé par tous les mineurs et que l'information doit être adaptée à leur degré de maturité³⁶⁵⁹. En second lieu, l'article L 1111-4 dispose que « *le consentement du mineur ou du majeur sous tutelle doit être systématiquement recherché s'il est apte à exprimer sa volonté et à participer à la décision* ». La recherche du consentement revêt un caractère impératif dès lors que deux conditions sont réunies : le mineur doit être apte à exprimer sa volonté et à participer à la décision. Cette disposition est symbolique d'un changement de perspective. En effet, « *le consentement à l'acte médical ne saurait (...) s'effacer devant l'incapacité du mineur* »³⁶⁶⁰. Le mineur accède ainsi à l'autonomie par « *association* »³⁶⁶¹ avec ses parents.

³⁶⁵⁶ THOMMEN M., *Medizinische Eingriffe an Urteilsunfähigen und die Einwilligung der Vertreter : eine strafrechtliche Analyse der Stellvertretenden Einwilligung*, Bâle, 2004, p. 40 : cité par MANAÏ D., « Les droits du patient adolescent en Suisse », in FEUILLET-LIGER B. (Dir.), *Adolescents et acte médical, approche internationale et pluridisciplinaire*, Bruxelles, Droit bioéthique et société, Bruylant, 2011, p. 268.

³⁶⁵⁷ Voir l'exposé des motifs : AN, Projet de loi relatif aux droits des malades et à la qualité du système de santé, Présenté au nom de M. Lionel JOSPIN par Mme Elisabeth GUIGOU, n° 3258, Enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 5 septembre 2001, p. 5.

³⁶⁵⁸ GABRIEL A., *Le mineur : quel acteur de santé ?*, Paris Descartes, Thèse en droit privé, 2011, 542 p.

³⁶⁵⁹ *Ibid.*

³⁶⁶⁰ MISTRETTA P., « La loi n° 2002-303 du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé – Réflexions critiques sur un droit en pleine mutation », *JCP G*, 2002, n° 24, I, 141.

³⁶⁶¹ VIGNEAU D., « L'autonomie du mineur en matière de santé », in LEMOULAND J.-J., *La condition juridique du mineur, Aspects internes et internationaux, Questions d'actualité*, Carré droit, Litec 2004, p. 44 et s.

525. Simple « recherche » du consentement du mineur – Mais cette association nécessite de s'interroger sur les conséquences d'un éventuel désaccord entre le mineur et ses parents et plus particulièrement sur le point de savoir si le consentement du mineur se voit octroyer une force contraignante. L'analyse littérale de l'article L 1111-4 invite à fournir une réponse négative. En effet, il indique que le consentement doit être systématiquement recherché et non que le consentement doit être suivi. L'étude des travaux parlementaires semble également plaider en ce sens. Certes, l'exposé des motifs met tout d'abord l'accent sur le passage d'une « *acceptation passive à une véritable expression de la volonté* »³⁶⁶². Cependant, il ajoute ensuite que « *sans préjudice des règles habituelles relatives à l'autorité parentale et à la représentation légale, des dispositions spécifiques sont également prévues pour les mineurs (...) afin de sauvegarder, de façon adaptée à leur situation, leur droit de participer aux décisions les concernant* »³⁶⁶³. Enfin, le Code de déontologie médicale se réfère à « l'avis » du mineur dont le médecin doit « *tenir compte dans toute la mesure du possible* »³⁶⁶⁴. Il en résulte que seule la recherche du consentement semble revêtir une force obligatoire. Ainsi, en dernier recours, le refus parental pourra s'imposer à l'enfant à moins qu'il ne présente un danger pour la santé du mineur³⁶⁶⁵. Comme le relève T. FOSSIER, « *la seule issue pour l'enfant qui estimerait avoir besoin de l'acte médical non thérapeutique contre la volonté parentale (...) est dans la saisine du juge des enfants* »³⁶⁶⁶. Le consentement du mineur ne revêt donc pas de force contraignante³⁶⁶⁷ en dehors des cas spécifiques s'inscrivant en dérogation vis-à-vis de l'autorité parentale. Ce n'est que dans ces hypothèses, et aux conditions mentionnées plus haut, que le consentement du mineur est suffisant et aboutit à une exclusion des prérogatives parentales. Il convient toutefois de mentionner l'hypothèse particulière de l'accès au dossier médical. En effet, les titulaires de l'autorité parentale exercent en principe le droit d'accès³⁶⁶⁸, même si le mineur peut s'y opposer sous certaines conditions³⁶⁶⁹. Toutefois, le mineur ne bénéficie pas lui-même d'un droit d'accès à cette information³⁶⁷⁰, ce qui semble peu cohérent.

526. Portée différente du consentement dans chacun des droits – La portée du consentement du mineur est différente en droit français et en droit suisse. Il est à cet égard possible de dégager trois hypothèses. En premier lieu, le mineur exerce parfois seul ses droits. En droit suisse, il s'agit du principe pour les mineurs capables de discernement. En droit français, le mineur ne peut agir seul que dans les hypothèses dans lesquelles la loi l'y habilite, à titre exceptionnel. Nous avons vu que ces exceptions sont davantage justifiées par des raisons de santé publique que par la promotion de l'autonomie du mineur. En second lieu, il arrive que le double consentement soit nécessaire. En droit suisse, cela ne concerne que les actes les plus graves. Cette exigence constitue alors une condition de réalisation de l'acte. En droit français, depuis la loi du 4 mars 2002, la recherche du double consentement constitue le principe en matière

³⁶⁶² AN, Projet de loi relatif aux droits des malades et à la qualité du système de santé, Présenté au nom de M. Lionel JOSPIN par Mme Élisabeth GUIGOU, n° 3258, Enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 5 septembre 2001, Exposé des motifs, p. 18.

³⁶⁶³ *Ibid.*

³⁶⁶⁴ Art. R 4127-42 CSP ; MÉMETEAU G., « Le droit médical de la famille », in *Le droit non civil de la famille*, Paris, Publications de la Faculté de droit et des sciences sociales de Poitiers, PUF, 1983, p. 238.

³⁶⁶⁵ MORACCHINI-ZEIDENBERG S., « L'acte personnel de la personne vulnérable », *RTD civ.*, 2012, n° 1, p. 26.

³⁶⁶⁶ FOSSIER T., « Démocratie sanitaire et personnes vulnérables », *JCP G*, 2003, n° 21, I, 135, § 9.

³⁶⁶⁷ GABRIEL A., *Le mineur : quel acteur de santé ?*, Paris Descartes, Thèse en droit privé, 2011, p. 199.

³⁶⁶⁸ CADA, Avis du 19 avril 2007, n° 20071677, Ministre de la santé et des solidarités (commission départementale de l'éducation spéciale des Bouches-du-Rhône).

³⁶⁶⁹ GABRIEL A., *Le mineur : quel acteur de santé ?*, Paris Descartes, Thèse en droit privé, 2011, p. 334.

³⁶⁷⁰ *Ibid.*, p. 333.

médicale. Toutefois, nous avons montré que, bien que systématiquement recherché, le consentement du mineur ne revêt pas pour autant une portée contraignante. En dernier lieu, il arrive que les parents exercent seuls le droit de consentir. Tel est le cas en droit suisse lorsque le mineur est incapable de discernement et en France si le consentement du mineur n'a pas à être recherché lorsqu'il est inapte à émettre une volonté et à participer à la décision.

B. La portée pratique du refus du mineur

527. Divergences entre les deux droits – Au-delà du consentement, mesurer la place accordée à l'autonomie du mineur face à l'autorité parentale nécessite de s'intéresser à la capacité du mineur à refuser un acte. À nouveau, il existe des divergences entre les deux droits. La portée contraignante du refus du mineur suisse (1) contraste avec la portée limitée du refus du mineur français (2).

1. La portée contraignante du refus du mineur en droit suisse

528. Caractère contraignant du refus du mineur capable de discernement en Suisse – En droit suisse, la portée à accorder au refus du mineur varie en fonction du critère du discernement. Lorsque le mineur est capable de discernement, il consent seul. Il en résulte que si le mineur ne donne pas son consentement, le consentement parental ne permet pas de lever l'illicéité de l'acte médical.

Le Tribunal fédéral a été saisi de cette question à laquelle il a répondu dans l'arrêt du 2 avril 2008 précité³⁶⁷¹. Dans cette affaire, une jeune fille de treize ans qui avait subi une lésion du coccyx s'était vue présenter une alternative thérapeutique : soit l'absence de traitement, soit une manipulation par toucher rectal visant à repositionner le coccyx. Conformément au souhait de la mère, la seconde branche de l'alternative, qui devait conduire à un rétablissement plus rapide, fut privilégiée. Cependant, la patiente s'opposa à plusieurs reprises au cours de l'intervention qui fut tout de même pratiquée. La mère ne dit rien pendant le traitement mais critiqua, par la suite, la prise en charge auprès de la Société vaudoise de médecine. Le chef du département de la santé et de l'action sociale infligea au praticien une amende disciplinaire. Le tribunal administratif vaudois confirma cette décision et l'ostéopathe forma un recours de droit public auprès du Tribunal fédéral.

Ce dernier considéra que « *déterminer si l'ostéopathe pouvait passer outre le refus de sa patiente mineure au motif que la mère avait accepté le traitement dépend[ait] exclusivement du point de savoir si la jeune fille était ou non, au moment des faits, capable de discernement* »³⁶⁷². Ayant conclu à la capacité de discernement de la mineure, il approuva les autorités cantonales aux motifs que « *l'ostéopathe aurait (...) dû respecter la volonté de la jeune fille, qui devait être considérée comme prépondérante par rapport à celle de sa mère, même si l'on peut comprendre que le comportement de cette dernière a pu l'influencer dans sa décision* »³⁶⁷³. Ainsi, le refus du mineur capable de

³⁶⁷¹ ATF 134 II 235.

³⁶⁷² *Ibid.*

³⁶⁷³ *Ibid.*

discernement est en principe contraignant. Toutefois, il convient de s'appesantir davantage sur la validité intrinsèque du refus de consentir au traitement. Avant de déterminer la portée du refus de soins du mineur, il apparaît nécessaire de rappeler les principes applicables au refus de soins par le majeur.

Le constat établi au milieu des années 1980, selon lequel « *le droit suisse est enclin à nier la validité et l'efficacité du consentement quand le patient met en péril sa vie, sa santé ou son intégrité physique dans une mesure totalement injustifiée par les avantages qu'il attend de l'intervention* »³⁶⁷⁴, semble aujourd'hui devoir être nuancé. En effet, l'évolution du droit suisse, décelée dès cette époque par O. GUILLOD, s'est faite en faveur de « *l'élargissement de l'autonomie individuelle* »³⁶⁷⁵.

Le Tribunal fédéral a été amené à se prononcer, à diverses reprises, sur la portée de la liberté personnelle lorsqu'étaient en question des décisions relatives au corps. Si la liberté personnelle confère à l'individu le droit de décider « *des modalités et du moment de sa propre mort* »³⁶⁷⁶, le Tribunal fédéral a retenu qu'elle ne lui conférerait pas pour autant « *un droit à une assistance au suicide de la part de l'État ou d'un tiers* »³⁶⁷⁷. Elle constitue néanmoins un support essentiel au droit de consentir et de refuser un traitement. À cet égard, les juges de Mon Repos ont retenu que « *le droit à l'autodétermination du patient est extrêmement large, et qu'il inclut pour l'intéressé le refus de toutes mesures curatives, même si cela doit le conduire à la mort. La liberté personnelle consacre en effet pour le patient le droit de vivre sa maladie comme il l'entend* »³⁶⁷⁸. Il en résulte que le refus du patient capable de discernement doit, en principe, être respecté, quelles qu'en soient les conséquences. Il doit en être ainsi même si ce refus semble déraisonnable. En effet, le discernement vise à protéger « *la faculté d'agir raisonnablement et ne garantit pas une décision raisonnable* »³⁶⁷⁹.

En outre, le Tribunal fédéral a souligné que « *le point de vue médical et les conceptions personnelles des patients ne sont pas nécessairement identiques pour définir ce qu'est la santé ou la maladie. On ne saurait dès lors affirmer que le choix du patient sera toujours et nécessairement conforme aux indications du médecin* »³⁶⁸⁰. Ainsi « *le caractère raisonnable de la capacité d'agir ne doit pas être compris comme une tentative d'uniformiser les individus (...) [et] il n'y a pas d'obligation de prendre des décisions qui seraient conformes à la science médicale [ou] à une sorte de norme* »³⁶⁸¹.

La liberté personnelle peut toutefois être limitée selon le mécanisme de l'article 36 de la Constitution. Cet article pose trois conditions auxquelles doivent répondre les restrictions des droits fondamentaux, à savoir la base légale, l'intérêt public ou la protection des droits d'autrui et le respect du noyau dur. C'est en se fondant sur ces critères qu'a pu être admise l'administration de traitements contre la volonté de la personne.

Antérieurement à l'entrée en vigueur du nouveau droit de la protection de l'adulte, aucun texte de droit fédéral ne donnait de base légale aux soins forcés. Certes existaient les dispositions relatives à la privation de liberté à des fins d'assistance, cependant le Tribunal fédéral considérait que cette dernière et

³⁶⁷⁴ GUILLOD O., *Le consentement éclairé du patient, autodétermination ou paternalisme*, Neuchâtel, Ides et Calendes, 1986, p. 47.

³⁶⁷⁵ *Ibid.*, p. 51.

³⁶⁷⁶ ATF 133 I 58.

³⁶⁷⁷ *Ibid.*

³⁶⁷⁸ TF, 4P.265/2002, 28 avril 2003, Consid. 5. 6.

³⁶⁷⁹ MANAI D., « Pouvoir parental et droit médical », *Fampra.ch*, 2002, Vol. 3, n° 2, p. 200.

³⁶⁸⁰ TF, 4P.9/2002, 19 mars 2002 : cité par : MANAI D., *Droits du patient et biomédecine*, Berne, Stämpfli, 2013, p. 48.

³⁶⁸¹ STEFFEN G., « Psychiatrie : le poids accordé à la décision du patient », *RSDS*, 2004, n° 4, p. 38.

les traitements forcés constituaient des atteintes distinctes à la liberté personnelle³⁶⁸². Les soins forcés relevaient donc essentiellement du droit cantonal.

Depuis l'entrée en vigueur du nouveau droit de la protection de l'adulte, l'article 434 CCS prévoit trois conditions pour que puissent être prescrits des soins sans consentement en cas de placement à des fins d'assistance³⁶⁸³. En premier lieu, le défaut de traitement doit mettre gravement en péril la santé de la personne concernée ou la vie ou l'intégrité corporelle d'autrui. Ensuite, la personne concernée ne doit pas avoir la capacité de discernement pour saisir la nécessité du traitement. Enfin, il ne doit pas exister de mesures appropriées moins rigoureuses. En dehors de ces dispositions spécifiques, le refus du patient doit être respecté. Si l'on y ajoute l'interprétation qui est faite des dispositions relatives au suicide assisté³⁶⁸⁴, il est possible de retenir que le droit suisse est favorable au droit à l'autodétermination du majeur capable de discernement. L'affaire Rappaz, relative à l'alimentation forcée d'un détenu gréviste de la faim, montre néanmoins que l'atteinte à la liberté d'expression et à la liberté personnelle peut être justifiée³⁶⁸⁵.

Il convient donc de se demander si cette même dynamique prévaut s'agissant du mineur. Lorsque le mineur est capable de discernement, il est titulaire et exerce seul son droit à l'autodétermination qui implique qu'il puisse consentir, mais aussi refuser un acte médical³⁶⁸⁶. Son refus doit être respecté sous réserve des dispositions relatives au placement à des fins d'assistance³⁶⁸⁷. La question s'est posée de savoir si l'appréciation du discernement devait être moins stricte lorsque le mineur refuse un acte médical que lorsque le mineur consent à un acte médical.

Une partie de la doctrine considère qu'il faut « être très peu exigeant quant à la capacité de discernement d'une personne qui s'oppose » (...) [car] si le refus devait répondre aux mêmes exigences au niveau de la capacité de discernement [que le consentement], la personne ne pourrait plus s'opposer au traitement forcé pour des motifs autres que médicaux »³⁶⁸⁸. D'autres auteurs rejettent au contraire toute distinction³⁶⁸⁹.

Le Tribunal fédéral s'est d'ailleurs prononcé dans ce sens à propos d'un traitement médicamenteux forcé en milieu psychiatrique³⁶⁹⁰. Il en résulte dès lors que si le mineur est reconnu apte à discerner pour un acte déterminé, son refus doit être respecté. Ce raisonnement peut être illustré par une affaire soumise à l'Obergericht de Lucerne³⁶⁹¹ concernant le refus d'un mineur de dix-sept ans de poursuivre le traitement d'une tumeur cérébrale par chimiothérapie. Le juge rappelle, dans un premier temps, que les

³⁶⁸² ATF 126 III 169.

³⁶⁸³ Il convient de noter que ces dispositions ne concernent que les soins en institution. Les soins forcés en ambulatoire relèvent donc du droit cantonal (art. 437 CC al. 2).

³⁶⁸⁴ Sur le suicide assisté et sa distinction avec le meurtre sur demande de la victime, voir : MANAÏ D., « Soins et respect de la volonté de la personne en fin de vie : droit suisse », in GUILLOD O., WESSNER P., *Le droit de la santé : aspects nouveaux. Rapports des contributeurs suisses aux journées internationales 2009*, IDS, Unine, 2010, pp. 67-80.

³⁶⁸⁵ ATF 136 IV 97 ; CEDH, Deuxième section, Bernard Rappaz contre la Suisse, 26 mars 2013, n° 173175/10 (irrecevabilité de la requête au vu des articles 2 et 3 CESDH).

³⁶⁸⁶ LÜCKER-BABEL M.-F., ARBEX F., « L'influence des droits de l'enfant sur la pratique médicale », in BERTRAND D., DUMOULIN J.-F., LA HARPE R., HUMMEL M., *Médecin et droit médical*, Chêne-Bourg, Médecine et hygiène, 2009, p. 337 ; MANAÏ D., « Les droits du patient adolescent en Suisse », in FEUILLET-LIGER B. (Dir.), *Adolescents et acte médical, approche internationale et pluridisciplinaire*, Bruxelles, Droit bioéthique et société, Bruylant, 2011, p. 270.

³⁶⁸⁷ ASSM, *Droit des patientes et patients à l'autodétermination, Principes médico-éthiques*, 2005.

³⁶⁸⁸ BUCHER A., *Personnes physiques et protection de la personnalité*, Bâle, Helbing & Lichtenhahn, 2009, p. 16.

³⁶⁸⁹ GUILLOD O., *Le consentement éclairé du patient, autodétermination ou paternalisme*, Neuchâtel, Ides et Calendes, 1986, p. 210 ; MANAÏ D., « Les droits du patient adolescent en Suisse », in FEUILLET-LIGER B. (Dir.), *Adolescents et acte médical, approche internationale et pluridisciplinaire*, Bruxelles, Droit bioéthique et société, Bruylant, 2011, p. 261.

³⁶⁹⁰ ATF 127 I 6, 21.

³⁶⁹¹ Obergericht de Lucerne : *Fampra.ch*, 2008, n° 47, p. 445.

mineurs sont soumis à l'autorité parentale sous réserve de leur propre capacité. Le droit de consentir ou de refuser un traitement constitue un droit strictement personnel et son exercice dépend donc de la capacité de discernement. Il retient ensuite que la personne capable de discernement peut refuser chaque thérapie proposée et choisir d'autres modalités thérapeutiques en vertu de son droit constitutionnellement garanti à l'autonomie³⁶⁹². Il ne s'agit donc pas de déterminer si tel ou tel traitement est meilleur ou plus raisonnable mais de déterminer si au vu de l'acte en cause, le mineur bénéficie ou non de la capacité de discernement. En l'espèce, le juge considère que le mineur est capable de discernement. Ainsi les mesures de protection sont superflues. Cette solution est favorable à l'autonomie d'un double point de vue. D'une part, elle ne se réfère pas à une vision objective et prédéterminée du bien du patient. Elle laisse au contraire à ce dernier la possibilité d'imposer son interprétation subjective de ce que constitue son bien dès lors qu'il est en mesure d'évaluer le pour et le contre des mesures médicales avant de décider. D'autre part, la capacité de discernement exclut non seulement le pouvoir de décision de la personne titulaire de l'autorité parentale, conformément à l'article 305 al. 1 du Code civil, mais aussi le prononcé de mesures de protection.

Cette solution favorable à l'autonomie doit cependant être nuancée au vu de la jurisprudence du Tribunal fédéral dans une autre affaire concernant une mineure plus jeune. Si, dans l'arrêt relatif à l'ostéopathe vaudois précité³⁶⁹³, le Tribunal fédéral rappelle le principe posé par l'*Obergericht* de Lucerne (à savoir la capacité de consentir à l'acte médical du mineur capable de discernement), la suite de son raisonnement conduit à s'interroger sur les limites potentielles à l'autonomie du mineur. En l'espèce, l'autonomie est reconnue et le refus de la mineure devait donc être respecté. Toutefois, le Tribunal fédéral n'arrive à cette conclusion qu'après avoir retenu qu'« *il ne s'agissait à l'évidence pas d'un traitement indispensable qui aurait dû être imposé ou pratiqué en urgence [et qu'] il n'y a avait aucun intérêt thérapeutique à poursuivre l'intervention sans l'accord et la collaboration de la patiente* »³⁶⁹⁴. Cette précision conduit à penser que « *si l'adolescente, à qui la capacité de discernement fut ici pleinement reconnue, s'était trouvée dans une situation médicale aux conséquences plus graves ou sans alternative thérapeutique, le TF ne serait probablement pas parvenu à la même conclusion* »³⁶⁹⁵. Cependant une telle conséquence a pu faire l'objet de critiques. En effet, elle pourrait conduire les médecins confrontés à des situations graves à traduire systématiquement le refus comme « *une obstination irraisonnée, révélatrice d'une absence de capacité de discernement* »³⁶⁹⁶ alors même que la décision est conforme à la raison et non raisonnable³⁶⁹⁷. Il résulte de cette analyse, que malgré des principes favorables à l'autonomie du mineur capable de discernement, il n'est pas exclu que ce dernier se trouve « *minoré* »³⁶⁹⁸, dès lors que son refus risque d'avoir des conséquences graves pour sa santé, marquant ainsi une certaine prégnance de la conception objective du bien du patient et du paternalisme médical au détriment de la conception subjective prévalant pour les personnes majeures. Cette conception objective se retrouve également en ce qui concerne le refus de soins par les parents du mineur incapable de discernement.

³⁶⁹² « *Ist eine Person urteilsfähig, kann sie aufgrund ihrer verfassungsrechtlich garantierten Autonomie grundsätzlich jede ärztlich vorgeschlagene Therapie ablehnen und andere Therapieangebote wählen* » : SCHUBARTH M., « *Therapiefreiheit des Arztes und Selbstbestimmungsrecht des Patienten* », *PJA*, 2007, n° 9, p. 1092.

³⁶⁹³ ATF 134 II 235.

³⁶⁹⁴ ATF 134 II 235, 242.

³⁶⁹⁵ MUZNY P., « *L'autonomie du patient mineur : entre certitudes et incertitudes* », *Bulletin des médecins suisses*, 2009, Vol. 90, n° 3, p. 81.

³⁶⁹⁶ *Ibid.*

³⁶⁹⁷ STEFFEN G., « *Psychiatrie : le poids accordé à la décision du patient* », *RSDS*, 2004, n° 4, p. 38.

³⁶⁹⁸ MUZNY P., « *L'autonomie du patient mineur : entre certitudes et incertitudes* », *Bulletin des médecins suisses*, 2009, Vol. 90, n° 3, p. 81.

529. Caractère non contraignant du refus du mineur incapable de discernement – Le mineur incapable de discernement voit également son refus pris en compte. Si le Code civil ne pose pas de droit de veto en faveur du mineur incapable de discernement, la doctrine tend à considérer que « *l'évolution du droit tend à ce que même dans cette hypothèse, l'on tienne compte de son avis* »³⁶⁹⁹. L'évolution du droit international postule d'ailleurs dans ce sens³⁷⁰⁰. Mais il ne semble pas que, dans cette hypothèse, le veto revête un caractère contraignant.

2. La portée limitée du refus du mineur en droit français

530. La portée du refus du mineur est différente en droit français où deux hypothèses sont susceptibles de se présenter.

531. Refus concordant du mineur et de ses parents – En premier lieu, il est possible que le refus du mineur et celui de ses parents soient concordants. Les titulaires de l'autorité parentale étant investis d'une prérogative de décision, leur refus s'impose, du moins lorsqu'il n'est pas porteur de risques pour la santé du mineur³⁷⁰¹. Une telle solution avait déjà été prévue par l'article 28 du décret du 14 janvier 1974³⁷⁰² qui disposait que « *lorsque la santé ou l'intégrité corporelle du mineur risquent d'être compromises par le refus du représentant légal du mineur ou l'impossibilité de recueillir le consentement de celui-ci, le médecin responsable du service peut saisir le ministère public afin de provoquer les mesures d'assistance éducative lui permettant de donner les soins qui s'imposent* ». Cependant, les décisions rendues par les juges des enfants étaient, tout comme en matière d'IVG, relativement disparates³⁷⁰³. Si certains juges privaient les parents de leur prérogative de consentir et la transféraient à un établissement ou à un organisme, d'autres autorisaient directement le traitement³⁷⁰⁴. La loi KOUCHNER a simplifié la situation en prévoyant que « *dans le cas où le refus d'un traitement par la personne titulaire de l'autorité parentale ou par le tuteur risque d'entraîner des conséquences graves pour la santé du mineur ou du majeur sous tutelle, le médecin délivre les soins indispensables* »³⁷⁰⁵. Si cette prérogative, dont est investi le médecin, permet de remédier à la lenteur et au coût lié à l'intervention du juge des enfants³⁷⁰⁶, elle est également porteuse de responsabilité. En effet, il est permis de penser que les titulaires de l'autorité parentale ne manqueront pas d'engager la responsabilité du médecin qui aurait causé un dommage au mineur lors d'une intervention à laquelle ils s'étaient opposés. L'article R 1112-35 du Code de la santé publique, issu du décret du 21 mai 2003³⁷⁰⁷ et applicable dans les établissements publics de santé, maintient cependant la

³⁶⁹⁹ ATF 134 II 235.

³⁷⁰⁰ Voir, pour un aperçu : MANAÏ D., *Droits du patient et biomédecine*, Berne, Stämpfli, 2013, p. 201.

³⁷⁰¹ GABRIEL A., « Le consentement de l'enfant aux actes médicaux, une autonomie chimérique ? », *Gaz. Pal.*, 24 novembre 2009, n° 328, p. 25.

³⁷⁰² Décret n° 74-27 du 14 janvier 1974 relatif aux règles de fonctionnement des centres hospitaliers et des hôpitaux locaux, *JORF*, 16 janvier 1974, p. 603.

³⁷⁰³ KIMMEL-ALCOVER A., « L'autorité parentale à l'épreuve de la santé des mineurs », *RDSS*, 2005, n° 2, p. 265.

³⁷⁰⁴ Juge des enfants Évry, 8 novembre 1982 : *D.*, 1983, 218, Note RAYNAUD P.

³⁷⁰⁵ Article L 1111-4 al. 6 CSP.

³⁷⁰⁶ KIMMEL-ALCOVER A., « L'autorité parentale à l'épreuve de la santé des mineurs », *RDSS*, 2005, n° 2, p. 265.

³⁷⁰⁷ Décret n° 2003-462 du 21 mai 2003 relatif aux dispositions réglementaires des parties I, II et III du Code de la santé publique, *JORF*, 27 mai 2003, p. 9039.

possibilité pour le médecin de saisir le procureur de la République³⁷⁰⁸. On peut regretter, ce qu'illustre une décision du juge des enfants d'Auch, que les « *conditions de l'alinéa visé ne sont plus que textes de papier, comme tant d'autres en notre temps, et l'autorisation « judiciaire » n'a plus qu'un rôle qui n'est pas de faire vérifier les conditions du texte mais de mettre à l'abri de toute responsabilité le médecin qui passe outre* »³⁷⁰⁹. Même si l'article L 1111-4 al 6 ne devrait être appliqué que dans des cas exceptionnels, force est de constater d'une part que l'appréciation de la gravité des conséquences est éminemment subjective et que d'autre part, ces dispositions « *contribuent à « mettre en échec [les] prérogatives [parentales]* »³⁷¹⁰.

532. Refus du seul mineur – En second lieu, il est possible que le mineur refuse un traitement auquel ses parents ont préalablement consenti. Le consentement parental suffit-il à passer outre l'opposition du mineur ? Antérieurement à l'adoption de la loi du 4 mars 2002, certains avaient souligné que le refus du mineur devait en principe être respecté sauf « *en cas de péril grave et reconnu et avec le consentement parental* »³⁷¹¹, d'autres ajoutaient que dans cette hypothèse, une « *intervention forcée* » ne pouvait intervenir qu'au titre de « *l'assistance à personne incapable en danger* »³⁷¹². Malgré la révision du 4 mars 2002, le Code de la santé publique n'envisage pas explicitement cette hypothèse³⁷¹³. Les interrogations sur la conduite que le médecin devrait tenir lorsqu'il estime que le mineur capable de discernement refuse un traitement auquel ses parents ont consenti demeurent donc d'actualité³⁷¹⁴. Certains auteurs ont souligné qu'« *il semble cohérent d'admettre que la reconnaissance au profit du mineur d'une capacité à consentir suppose de lui reconnaître corrélativement la possibilité de s'opposer à la décision envisagée, tout au moins s'agissant de soins courants, soins pour lesquels le refus du mineur n'est pas susceptible de mettre sa santé en péril. En revanche il faut réserver les cas dans lesquels le refus du mineur aurait pour conséquence de compromettre son état de santé et par là même son intérêt* »³⁷¹⁵. D'autres se demandent « *comment ne pas induire de l'obligation du médecin de rechercher systématiquement le consentement, celle de respecter son refus* »³⁷¹⁶. Cependant, dans la mesure où il a été démontré plus haut que le consentement du mineur ne revêtait pas de portée contraignante, il nous semble qu'il faille davantage considérer que le consentement des titulaires de l'autorité parentale prime le refus du mineur³⁷¹⁷. Pourtant, les conventions internationales, en ce qu'elles protègent le mineur contre la violence physique et morale³⁷¹⁸, sont mises en avant de

³⁷⁰⁸ VIGNEAU D., « L'autonomie du mineur en matière de santé », in LEMOULAND J.-J., *La condition juridique du mineur, Aspects internes et internationaux, Questions d'actualité*, Carré droit, Litec 2004, p. 47.

³⁷⁰⁹ HAUSER J., « L'application de la loi du 4 mars 2002 sur les droits des malades : où en est-on ? (T. enf. Auch, 28 févr. 2003) », *RTD civ.*, 2003, n° 3, p. 493.

³⁷¹⁰ KIMMEL-ALCOVER A., « L'autorité parentale à l'épreuve de la santé des mineurs », *RDSS*, 2005, n° 2, p. 265.

³⁷¹¹ MÉMETEAU G., « Le droit médical de la famille », in CARBONNIER (Préface), *Le droit non civil de la famille*, Paris, Publications de la Faculté de droit et des sciences sociales de Poitiers, PUF, 1983, p. 239.

³⁷¹² GRIDEL, J.-P., « L'âge et la capacité civile », *D.*, 1998, n° 10, p. 94.

³⁷¹³ Alors même que le texte du projet de loi prévoyait initialement que « *le consentement du mineur ou du majeur sous tutelle doit être systématiquement recherché s'il est apte à exprimer sa volonté et à participer à la décision. Dans le cas où le refus d'un traitement par l'intéressé, par la personne titulaire de l'autorité parentale ou par le tuteur risque d'entraîner des conséquences graves pour la santé du mineur ou du majeur sous tutelle, le médecin délivre les soins indispensables* » : AN, Projet de loi relatif aux droits des malades et à la qualité du système de santé, Présenté au nom de M. Lionel JOSPIN par Mme Elisabeth GUIGOU, n° 3258, Enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 5 septembre 2001.

³⁷¹⁴ CHABAS F., « L'information en matière de pédiatrie », *Gaz. Pal.*, 6 mai 2004, Rec., p. 1460.

³⁷¹⁵ KIMMEL-ALCOVER A., « L'autorité parentale à l'épreuve de la santé des mineurs », *RDSS*, 2005, n° 2, p. 265.

³⁷¹⁶ VIGNEAU D., « L'autonomie du mineur en matière de santé », in LEMOULAND J.-J., *La condition juridique du mineur, Aspects internes et internationaux, Questions d'actualité*, Carré droit, Litec 2004, p. 49.

³⁷¹⁷ GABRIEL A., *Le mineur : quel acteur de santé ?*, Paris Descartes, Thèse en droit privé, 2011, p. 207 ; ROUSSET G., *Le mineur en établissement de santé*, Rueil-Malmaison, Droit et pratique du soin, Lamarre, 2004, p. 61 ; GOUTTENOIRE A., « Laurence Francoz-Terminal, la capacité de l'enfant dans les droits français, anglais et écossais », *RTD civ.*, 2009, n° 4, p. 808.

³⁷¹⁸ DUPONT M., « Les soins au mineur : qui décide ? », *Constitutions*, 2010, n° 2, p. 263.

manière récurrente³⁷¹⁹. Le juge français ne semble toutefois pas pour l'instant avoir été sensible à l'argument ainsi qu'en témoignent les solutions retenues en matière de refus de soin par le majeur³⁷²⁰. Le refus du mineur s'impose en revanche pour certains actes graves comme le prélèvement de cellules hématopoïétiques ou la recherche biomédicale³⁷²¹. Le mineur peut également, par son refus, priver ses parents de leur droit d'accéder à son dossier médical³⁷²².

533. Portée du refus variable dans chacun des droits – La portée du refus du mineur est également variable. En Suisse, le mineur capable de discernement exerce seul son droit de refuser les soins qui revêt, en principe, une portée contraignante. La jurisprudence récente semble cependant indiquer qu'il ne bénéficie pas d'une liberté similaire à celle du majeur capable de discernement. Le mineur incapable de discernement bénéficie d'un droit de veto général, mais sa portée ne nous semble pas contraignante. En droit français, le refus du mineur et de ses parents emporte, en principe, force contraignante, mais la loi du 4 mars 2002 prévoit que le médecin peut délivrer les soins indispensables. Lorsque le mineur refuse un acte auquel ses parents ont consenti, il semble que, juridiquement, il soit tout de même possible de passer outre ce refus. La jurisprudence sur le refus de soins par un majeur plaide d'ailleurs en ce sens.

534. Il apparaît donc que la portée du consentement et du refus varie en droit français et en droit suisse. Le système juridique suisse favorise l'autonomie du mineur au fur et à mesure de son développement. Le mineur capable de discernement exerce alors ses droits comme les majeurs. En revanche, le droit français pose le principe de la recherche systématique d'un double consentement. En dehors des cas d'exception, le mineur n'exerce jamais seul ses prérogatives. La portée du consentement du mineur n'est pas contraignante puisque l'absence de consentement des titulaires de l'autorité parentale fait obstacle à la réalisation de l'acte. Le droit français semble donc plus attaché que le droit suisse à l'association du mineur à la décision de ses parents. La portée du refus de soins par le majeur est relativement similaire en droit suisse et dans la loi du 4 mars 2002. En revanche, la jurisprudence française semble réticente à donner sa place à un tel droit. La protection de la personne contre elle-même prévaut. Pour les mineurs, le droit suisse semble également favorable à l'autonomie du mineur capable de discernement. Toutefois, les solutions jurisprudentielles laissent à penser que ce dernier bénéficierait, tout comme en France, d'une protection contre lui-même. La notion d'intérêt pourrait alors prendre le pas sur celle de volonté. Ces divergences quant à la portée de l'autonomie semblent constituer des spécificités nationales et il ne nous paraît donc pas opportun de s'orienter vers la recherche d'une unification des droits.

³⁷¹⁹ BONFILS P., GOUTTENOIRE A., *Droits des mineurs*, Paris, Précis, Dalloz, 2014, p. 733.

³⁷²⁰ DUPONT M., « Les soins au mineur : qui décide ? », *Constitutions*, 2010, n° 2, p. 261 ; VIGNEAU D., « L'autonomie du mineur en matière de santé », in LEMOULAND J.-J., *La condition juridique du mineur, Aspects internes et internationaux, Questions d'actualité*, Carré droit, Litec 2004, p. 49.

³⁷²¹ GABRIEL A., *Le mineur : quel acteur de santé ?*, Paris Descartes, Thèse en droit privé, 2011, p. 245.

³⁷²² ROUSSET G., *Le mineur en établissement de santé*, Rueil-Malmaison, Droit et pratique du soin, Lamarre, 2004, p. 41.

II. DES CONVERGENCES CERTAINES : LA « FONCTION SUBVERSIVE » DU DROIT COMPARÉ AU SERVICE DE LA CONSTRUCTION D'UNE THÉORIE GÉNÉRALE

535. Malgré l'existence de divergences irréductibles entre les deux droits, il existe plusieurs points de convergence qui limitent l'opposition qui vient d'être soulignée (A). La constatation de ces rapprochements étant acquise, il sera possible de proposer, à la lumière du droit suisse, une théorie générale française permettant d'articuler les prérogatives familiales de protection et l'autonomie du mineur (B).

A. Une opposition limitée des droits français et suisse

536. La convergence des droits : mise en balance entre équilibre et protection – Le droit suisse et le droit français sont fondés sur des postulats différents s'agissant de l'autonomie du mineur face à l'autorité parentale. En effet, il a été démontré plus haut que le droit suisse illustre le postulat aux termes duquel l'autorité parentale est amenée à décroître avec la progression du discernement du mineur. Le discernement du mineur conduit ainsi à évincer le rôle protecteur de l'autorité parentale. En France, au contraire, le choix a été fait de maintenir le principe de l'autorité parentale, quels que soient l'âge et le discernement du mineur. Ce dernier est toutefois associé à la décision. Cependant, et afin de répondre à des situations de blocage apparues dans la pratique, quelques dérogations à l'autorité parentale ont été posées pour résoudre, de manière ponctuelle, les difficultés. Cette différence de postulat doit toutefois être nuancée par le constat selon lequel les deux droits tendent à converger. Cette convergence se traduit d'abord par un renforcement de l'autonomie du mineur en droit français et par l'importance de la protection du mineur qui n'est pas négligée par le droit suisse. Les deux droits recherchent donc un équilibre entre ces deux tendances (1). Le rapprochement des droits se traduit ensuite par l'existence de scissions dans la minorité (2), lesquelles ressortent notamment de l'étude des « formants » doctrinal et jurisprudentiel français.

1. La recherche commune d'un équilibre entre autonomie et protection

537. Importance croissante de la portée pratique de l'autonomie du mineur en droit français – Malgré le caractère exceptionnel des dérogations, souligné par l'étude des débats parlementaires, le droit de la santé français semble avoir ouvert une véritable « brèche »³⁷²³ dans le droit de l'autorité parentale. Il se rapproche ainsi du droit suisse en promouvant davantage l'autonomie du mineur.

On ne peut en effet manquer de constater que le mineur pourra accéder seul à la contraception, sans même avoir besoin de solliciter les titulaires de l'autorité parentale. En effet, la loi de 2001 renforce davantage l'autonomie du mineur en évinçant les règles de l'autorité parentale. Si cette logique existait déjà sous l'empire de la loi de 1974, elle n'existait que dans le cadre d'une dérogation expressément prévue.

³⁷²³ KIMMEL-ALCOVER A., « L'autorité parentale à l'épreuve de la santé des mineurs », *RDSS*, 2005, n° 2, p. 265.

Désormais, l'éviction du consentement parental devient la règle en matière de contraception. En outre, il est possible de relever que la loi relative à la contraception d'urgence insistait sur la détresse de la mineure, du moins s'agissant de la délivrance par une infirmière. Avec la loi de 2001, l'association des parents à la décision relève du seul souhait du mineur. Il en résulte que « *le droit des parents de déterminer le genre de fréquentations ou de comportement qu'ils estiment le plus propice à la santé, moralité, éducation, développement de leur enfant pourtant consacré par la loi n° 2002-303 du 4 mars 2002 (...) se trouve extrêmement fragilisé* »³⁷²⁴. L'article 52 de la loi de financement de la sécurité sociale pour 2013 s'inscrit comme un point d'orgue, dans la mesure où les mineurs peuvent accéder à la contraception auprès de tout médecin et pharmacien sans même que les parents ne soient mis au courant. Si de telles mesures constituent, à n'en pas douter, un élément phare de la politique de santé publique, favorable à l'extension des droits des femmes, on peut tout de même s'interroger sur la protection du mineur, à l'heure où les risques inhérents aux pilules de troisième et quatrième génération sont mis en exergue. Les parents sont en effet évincés de leur rôle de protecteur des mineurs et de leur santé et ne pourront conseiller l'enfant. Les médecins et pharmaciens doivent évidemment prodiguer aux mineurs les conseils adéquats ; cependant, on peut tout de même s'interroger quant à l'action potentielle d'un parent dont l'enfant serait décédé après avoir pris un contraceptif sans que le parent en ait été informé.

Cet affaiblissement de l'autorité parentale est également visible en matière d'avortement. Le Code de la santé publique maintient, par principe, l'exigence du consentement de l'un des titulaires de l'autorité parentale. Mais la mineure peut, par sa simple volonté, priver ses parents de cette prérogative. « *Le résultat est (donc finalement) le même* » qu'en matière de contraception³⁷²⁵.

Si ces dispositions semblaient plutôt ponctuelles et justifiées par le contexte particulier lié à la sexualité du mineur, l'adoption de l'article L 1111-5 du Code de la santé publique a constitué un pas supplémentaire en faveur de l'autonomie du mineur³⁷²⁶. Bien que le droit du mineur apparaisse conditionné, ainsi que cela a été exposé précédemment, trois éléments permettent d'affirmer une réelle « *remise en cause du principe selon lequel ce sont les parents qui ont, pour l'essentiel, en charge l'éducation de leurs enfants, selon les conceptions morales qui sont les leurs, sauf si cette éducation entre gravement en contradiction avec les exigences sociales impératives* »³⁷²⁷.

D'abord, il est possible de relever une nette extension du champ d'application du droit au secret qui n'est désormais « *plus cantonné aux domaines particuliers de la contraception et de l'interruption volontaire de grossesse* »³⁷²⁸.

En outre, la volonté du mineur apparaît centrale quant à l'éviction des parents, si bien qu'il a pu être souligné que « *c'est l'autorité parentale à l'envers : le mineur associe ou non ses parents à sa décision, selon leur âge et leur degré de modernité ou de sénilité* »³⁷²⁹.

³⁷²⁴ GRIDEL J.-P., « L'acte éminemment personnel du mineur », *Gaz. Pal.*, 22 mars 2003, Rec., p. 771.

³⁷²⁵ VIGNEAU D., « L'autonomie du mineur en matière de santé », in LEMOULAND J.-J., *La condition juridique du mineur, Aspects internes et internationaux, Questions d'actualité*, Carré droit, Litec 2004, p. 51.

³⁷²⁶ KIMMEL-ALCOVER A., « L'autorité parentale à l'épreuve de la santé des mineurs », *RDSS*, 2005, n° 2, p. 274.

³⁷²⁷ MATHIEU B., « Les droits des personnes malades », *LPA*, 19 juin 2002, n° 122, p. 17.

³⁷²⁸ KIMMEL-ALCOVER A., « L'autorité parentale à l'épreuve de la santé des mineurs », *RDSS*, 2005, n° 2, p. 274.

³⁷²⁹ GRIDEL J.-P., « L'acte éminemment personnel du mineur », *Gaz. Pal.*, 22 mars 2003, Rec., p. 771.

Enfin, l'imprécision des autres conditions permettant de déroger à l'autorité parentale³⁷³⁰ (notamment la sauvegarde de la santé de la personne) et leur soumission à l'appréciation du médecin rendent potentiellement très large le champ de la dérogation. Ce dernier semble d'ailleurs avoir été élargi par la voie réglementaire³⁷³¹. En effet, le décret du 21 mai 2003³⁷³² a inséré, dans la partie réglementaire du Code de la santé publique, diverses dispositions réservant l'hypothèse de l'article L 1111-5. Tel est notamment le cas, dans les établissements publics de santé, en matière d'autorisation d'opérer³⁷³³, de secret sur la présence dans l'établissement³⁷³⁴ ou encore de sortie³⁷³⁵ et d'information sur la sortie de l'établissement³⁷³⁶. Cette dérogation a également été étendue en matière d'administration de produits sanguins labiles³⁷³⁷. Également critiquée³⁷³⁸, la disposition de l'article R 1131-4 al. 2³⁷³⁹ qui prévoyait que le mineur pouvait, dans les conditions de l'article L 1111-5, accéder seul aux examens des caractéristiques génétiques et à l'identification par empreintes génétiques à des fins médicales, ne semble pas avoir été reprise³⁷⁴⁰. Cette possibilité, pour le mineur, de se passer du consentement parental afin de garder le secret sur son état de santé a également des répercussions sur le droit d'accéder au dossier médical des titulaires de l'autorité parentale. En effet, si le mineur a demandé à bénéficier des soins dans le secret, en vertu de l'article L 1111-5 du Code de la santé publique, le médecin saisi d'une demande d'accès par les titulaires de l'autorité parentale devra au préalable consulter le mineur pour savoir s'il s'oppose à la communication de cet aspect de son dossier. Le Conseil d'État s'est prononcé sur cette question dans un arrêt du 17 novembre 2006³⁷⁴¹. Le directeur du centre hospitalier départemental avait refusé à la mère d'une patiente mineure, la communication intégrale du dossier médical de sa fille accueillie dans un centre médico-psychologique. Le Conseil d'État approuve le tribunal administratif d'avoir retenu que « *la mère avait reçu l'intégralité des informations communicables* ». Ce dernier s'était notamment fondé sur le fait qu'« *il n'était pas*

³⁷³⁰ KIMMEL-ALCOVER A., « L'autorité parentale à l'épreuve de la santé des mineurs », *RDSS*, 2005, n° 2, p. 276.

³⁷³¹ VIGNEAU D., « L'autonomie du mineur en matière de santé », in LEMOULAND J.-J., *La condition juridique du mineur, Aspects internes et internationaux, Questions d'actualité*, Carré droit, Litec 2004, p. 54. Les développements qui suivent reprennent et complètent le raisonnement de cet auteur.

³⁷³² Décret n° 2003-462 relatif aux dispositions réglementaires des parties I, II et III du Code de la santé publique du 21 mai 2003, *JORF*, 27 mai 2003, p. 9039.

³⁷³³ Art. R 1112-35 CSP : « *Sous réserve des dispositions de l'article L 1111-5, si lors de l'admission d'un mineur il apparaît que l'autorisation écrite d'opérer celui-ci, et de pratiquer les actes liés à l'opération ne pourrait en cas de besoin être obtenue à bref délai de ses père, mère ou tuteur légal en raison de leur éloignement, ou pour toute autre cause, ceux-ci doivent, dès l'admission du mineur, signer une autorisation d'opérer et de pratiquer les actes liés à l'opération* ».

³⁷³⁴ Art. R 1112-45 CSP : « *À l'exception des mineurs soumis à l'autorité parentale et sous réserve des dispositions de l'article L 1111-5, les hospitalisés peuvent demander qu'aucune indication ne soit donnée sur leur présence dans l'établissement ou sur leur état de santé* ».

³⁷³⁵ Art. R 1112-57 : « *Sous réserve des dispositions de l'article L 1111-5 ou d'éventuelles décisions de l'autorité judiciaire, les mineurs ne peuvent être, pour les sorties en cours d'hospitalisation, confiés qu'aux personnes exerçant l'autorité parentale ou aux tierces personnes expressément autorisées par elles* » ; Art. R 1112-62 : « *Sous réserve des dispositions de l'article L 1111-5, à l'exception des mineurs et des personnes hospitalisées d'office, les malades peuvent, sur leur demande, quitter à tout moment l'établissement* ».

³⁷³⁶ Art. R 1112-64 : « *Sous réserve des dispositions de l'article L 1111-5, les personnes mentionnées à l'article R. 1112-57 sont informées de la sortie prochaine du mineur. Elles font connaître à l'administration de l'établissement si le mineur peut ou non quitter seul l'établissement* ».

³⁷³⁷ Art. R 1112-5 : « *Au cours de son séjour hospitalier, le patient auquel a été administré un produit sanguin labile en est informé par écrit. L'information est communiquée, pour les mineurs, aux titulaires de l'autorité parentale, sauf si le mineur a fait connaître l'opposition prévue à l'article L. 1111-5 et, pour les incapables, au tuteur* ».

³⁷³⁸ VIGNEAU D., « L'autonomie du mineur en matière de santé », in LEMOULAND J.-J., *La condition juridique du mineur, Aspects internes et internationaux, Questions d'actualité*, Carré droit, Litec 2004, p. 54.

³⁷³⁹ Issu du décret n° 2003-462 relatif aux dispositions réglementaires des parties I, II et III du Code de la santé publique du 27 mai 2003, *JORF*, 27 mai 2003, p. 9039.

³⁷⁴⁰ Désormais, l'article R 1131-4 du Code de la santé publique (codifié par l'article 1^{er} du décret n° 2008-321 relatif à l'examen des caractéristiques génétiques d'une personne ou à son identification par empreintes génétiques à des fins médicales, du 4 avril 2008, *JORF*, 6 avril 2008, p. 5855) dispose que « *lorsque la personne intéressée est un mineur ou un majeur sous tutelle, le consentement est donné, dans les conditions du premier alinéa, par les titulaires de l'autorité parentale ou le représentant légal. En outre, le consentement du mineur ou du majeur sous tutelle est systématiquement recherché s'il est apte à exprimer sa volonté et à participer à la décision* ».

³⁷⁴¹ Conseil d'État, 17 novembre 2006, n° 270863 ; GABRIEL A., « L'accès au dossier médical de l'enfant », *Gaz. Pal.*, 7 juin 2008, n° 159, p. 29.

établi d'une part, que [la jeune fille, laquelle] avait donné, en application de l'article L 1111-5 du Code de la santé publique précité, son accord à la communication à sa mère « d'une partie de son dossier », aurait séjourné dans cet établissement en raison d'une maladie mentale dont elle serait affectée et d'autre part, que le centre hospitalier (...) aurait cherché à dissimuler, en communiquant à [la mère] le dossier de sa fille, des informations en sa possession ». Ainsi, le mineur pris en charge dans le cadre des dispositions posées par l'article L 1111-5 al. 1 bénéficie de la faculté de s'opposer³⁷⁴² à l'accès de ses parents à son dossier médical, du moins à la partie concernant l'intervention en cause. En pratique³⁷⁴³, le médecin saisi d'une demande d'accès par les titulaires de l'autorité parentale devra donc s'efforcer d'obtenir le consentement de la personne mineure. « *Si en dépit de ces efforts le mineur maintient son opposition, la demande précitée ne peut être satisfaite tant que l'opposition est maintenue* »³⁷⁴⁴. Le mineur pourra, par ailleurs, demander à ce que l'accès des titulaires de l'autorité parentale à son dossier s'effectue par l'intermédiaire d'un médecin³⁷⁴⁵. Il en résulte que « *la notion d'informations communicables revêt un caractère subjectif* » dans la mesure où elle est soumise à la volonté du mineur, ce qui constitue un indice supplémentaire en faveur du déclin de l'autorité parentale. L'ensemble de ces exemples montre que, loin de constituer des dérogations exceptionnelles à l'autorité parentale, le droit de la santé pourrait être « *porteur d'évolution dans le statut de la minorité* »³⁷⁴⁶.

538. Importance de la protection du mineur en droit suisse – L'opposition théorique entre les deux droits, qui avait été identifiée dans le titre second de la première partie de la thèse, doit également être nuancée dans la mesure où le droit suisse s'avère en réalité moins éloigné du droit français qu'il n'y paraît. Si le droit helvétique est fondé sur un postulat favorable à l'autonomie du mineur, il ne néglige pas pour autant sa protection. L'appréciation *in concreto* du discernement (en fonction de la personnalité du mineur et de la gravité de l'acte) permet de graduer l'autonomie du mineur en fonction de son besoin de protection. Il assure une protection à la fois souple et adaptée aux cas individuels. Il semble que l'on puisse, par ailleurs induire de la jurisprudence du Tribunal fédéral que le refus de soins par le mineur capable de discernement sera davantage contourné, au nom de l'impératif de protection de sa santé, que celui qui serait opposé par le majeur.

539. Ainsi, l'opposition théorique constatée plus haut s'amenuise. Malgré les apparences, le droit civil français semble, en partie, ébranlé par la multiplication des exceptions à l'autorité parentale. Au contraire, le droit civil suisse qui connaît depuis plus longtemps des fondements favorables à l'autonomie, s'agissant notamment de l'exercice des droits strictement personnels, assure avec davantage de souplesse la coordination entre autorité parentale et autonomie de l'enfant. L'émergence du droit de la santé n'a donc pas, pour l'essentiel, bouleversé les règles relatives à la capacité civile du mineur. Le droit de la santé renforce, pour les actes les plus graves et conformément aux objectifs de la réglementation civile, la protection du mineur.

³⁷⁴² MOLE A., DAUBA D., « Informatique et libertés : de nouveaux droits pour les malades », *Gaz. Pal.*, 24 octobre 2002, n° 297, p. 8.

³⁷⁴³ BONNEAU J., « L'accès au dossier médical. Décret n° 2002-637 du 29 avril 2002 », *Gaz. Pal.*, 10 mai 2003, n° 130, p. 3 ; DUPONT M., « L'accès du patient aux documents médicaux personnels. Ses aspects pratiques à l'hôpital », *Gaz. Pal.*, 17 décembre 2002, n° 351, p. 7.

³⁷⁴⁴ Art. R 1111-6 al. 3 CSP.

³⁷⁴⁵ Art. R 1111-6 al. 4 CSP.

³⁷⁴⁶ MORACCHINI-ZEIDENBERG S., « L'acte personnel de la personne vulnérable », *RTD civ.*, 2012, n° 1, p. 21.

2. La fragmentation de la minorité

540. Absence de caractère unitaire de la minorité en droit civil – Le rapprochement entre les deux droits apparaît avec encore davantage de clarté si l'on compare leur évolution. Malgré des présupposés très favorables à l'autonomie personnelle, historiquement, le droit suisse était également marqué à la fois par le paternalisme médical³⁷⁴⁷ et par une concentration du pouvoir réel de décision entre les mains du détenteur de l'autorité parentale. Pour sa part, et en dépit de l'affirmation d'une incapacité d'exercice générale du mineur, le droit français a depuis longtemps accordé une place à la parole du mineur. Comme le soulignait le Doyen CORNU, « *l'incapacité d'exercice ne présente pas en elle-même l'ordonnement unitaire qu'on lui prêterait trop facilement* »³⁷⁴⁸. En effet, « *des statuts sectoriels de la minorité résultent de textes épars et de solutions jurisprudentielles* »³⁷⁴⁹. L'auteur souligne, dès cette époque, que « *la condition du mineur recèle en réalité trois régimes distributivement applicables* »³⁷⁵⁰. Il distingue alors d'une part, les actes accomplis par le représentant légal seul, qui constituent le régime applicable aux actes concernant le patrimoine, et d'autre part, les actes « *personnalisés* » pour lesquels « *l'intervention personnelle du mineur est nécessaire, et la représentation est exclue* »³⁷⁵¹. Au sein de cette seconde catégorie, il invitait à distinguer entre les « *actes pour lesquels la participation du mineur est nécessaire sans être suffisante (régime de l'autorisation)* »³⁷⁵² et les actes pour lesquels « *l'intervention du mineur est tout à la fois nécessaire et suffisante* »³⁷⁵³. La question du discernement n'est pas abordée et la classification opérée par des diverses dispositions du Code civil. Ces dernières permettent de montrer des distinctions au sein de la minorité, qui varient selon les actes et l'âge du mineur. Cependant, on ne peut manquer de souligner que le droit français, tout comme le droit suisse, fait varier l'incapacité du mineur pour les actes à caractère personnel. En outre, il distingue entre les actes pour lesquels le mineur consent seul et les actes pour lesquels le mineur ne peut consentir seul. Cette distinction de régime est fondée sur la même question que celle utilisée par le droit suisse pour fonder la distinction entre les droits strictement personnels proprement dits et les droits strictement personnels improprement dits. Ainsi, bien qu'il n'existe pas d'identité entre les concepts et les régimes applicables en droit français et en droit suisse, ces deux droits sont animés par des préoccupations similaires visant à aménager l'incapacité du mineur pour les actes relatifs à sa personne et à prévoir des régimes juridiques gradués.

541. Absence de caractère unitaire de la minorité en droit médical – Le droit médical n'est pas resté en dehors de ce mouvement et des propositions d'origine doctrinale, pratique ou jurisprudentielle³⁷⁵⁴ ont contribué à limiter le caractère « *monolithique* » de la minorité.

³⁷⁴⁷ GUILLOD O., *Le consentement éclairé du patient, autodétermination ou paternalisme*, Neuchâtel, Ides et Calendes, 1986, 285 p. ; GAUMONT-PRAT, « Toute personne doit être présumée capable *a priori* de recevoir des informations et de donner son consentement libre et éclairé à un acte médical », *D.*, 1999, n° 38, p. 346.

³⁷⁴⁸ CORNU G., « L'âge civil », in *Mélanges en l'honneur de Paul Roubier*, Tome 2, Paris, Dalloz, 1961, pp. 9-36.

³⁷⁴⁹ GRIDEL, J.-P., « L'âge et la capacité civile », *D.*, 1998, n° 10, p. 90 et s., § 10.

³⁷⁵⁰ CORNU G., « L'âge civil », in *Mélanges en l'honneur de Paul Roubier*, Tome 2, Paris, Dalloz, 1961, p. 19.

³⁷⁵¹ *Ibid.*

³⁷⁵² *Ibid.*

³⁷⁵³ *Ibid.*, p. 20.

³⁷⁵⁴ La distinction est reprise de la thèse de DUVAL-ARNOULD D., *Le corps de l'enfant sous le regard du droit*, Paris, Bibliothèque de droit privé, Tome 238, LGDJ, 1994, 331 p.

D'un point de vue doctrinal, une évolution, fondée sur une distinction entre « *les traits classiques* » et « *les traits modernes de l'assistance parentale* »³⁷⁵⁵, a été soulignée. Dans la période classique, l'« *omnipotence du gardien* » lui permet de « *décider seul en principe des traitements médicaux et interventions chirurgicales à imposer à l'enfant* »³⁷⁵⁶. La Cour de cassation avait souligné dans ce sens « *le droit du père de choisir le médecin chargé de soigner ses enfants, et de décider des mesures à prendre dans l'intérêt de leur santé* »³⁷⁵⁷. Par ailleurs, « *le secret médical n'est pas opposable au père de l'enfant malade* »³⁷⁵⁸. Les progrès de la science avaient toutefois conduit à penser certaines limites à la disposition du corps de l'enfant ou du corps du parent dans l'intérêt de l'enfant³⁷⁵⁹. En raison des évolutions sociologiques, fondées sur la montée en puissance de l'individualisme, et du déclin progressif de la puissance paternelle, l'assistance parentale a progressivement adopté des « *traits modernes* »³⁷⁶⁰.

Plusieurs juristes ont alors formulé des propositions visant à promouvoir les droits des mineurs. Certains auteurs ont plaidé en faveur de l'association du mineur aux décisions parentales selon des modalités variant du simple avis, au droit d'opposition en passant par le consentement³⁷⁶¹. D'autres considéraient que le mineur ayant atteint un certain âge pouvait consentir seul, du moins pour les traitements courants³⁷⁶². Plusieurs raisonnements ont pu permettre d'aboutir à une telle conclusion³⁷⁶³. Il fut proposé de procéder à une analogie avec le régime applicable, en matière patrimoniale, aux actes conservatoires ; l'acte de soins étant alors assimilé à un acte conservatoire pour lequel le mineur peut agir seul³⁷⁶⁴. D'autres auteurs se sont fondés sur l'autorisation faite au mineur de passer seul les actes que « *la loi ou l'usage autorise* »³⁷⁶⁵. D'autres encore évoquaient une potentielle extension du régime de certains actes personnels, prévus par des textes spécifiques ou par la jurisprudence, qui se justifierait par le fait que les actes médicaux mettent en jeu soit les affections, soit l'avenir³⁷⁶⁶.

La pratique médicale et la déontologie étaient également favorables à une plus grande autonomie du mineur. La première a considéré que le consentement du mineur était suffisant « *lorsqu'il s'agit de soins prodigués en ville* » en tout cas pour les actes bénins³⁷⁶⁷. Les dispositions du Code de déontologie médicale ont quant à elles prévu, à partir de 1979³⁷⁶⁸, que « *si l'incapable peut émettre un avis, le médecin doit en tenir compte* ».

³⁷⁵⁵ PRADEL J., *La condition civile du malade*, Paris, Bibliothèque de droit privé, LGDJ, 1960, p. 226 et p. 229.

³⁷⁵⁶ *Ibid.*, p. 226.

³⁷⁵⁷ Cass. req. 3 juillet 1912 : *Sirey*, 1912, I, 512.

³⁷⁵⁸ PRADEL J., *La condition civile du malade*, Paris, Bibliothèque de droit privé, LGDJ, 1960, p. 226.

³⁷⁵⁹ *Ibid.*, pp. 227-228.

³⁷⁶⁰ *Ibid.*, p. 229.

³⁷⁶¹ Pour un exposé plus poussé des distinctions, voir : DUVAL-ARNOULD D., *Le corps de l'enfant sous le regard du droit*, Paris, Bibliothèque de droit privé, Tome 238, LGDJ, 1994, p. 136.

³⁷⁶² NERSON R., « Le respect par le médecin de la volonté du malade », in *Mélanges Gabriel Marty*, Toulouse, Presses universitaires de Toulouse, 1978, p. 862.

³⁷⁶³ Pour un exposé plus poussé des distinctions, voir : DUVAL-ARNOULD D., *Le corps de l'enfant sous le regard du droit*, Paris, Bibliothèque de droit privé, Tome 238, LGDJ, 1994, p. 136.

³⁷⁶⁴ MÉMETEAU G., « Le droit médical de la famille », in *Le droit non civil de la famille*, Paris, Publications de la Faculté de droit et des sciences sociales de Poitiers, PUF, 1983, p. 239.

³⁷⁶⁵ *Ibid.*, p. 238 ; NERSON R., « Le respect par le médecin de la volonté du malade », in *Mélanges Gabriel Marty*, Toulouse, Presses universitaires de Toulouse, 1978, p. 861.

³⁷⁶⁶ LOMBOIS J.-C., *De l'influence de la santé sur l'existence des droits civils*, Paris, Bibliothèque de droit privé, LGDJ, 1961, p. 127.

³⁷⁶⁷ DUVAL-ARNOULD D., *Le corps de l'enfant sous le regard du droit*, Paris, Bibliothèque de droit privé, Tome 238, LGDJ, 1994, p. 140.

³⁷⁶⁸ Décret n° 79-506 portant code de déontologie médicale, du 28 juin 1979, *JORF*, 30 juin 1979, p. 1568.

dans toute la mesure du possible »³⁷⁶⁹. La parole de l'enfant est prise en considération, même si elle ne constitue qu'un simple avis qui ne sera suivi que dans la mesure du possible et « *s'il est orienté vers l'acte thérapeutique* »³⁷⁷⁰. Le Conseil national de l'Ordre des médecins s'est également prononcé sur des problématiques ponctuelles comme celle du SIDA³⁷⁷¹. Il préconisait aux médecins de garder le secret si le mineur lui opposait un refus, bien qu'il ait tout mis en œuvre pour le convaincre d'informer ses parents et qu'il se soit proposé en tant que médiateur³⁷⁷².

Enfin, la jurisprudence³⁷⁷³ a parfois pris en considération la volonté d'une mineure partageant les choix parentaux, et a par là même « *reconnu implicitement le droit pour la mineure de choisir le traitement médical lui paraissant le plus approprié à son état* »³⁷⁷⁴.

Ce mouvement, accordant de manière ponctuelle des droits aux mineurs, a trouvé un relais retentissant avec les lois du 4 mars 2002 relatives d'une part, à l'autorité parentale et d'autre part, aux droits des malades et à la qualité du système de santé. La première a inséré au sein du Code civil l'article 371-1 qui dispose que « *les parents associent l'enfant aux décisions qui le concernent selon son âge et son degré de maturité* ». La seconde prévoit également que le mineur a le droit de recevoir une information et de participer à la décision d'une manière adaptée à son degré de maturité. Elle ajoute que le consentement doit être systématiquement recherché s'il est apte à exprimer sa volonté et à participer à la décision. Ainsi, le droit français a eu pour objectif, au-delà de certains articles ponctuels, d'« *inscrire dans les textes un principe plus général : le droit de l'enfant d'être associé à l'œuvre d'éducation menée par ses parents* »³⁷⁷⁵. Il s'est agi de traduire le fait qu'« *en réalité, le statut de l'enfant est plus complexe [et qu'] au fur et à mesure qu'il grandit, la loi et la jurisprudence, mais aussi la coutume, lui reconnaissent une indépendance croissante* »³⁷⁷⁶.

Cet essor des « *droits participatifs* »³⁷⁷⁷, encouragé par les conventions internationales³⁷⁷⁸, ne remet pas pour autant en question l'incapacité du mineur³⁷⁷⁹. Il aboutit à l'affirmation, en sa faveur et avec des conséquences variables, de droits qui se fondent sur son degré de maturité, son aptitude à exprimer sa volonté et à participer à la décision ou encore sur sa capacité de discernement. Ces références constituent « *des critères rénovés d'une volonté juridiquement capable* » contribuant « *à un renouvellement du régime des*

³⁷⁶⁹ Art. 43.

³⁷⁷⁰ MÉMETEAU G., « Le droit médical de la famille », in *Le droit non civil de la famille*, Paris, Publications de la Faculté de droit et des sciences sociales de Poitiers, PUF, 1983, p. 238.

³⁷⁷¹ Conseil national de l'ordre des médecins, 190^e session du 2 avr. 1993.

³⁷⁷² Voir sur cette question : REY-SALMON C., « Secret médical et personnes vulnérables : le cas du mineur », *D.*, 2009, n° 39, p. 2651.

³⁷⁷³ CA Nancy, 3 décembre 1982 : *JCP G*, 1983, II, 20081, Note RAYMOND G. ; *Gaz. Pal.*, 10 mars 1984, 1, 132, Note DORSNER-DOLIVET A. (datant toutefois l'arrêt du 3 décembre 1983) : cité par : DUVAL-ARNOULD D., *Le corps de l'enfant sous le regard du droit*, Paris, Bibliothèque de droit privé, Tome 238, LGDJ, 1994, p. 79, Note 194.

³⁷⁷⁴ DUVAL-ARNOULD D., *Le corps de l'enfant sous le regard du droit*, Paris, Bibliothèque de droit privé, Tome 238, LGDJ, 1994, p. 137.

³⁷⁷⁵ DEKEUWER-DÉFOSSEZ F., *Rénover le droit de la famille. Propositions pour un droit adapté aux réalités et aux aspirations de notre temps*, Paris, Rapports officiels, La documentation française, 1999, p. 99.

³⁷⁷⁶ *Ibid.*

³⁷⁷⁷ GOUTTENOIRE A., « Le statut juridique de l'enfant », *RLDC*, 2011, Supplément au n° 87, p. 37

³⁷⁷⁸ Pour de plus amples développements sur cette question, voir : DUVAL-ARNOULD D., *Le corps de l'enfant sous le regard du droit*, Paris, Bibliothèque de droit privé, Tome 238, LGDJ, 1994, p. 137 ; ZERMATTEN J., « Protection versus participation de l'enfant ? », *RDT*, 2009, n° 5, pp. 297-314.

³⁷⁷⁹ GOUTTENOIRE A., « Laurence Francoz-Terminal, la capacité de l'enfant dans les droits français, anglais et écossais », *RTD civ.*, 2009, n° 4, p. 808.

incapacités »³⁷⁸⁰. Certains auteurs y ont vu « *la prise en compte en droit de la santé d'un nouveau concept de compétence à côté de la traditionnelle capacité juridique du Code civil* » et l'émergence d'une autonomie qui serait « *celle de la personne conçue comme un pouvoir de décider pour soi-même et non l'autonomie de la volonté issue de la théorie kantienne – pouvoir de se donner sa propre loi, où l'on voit classiquement le fondement de la force obligatoire du contrat* »³⁷⁸¹.

Cette perspective rapproche ainsi, dans une certaine mesure, le droit français du droit suisse qui accorde une « *capacité civile partielle* » au mineur capable de discernement pour l'exercice de ses droits strictement personnels³⁷⁸². Elle présente l'avantage de donner une assise aux droits de la personne humaine³⁷⁸³ et permet de ne pas « *s'enfermer dans une opposition stérile entre droits de l'enfant et autorité parentale [en recherchant] une meilleure harmonie entre les droits de l'enfant et les règles consacrées à sa protection* »³⁷⁸⁴.

B. Le droit suisse au service de la construction d'une théorie générale française

542. Le constat de ce rapprochement entre les deux droits montre que le droit suisse peut renouveler la grille de lecture du droit français, en éclairant notre proposition d'une théorie générale. Cette théorie pourrait être fondée sur le critère du discernement, dont la pertinence est révélée par la « *fonction subversive* » du droit comparé (1). Ce critère pourrait être reçu par le droit français au sein duquel il trouve un certain écho, à condition d'en adapter la portée (2).

1. La pertinence du critère du discernement révélée par la « fonction subversive » du droit comparé

543. Détermination d'un critère et « fonction subversive » du droit comparé – Il convient de s'interroger sur le critère susceptible de donner corps à une théorie potentielle. Pour déterminer le critère permettant au mineur d'accéder à l'autonomie, deux méthodes sont envisageables³⁷⁸⁵. La méthode qualitative vise à déterminer la capacité de chaque individu³⁷⁸⁶. La méthode quantitative vise au contraire à déterminer statistiquement l'âge auquel les mineurs sont capables d'accomplir tel ou tel acte³⁷⁸⁷. Le droit français et le droit suisse se sont référés au critère quantitatif pour fixer la majorité à l'âge de dix-huit ans³⁷⁸⁸. En France, la méthode qualitative a été largement réfutée au motif qu'elle conduit à des controverses et à l'arbitraire du juge³⁷⁸⁹. Divers auteurs, qui ont proposé la mise en place d'une prémajorité en matière sanitaire, l'ont critiquée. F. GISSER a ainsi rejeté cette « *solution empirique (...) source de difficultés*

³⁷⁸⁰ GRIDEL, J.-P., « L'âge et la capacité civile », *D.*, 1998, n° 10, p. 90 et s., § 11.

³⁷⁸¹ DREIFUSS-NETTER F., « Les directives anticipées : de l'autonomie de la volonté à l'autonomie personnelle », *Gaz. Pal.*, 10 juin 2006, n° 161, p. 23.

³⁷⁸² DESCHENAUX H., STEINAUER P.-H., *Personnes physiques et tutelle*, Berne, Stämpfli, 2001, p. 66.

³⁷⁸³ BIOY X., *Le concept de personne humaine en droit public. Recherche sur le sujet des droits fondamentaux*, Paris, Nouvelle bibliothèque de thèses, Dalloz, 2003, 913 p.

³⁷⁸⁴ DEKEUWER-DÉFOSSEZ F., *Rénover le droit de la famille. Propositions pour un droit adapté aux réalités et aux aspirations de notre temps*, Paris, Rapports officiels, La documentation française, 1999, p. 99.

³⁷⁸⁵ GISSER F., « Réflexion en vue d'une réforme de la capacité des incapables mineurs. Une institution en cours de formation : la prémajorité », *JCP G*, 1984, I, 3142, § 2 ; ROQUE J., « La prémajorité », *Dr. fam.*, 2009, n° 4, Étude 20 ; GABRIEL A., *Le mineur : quel acteur de santé ?*, Paris Descartes, Thèse en droit privé, 2011, p. 426 et s.

³⁷⁸⁶ GISSER F., « Réflexion en vue d'une réforme de la capacité des incapables mineurs. Une institution en cours de formation : la prémajorité », *JCP G*, 1984, I, 3142, § 2.

³⁷⁸⁷ *Ibid.*

³⁷⁸⁸ Art. 14 b CCS ; Art. 388 CC.

³⁷⁸⁹ GISSER F., « Réflexion en vue d'une réforme de la capacité des incapables mineurs. Une institution en cours de formation : la prémajorité », *JCP G*, 1984, I, 3142, § 2.

sans nombre [avec laquelle] les tiers baigneraient dans l'incertitude et dans l'insécurité [comme étant] totalement irréaliste »³⁷⁹⁰. De même, D. DUVAL-ARNOULD a souligné que « le recours à ce critère créerait une importante inégalité des mineurs devant la loi et risquerait de susciter arbitraire et controverse » tout en posant des difficultés quant à la détermination de la personne chargée de cette appréciation³⁷⁹¹. Ces critiques pour le moins virulentes méritent d'être passées au crible de la « fonction subversive du droit comparé »³⁷⁹². En effet, le droit suisse accorde une place fondamentale au discernement et à l'analyse *in concreto*. Il nous permet ainsi d'interroger la capacité du critère du discernement à fonder une théorie générale.

544. Intérêt du critère suisse – L'étude du droit suisse permet de réfuter les critiques liées à l'« irréalisme » de la « méthode qualitative »³⁷⁹³ dans la mesure où elle montre à la fois l'adaptabilité et la cohérence du système adopté. Le critère du discernement présente une réelle capacité à absorber la plasticité des faits et permet de faire varier l'autonomie de la personne en fonction de ses capacités réelles, ce qui s'avère particulièrement nécessaire en matière de droits concernant la personne dans son essence même. Toutefois, malgré l'existence d'un critère juridique bénéficiant d'une définition unifiée, le droit suisse est confronté à certaines difficultés liées à l'appréciation du discernement au cas par cas.

545. Difficultés inhérentes à l'appréciation du discernement – L'appréciation de la capacité de discernement relève d'abord du médecin³⁷⁹⁴, contrairement à ce qui prévaut dans d'autres pays. Ainsi que le souligne P. MEIER, « c'est bien le médecin qui est le plus compétent (le moins incompétent) pour procéder à cette appréciation »³⁷⁹⁵. Ce dernier bénéficie en effet d'un certain nombre de connaissances, dans le domaine psychologique notamment, particulièrement nécessaires à l'évaluation du discernement. Toutefois, une telle solution ne s'impose pas dans la mesure où le discernement constitue une notion juridique qui ne recouvre pas en tous points les notions médicales. Comme le relève O. PELET, « la définition scientifique n'a jamais été équivalente à l'acception juridique. Le concept légal est en effet plus étroit que le concept médical »³⁷⁹⁶. À titre d'exemple, on peut mentionner le fait que « la capacité de discernement n'est pas forcément perturbée chez les patients atteints de troubles psychiques, hospitalisés en établissement psychiatrique, très âgés, hébergés en établissement médico-social, sous tutelle ou mineurs »³⁷⁹⁷. Cependant, malgré tout, les éléments médicaux auxquels renvoie la définition légale conduisent à accorder une forte place à l'expertise médicale³⁷⁹⁸. Quoi qu'il en soit, les difficultés

³⁷⁹⁰ *Ibid.*, § 11.

³⁷⁹¹ DUVAL-ARNOULD D., *Le corps de l'enfant sous le regard du droit*, Paris, Bibliothèque de droit privé, Tome 238, LGDJ, 1994, p. 103.

³⁷⁹² MUIR-WATT H., « La fonction subversive du droit comparé », *RIDC*, 2000, Vol. 52, n° 3, pp. 503-527.

³⁷⁹³ GISSER F., « Réflexion en vue d'une réforme de la capacité des incapables mineurs. Une institution en cours de formation : la prémajorité », *JCP G*, 1984, I, 3142, § 11.

³⁷⁹⁴ Parmi d'autres : HELLE N., « La capacité de discernement, un critère juridique en voie de disparition pour les patients psychiques placés à des fins d'assistance », *RSDS*, 2004, n° 3, p. 9 ; MANAÏ D., « Les droits du patient adolescent en Suisse », in FEUILLET-LIGER B. (Dir.), *Adolescents et acte médical, approche internationale et pluridisciplinaire*, Bruxelles, Droit bioéthique et société, Bruylant, 2011, p. 261.

³⁷⁹⁵ MEIER P., « La confidentialité des informations médicales dans le cadre des activités tutélaires », *RDT*, 1996, n° 51, p. 214, Note 28.

³⁷⁹⁶ PELET O., « La capacité de discernement est-elle expertisable ? », *Douleur et analgésie*, 2011, Vol. 24, Supplément n° 1, p. 515.

³⁷⁹⁷ WASSERFALLEN J.-B. et al., « Appréciation de la capacité de discernement des patients : procédure d'aide à l'usage des médecins », *Bulletin des médecins suisses*, Volume 85, n° 32/33, p. 1701.

³⁷⁹⁸ Sur l'importance de l'expertise médicale en lien avec l'évaluation de la capacité de discernement, voir : PELET O., « La capacité de discernement est-elle expertisable ? », *Douleur et analgésie*, 2011, Vol. 24, Supplément n° 1, pp. 514-528.

auxquelles font face les médecins dans le cadre de cette analyse sont régulièrement soulignées³⁷⁹⁹. L'arrêt du 2 avril 2008³⁸⁰⁰ illustre d'ailleurs « *le risque que prend le praticien lorsqu'il procède à l'évaluation de la capacité de discernement [puisqu'] il n'est jamais à l'abri d'une appréciation différente, a posteriori, de la part de l'autorité appelée à statuer sur la question* »³⁸⁰¹. Cela explique certaines initiatives visant à l'élaboration de « *procédures à l'usage des médecins* » ainsi qu'en témoigne l'expérience du Centre Hospitalier Universitaire Vaudois³⁸⁰². Partant du constat des difficultés pratiques liées à l'appréciation du critère juridique du discernement (encore renforcées par le vieillissement de la population), une équipe pluridisciplinaire³⁸⁰³ a réalisé un document d'aide à la définition de la capacité de discernement. Ce document propose une procédure qui s'inscrit en cohérence avec les critères posés par l'article 16 du Code civil. En cas de doute relatif à l'élément intellectuel du critère psychologique, le document propose de recourir au questionnaire de SILBERFELD³⁸⁰⁴. S'agissant du caractère raisonnable de la décision, le document mentionne, à l'instar de la doctrine, qu'« *un refus inadéquat de traitement n'est pas forcément dû à une incapacité de discernement, mais peut être l'expression d'un conflit entre le patient et l'équipe ou bien refléter un état anxieux, d'irritation ou de révolte* »³⁸⁰⁵. Enfin, le document propose un bilan de l'incapacité de discernement en quatre étapes : la documentation des éléments évocateurs de l'incapacité, l'exclusion des lésions cérébrales pouvant impacter la compréhension, l'exclusion d'un état confusionnel médicamenteux et/ou carentiel, l'exclusion d'une autre affection psychologique qui pourrait expliquer l'incapacité de discernement³⁸⁰⁶. Ce type d'initiative montre l'importance fondamentale que revêt la coordination pluridisciplinaire dans le cadre de l'application du droit de la santé. Un système cohérent ne peut faire fi de la pratique et il apparaît dès lors nécessaire d'encourager le dialogue, non seulement entre les juristes et les médecins, mais également entre les médecins de différentes spécialités. Il peut en effet être utile pour les médecins de faire appel à des spécialistes³⁸⁰⁷ ou de dialoguer avec leurs collègues sur une situation anonymisée³⁸⁰⁸. Au-delà de cette coordination pluridisciplinaire, il est possible d'insister sur la formation des jeunes médecins afin que ces derniers bénéficient, dès le début de leur carrière, de connaissances suffisantes leur permettant d'appréhender de manière plus sereine la question de l'appréciation de la faculté de discernement³⁸⁰⁹. Enfin et surtout, le médecin doit, et encore plus en cas de doute quant à la capacité de discernement du mineur, documenter de manière précise les éléments qui lui ont permis d'apprécier la capacité du

³⁷⁹⁹ Voir par exemple : HENNINGER S. *et al.*, « Capacité de discernement des adolescents mineurs : étude qualitative sur les représentations en suisse romande », *Revue médicale suisse*, 16 juin 2010, n° 253, Disponible sur : revue.medhyg.ch/article.php3?sid=34920, Consulté le 20 juin 2013 ; RUTISHAUSER C., « Contradiction entre relation adaptée au patient adolescent et aspects légaux ? », *Paediatrica*, Vol. 17, n° 12, p. 31.

³⁸⁰⁰ ATF 134 II 235.

³⁸⁰¹ PELET O., CEREGETTI A., « Nul n'est sensé ignorer... comment réagir lorsqu'un mineur s'oppose à des soins », *Revue médicale suisse*, 4 mars 2009, n° 5, p. 541.

³⁸⁰² WASSERFALLEN J.-B. *et al.*, « Appréciation de la capacité de discernement des patients : procédure d'aide à l'usage des médecins », *Bulletin des médecins suisses*, Vol. 85, n° 32/33, pp. 1701-1704.

³⁸⁰³ Composée de la direction médicale, du service psychiatrie de liaison, de la division de neuropsychologie et de l'unité des affaires juridiques et éthiques.

³⁸⁰⁴ Reproduit en annexe 12 : le questionnaire de Silberfeld.

³⁸⁰⁵ WASSERFALLEN J.-B. *et al.*, « Appréciation de la capacité de discernement des patients : procédure d'aide à l'usage des médecins », *Bulletin des médecins suisses*, Vol. 85, n° 32/33, p. 1702.

³⁸⁰⁶ *Ibid.*, pp. 1702-1703.

³⁸⁰⁷ MANAI D., « Les droits du patient adolescent en Suisse », in FEUILLET-LIGER B. (Dir.), *Adolescents et acte médical, approche internationale et pluridisciplinaire*, Bruxelles, Droit bioéthique et société, Bruylant, 2011, p. 261.

³⁸⁰⁸ RUTISHAUSER C., « Contradiction entre relation adaptée au patient adolescent et aspects légaux ? », *Paediatrica*, Vol. 17, n° 12, p. 31.

³⁸⁰⁹ HENNINGER S. *et al.*, « Capacité de discernement des adolescents mineurs : étude qualitative sur les représentations en suisse romande », *Revue médicale suisse*, n° 253, 16/06/2010, Disponible sur : revue.medhyg.ch/article.php3?sid=34920, Consulté le 20 juin 2013.

mineur³⁸¹⁰. Dans cette hypothèse, il peut également exiger, en sus, le consentement des titulaires de l'autorité parentale. Il ne faudrait toutefois pas que cette porte de sortie soit utilisée de manière systématique par les médecins pour se couvrir contre une mauvaise évaluation du discernement du mineur. Cela contribuerait en effet à affaiblir la portée accordée à l'autonomie du mineur capable de discernement. Toutefois, cette dérive semble peu probable dans la mesure où le médecin qui informerait les représentants légaux du patient mineur capable de discernement pourrait s'exposer à des poursuites pour violation du secret médical³⁸¹¹.

546. Remèdes à la difficulté de preuve du discernement en droit suisse – Au-delà de la pratique médicale, la jurisprudence et la doctrine³⁸¹² se sont également prononcées afin de tenter de pallier les difficultés de preuve³⁸¹³.

Les auteurs ont posé des seuils plus ou moins variables. Selon BUCHER³⁸¹⁴, « *même des petits enfants peuvent donner un consentement valable à des atteintes tout à fait mineures* »³⁸¹⁵. D'autres auteurs estiment qu'en dessous de 12 ans le discernement n'est en principe pas présent³⁸¹⁶. D'autres encore se réfèrent au seuil de 14 ans³⁸¹⁷. Dans sa thèse, O. GUILLOD a également proposé des seuils d'âge ; il estimait notamment que « *jusqu'à dix ans, un authentique consentement de l'enfant semble impossible. Une présomption d'absence de discernement devrait donc être appliquée. Entre dix et quinze ans, la capacité de consentir doit progressivement être admise, en fonction du développement individuel de l'enfant, de la nature des soins et des autres circonstances d'espèce. Ce n'est toutefois qu'à partir de quinze ans que la présomption de discernement doit jouer en faveur de l'adolescent comme pour un adulte* »³⁸¹⁸. Dans un article plus récent, l'auteur a abaissé cet âge « *aux alentours de quatorze ans* »³⁸¹⁹, seuil d'ailleurs souvent évoqué dans la littérature³⁸²⁰.

Cette idée des seuils a été reprise par la jurisprudence afin de pallier les difficultés de preuve de la capacité de discernement. La logique retenue par le Tribunal est parfaitement résumée dans l'arrêt du 2 avril 2008. Ce dernier souligne que la capacité de discernement « *doit en principe être présumée sur la base de l'expérience générale de la vie. Cette présomption n'existe toutefois que s'il n'y a pas de raison générale de mettre en doute la*

³⁸¹⁰ WASSERFALLEN J.-B. *et al.*, « Appréciation de la capacité de discernement des patients : procédure d'aide à l'usage des médecins », *Bulletin des médecins suisses*, Vol. 85, n° 32/33, p. 1702 ; POK J. *et al.*, « Guide pour l'entretien médical d'information », *Bulletin des médecins suisses*, Vol. 88, n° 7, p. 266.

³⁸¹¹ MEIER P., « La confidentialité des informations médicales dans le cadre des activités tutélaires », *RDT*, 1996, n° 51, p. 213, Note 28.

³⁸¹² Voir, récemment : CROCETTA C., *I diritti e l'autonomia decisionale del minore in ospedale*, Bâle, Helbing & Lichtenhahn, 2014, 438 p.

³⁸¹³ PELET O., « La capacité de discernement est-elle expertisable ? », *Douleur et analgésie*, 2011, Vol. 24, Supplément n° 1, p. 515.

³⁸¹⁴ BUCHER E., *Die Ausübung der Persönlichkeitsrechte, insbesondere die Persönlichkeitsrechte des Patienten als Schranken der ärztlichen Tätigkeit*, Zurich, Juris, 1956, p. 140.

³⁸¹⁵ Les citations synthétisant les propos de l'auteur sont tirées de : GUILLOD O., *Le consentement éclairé du patient, autodétermination ou paternalisme*, Neuchâtel, Ides et Calendes, 1986, p. 212.

³⁸¹⁶ GROTSCH A., *Heilbehandlung und eigenmächtige Heilbehandlung unter besonderer Berücksichtigung der Unmündigen*, Thèse Bâle, 1973, p. 60 : référence citée par *Ibid.*

³⁸¹⁷ OTT W., *Voraussetzungen der zivilrechtlichen Haftung des Arztes*, Zurich, Schulthess, 1978, p. 78 ; NÄGELI M., *Die ärztliche Behandlung handlungsunfähiger Patienten aus zivilrechtlicher Sicht*, Zurich, Juris, 1984, p. 105 : cités par *Ibid.*

³⁸¹⁸ GUILLOD O., *Le consentement éclairé du patient, autodétermination ou paternalisme*, Neuchâtel, Ides et Calendes, 1986, p. 214.

³⁸¹⁹ MARTIN J., GUILLOD O., « Secret médical. Quelle attitude du praticien quand des instances ou personnes extérieures demandent des renseignements à propos d'un patient », *Bulletin des médecins suisses*, Vol. 81, n° 37, 2000, p. 2052.

³⁸²⁰ HENNINGER S. *et al.*, « Capacité de discernement des adolescents mineurs : étude qualitative sur les représentations en suisse romande », *Revue médicale suisse*, 16 juin 2010, n° 253, Disponible sur : revue.medhyg.ch/article.php3?id=34920, Consulté le 20 juin 2013 ; MARADIEGUE A., « Minor's rights versus parental rights : review of the legal issues in adolescent health care », *Journal of midwifery and women's health*, 2003, Vol. 48, n° 3, p. 172 : « *Empirical data indicate 14 year olds may have well-developed decisional skills and are capable of complex decisions* ».

capacité de discernement de la personne concernée, ce qui est le cas pour les adultes qui ne sont pas atteints de maladie mentale ou de faiblesse d'esprit. Pour ces derniers, la présomption est inversée et va dans le sens d'une incapacité de discernement. Par analogie, on peut présumer qu'un petit enfant n'a pas la capacité de discernement nécessaire pour choisir un traitement médical, alors que la capacité de discernement pourra être présumée pour un jeune proche de l'âge adulte. Dans la tranche intermédiaire, l'expérience générale de la vie ne permet cependant pas d'admettre cette présomption, car la capacité de discernement de l'enfant dépend de son degré de développement. Il appartient alors à celui qui entend se prévaloir de la capacité ou de l'incapacité de discernement de la prouver conformément à l'article 8 CC »³⁸²¹.

Toutefois, si ces seuils peuvent fournir des indications, il faut les considérer prudemment³⁸²² dans la mesure où la capacité de discernement constitue une notion relative. Cela signifie qu'elle doit être appréciée *in concreto* au moment de l'acte. Ainsi, elle varie selon l'acte en cause, les circonstances et le mineur concerné³⁸²³. Il en résulte qu'en matière médicale, le seuil d'exigence pour retenir la capacité de discernement ne sera pas le même pour un simple examen, une intervention thérapeutique ou une intervention dans l'intérêt thérapeutique d'autrui. En outre, un réexamen de la situation du patient sera nécessaire pour chaque prise de décision. Comme le relève D. MANAI, « *cette approche concrète empêche de fixer des limites d'âge absolues pour évaluer la capacité de discernement des patients mineurs* »³⁸²⁴ et limite par là même l'utilité des seuils d'âge précités. L'étude du « *formant* » doctrinal et du « *formant* » jurisprudentiel montre qu'ils ne correspondent pas parfaitement au « *formant* » légal. En effet, il apparaît que l'âge entre tout de même en considération. Le Tribunal fédéral, encouragé par la doctrine, pose des présomptions d'absence (pour le petit enfant) ou au contraire de présence du discernement (pour le jeune proche de l'âge adulte). Ainsi, en se départant de « *l'axiome de l'unicité de la règle de droit* »³⁸²⁵ par l'étude de ses différents « *formants* »³⁸²⁶, il est possible de montrer l'utilité de combiner les différents critères³⁸²⁷.

2. L'adaptation de la réception du critère du discernement au droit français

547. Résonnance du critère du discernement en droit français – Le critère du discernement trouve un écho en droit français, ce qui rend sa réception envisageable. Ce critère n'est, en effet, pas inconnu en droit civil français puisque l'article 388-1 du Code civil, qui envisage l'audition du mineur dans toute procédure le concernant, s'y réfère. Le Code de la santé publique, bien que n'utilisant pas ce terme pour les mineurs, utilise d'autres notions décrites plus haut (aptitude à exprimer sa volonté et à participer à la

³⁸²¹ ATF 134 II 235, Consid. 4. 3. 3.

³⁸²² PELET O., « La capacité de discernement est-elle expertisable ? », *Douleur et analgésie*, 2011, Vol. 24, Supplément n° 1, p. 515.

³⁸²³ Voir notamment : MANAI D., *Droits du patient et biomédecine*, Berne, Stämpfli, 2013, p. 41 ; GUILLOD O., *Le consentement éclairé du patient, autodétermination ou paternalisme*, Neuchâtel, Ides et Calendes, 1986, p. 212. Pour la jurisprudence, voir par exemple ATF 134 II 235, Consid. 4.3.2 : « *En matière médicale, la jurisprudence a souligné que la capacité de discernement d'un patient mineur, condition indispensable pour que celui-ci puisse consentir seul à un traitement, doit être appréciée dans chaque cas, en regard de la nature des problèmes que pose l'intervention* » ; ATF 90 II 9, Consid. 3 : « *Cette capacité est relative. Le juge doit rechercher in concreto, pour un acte déterminé ou une série d'actes, si le défendeur la possédait au moment où il a accompli celui qui a donné lieu au litige* ».

³⁸²⁴ ATF 134 II 235, Consid. 4. 3. 2.

³⁸²⁵ SACCO R., *La comparaison juridique au service de la connaissance du droit*, Paris, Études juridiques comparatives, Economica, 1991, p. 34.

³⁸²⁶ *Ibid.*, p. 35.

³⁸²⁷ Dans ce sens également voir : GABRIEL A., *Le mineur : quel acteur de santé ?*, Paris Descartes, Thèse en droit privé, 2011, 542 p. ; ROQUE J., « La prémajorité », *Dr. fam.*, 2009, n° 4, Étude 20, § 19.

décision, maturité...), dont il a été constaté qu'elles pouvaient rejoindre la notion de discernement³⁸²⁸. Certains auteurs ont d'ailleurs décelé deux sous-catégories au sein des mineurs³⁸²⁹, qui s'inscriraient en résonnance avec les catégories suisses : ceux qui sont capables de discernement et ceux qui ne le sont pas. Cependant, et dans la mesure où la méthode comparée implique de ne pas déduire d'une identité terminologique une identité conceptuelle, il faut s'interroger sur la définition du discernement et des termes s'y rattachant en droit français.

La démarche est complexe à plusieurs égards. En premier lieu, il apparaît que le Code de la santé publique se réfère à une multitude de termes sans que des distinctions entre ceux-ci soient réellement posées. Comment en effet distinguer le degré de maturité, l'aptitude à exprimer sa volonté et à participer à la décision ou encore le discernement ? Si certains auteurs se sont lancés dans des distinctions, celles-ci ne nous semblent pas à même d'éclairer de manière utile le débat³⁸³⁰. En second lieu, la définition même de chacun de ces termes est hasardeuse et source d'approximations. Le discernement est parfois défini comme une question de fait désignant « l'aptitude à distinguer le bien du mal (...) apparaissant à l'âge de raison »³⁸³¹. Toutefois, l'idée d'un âge de raison est également difficile à appréhender. Doit-il être défini comme une faculté d'agir raisonnablement ou au contraire comme la faculté de prendre une décision à caractère raisonnable ? Certains auteurs ont d'ailleurs jugé cette référence inopportune en préférant définir le discernement comme « la faculté qui est donnée à l'esprit, ou qu'il a acquise par l'expérience, d'apprécier les choses selon leur nature et à leur juste valeur, et d'en juger avec bon sens et clarté »³⁸³². D'autres encore se sont interrogés sur le point même de savoir s'il était possible de considérer le discernement comme un critère, compte tenu de sa difficile définition³⁸³³. Certains, enfin, ont retenu que « le discernement [s'analyse en fonction] de la maturité, elle-même tributaire de l'intelligence et du milieu dans lequel vit l'enfant »³⁸³⁴. Mais la définition du degré de maturité, qui constituerait « une sûreté de jugement qui s'acquiert avec l'âge ou l'expérience »³⁸³⁵, n'apparaît pas nécessairement plus claire. Les difficultés d'appréciation³⁸³⁶ et les risques de multiplication des recours en justice³⁸³⁷ ont été soulignés, « les professionnels ne dispo[sant] pas pour l'heure de critères permettant de les éclairer dans cette démarche »³⁸³⁸.

548. Proposition de critère unifié du discernement – Au vu du rapprochement existant entre le droit de la santé français et le droit suisse autour d'une méthode qualitative, la piste du critère du discernement apparaît la plus adaptée. En effet, il s'agit d'un critère désormais central en droit de la santé français. Pourtant, il a été constaté que le droit français se réfère à une terminologie disparate et non clairement définie, ne simplifiant pas la tâche des médecins déjà confrontés aux difficultés inhérentes à la

³⁸²⁸ VIGNEAU D., « L'autonomie du mineur en matière de santé », in LEMOULAND J.-J., *La condition juridique du mineur, Aspects internes et internationaux, Questions d'actualité*, Carré droit, Litec 2004, p. 43.

³⁸²⁹ GOUTTENOIRE A., « Le statut juridique de l'enfant », *RLDC*, 2011, Supplément au n° 87, p. 37.

³⁸³⁰ GABRIEL A., *Le mineur : quel acteur de santé ?*, Paris Descartes, Thèse en droit privé, 2011, pp. 173-174.

³⁸³¹ CORNU G., *Vocabulaire juridique*, Paris, Dicos poche, Quadrige, PUF, 2007, p. 313.

³⁸³² ROQUE J., « La prémajorité », *Dr. fam.*, 2009, n° 4, Étude 20, § 17.

³⁸³³ LEMOULAND J.-J., « L'assistance au mineur, une voie possible entre l'autonomie et la représentation », *RTD Civ.*, 1997, n° 1, p. 5.

³⁸³⁴ GABRIEL A., *Le mineur : quel acteur de santé ?*, Paris Descartes, Thèse en droit privé, 2011, p. 178.

³⁸³⁵ BONFILS P., GOUTTENOIRE A., *Droits des mineurs*, Paris, Précis, Dalloz, 2014, p. 87.

³⁸³⁶ CLUZEL-METAYER L., « Le droit au consentement dans les lois des 2 janvier et 4 mars 2002 », *RDSS*, 2012, n° 3, p. 442.

³⁸³⁷ CHABAS F., « L'information en matière de pédiatrie », *Gaz. Pal.*, 6 mai 2004, n° 127, p. 20 ; VIALLA F., « Refus par un mineur de la communication de son dossier médical », *Revue droit & santé*, 2007, n° 16, pp. 245-247.

³⁸³⁸ DUPUY O., « Secret et violences aux personnes : l'extension des hypothèses de signalement par le médecin en l'absence d'accord de la victime par la loi du 5 mars 2007 », *Revue droit & santé*, 2007, n° 20, pp. 757-759.

méthode qualitative. Il pourrait donc être utile de procéder à une harmonisation terminologique autour d'une seule notion qui recevrait une définition unifiée. Cette définition pourrait être inspirée du droit suisse. En effet, ce dernier a été confronté de longue date à ces problèmes et a développé des techniques permettant de pallier les incertitudes : le questionnaire de SILBERFELD, la coopération interdisciplinaire, la formation des médecins et les présomptions fondées sur l'âge.

549. Portée du critère – Si l'expérience suisse du discernement semble utilement pouvoir éclairer les positions françaises, il nous paraît peu probable que le droit français se rapproche du droit suisse quant à la portée accordée au discernement. On peut considérer qu'à partir du moment où le mineur est capable de discernement, il convient d'en tirer toutes les conséquences. L'incapacité de protection n'est plus nécessaire et le mineur devrait pouvoir consentir seul à l'acte médical, sans qu'il n'y ait de demi-mesure³⁸³⁹. Mais bien que cette solution nous apparaisse logique, il nous est permis de douter de sa capacité d'intégration au sein du droit de la santé français. En effet, l'étude de la conciliation théorique entre l'autonomie du mineur et l'autorité parentale, tout comme celle de la portée du consentement et du refus du mineur, a permis de montrer la prévalence de l'association de principe entre le mineur et ses parents. Les actes pouvant être passés par le mineur seul sont assez rares en droit français, ce dernier favorisant davantage le « *concours* » des volontés³⁸⁴⁰. Il apparaît dès lors plus cohérent d'exiger, en matière médicale, l'association du mineur et des titulaires de l'autorité parentale. Toutefois, en cas de désaccord, le critère du discernement pourrait fournir une piste unifiée, permettant une articulation harmonieuse entre autonomie et autorité parentale. Elle éviterait, en effet, de délégitimer l'autorité parentale par la multiplication des exceptions. Le choix du mineur discernant pourrait s'imposer face à celui des titulaires de l'autorité parentale. L'adaptabilité du discernement en fonction de la gravité de l'acte permettrait de protéger le mineur sans le diminuer. En l'absence de discernement, le choix des parents pourrait s'imposer. Toutefois, le mineur pourrait bénéficier d'un droit de veto contraignant lorsque l'acte ne s'effectue pas dans son intérêt. Un système de médiation judiciaire ou collégial pourrait éventuellement permettre de passer outre le refus de consentement des titulaires de l'autorité parentale.

550. Conclusion de la section 1 : la portée des prérogatives familiales face à l'autonomie du mineur – Le droit comparé s'avère précieux pour renouveler les cadres de pensée du juriste français. Il facilite la recherche d'une articulation cohérente entre l'autonomie du mineur et l'autorité parentale. Cette articulation pourrait être construite autour d'une théorie générale fondée sur le critère juridique du discernement inspiré du droit suisse. La « *fonction subversive* » du droit comparé montre en effet que ce critère peut être opérationnel, contrairement à ce qu'affirme une partie de la doctrine française. La reconnaissance ponctuelle, de manière directe ou indirecte, d'un tel critère en droit français montre que sa réception est envisageable. Des divergences entre les deux droits, notamment quant aux conséquences accordées au consentement et au refus du mineur, ont néanmoins été identifiées. Elles nous incitent à adapter la portée attachée au critère du discernement en tenant compte de la tendance plus marquée du droit français à favoriser l'association du mineur et de ses parents.

³⁸³⁹ LOMBOIS J.-C., *De l'influence de la santé sur l'existence des droits civils*, Paris, Bibliothèque de droit privé, LGDJ, 1961, p. 127 ; DUVAL-ARNOULD D., *Le corps de l'enfant sous le regard du droit*, Paris, Bibliothèque de droit privé, Tome 238, LGDJ, 1994, p. 103.

³⁸⁴⁰ GRIDEL, J.-P., « L'âge et la capacité civile », *D.*, 1998, n° 10, p. 90 et s., § 20.

SECTION 2 : LA PORTÉE DES PRÉROGATIVES FAMILIALES FACE À L'AUTONOMIE DU MAJEUR

551. L'articulation du droit de la santé et du droit de la famille est également nécessaire pour déterminer la portée des prérogatives familiales face à l'autonomie du majeur. Si, dans un premier temps, le droit français s'est montré relativement lacunaire quant à la protection de la personne du majeur, ces lacunes ont progressivement été comblées, conduisant ainsi à l'apparition d'une théorie générale de la protection de la personne. Il existe donc une forme de convergence entre le droit français et le droit suisse (I). Le recours au droit comparé, à travers sa fonction de connaissance du droit, permettra de souligner certaines difficultés persistantes en droit français. Il se révèle être un instrument utile au service de l'amélioration de la théorie générale (II).

I. LA CONSÉCRATION CONVERGENTE D'UNE THÉORIE GÉNÉRALE DE LA PROTECTION DE LA PERSONNE FONDÉE SUR LA NOTION DE DISCERNEMENT

552. La description à la fois historique et matérielle de l'émergence d'une théorie générale française de la protection des majeurs vulnérables (A) permet de témoigner de la convergence des systèmes français et suisse. Cette convergence apparaît avec une particulière acuité sur deux aspects : la nécessité de protéger la personne même du majeur, et non plus uniquement ses biens, et la nécessité de prendre en compte le discernement du majeur afin d'adapter au mieux sa protection (B).

A. L'émergence d'une théorie générale française de la protection du majeur

553. Ainsi que cela a été précisé³⁸⁴¹, le Code civil n'était pas totalement silencieux sur les actes relatifs à la personne du majeur mais il avait pu sembler lacunaire. En effet, seuls quelques textes mentionnaient la personne du majeur et leur caractère très général ne permettait pas d'aboutir à des solutions claires. C'est donc la doctrine et la jurisprudence qui, en s'appuyant sur ces textes, ont cherché à établir un régime juridique pour les différents actes relatifs à la personne du majeur. Des propositions se sont développées tant sous l'empire de la loi de 1804 que sous celle de 1968. Le droit médical, qui touche à la personne en ce qu'elle a de plus intime, a constitué à cet égard un terreau de proposition fertile. Il a donc exercé un rôle moteur (1). L'ensemble de ces réflexions a conduit à la consécration explicite, au sein de la loi de 2007, d'une théorie générale des actes relatifs à la personne du majeur (2). Le détail de ces différentes étapes de la construction d'une théorie générale et la description de son contenu apparaît nécessaire pour pouvoir envisager, par la suite, des points de convergence avec la Suisse.

³⁸⁴¹ Voir *supra* § 236.

1. La participation du droit de la santé à la théorisation jurisprudentielle et doctrinale

554. Protection jurisprudentielle et doctrinale en 1804 – Sous l'empire de la loi de 1804, le caractère général de l'article 502³⁸⁴² avait conduit la doctrine à s'interroger sur le sort des actes à caractère personnel passés par l'interdit. Comme le démontre L. TALARICO³⁸⁴³, tous les auteurs soulignaient les limites de la représentation en matière personnelle et restreignaient, par des raisonnements variables, la portée de l'article 502 pour les actes relatifs à la personne³⁸⁴⁴. Schématiquement, trois positions pouvaient être distinguées au sein de la doctrine³⁸⁴⁵. Pour certains auteurs, le majeur pouvait accomplir tous les actes lors d'un intervalle lucide car, à défaut, il serait frappé d'une véritable incapacité de jouissance. Pour d'autres, le majeur ne pouvait réaliser lors d'un intervalle lucide que les actes extrapatrimoniaux. D'autres enfin soulignaient les distinctions arbitraires liées à ces deux théories.

555. Protection jurisprudentielle et doctrinale sous la loi de 1968 – La loi de 1968 ne s'étant pas montrée plus prolixue quant à la protection de la personne du majeur, la doctrine³⁸⁴⁶ et la jurisprudence ont continué à se mobiliser. La première chambre civile de la Cour de cassation a d'abord retenu, dans un arrêt du 18 avril 1989, que « *le juge des tutelles a la faculté de faire coexister un régime de tutelle aux prestations sociales (...) et l'un des régimes civils d'incapacité, lesquels ont pour objet, d'une façon générale, de pourvoir à la protection de la personne et des biens de l'incapable* »³⁸⁴⁷. Tout comme en droit suisse, la jurisprudence a été amenée à répondre à deux questions distinctes. En premier lieu, elle a été amenée à préciser les missions du tuteur. Dans un arrêt du 24 février 1993, la Cour de cassation, approuvant la cour d'appel, énonce que « *le gérant de la tutelle ne peut accomplir, seul, les actes relatifs à la personne du majeur protégé, tel celui de consentir à la reproduction de son image, et qu'il lui appartient, à cet effet, conformément à l'article 500, alinéa 2, du Code civil, de saisir le juge des tutelles qui pourra soit l'autoriser à faire ces actes, et éventuellement sous condition qu'il déterminera, soit décider de constituer une tutelle complète* »³⁸⁴⁸. La Cour se réfère « *pour la première fois* » à la « *notion d'actes relatifs à la personne* » sans pour autant en donner de définition³⁸⁴⁹ et confirme l'application de l'article 500 du Code civil pour ce type d'actes³⁸⁵⁰. Dans l'hypothèse d'une tutelle complète, « *les décisions de principe quant à la protection de la personne du majeur en tutelle appartenaient au conseil de famille* »³⁸⁵¹. En second lieu, la jurisprudence a dû se prononcer sur la place à accorder à la volonté du majeur. Dans son arrêt du 24 février 1993, la Cour de cassation, non saisie sur ce

³⁸⁴² « Tous actes passés (...) par l'interdit, ou sans l'assistance du conseil seront nuls de droit ».

³⁸⁴³ TALARICO L., *La personne du majeur protégé*, Lyon 3, Thèse en droit privé, 2008, pp. 12-13.

³⁸⁴⁴ *Ibid.*

³⁸⁴⁵ Ces trois positions sont présentées par MASSIP J., *Tutelle des mineurs et protection juridique des majeurs*, Paris, Lextenso, Defrénois, 2009, pp. 350-351.

³⁸⁴⁶ FOSSIER T., « Les libertés et le gouvernement de la personne incapable majeur », *JCP G*, 1985, I, 3195 ; GEFFROY C., « La protection tutélaire des majeurs en matière personnelle », *JCP G*, 1993, I, 3724 ; HAUSER J., « Réflexions sur la protection de la personne de l'incapable », *Mélanges offerts à Pierre Raynaud*, Paris, Dalloz-Sirey, 1985, p. 227 ; PLAZY J.-M., *La protection de la personne de l'incapable*, La Baule, Imprimerie la Mouette, Doctorat et notariat, 2001, 556 p.

³⁸⁴⁷ Cass. civ. 1^{re}, 18 avril 1989, n° 87-14.563 : *Bull. civ.*, I, n° 156 ; *Defrénois*, 1989, 1007, Obs. MASSIP J. ; *JCP G*, 1990, II, 21467, Note FOSSIER T. ; *D.*, 1989, 493, Note MASSIP J.

³⁸⁴⁸ Cass. civ. 1^{re}, 24 février 1993, n° 91-13.587 : *Bull. civ.*, 1993, I, n° 87 ; *Defrénois*, 1993, 1000 ; *JCP G*, 1994, II, 22319, Note FOSSIER T. ; *RTD civ.*, 1993, 326, Obs. HAUSER J. ; *D.*, 1993, 614, Note VERHEYDE T.

³⁸⁴⁹ VERHEYDE T., « L'atteinte illicite à l'intimité de la vie privée d'adultes handicapés par la diffusion d'un film sans l'autorisation de leurs représentants légaux et la nécessité de l'autorisation du juge des tutelles pour la reproduction de l'image de ces handicapés », *D.*, 1993, n° 44, p. 615.

³⁸⁵⁰ HAUSER J., « Le juge des tutelles peut autoriser un gérant de tutelle à accomplir un acte lié à la personne de l'incapable », *RTD civ.*, 1993, n° 2, p. 326.

³⁸⁵¹ MASSIP J., *Tutelle des mineurs et protection juridique des majeurs*, Paris, Lextenso, Defrénois, 2009, p. 353.

point par le pourvoi, « *n'envisage pas (...) le cas où le majeur protégé, bien que juridiquement incapable par l'effet de la mesure de tutelle, serait capable, en fait, d'exprimer sa volonté quant à l'acte en question* »³⁸⁵². T. VERHEYDE proposait, dans cette hypothèse, « *de demander l'accord de la personne intéressée à chaque fois que celle-ci est en mesure de le donner. Dans ce cas, l'accord du gérant de tutelle devrait également être obtenu, sans autorisation supplémentaire du juge des tutelles, qui en revanche pourrait intervenir en cas de conflit entre le gérant de tutelle et le majeur protégé* »³⁸⁵³. La Haute juridiction a eu l'occasion de préciser cette question dans un arrêt du 25 mars 1997 où elle retient « *qu'après avoir relevé que Nadège Y... est capable d'évoluer et de faire des progrès sur le plan intellectuel, affectif et social, qu'elle n'est pas dépourvue de volonté propre et qu'elle a émis à plusieurs reprises le souhait de rester près de son père, le Tribunal a considéré souverainement qu'il convenait de respecter ce choix* »³⁸⁵⁴. Enfin, dans certaines hypothèses, la Cour de cassation avait retenu que le juge pouvait autoriser « *certaines actes dont la nature implique un consentement strictement personnel et qui ne peut donner lieu à représentation* »³⁸⁵⁵.

556. Réflexions en droit de la santé – Le droit de la santé a constitué un terrain fertile pour les réflexions concernant les actes relatifs à la personne du majeur. La jurisprudence et la doctrine ont contribué à préciser le régime de ces actes. Dans une décision du 25 avril 1978, le tribunal d'instance de Brest a posé une distinction entre les actes « *pouvant engager gravement la santé et l'intégrité corporelle* » pour lesquels l'autorisation du conseil de famille ou du juge des tutelles est nécessaire et les autres actes pour lesquels le représentant légal pouvait agir seul³⁸⁵⁶. Cette distinction a ensuite été confirmée par un arrêt de la cour d'appel de Paris qualifiant la sortie d'hôpital de décision importante pour laquelle l'autorisation du juge des tutelles ou du conseil de famille est nécessaire³⁸⁵⁷. Au-delà de cette distinction, certains juges avaient fait référence, en matière d'avortement notamment, à « *un droit purement personnel de l'incapable* ». Ainsi, la mère d'une jeune femme, administratrice légale de sa fille, ne pouvait passer outre l'absence de consentement de cette dernière³⁸⁵⁸.

Ces distinctions étaient reprises par la doctrine. Dans son ouvrage de 1981, J.-M. AUBY retenait ainsi que « *le majeur sous tutelle a besoin du consentement du tuteur (qui agit sous le contrôle du conseil de famille). On admet cependant qu'il pourrait contracter pendant une période de lucidité* »³⁸⁵⁹.

Dans son ouvrage de 1985, G. MÉMETEAU distinguait également en fonction de la mesure appliquée au majeur. Pour le majeur sous tutelle, il retenait la distinction posée par les décisions du tribunal d'instance de Brest et du tribunal de grande instance de Poitiers³⁸⁶⁰. Pour le majeur sous curatelle,

³⁸⁵² VERHEYDE T., « L'atteinte illicite à l'intimité de la vie privée d'adultes handicapés par la diffusion d'un film sans l'autorisation de leurs représentants légaux et la nécessité de l'autorisation du juge des tutelles pour la reproduction de l'image de ces handicapés », *D.*, 1993, n° 44, p. 615.

³⁸⁵³ *Ibid.*, pp. 615-616.

³⁸⁵⁴ Cass. civ. 1^{re}, 25 mars 1997, n° 96-12.028 : *RTD civ.*, 1997, 634, Obs. HAUSER J. ; *JCP G*, 1997, IV, 1087 ; *D.*, 1997, IR, 111, *Deffrénois*, 1997, 1338, Obs. MASSIP J. ; *JCP G*, 1997, II, 22882, Note FOSSIER T.

³⁸⁵⁵ Cass. civ. 1^{re}, 4 juin 2007 : *Bull. civ.*, 2007, I, n° 218 ; *D.*, 2007, 1791 ; *D.*, 2008, Somm., 320, LEMOULAND J.-J. ; *JCP N*, 2007, 1313, Note PLAZY J.-M. ; *RTD civ.*, 2007, 547, Obs. HAUSER J. *Contra* : Cass. civ. 1^{re}, 8 octobre 2008, n° 07-216094 : *Bull. civ.*, 2008, I, n° 223 ; *JCP G*, 2009, II, 10012, Note FAVIER Y. ; *RTD civ.*, 2009, 655, Obs. HAUSER J. ; *Dr. fam.*, 2008, Comm. 173, MURAT P.

³⁸⁵⁶ TI Brest, 25 avril 1978, *D.*, 1978, 697, Note GEFFROY C.

³⁸⁵⁷ CA Paris, 15 mars 1996 : *JCP G*, 1996, II, 22733, Note FOSSIER T. ; *RDS*, 1997, 638, Note MONÉGER F.

³⁸⁵⁸ TGI Poitiers, 11 juin 1982, Inédit : cité par MÉMETEAU G., *Le droit médical*, Paris, Litec, Jurisprudence française, 1985, p. 404.

³⁸⁵⁹ AUBY J.-M., *Le droit de la santé*, Paris, Thémis, PUF, 1981, p. 314.

³⁸⁶⁰ MÉMETEAU G., *Le droit médical*, Paris, Litec, Jurisprudence française, 1985, p. 404.

il procédait à la même distinction en préconisant pour les actes médicaux graves « *l'assistance d'un tiers, curateur ou à défaut magistrat tutélaire* »³⁸⁶¹. Enfin, le majeur sous sauvegarde de justice étant pleinement capable, il pouvait consentir seul, du moins en dehors « *des actes médicaux non utiles à les supposer objectivement licites* »³⁸⁶².

Dans un article de 1991, M. HARICHAUX et T. FOSSIER poursuivaient cet effort de théorisation, en établissant une typologie des actes médicaux. Ils distinguaient alors entre les « *actes à but thérapeutique* » et « *les actes exclusifs de but thérapeutique direct* ». Pour les premiers, les auteurs procèdent à une sous-distinction en fonction de l'aptitude du majeur à consentir à l'acte. Lorsqu'il y a « *absence totale de consentement* », le représentant du majeur prend l'ensemble des décisions. Pour les « *actes nécessaires* », le représentant légal décide seul, alors qu'il doit requérir l'autorisation du conseil de famille ou du juge des tutelles pour « *les actes pouvant engager gravement la santé ou l'intégrité* ». Lorsque le majeur est « *apte à participer au consentement* », il convient d'en tenir compte « *dans toute la mesure du possible* », conformément à l'article 43 du Code de déontologie médicale. Pour le majeur sous tutelle, il doit consentir en sus de son représentant et ce dernier « *ne saurait prendre de mesures coercitives à l'encontre de son protégé* ». Le majeur sous curatelle « *peut consentir seul aux actes curatifs courants, nécessaires, mais qu'il doit demander l'assistance du curateur ou du juge des tutelles pour les actes à but curatif, comportant de graves décisions, des risques importants* ». Enfin, le majeur sous sauvegarde de justice peut « *consentir seul à la fois aux actes nécessaires, et aux actes exceptionnels puisque ce majeur a la capacité juridique, du moins s'il s'agit d'actes à but curatif* ». Pour les « *actes exclusifs de but thérapeutique direct* », ils proposaient de compléter certaines lacunes de la législation existante. Pour les dons d'organes, ils considéraient qu'il convenait de faire application au majeur de l'article 1^{er} de la loi Caillavet en évinçant le majeur « *ne jouissant pas de son intégrité mentale des dons d'organes* ». Pour les recherches régies par la loi Huriet, ils soulignaient que bien que cette autorisation soit critiquée, elles étaient possibles pour les majeurs sous curatelle et sous sauvegarde de justice. Ils préconisaient toutefois que « *s'agissant d'actes non curatifs (...) le consentement du représentant légal s'impose pour les majeurs sous curatelle* ». Pour les actes non utiles, ces auteurs proposaient d'appliquer le même régime « *qu'aux actes comportant des risques* ». Pour la stérilisation, celle du majeur sous tutelle nécessitait son consentement, celui du tuteur et celui du conseil de famille. Le majeur sous curatelle devait être assisté par son curateur. Ils préconisaient également l'intervention du protecteur légal pour le majeur sous sauvegarde de justice. Enfin, pour l'interruption thérapeutique de grossesse, ils critiquaient la position du tribunal de grande instance de Poitiers en matière de tutelle et proposaient d'appliquer les mêmes solutions que pour la stérilisation pour les majeurs sous curatelle et sous sauvegarde de justice³⁸⁶³.

Malgré l'adoption des lois de bioéthique et de la loi du 4 mars 2002, les efforts de théorisation doctrinale n'ont pas cessé, la législation présentant de nombreuses imperfections. En effet, ainsi que le souligne J. HAUSER, « *on ne peut trop s'illusionner sur les solutions particulières (...). À chaque problème nouveau, on risque d'avoir une solution nouvelle (...). Les risques de contradiction, de lacunes sont innombrables* »³⁸⁶⁴. Dans sa recherche d'une « *théorie générale* », l'auteur relève deux axes. D'une part, s'agissant du rôle des organes

³⁸⁶¹ *Ibid.*

³⁸⁶² *Ibid.*, p. 403

³⁸⁶³ FOSSIER T., HARICHAUX M., « La tutelle à la personne des incapables majeurs : l'exemple du consentement à l'acte médical », *RDSJ*, 1991, n° 1, p. 1 et s.

³⁸⁶⁴ HAUSER J., « Le consentement aux soins des majeurs protégés », *LPA*, 19 mars 2002, n° 56, p. 8.

tutélaires, il propose, dans le droit fil de la pensée des auteurs en droit médical, de distinguer entre les « soins courants (...) pour lesquels le représentant peut décider seul, toujours sous la condition du consentement si possible de l'incapable et les autres actes qui nécessiteront une autorisation selon les cas du conseil de famille ou du juge des tutelles »³⁸⁶⁵. Pour cette seconde catégorie d'actes, il regrette d'ailleurs « la prolifération des systèmes (...) l'éclatement des organes, des conseils, des statuts »³⁸⁶⁶. D'autre part, il souligne que « l'idée se fait jour qu'à l'intérieur des personnes protégées, et au-delà des catégories du droit civil, il y a finalement deux classes : ceux qui sont aptes à comprendre et à exprimer un consentement et ceux qui ne sont pas aptes. (...) Dans le domaine du gouvernement de la personne c'est l'acte qui est considéré plus que le statut dans lequel la personne se trouve. En ce sens, le consentement devient plus une question dépendant de la théorie générale des actes juridiques que de la théorie générale des incapacités, parce que chaque acte est un cas particulier et que chaque personne est un cas particulier. Dans ce domaine, le point de vue institutionnel céderait devant le point de vue individuel »³⁸⁶⁷. Cette constatation contribue au rapprochement du droit français et du droit suisse en matière d'actes relatifs à la personne. Le droit de la santé contribue à mettre en avant ce mouvement et à « montr[er] le chemin »³⁸⁶⁸. L'évolution générale du droit des incapacités, sous l'influence de la doctrine et de la jurisprudence de droit médical notamment, s'est inscrite dans cette tendance, ainsi qu'en témoigne la loi du 5 mars 2007.

2. La consécration d'une théorie générale en droit civil

557. Consécration d'une « théorie générale »³⁸⁶⁹ par la loi du 5 mars 2007 – La loi du 5 mars 2007 insère pour la première fois dans le Code civil français une esquisse de théorie générale relative aux droits des majeurs vulnérables. Cette théorie figure au sein d'une sous-section 4 du Code civil intitulée « des effets de la tutelle et de la curatelle quant à la protection de la personne ». Elle s'articule autour de trois propositions qui constituent le « régime primaire de la protection de la personne »³⁸⁷⁰.

558. L'information du majeur – La première proposition de la théorie générale est formulée à l'article 457-1 CC qui dispose que « la personne protégée reçoit de la personne chargée de sa protection, selon des modalités adaptées à son état et sans préjudice des informations que les tiers sont tenus de lui dispenser en vertu de la loi, toutes informations sur sa situation personnelle, les actes concernés, leur utilité, leur degré d'urgence, leurs effets et les conséquences

³⁸⁶⁵ *Ibid.*, p. 10.

³⁸⁶⁶ *Ibid.*

³⁸⁶⁷ *Ibid.*, p. 8.

³⁸⁶⁸ TALARICO L., *La personne du majeur protégé*, Lyon 3, Thèse en droit privé, 2008, p. 27.

³⁸⁶⁹ L'idée d'une « théorie générale », déjà proposée par J. HAUSER dans son article relatif au « consentement aux soins des majeurs protégés », a ensuite été reprise par ce même auteur à propos l'analyse de la loi du 5 mars 2007 : HAUSER J., « Une théorie générale de la protection du sujet vulnérable », *RLDC*, 2011, n° 83, p. 70. Nos propositions s'inspirent de son analyse en la complétant grâce au droit comparé.

³⁸⁷⁰ AN, Rapport fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République, sur le projet de loi (n° 3462), portant réforme de la protection juridique des majeurs, Par M. Émile BLESSIG, n° 3557, Enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 10 janvier 2007, p. 148 ; SÉNAT, Rapport fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de la législation, du suffrage universel, du Règlement et d'administration générale sur le projet de loi, adopté par l'Assemblée nationale, après déclaration d'urgence, portant réforme de la protection juridique des majeurs, Par M. Henri de RICHEMONT, n° 212, Annexe au procès-verbal de la séance du 7 février 2007, p. 140.

d'un refus de sa part ». Cet article témoigne indiscutablement d'une influence du droit de la santé sur le droit civil³⁸⁷¹. Cette influence se mesure à quatre égards.

D'abord, elle résulte de la généralisation³⁸⁷² d'une obligation préexistante en droit médical. Dans ce champ du droit, l'information médicale, d'abord conçue comme un devoir du médecin puis comme un droit du patient, est en effet affirmée de longue date et revêt un caractère fondamental³⁸⁷³. Le Code civil, tout en affirmant le droit à l'information du majeur protégé, prévoit un nouveau débiteur en la personne chargée de la protection. Son obligation ne se substitue d'ailleurs en rien à celle que le médecin est tenu de délivrer³⁸⁷⁴.

Ensuite, il est possible de relever une forme d'autonomisation du droit à l'information. Alors qu'elle figurait initialement au sein de l'article 459 CC, relatif aux actes personnels³⁸⁷⁵, l'obligation d'information a finalement fait l'objet d'un article autonome. L'Assemblée nationale a voté cette autonomie en première lecture sur proposition de la commission des lois, afin de « rendre cette obligation applicable, quelle que soit la nature des actes en cause »³⁸⁷⁶. Sont donc aussi visés les actes strictement personnels. Cette dissociation, au sein d'un Code, des articles relatifs à l'information et des articles relatifs au consentement, rappelle la démarche utilisée dans les lois du 4 mars 2002 et du 9 août 2004³⁸⁷⁷. Elle est également prégnante dans la jurisprudence puisque depuis l'arrêt du 3 juin 2010, la Cour de cassation retient un préjudice autonome lié au défaut d'information que « le juge ne peut laisser sans réparation »³⁸⁷⁸.

³⁸⁷¹ FOSSIER T., VERHEYDE T., « Réforme des tutelles : la protection de la personne », *AJ famille*, 2007, n° 4, p. 163 ; TALARICO L., *La personne du majeur protégé*, Lyon 3, Thèse en droit privé, 2008, p. 36.

³⁸⁷² *Ibid.*, p. 35 et s.

³⁸⁷³ Voir, parmi une abondante littérature les analyses les plus récentes : DUPUY O., *L'information médicale. Information du patient et information sur le patient*, Bordeaux, Tout savoir, LEH, 2011, 396 p. ; HAMTAT O., *L'obligation d'information des patients en matière d'actes chirurgicaux*, Bordeaux, Thèses numériques de la BNDS, LEH, 2010, 440 p. ; RISSEL A., *L'information médicale : contribution à l'étude de la relation médicale*, Rennes 1, Thèse en droit privé, 2011, 574 p. ; PELLERIN E., *Le dévoiement de l'obligation d'information en droit médical ou l'illusion du consentement du patient*, Paris 10, Thèse en droit privé, 2011, 373 p.

³⁸⁷⁴ Circulaire de la DACS n° CIV/01/09/C1 du 9 février 2009, relative à l'application des dispositions législatives et réglementaires issues de la réforme du droit de la protection juridique des mineurs et des majeurs, NOR JUSC0901677C, BOMJ, 28 février 2009, p. 25.

³⁸⁷⁵ AN, Projet de loi portant réforme de la protection juridique des majeurs, Présenté par M. Pascal CLÉMENT au nom de M. Dominique de VILLEPIN, n° 3462, Enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 28 novembre 2006, Article 5, p. 69.

³⁸⁷⁶ SÉNAT, Rapport fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de la législation, du suffrage universel, du Règlement et d'administration générale sur le projet de loi, adopté par l'Assemblée nationale, après déclaration d'urgence, portant réforme de la protection juridique des majeurs, Par M. Henri de RICHEMONT, n° 212, Annexe au procès-verbal de la séance du 7 février 2007, p. 161.

³⁸⁷⁷ Cette démarche a été mise en exergue lors de l'examen de l'article 43 du projet de loi relatif à la santé publique par la commission des affaires sociales du Sénat : « L'Assemblée nationale a adopté plusieurs amendements destinés à opérer une distinction claire entre, d'un côté, l'information donnée aux personnes qui se prêtent à des recherches biomédicales et, de l'autre, le recueil du consentement. Concrètement, cette clarification consiste à faire figurer dans des articles distincts du Code de la santé publique, les obligations d'information d'une part et le recueil du consentement d'autre part. Cette démarche est comparable à celle qui avait été retenue par loi du 4 mars 2002 en matière de soins » : SÉNAT, Rapport fait au nom de la commission des affaires sociales sur le projet de loi, adopté avec modifications par l'Assemblée nationale en deuxième lecture, relatif à la politique de santé publique, Par MM. Francis GIRAUD et Jean-Louis LORRAIN, n° 372, Annexe au procès-verbal de la séance du 23 juin 2004.

³⁸⁷⁸ Cass. civ. 1^{re}, 3 juin 2010, n° 09-13.591 : *D.*, 2010, 1522, Note SARGOS P., Obs. GALLMEISTER I. ; *RDS*, 2010, 898, Note ARHAB-GIRARDIN F. ; *JCP G.*, 2010, n° 28, 788, Note PORCHY-SIMON S. ; *RGDM*, 2010, n° 36, 233, Note PRIEUR S. ; *AJDA*, 2010, 2169, Note LANTERO C. ; *D.*, 2010, 1522, Obs. GALLMEISTER I. ; *D.*, 2010, 1801, Note BERT D. ; *D.*, 2010, 2092, Chron. AUROY N., CRETON C. ; *D.*, 2011, 35 Obs. BRUN P., GOUT O. ; *GADS*, 2010, n° 90-93 ; *RTD civ.*, 2010, 571, Obs. JOURDAIN P.

L'information, découlant du principe de dignité³⁸⁷⁹, apparaît comme un préalable indispensable au consentement éclairé du patient et cette fonction se retrouve dans le Code civil³⁸⁸⁰.

L'influence du droit de la santé se ressent également dans les modalités d'information. Il apparaît en effet que la personne doit être informée « *selon des modalités adaptées à son état* ». Cette idée d'adaptation de l'information fait écho à l'article L 1111-2 du Code de la santé publique qui retient que « *les intéressés ont le droit de recevoir eux-mêmes une information (...) d'une manière adaptée à leurs facultés de discernement* ». Se posent alors deux questions. La première réside dans le fait de savoir s'il est possible, pour le protecteur, de taire certaines informations dans l'intérêt du majeur. En droit médical, le privilège thérapeutique antérieurement prévu par l'article 35 du Code de déontologie médicale³⁸⁸¹ a été abandonné par le décret du 7 mai 2012³⁸⁸². Il semble donc logique de retenir que « *seule l'aptitude intellectuelle du majeur protégé peut (...) justifier le défaut d'information, l'intérêt étant un critère beaucoup trop subjectif* »³⁸⁸³. La seconde difficulté est liée à l'appréciation de l'adaptation de l'information à l'état de la personne. Il est en effet possible de relever que la formulation « *laisse une grande liberté d'appréciation à la personne chargée de la protection [et que] cette mission d'information est dépourvue de sanction* »³⁸⁸⁴. La plus grande adaptation de l'information et la souplesse du dispositif induit, en contrepartie, une moindre sécurité juridique. En l'absence de sanction, la garantie de l'information du majeur apparaît illusoire. On pourrait, dès lors, proposer de sanctionner le non-respect par le protecteur de ses droits et obligations par la nullité, en procédant par analogie avec l'article 465 4° du Code civil³⁸⁸⁵. Cette proposition nous paraît cependant douteuse. L'analogie semble davantage possible avec l'obligation d'information du médecin. Il serait ainsi envisageable de se référer à l'article 16 dont découlerait le droit d'être informé et de sanctionner sur le fondement de l'article 1382 CC « *le non-respect du devoir d'information [que] le juge ne peut laisser sans réparation* »³⁸⁸⁶.

Enfin, il est possible de relever des similitudes quant au contenu de l'information. La formulation de l'article 457-1 CC fait, en effet, en partie écho à celle retenue à l'article L 1111-2 du Code de la santé publique³⁸⁸⁷. Le droit de la santé fait ainsi office de précurseur. Certaines formulations, non discutées au

³⁸⁷⁹ Cass. civ. 1^{re}, 9 octobre 2001, n° 00-14.564 : *Bull. civ.*, 2001, I, n° 249 ; *D.*, 2001, 3470, Rapp. SARGOS P., Note THOUVENIN D. ; *GAJ/C*, 2007, n° 11 ; *RTD civ.*, 2002, 176, Obs. LIBCHABER R. ; *RTD civ.*, 2002, 507, Obs. MESTRE J., FAGES B.

³⁸⁸⁰ Circulaire de la DACS n° CIV/01/09/C1 du 9 février 2009, relative à l'application des dispositions législatives et réglementaires issues de la réforme du droit de la protection juridique des mineurs et des majeurs, NOR JUSC0901677C, BOMJ, 28 février 2009, p. 24 ; TALARICO L., *La personne du majeur protégé*, Lyon 3, Thèse en droit privé, 2008, p. 29.

³⁸⁸¹ « Toutefois, dans l'intérêt du malade et pour des raisons légitimes que le praticien apprécie en conscience, un malade peut être tenu dans l'ignorance d'un diagnostic ou d'un pronostic graves, sauf dans les cas où l'affection dont il est atteint expose les tiers à un risque de contamination ».

³⁸⁸² Art. 2 du décret n° 2012-694 du 7 mai 2012 portant modification du Code de déontologie médicale, JORF, 8 mai 2012, p. 8479. Sur cette modification, voir notamment : DEBOST C. *et al.*, « La réforme du Code de déontologie médicale », *RGDM*, 2012, n° 44, pp. 243-249 ; DEBOST C., « Mise en lumière d'une réforme silencieuse du Code de déontologie médicale », *Revue droit & santé*, 2012, n° 48, p. 508 ; LAUDE A., « Le Code de déontologie médicale enfin modifié ! », *D.*, 2012, n° 26, p. 1694 ; MORET BAILLY J., « La déontologie médicale, de la résistance à la contre-offensive », *RDSS*, 2012, n° 6, p. 1074 ; VIALLA F., « La réforme discrète du Code de déontologie médicale », *JCP G*, 2012, n° 23, p. 663.

³⁸⁸³ TALARICO L., *La personne du majeur protégé*, Lyon 3, Thèse en droit privé, 2008, p. 43.

³⁸⁸⁴ MASSIP J., *Tutelle des mineurs et protection juridique des majeurs*, Paris, Lextenso, Defrénois, 2009, p. 354.

³⁸⁸⁵ « Si le tuteur ou le curateur a accompli seul un acte qui aurait dû être fait par la personne protégée soit seule, soit avec son assistance ou qui ne pouvait être accompli qu'avec l'autorisation du juge ou du conseil de famille s'il a été constitué, l'acte est nul de plein droit sans qu'il soit nécessaire de justifier d'un préjudice ».

³⁸⁸⁶ Cass. civ. 1^{re}, 3 juin 2010, n° 09-13.591.

³⁸⁸⁷ « Cette information porte sur les différentes investigations, traitements ou actions de prévention qui sont proposés, leur utilité, leur urgence éventuelle, leurs conséquences, les risques fréquents ou graves normalement prévisibles qu'ils comportent ainsi que sur les autres solutions possibles et sur les conséquences prévisibles en cas de refus ».

cours du travail législatif, font toutefois l'objet d'incertitudes soulignées par L. TALARICO. D'une part, la mention dans l'article 457-1 CC de l'information sur les conséquences d'un refus de sa part « *éveille le doute sur les pouvoirs respectifs du majeur et de son protecteur* »³⁸⁸⁸. Il nous semble cependant que la dissociation claire, opérée par le législateur entre l'information et le consentement, permette de retenir que l'information est systématique et que l'information sur le refus n'implique pas, pour autant, la reconnaissance générale d'un droit du majeur de refuser l'acte. La portée du droit semble plutôt dépendre de la nature de l'acte et de l'état de la personne, conformément à la systématique des articles 458 et 459 CC. D'autre part, la notion de « *degré d'urgence* » apparaît difficilement palpable, mais cela ne pose pas de réelle difficulté « *l'urgence n'étant pas une condition de l'information mais un élément d'information* »³⁸⁸⁹.

559. La notion d' « actes dont la nature implique un consentement strictement personnel » –

La seconde proposition de la théorie réside dans la reconnaissance, par l'article 458 du Code civil, de la notion d' « *actes dont la nature implique un consentement strictement personnel* ». Dans la lignée de la jurisprudence, le législateur reconnaît que certains actes ne peuvent donner lieu à assistance ou à représentation et ne peuvent donc être réalisés que par la personne elle-même, « *sauf pour ceux pouvant faire l'objet d'une décision judiciaire* »³⁸⁹⁰. Hors de cette hypothèse, si le majeur n'est pas en état de consentir à ces actes, personne ne peut consentir à sa place, « *l'incapacité d'exercice s'aggravant [alors] en une incapacité de jouissance* »³⁸⁹¹. Le législateur a pris le soin de préciser que seule la loi peut prévoir des dérogations au régime applicable aux actes personnels³⁸⁹². L'alinéa 2 de l'article 458 CC retient que « *sont réputés strictement personnels la déclaration de naissance d'un enfant, sa reconnaissance, les actes de l'autorité parentale relatifs à la personne d'un enfant, la déclaration du choix ou du changement du nom d'un enfant et le consentement donné à sa propre adoption ou à celle de son enfant* ».

Cette liste n'est cependant pas exhaustive et, en l'absence de définition de la notion, il appartiendra au juge d'en déterminer les contours³⁸⁹³. Il s'agit en tout état de cause de décisions « *intimement attachées à la vie personnelle du majeur* »³⁸⁹⁴.

560. Les décisions relatives à la personne du majeur – La troisième proposition de la théorie consiste à retenir qu'en dehors des actes strictement personnels, « *la personne protégée prend seule les décisions* »

³⁸⁸⁸ TALARICO L., *La personne du majeur protégé*, Lyon 3, Thèse en droit privé, 2008, p. 36.

³⁸⁸⁹ *Ibid.*, p. 37.

³⁸⁹⁰ Circulaire de la DACS n° CIV/01/09/C1 du 9 février 2009, relative à l'application des dispositions législatives et réglementaires issues de la réforme du droit de la protection juridique des mineurs et des majeurs, NOR JUSC0901677C, BOMJ, 28 février 2009, p. 25.

³⁸⁹¹ CARBONNIER J., *Les personnes*, Paris, Thémis droit privé, PUF, 1995, p. 323.

³⁸⁹² Cette précision a été votée par l'Assemblée nationale sur proposition de la commission des lois : SÉNAT, Rapport fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de la législation, du suffrage universel, du Règlement et d'administration générale sur le projet de loi, adopté par l'Assemblée nationale, après déclaration d'urgence, portant réforme de la protection juridique des majeurs, Par M. Henri de RICHEMONT, n° 212, Annexe au procès-verbal de la séance du 7 février 2007, p. 163.

³⁸⁹³ FOISSIER T., BAUER M., VALLAS-LENERZ E., *Les tutelles accompagnement et protection juridique des majeurs*, Issy-les-Moulineaux, ESF, Référence actions sociales, 2011, p. 193 ; AN, Rapport fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République, sur le projet de loi (n° 3462), portant réforme de la protection juridique des majeurs, Par M. Émile BLESSIG, n° 3557, Enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 10 janvier 2007, p. 171 ; SÉNAT, Rapport fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de la législation, du suffrage universel, du Règlement et d'administration générale sur le projet de loi, adopté par l'Assemblée nationale, après déclaration d'urgence, portant réforme de la protection juridique des majeurs, Par M. Henri de RICHEMONT, n° 212, Annexe au procès-verbal de la séance du 7 février 2007, p. 163.

³⁸⁹⁴ AN, Rapport fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République, sur le projet de loi (n° 3462), portant réforme de la protection juridique des majeurs, Par M. Émile BLESSIG, n° 3557, Enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 10 janvier 2007, p. 171.

relatives à sa personne dans la mesure où son état le permet»³⁸⁹⁵. Dans la lignée de l'arrêt de 1997 imposant de respecter les choix du majeur, cet article octroie une pleine capacité au majeur protégé. Il peut donc, en principe, accomplir seul les actes à caractère personnel. Tout comme pour les actes strictement personnels, le texte de loi n'en donne pas de définition. Il ne pose pas non plus de liste exhaustive. La lecture des travaux parlementaires fournit cependant quelques exemples. Ont ainsi été mentionnés : la modification du lieu de résidence, le choix d'un lieu de vacances, une intervention chirurgicale bénigne ou mettant gravement en cause le corps humain³⁸⁹⁶. La capacité du majeur est suspendue à la condition que son état le lui permette, afin d'adapter au maximum la protection. Par souci de réalisme³⁸⁹⁷, le législateur a cependant prévu une exception à ce principe pour pallier le cas où l'état de la personne ne lui permettrait pas de décider. Dans cette hypothèse, le juge ou le conseil de famille bénéficient de la possibilité de graduer la protection à l'état du majeur. Ils peuvent, en premier lieu, prévoir que la personne « *bénéficiera, pour l'ensemble des actes relatifs à sa personne ou ceux d'entre eux qu'il (le juge ou le conseil de famille) énumère, de l'assistance de la personne chargée de sa protection* »³⁸⁹⁸. L'adaptation de la mesure revêt trois formes. D'abord, et bien que cette précision ait été supprimée, il semble que cette décision puisse être prise à tout moment et non uniquement lors de l'ouverture de la mesure³⁸⁹⁹. Ensuite, il est possible de circonscrire avec plus ou moins d'amplitude le champ des actes susceptibles de donner lieu à représentation. Enfin, le statut du majeur est dissocié du régime applicable aux actes personnels puisque le majeur sous tutelle peut être simplement sujet à assistance³⁹⁰⁰. En second lieu, si l'assistance s'avère insuffisante, le juge des tutelles ou le conseil de famille peut, « *le cas échéant après l'ouverture d'une mesure de tutelle, autoriser le tuteur à représenter l'intéressé* »³⁹⁰¹. Le caractère peu explicite de la formulation a pu être souligné³⁹⁰². La référence au terme « *le cas échéant* » est sujette à interrogation. On peut en effet se demander si « *le juge pourrait décider de faire coexister d'une part un régime de curatelle pour la gestion des biens (...) et d'autre part un régime de représentation pour la protection de la personne* »³⁹⁰³. La lecture des travaux parlementaires apporte une réponse³⁹⁰⁴ à cette question, l'avis de la Commission des affaires sociales précisant que la représentation « *oblige dans tous les cas à placer le majeur, s'il*

³⁸⁹⁵ Art. 459 al. 1 CC.

³⁸⁹⁶ AN, Projet de loi portant réforme de la protection juridique des majeurs, Présenté par M. Pascal CLÉMENT au nom de M. Dominique de VILLEPIN, n° 3462, Enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 28 novembre 2006, Exposé des motifs, p. 20 ; AN, Rapport fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République, sur le projet de loi (n° 3462), portant réforme de la protection juridique des majeurs, Par M. Émile BLESSIG, n° 3557, Enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 10 janvier 2007, p. 47 ; SÉNAT, Rapport fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de la législation, du suffrage universel, du Règlement et d'administration générale sur le projet de loi, adopté par l'Assemblée nationale, après déclaration d'urgence, portant réforme de la protection juridique des majeurs, Par M. Henri de RICHEMONT, n° 212, Annexe au procès-verbal de la séance du 7 février 2007, p. 46.

³⁸⁹⁷ FOSSIER T., BAUER M., VALLAS-LENERZ E., *Les tutelles accompagnement et protection juridique des majeurs*, Issy-les-Moulineaux, ESF, Référence actions sociales, 2011, p. 206.

³⁸⁹⁸ Art. 459 al. 2 CC.

³⁸⁹⁹ DELFOSSE A., BAILLON-WIRTZ N., *La réforme du droit des majeurs protégés*, Paris, Pratique notariale, Collection de l'institut national de formation notariale, Lexis-Nexis, Litec, 2009, p. 89 ; AN, Rapport fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République, sur le projet de loi (n° 3462), portant réforme de la protection juridique des majeurs, Par M. Émile BLESSIG, n° 3557, Enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 10 janvier 2007, p. 172.

³⁹⁰⁰ FOSSIER T., VERHEYDE T., « Réforme des tutelles : la protection de la personne », *AJ famille*, 2007, n° 4, p. 164.

³⁹⁰¹ Art. 459 al. 2 CC.

³⁹⁰² FOSSIER T., BAUER M., VALLAS-LENERZ E., *Les tutelles accompagnement et protection juridique des majeurs*, Issy-les-Moulineaux, ESF, Référence actions sociales, 2011, p. 209.

³⁹⁰³ MASSIP J., *Tutelle des mineurs et protection juridique des majeurs*, Paris, Lextenso, Defrénois, 2009, p. 356.

³⁹⁰⁴ L'auteur de la question apporte une réponse similaire.

n'y était pas déjà, sous le régime de la tutelle»³⁹⁰⁵. Quoi qu'il en soit, le choix de l'assistance ou de la représentation se fera « *au vu des éléments médicaux du dossier, figurant dans le certificat médical circonstancié, ou recueillis ultérieurement par l'intermédiaire de la personne protégée elle-même ou par son curateur ou son tuteur* »³⁹⁰⁶. Comme le souligne un auteur, le principe de l'autonomie du majeur pour les actes personnels est en réalité limité puisqu'il n'est amené à jouer que pour les actes personnels courants³⁹⁰⁷. Un régime spécifique est en effet prévu pour les actes portant gravement atteinte à l'intégrité ou à l'intimité de la vie privée. Cette troisième proposition connaît plusieurs exceptions.

561. Les décisions « ayant pour effet de porter gravement atteinte à l'intégrité corporelle ou à l'intimité de la vie privée » – La première concerne les actes graves. L'article 459 al. 3 CC dispose que « *toutefois, sauf urgence, la personne chargée de la protection du majeur ne peut, sans l'autorisation du juge ou du conseil de famille s'il a été constitué, prendre une décision ayant pour effet de porter gravement atteinte à l'intégrité corporelle de la personne protégée ou à l'intimité de sa vie privée* ». Cet article appelle deux remarques. En premier lieu, une circulaire précise que cette exception n'est amenée à jouer que dans l'hypothèse dans laquelle « *la personne ne peut elle-même consentir à l'acte ; en conséquence, si le juge n'a pas indiqué, dans le jugement d'ouverture ou dans une décision ultérieure, que la personne, conformément aux dispositions prévues à l'article 459 alinéa 2, devait être assistée, voire représentée, pour l'ensemble des actes relatifs à sa personne ou pour certains d'entre eux, le curateur ou le tuteur n'aura pas à solliciter l'autorisation du juge, la personne prenant seule les décisions la concernant, en application de l'alinéa 1^{er} de l'article 459 du Code civil* »³⁹⁰⁸. Cette interprétation est d'ailleurs confirmée par l'utilisation de l'adverbe « *toutefois* » qui pose l'alinéa 3 comme une exception à l'alinéa premier. Il en résulte que l'autorisation du juge ne concerne que les cas dans lesquels l'état de la personne ne lui permet pas de prendre les décisions relatives à sa personne. En second lieu, la détermination de cette catégorie d'actes apparaît complexe, notamment lorsqu'il s'agit de déterminer le degré de gravité de l'atteinte à l'intégrité corporelle. Doit-on par exemple considérer que toute opération porte une atteinte grave à l'intégrité corporelle ? À défaut, quel critère doit être utilisé pour distinguer les atteintes graves à l'intégrité corporelle des atteintes jugées bénignes ? Celui de l'objectif poursuivi ? Ces questions restent en partie sans réponse même si les travaux parlementaires apportent quelques précisions partiellement contradictoires. En effet, l'avis de la commission des affaires sociales cite, à titre d'exemple, « *la décision d'accepter une opération chirurgicale grave, un prélèvement d'organes ou une*

³⁹⁰⁵ SÉNAT, Avis présenté au nom de la commission des affaires sociales sur le projet de loi, adopté par l'Assemblée nationale, après déclaration d'urgence, portant réforme de la protection juridique des majeurs, Par Mme Bernadette DUPONT, n° 213, Annexe au procès-verbal de la séance du 7 février 2007, p. 53.

³⁹⁰⁶ Circulaire de la DACS n° CIV/01/09/C1 du 9 février 2009, relative à l'application des dispositions législatives et réglementaires issues de la réforme du droit de la protection juridique des mineurs et des majeurs, NOR JUSC0901677C, BOMJ, 28 février 2009, p. 25.

³⁹⁰⁷ FOSSIER T., BAUER M., VALLAS-LENERZ E., *Les tutelles accompagnement et protection juridique des majeurs*, Issy-les-Moulineaux, ESF, Référence actions sociales, 2011, p. 209.

³⁹⁰⁸ Circulaire de la DACS n° CIV/01/09/C1 du 9 février 2009, relative à l'application des dispositions législatives et réglementaires issues de la réforme du droit de la protection juridique des mineurs et des majeurs, NOR JUSC0901677C, BOMJ, 28 février 2009, p. 26.

stérilisation, cette liste n'étant naturellement pas exhaustive»³⁹⁰⁹, alors que la circulaire vise « *les interventions chirurgicales* »³⁹¹⁰ de manière générale.

562. Les mesures « strictement nécessaires pour mettre fin au danger » – La seconde exception est posée par l'article 459 al. 4 CC qui dispose que « *la personne chargée de la protection du majeur peut prendre à l'égard de celui-ci les mesures de protection strictement nécessaires pour mettre fin au danger que son propre comportement ferait courir à l'intéressé. Elle en informe sans délai le juge ou le conseil de famille s'il a été constitué* ». En l'absence d'utilisation d'un adjectif similaire à celui utilisé dans l'alinéa précédent, il semble qu'il faille conclure que cette disposition est également applicable dans l'hypothèse où le majeur prend seul une décision relative à sa personne. Mais n'y a-t-il pas là contradiction ? En effet, si l'on reconnaît que l'état du majeur lui permet de prendre les décisions relatives à sa personne, sa décision devrait être respectée. Il s'agit en réalité d'une « *représentation d'office* »³⁹¹¹, justifiée par la protection du majeur au détriment de son autonomie. Cette limitation de l'autonomie justifie d'ailleurs que, sur proposition du rapporteur de la commission des lois, l'Assemblée nationale ait limité cette dérogation aux actes « *strictement nécessaires* » afin d'« *éviter les dérives potentielles et [de] mieux protéger la personne en danger* »³⁹¹². Mais la référence à la notion même de danger est problématique, car elle « *n'est pas précisée. Le champ d'intervention du tuteur ou du curateur est donc flou* »³⁹¹³. La notion de « *danger immédiat* » avait donc été proposée, puis adoptée, par voie d'amendement³⁹¹⁴. Elle n'a finalement pas été retenue dans le texte définitif. La jurisprudence devra donc se prononcer sur le sens à donner à ce terme, dont certains auteurs ont déjà relevé qu'il pourrait être difficile à distinguer de l'urgence³⁹¹⁵. Le recours à la jurisprudence pénale relative à l'infraction de non-assistance à personne en péril³⁹¹⁶ pourrait permettre d'éclairer cette notion de danger. Une dernière difficulté concerne la formulation retenue par l'article qui se réfère au verbe « pouvoir », semblant ainsi retenir, à la charge du protecteur, une simple faculté³⁹¹⁷. Il semble toutefois qu'il s'agisse là d'une maladresse rédactionnelle. En effet, les mesures de protection ayant pour finalité l'intérêt du majeur³⁹¹⁸, le protecteur est tenu d'agir dans l'intérêt de celui dont il a la charge. Certains auteurs proposent également cette solution en se fondant sur une analogie avec les actes conservatoires dans le cadre de la sauvegarde de justice³⁹¹⁹. Avec la consécration de cette théorie générale, le droit français tend à se rapprocher du droit suisse.

³⁹⁰⁹ SÉNAT, Avis présenté au nom de la commission des affaires sociales sur le projet de loi, adopté par l'Assemblée nationale, après déclaration d'urgence, portant réforme de la protection juridique des majeurs, Par Mme Bernadette DUPONT, n° 213, Annexe au procès-verbal de la séance du 7 février 2007, p. 53.

³⁹¹⁰ Circulaire de la DACS n° CIV/01/09/C1 du 9 février 2009, relative à l'application des dispositions législatives et réglementaires issues de la réforme du droit de la protection juridique des mineurs et des majeurs, NOR JUSC0901677C, BOMJ, 28 février 2009, p. 25.

³⁹¹¹ FOSSIER T., VERHEYDE T., « Réforme des tutelles : la protection de la personne », *AJ famille*, 2007, n° 4, p. 164.

³⁹¹² AN, Rapport fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République, sur le projet de loi (n° 3462), portant réforme de la protection juridique des majeurs, Par M. Émile BLESSIG, n° 3557, Enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 10 janvier 2007, p. 173 ; SÉNAT, Rapport fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de la législation, du suffrage universel, du Règlement et d'administration générale sur le projet de loi, adopté par l'Assemblée nationale, après déclaration d'urgence, portant réforme de la protection juridique des majeurs, Par M. Henri de RICHEMONT, n° 212, Annexe au procès-verbal de la séance du 7 février 2007, p. 165.

³⁹¹³ SÉNAT, Séance du 15 février 2007, *JORF*, 16 février 2007, Compte rendu intégral, p. 1594.

³⁹¹⁴ *Ibid.*, pp. 1594-1595.

³⁹¹⁵ MASSIP J., *Tutelle des mineurs et protection juridique des majeurs*, Paris, Lextenso, Defrénois, 2009, p. 357.

³⁹¹⁶ Art. 223-6 CP.

³⁹¹⁷ MASSIP J., *Tutelle des mineurs et protection juridique des majeurs*, Paris, Lextenso, Defrénois, 2009, p. 357.

³⁹¹⁸ Art. 415 CC.

³⁹¹⁹ MASSIP J., *Tutelle des mineurs et protection juridique des majeurs*, Paris, Lextenso, Defrénois, 2009, p. 357.

B. Le rapprochement entre les droits français et suisse

563. Réformes européennes de la protection juridique des majeurs favorables à l'autodétermination – D'une manière générale, il est possible d'identifier un mouvement européen de réforme de la protection juridique des majeurs. Ce mouvement, mis en lumière par plusieurs études de droit comparé³⁹²⁰, a débuté en Allemagne dans les années 1990 et s'est poursuivi dans de nombreux pays³⁹²¹. Ces réformes présentent des points communs tels que « *l'adaptation des mesures de protection aux besoins individuels des intéressés* »³⁹²² ou encore « *la possibilité d'anticiper l'organisation de sa propre protection* »³⁹²³.

Ce mouvement s'explique, en partie, par la multiplication des initiatives internationales relatives à la protection des majeurs qui ont pu exercer une influence « *discrète* », mais non moins « *certaine* »³⁹²⁴ sur les droits nationaux. Ces initiatives émanent principalement de l'ONU³⁹²⁵, du Conseil de l'Europe³⁹²⁶ et de la Conférence de La Haye³⁹²⁷. Elles ont conduit à l'affirmation, au sein de textes juridiques dont la portée est variable, d'un certain nombre de lignes directrices. Il s'agit, en premier lieu, de respecter divers principes lors du prononcé des mesures de protection : limitation de la durée de la mesure³⁹²⁸, nécessité³⁹²⁹, subsidiarité³⁹³⁰ et proportionnalité à travers l'adaptation de la mesure et la souplesse de la réponse³⁹³¹. Il s'agit, en second lieu, de promouvoir l'autonomie de la personne protégée³⁹³². Cette promotion passe non

³⁹²⁰ SÉNAT, *La protection juridique des majeurs*, Les documents de travail du Sénat, Série législation comparée, n° LC 148, Juin 2005, 40 p. ; INSTITUT SUISSE DE DROIT COMPARÉ, *Étude comparative sur les régimes juridiques de protection des majeurs incapables*, Étude demandée par la Commission des affaires juridiques du Parlement européen, 315 p., Disponible sur : <http://www.europarl.europa.eu/activities/committees/studies.do?language=FR>, Consulté le 11 septembre 2013.

³⁹²¹ SÉNAT, *La protection juridique des majeurs*, Les documents de travail du Sénat, Série législation comparée, n° LC 148, Juin 2005, p. 7.

³⁹²² *Ibid.*, p. 8.

³⁹²³ *Ibid.*, p. 9.

³⁹²⁴ VASSEUR-LAMBRY F., « Le statut civil du majeur protégé et le droit supranational des droits de l'homme », *Dr. fam.*, 2011, n° 2, Dossier 3.

³⁹²⁵ Assemblée générale de l'ONU, Déclaration des droits du déficient mental, 20 décembre 1971, 2027^e séance plénière, Disponible sur : http://www.un.org/fr/documents/view_doc.asp?symbol=A/RES/2856%20%28XXVI%29, Consulté le 5 octobre 2013 ; Assemblée générale de l'ONU, Déclaration sur les droits des personnes handicapées, 9 décembre 1975, 2433^e séance plénière, Disponible sur : http://www.un.org/fr/documents/view_doc.asp?symbol=A/RES/3447%20%28XXX%29, Consulté le 5 octobre 2013 ; Assemblée générale de l'ONU, Règles pour l'égalisation des chances des handicapés, 20 décembre 1993, Disponible sur : <http://www.un.org/french/esa/social/disabled/PDF/ReglesEgalisationChances.pdf>, Consulté le 5 octobre 2013 ; Assemblée générale de l'ONU, Principes pour la protection des personnes atteintes de maladies mentales et pour l'amélioration des soins de santé mentale, 17 décembre 1991, 75^e séance plénière, Disponible sur : http://www.un.org/fr/documents/view_doc.asp?symbol=A/RES/46/119, Consulté le 5 octobre 2013 ; Assemblée générale de l'ONU, Règles pour l'égalisation des chances des handicapés, A/RES/48/96, 4 mars 1994, 48^e session, Disponible sur : http://www.un.org/fr/documents/view_doc.asp?symbol=A/RES/48/96, Consulté le 5 octobre 2013 ; ONU, Convention relative aux droits des personnes handicapées, 13 décembre 2006, Disponible sur : <http://www.un.org/disabilities/documents/convention/convoptprot-f.pdf>, Consulté le 5 octobre 2013.

³⁹²⁶ Conseil de l'Europe, Recommandation n° R(99)4 du comité des ministres aux États membres sur les principes concernant la protection juridique des majeurs, adopté par le comité des ministres le 23 février 1999 lors de la 660^e réunion des délégués des ministres, Disponible sur : <https://wcd.coe.int/com.instranet.InstraServlet?command=com.instranet.CmdBlobGet&InstranetImage=536800&SecMode=1&DocId=396704&Usage=2>, Consulté le 5 octobre 2013.

³⁹²⁷ Conférence de la Haye de droit international privé, Convention sur la protection internationale des adultes, 13 janvier 2000, Disponible sur : <http://www.hcch.net/upload/conventions/txt35fr.pdf>, Consulté le 5 octobre 2013.

³⁹²⁸ Art. 7 de la déclaration des droits du déficient mental ; Art. 12. 4. de la Convention relative aux droits des personnes handicapées.

³⁹²⁹ Art. 7 de la déclaration des droits du déficient mental ; Principe 5. 1. de la recommandation n° R(99)4 du Conseil de l'Europe.

³⁹³⁰ Art. 5. 2 de la recommandation n° R(99)4 du Conseil de l'Europe.

³⁹³¹ Art. 12. 4 de la Convention relative aux droits des personnes handicapées ; Principe 2. 1, 3 et 6 de la recommandation n° R(99)4 du Conseil de l'Europe.

³⁹³² Art. 5 de la déclaration sur les droits des personnes handicapées ; Principe 9. 4. des principes pour la protection des personnes atteintes de maladies mentales ; Lettre n de la Convention relative aux droits des personnes handicapées ; Principe 9 de la recommandation n° R(99)4 du Conseil de l'Europe.

seulement par la garantie de l'accès à l'information³⁹³³ et du consentement³⁹³⁴ du majeur, mais aussi par la possibilité d'anticipation d'une potentielle incapacité future³⁹³⁵. Enfin, il s'agit de définir une sphère d'actes de nature personnelle insusceptibles de représentation³⁹³⁶.

Ces lignes directrices témoignent d'une approche subjective de la dignité, non « *plus seulement perçue comme une garantie de l'ordre public, [mais aussi entendue comme] une garantie du libre épanouissement de chacun* »³⁹³⁷. Comme le souligne G. PIGNARRE, « *le rôle attribué à la volonté s'est vu largement modifié. Dans les sociétés post-modernes, « l'autonomie ne renvoie plus, comme chez Kant, à la capacité de faire un choix rationnel et universalisable, mais elle s'identifie avec l'indépendance ou le choix purement subjectif... » (...) La possibilité pour un individu concret d'exprimer son consentement, auquel il est de plus en plus fréquemment fait appel, prend ici source dans la subjectivation de sa faculté d'agir par référence aux intentions, à l'entendement et à la capacité de discernement* »³⁹³⁸. Cette idéologie du libre épanouissement de la personnalité, d'ores et déjà prégnante en droit suisse, irrigue en partie la réforme française du 5 mars 2007³⁹³⁹. Il en résulte une convergence progressive des deux droits qui s'articule autour du critère du discernement (1) et de la catégorie des actes relatifs à la personne (2).

1. Le critère du discernement

564. Convergence et discernement – Les législations des deux pays font d'abord l'objet d'un certain rapprochement autour de la notion de discernement. En droit suisse, le discernement constitue une notion juridique, définie de manière négative par l'article 16 CSS qui dispose que « *toute personne qui n'est pas privée de la faculté d'agir raisonnablement en raison de son âge, de déficience mentale, de troubles psychiques, d'ivresse ou d'autres causes semblables est capable de discernement* ». La doctrine en déduit une définition positive du discernement qui se fonde à la fois sur un critère psychologique, décomposé en un aspect intellectuel et un aspect volitif, et sur un critère biologique selon lequel la personne doit être empêchée d'agir raisonnablement du fait d'une des causes énoncées par la loi. En droit français, le discernement ne fait pas l'objet d'une définition juridique au sein du Code civil. Pourtant, la notion n'est pas absente de notre droit qui se réfère à ce terme à plusieurs reprises, tantôt de manière explicite, tantôt de manière implicite.

565. Manifestations explicites du discernement – Tout d'abord, la notion n'apparaît de manière explicite dans le Code civil qu'en ce qui concerne les mineurs. Aucune mention explicite au terme de discernement ne concerne les majeurs. Il en va de même dans le Code de la sécurité sociale, le Code de l'action sociale et des familles, ainsi que dans le Code de procédure civile. En revanche, d'autres codes font explicitement référence au terme de discernement en l'appliquant aux majeurs. D'une part, le

³⁹³³ Point 5 des règles pour l'égalisation des chances des handicapés.

³⁹³⁴ Principe 11. 1 des principes pour la protection des personnes atteintes de maladies mentales ; Art. 25. d de la Convention relative aux droits des personnes handicapées ; Principes 3. 2, 22, 23 et 24 de la recommandation n° R(99)4 du Conseil de l'Europe.

³⁹³⁵ Principe 2. 7 de la recommandation n° R(99)4 du Conseil de l'Europe.

³⁹³⁶ *Ibid.*, Principe 19.

³⁹³⁷ VASSEUR-LAMBRY F., « Le statut civil du majeur protégé et le droit supranational des droits de l'homme », *Dr. fam.*, 2011, n° 2, Dossier 3, § 6.

³⁹³⁸ PIGNARRE G., « Les frontières du consentement : de la confrontation du pouvoir aux marges de l'autonomie », *RDC*, 2011, n° 2, p. 611 et s., § 4.

³⁹³⁹ VASSEUR-LAMBRY F., « Le statut civil du majeur protégé et le droit supranational des droits de l'homme », *Dr. fam.*, 2011, n° 2, Dossier 3, § 6.

discernement est doublement mentionné à l'article 122-1 du Code pénal³⁹⁴⁰. Il prévoit l'irresponsabilité pénale de « *la personne qui était atteinte, au moment des faits, d'un trouble psychique ou neuropsychique ayant aboli son discernement* ». Lorsque le discernement est simplement altéré par un trouble psychique ou neuropsychique, la personne est pénalement responsable mais « *la juridiction tient compte de cette circonstance lorsqu'elle détermine la peine et en fixe le régime* ». D'autre part, il est possible d'identifier deux articles mentionnant explicitement le discernement dans le Code de la santé publique : l'article L 1111-2 relatif au droit à l'information et à la participation aux décisions et l'article R 1241-14 qui prévoit qu'en cas de prélèvement de tissus, cellules et produits sur un majeur vivant sous tutelle, le comité d'experts doit vérifier « *qu'en égard à son degré de discernement [le majeur] a mesuré les risques et les conséquences du prélèvement* ».

566. Manifestations implicites du discernement – Le discernement apparaît ensuite de manière implicite. Il est possible d'en relever deux manifestations.

D'une part, il est possible d'identifier des manifestations implicites de nature textuelle. Sans utiliser le terme même de discernement, le législateur se réfère soit à des notions semblables, soit à des notions différentes, mais en corrélation directe avec celle de discernement. La lecture du Code civil et du Code de la santé publique illustre particulièrement cette tendance puisque ces codes mentionnent de nombreux termes visant davantage la capacité naturelle³⁹⁴¹ que la capacité juridique de la personne. Au sein du Code civil coexistent plusieurs expressions : « à même de consentir »³⁹⁴², « état de démence »³⁹⁴³, « insanité d'esprit »³⁹⁴⁴, « hors d'état de manifester sa volonté »³⁹⁴⁵, « atteint d'un trouble mental »³⁹⁴⁶, « facultés personnelles »³⁹⁴⁷ ou encore « dans la mesure où son état le permet »³⁹⁴⁸. Le Code de la santé publique témoigne également d'une appréhension réaliste de la personne lorsqu'il se réfère à l'aptitude à « exprimer sa volonté »³⁹⁴⁹ ou « à consentir »³⁹⁵⁰, à la « capacité »³⁹⁵¹ ou au « degré de compréhension »³⁹⁵² ou encore à l'« état d'inconscience », voire au fait d'être « hors d'état » d'exprimer ou de manifester sa « volonté »³⁹⁵³ ou son « consentement »³⁹⁵⁴.

D'autre part, il est possible d'identifier des manifestations jurisprudentielles de la notion de discernement. Le discernement a pu, d'un point de vue historique, revêtir deux principales fonctions. Il s'est affiché à la fois comme une « *condition de la capacité* »³⁹⁵⁵ d'exercice et comme une « *condition de la*

³⁹⁴⁰ Sur la notion de discernement en droit pénal, voir notamment : ARNOULD D., « L'évolution comparée du discernement en droit civil et pénal depuis 1804 », in PONTIER J.-M., *Droit civil et droits*, Aix-en-Provence, PUAM, 2005, pp. 121-142 ; BONFILS P., « Le discernement en droit pénal », in *Mélanges offerts à Raymond Gassin*, Aix-en-Provence, PUAM, 2007, pp. 97-108.

³⁹⁴¹ BÉTAILLOLE-GONTHIER F., *La capacité naturelle*, Bordeaux IV, Thèse en droit, 1999, 449 p.

³⁹⁴² Art. 16-3 CC.

³⁹⁴³ Art. 174 CC.

³⁹⁴⁴ Art. 414-2 CC, 414-1 CC qui utilise le terme « sain d'esprit », Art. 901 CC.

³⁹⁴⁵ Art. 219 CC, 252 CC, 432 CC.

³⁹⁴⁶ Art. 414-1 CC.

³⁹⁴⁷ Art. 428, 464 CC, 483 CC.

³⁹⁴⁸ Art. 459 CC.

³⁹⁴⁹ Art. L 1111-4 CSP, L 2123-2 CSP.

³⁹⁵⁰ Art. L 1122-2 CSP.

³⁹⁵¹ Art. L 1122-2 CSP, L 1121-2 CSP.

³⁹⁵² Art. L 2123-2 CSP.

³⁹⁵³ Art. L 1111-4 CSP, L 1111-6 CSP, L 1111-11 CSP, L 1111-12 CSP, L 1111-13 CSP, L 1111-17 CSP, L1113-3CSP, L 1113-10 CSP.

³⁹⁵⁴ Art. L 1122-2 CSP, L 1121-8 CSP, L 1121-11 CSP, L 1122-2 CSP, L 1221-8-1 CSP.

³⁹⁵⁵ ARNOULD D., « L'évolution comparée du discernement en droit civil et pénal depuis 1804 », in PONTIER J.-M., *Droit civil et droits*, Aix-en-Provence, PUAM, 2005, p. 123.

responsabilité»³⁹⁵⁶. La première fonction permet notamment l'annulation des actes passés par la personne privée de discernement, qu'elle soit protégée ou non³⁹⁵⁷. Bien que le Code civil se réfère au terme « insanité d'esprit », la jurisprudence définit cette dernière comme comprenant « toutes les variétés d'affections mentales par l'effet desquelles l'intelligence de la partie qui s'oblige aurait été obnubilée ou sa faculté de discernement déréglée »³⁹⁵⁸. Ainsi, l'insanité d'esprit conduisant au dérèglement de la faculté de discernement au moment de l'acte³⁹⁵⁹ permet d'en obtenir l'annulation tant sur le fondement de l'article 414-1³⁹⁶⁰ que sur celui de l'article 901³⁹⁶¹ du Code civil.

Par ailleurs, historiquement, le discernement a constitué une condition de la responsabilité civile. Comme le souligne P. MALAURIE, « longtemps, le droit français avait attaché une grande portée à [l'] incapacité naturelle, qui produisait un triple effet : elle était cause d'une nullité des actes juridiques, d'une irresponsabilité pénale et d'une irresponsabilité civile »³⁹⁶². Ainsi la jurisprudence décidait-elle qu'une personne « ne jouiss[ant] pas de sa raison et a[yant] aveuglément obéi à une force irrésistible qui ne lui laissait pas la conscience de ses actes (...) ne saurait, par suite, être responsable même civilement, puisque toute responsabilité suppose une faute et qu'il n'y a pas de faute quand la volonté fait défaut »³⁹⁶³. Poussée par une certaine doctrine³⁹⁶⁴, la loi du 3 janvier 1968 est revenue sur cette jurisprudence en abandonnant la condition d'imputabilité de la responsabilité civile³⁹⁶⁵, l'article 489-2 disposant que « celui qui a causé un dommage à autrui alors qu'il était sous l'empire d'un trouble mental n'en est pas moins obligé à réparation »³⁹⁶⁶. Cet article ne crée aucun régime particulier de responsabilité, si bien que la responsabilité de personnes incapables de discernement peut être engagée sur le fondement des articles 1382 et suivants du Code civil³⁹⁶⁷. Malgré quelques controverses doctrinales, son application a par la suite

³⁹⁵⁶ *Ibid.*, p. 133.

³⁹⁵⁷ L'article 414-1 CC est placé dans une section intitulée « des dispositions indépendantes des mesures de protection ». L'article 466 dispose que « les articles 464 et 465 ne font pas obstacle à l'application des articles 414-1 et 414-2 ». La jurisprudence retient d'ailleurs que l'insanité d'esprit « ne se confond pas avec l'altération mentale nécessitant l'instauration d'une mesure de curatelle (...) de sorte que la circonstance que le défunt ait fait l'objet de telles mesures de protection ne saurait suffire à établir son insanité d'esprit au moment de la rédaction du testament litigieux » : CA Paris, Pôle 3, Chambre 1, 7 mars 2012, n° 11/06602, *Gaz. Pal.*, 14 avril 2012, n° 105, 21, Note MOORE J.-G. Dans ce sens, voir également : Cass. civ. 1^{re}, 25 mai 2004, n° 01-03.629, *Dr. fam.*, 2005, Comm. 20, FOSSIER T. La même solution s'impose si le juge des tutelles a autorisé la vente du logement d'une majeure placée sous curatelle : « L'autorisation donnée par le juge des tutelles de vendre la résidence d'un majeur protégé ne fait pas obstacle à l'action en annulation, pour insanité d'esprit, de l'acte passé par celui-ci » : Cass. civ. 1^{re}, 20 octobre 2010, n° 09-13635 : *D.*, 2011, 2501, Note LEMOULAND J.-J. ; *D.*, 2011, 50, Note RAOUL CORMEIL G. ; *RTD civ.*, 2011, 103, Obs. HAUSER J. ; *LPA*, 19 janvier 2011, 12, DISA L. ; *AJ famille*, 2010, 496, Note VERHEYDE T. ; *Dr. fam.*, 2010, Comm. 191, MARIA I. Concernant les actions fondées sur l'article 901 du Code civil voir : Cass. civ. 1^{re}, 28 janvier 2003, n° 00-17712 : *Deffrénois*, 2003, 1093, Obs. MASSIP J. ; *AJ famille*, 2003, 148, Obs. F. B. ; Cass. civ. 1^{re}, 6 juillet 2000 : *D.*, 2001, Somm., 1506, DELMAS SAINT-HILAIRE P.

³⁹⁵⁸ NOGUÉRO D., « Les sanctions des actes juridiques irréguliers des majeurs protégés. Première partie : les sanctions hors mesures de protection organisée », *LPA*, 23 décembre 2009, n° 255, p. 6 et s., Note 14.

³⁹⁵⁹ Cass. civ. 1^{re}, 2 décembre 1992 : *Bull. civ.*, 1992, I, 299 ; *JCP G*, 1993, IV, 401 ; *D.*, 1993, 409, Note BOULANGER F. ; *RTD civ.*, 1993, 328, Obs. HAUSER J. S'il est prouvé que la personne était en état d'insanité d'esprit dans les périodes immédiatement antérieure et immédiatement postérieure à l'acte, il appartient au défendeur de prouver un intervalle de lucidité. Pour une application récente, voir : Cass. civ. 1^{re}, 11 mai 2012, n° 11-13.154.

³⁹⁶⁰ Ancien article 489 CC. Voir par exemple : Cass. civ. 3^e, 5 février 2013, n° 11-25.090 ; Cass. civ. 1^{re}, 11 mai 2012, n° 11-13.154 ; Cass. civ. 3^e, 20 septembre 2011, n° 10-20.132 ; Cass. civ. 1^{re}, 6 janvier 2010, n° 08-14.002.

³⁹⁶¹ Voir, par exemple pour des applications récentes : Cass. civ. 1^{re}, 15 mai 2013, n° 12-14733 ; Cass. civ. 1^{re}, 24 octobre 2012, n° 11-20.442, *Bull. civ.*, 2012, I, n° 209.

³⁹⁶² MALAURIE P., *Les personnes. La protection des mineurs et des majeurs*, Paris, Droit civil, Defrénois, Lextenso, 2010, p. 293.

³⁹⁶³ Cass. req., 21 octobre 1901, *D. P.*, 1901, 524, LETELLIER.

³⁹⁶⁴ VINEY G., « La doctrine de la faute dans l'œuvre de Henri, Léon et Jean Mazeaud », *LPA*, 31 août 2006, n° 174, p. 17.

³⁹⁶⁵ NOGUÉRO D., « Sélection des risques. Discrimination, assurance et protection des personnes vulnérables », *Revue générale du droit des assurances*, 2010, n° 3, p. 651.

³⁹⁶⁶ Désormais article 414-3 CC.

³⁹⁶⁷ Cass. civ. 1^{re}, 4 mai 1977 : *D.*, 1978, 393, LEGAIS R.

été étendue aux mineurs³⁹⁶⁸, la jurisprudence considérant que « *la faute d'un mineur peut être retenue à son encontre même s'il n'est pas capable de discerner les conséquences de son acte ou le caractère dangereux d'une chose utilisée par son gardien* »³⁹⁶⁹.

567. Le discernement : un critère juridique et unifié – Néanmoins, si le terme de discernement apparaît dans la jurisprudence ou dans la législation, il ne fait pas l'objet d'une définition juridique unifiée comme c'est le cas en droit suisse. La doctrine le définit parfois comme « *l'aptitude à distinguer le bien du mal* »³⁹⁷⁰, la « *faculté de juger et d'apprécier avec justesse* »³⁹⁷¹ ou encore comme « *le fait d'avoir conscience de ce que l'on fait et de la qualité de ce que l'on fait* »³⁹⁷² ; mais il a pu être souligné qu'il s'agissait d'un vocable « *finaleme[n]t assez mystérieux [dont] le législateur moderne a fait un usage varié et peut-être un peu brouillon* »³⁹⁷³. Il coexiste par ailleurs avec de multiples vocables imprécis. Le droit suisse qui bénéficie d'un concept opératoire et unifié du discernement, fondé sur une approche réaliste en matière d'acte médical pourrait aider à repenser l'articulation du droit de la santé et du droit de la famille. L'ensemble des actes relatifs à la personne pourrait se voir appliquer ce critère, témoignant ainsi de la prévalence du factuel sur « *l'institutionnel* »³⁹⁷⁴.

2. La catégorie des actes relatifs à la personne

568. Un régime spécifique applicable aux actes relatifs à la personne – La convergence des droits s'opère par ailleurs autour de la catégorisation des actes. Certes, le vocabulaire utilisé dans chacun des deux pays est différent ; cependant, il existe un rapprochement certain à travers l'existence d'un régime spécifique aux actes relatifs à la personne, distinct de celui qui s'applique aux biens. Ce régime se décline en plusieurs propositions.

D'abord, les deux droits reconnaissent une sphère réservée à la personne. Il s'agit, en France, des actes strictement personnels. Ces derniers se rapprochent des droits strictement personnels proprement dits (c'est-à-dire que la personne exerce seule) absolus (pour lesquels aucune représentation n'est admise) tels qu'ils existent en droit suisse.

Ensuite, ils tendent à reconnaître au majeur une sphère d'autonomie dès lors qu'il est capable de discernement (pour la Suisse) ou en état d'exprimer sa volonté (pour la France). La catégorie des actes personnels français fait ainsi écho à celle des droits strictement personnels proprement dits (que la personne exerce seule, si elle est pourvue de la capacité de discernement) relatifs (c'est-à-dire qui peuvent donner lieu à représentation) suisses.

³⁹⁶⁸ Cass. civ. 1^{re}, 20 juillet 1976, n° 74-10.238 : *Bull. civ.*, 1976, I, n° 270 ; *D.*, 1977, IR, 114 ; *JCP G*, 1978, II, 18793, Note DEJEAN DE LA BATIE N. : « *La cour d'appel retient, à bon droit, que l'obligation à réparation prévue à l'article 489-2 du Code civil concerne tous ceux - majeurs ou mineurs - qui, sous l'empire d'un trouble mental, ont causé un dommage à autrui* ».

³⁹⁶⁹ Cass. civ. 2^e, 19 février 1997, n° 94-19.726 : *Bull. civ.*, 1997, II, n° 54 ; *JCP G*, 1992, II, 22848, Concl. KESSOUS, Note VINEY G.

³⁹⁷⁰ CORNU G., *Vocabulaire juridique*, Paris, Dicos poche, Quadrige, PUF, 2007, p. 313.

³⁹⁷¹ PIN X., « Les âges du mineur : réflexions sur l'imputabilité et la capacité pénale du mineur », *Gaz. Pal.*, 12 juillet 2012, Rec., p. 1985.

³⁹⁷² ARNOULD D., « L'évolution comparée du discernement en droit civil et pénal depuis 1804 », in PONTIER J.-M., *Droit civil et droits*, Aix-en-Provence, PUAM, 2005, p. 121.

³⁹⁷³ HAUSER J., « Du discernement ou une famille réduite à la procédure ? », *LPA*, 28 avril 1999, n° 84, p. 11.

³⁹⁷⁴ HAUSER J., « Le consentement aux soins des majeurs protégés », *LPA*, 19 mars 2002, n° 56, p. 4.

Enfin, une convergence des droits s'opère à travers la gradation de la protection. En France, le juge doit choisir entre l'assistance et la représentation. Cette analyse *a priori* se retrouve dans le choix d'une des mesures de curatelle en droit suisse. En revanche, le médecin est habilité à apprécier *in concreto* le discernement et ce n'est qu'en présence d'un litige que le juge pourra se prononcer.

II. L'UTILITÉ DU DROIT COMPARÉ DANS L'AMÉLIORATION DE LA THÉORIE GÉNÉRALE

569. Le rapprochement qui s'opère entre le droit français et le droit suisse est intéressant. Il permet en effet de réfléchir aux difficultés d'articulation qui se posent entre les dispositions du Code civil et celles du Code de la santé publique (A) et de favoriser la complémentarité du droit de la santé et du droit civil (B).

A. La difficile « articulation » entre Code civil et Code de la santé publique

570. L'articulation entre le Code civil et le Code de la santé publique est complexe³⁹⁷⁵ tant pour les majeurs sous tutelle (1) que pour les majeurs sous curatelle ou sous sauvegarde de justice (2).

1. Le cas du majeur sous tutelle

571. Consentement du tuteur ? – Les règles applicables aux majeurs sous tutelle sont à la source d'une double interrogation. La première consiste à savoir si la personne consent seule ou avec l'autorisation de son tuteur aux actes médicaux. Une alternative théorique est envisageable.

Il est tout d'abord possible de se référer aux articles du Code de la santé publique relatifs au consentement à l'acte médical. L'article L1111-4 du CSP dispose que « *toute personne prend, avec le professionnel de santé et compte tenu des informations et des préconisations qu'il lui fournit, les décisions relatives à sa santé* » et que « *le consentement du (...) majeur sous tutelle doit être systématiquement recherché s'il est apte à exprimer sa volonté et à participer à la décision* ». Cet article met en avant la participation du majeur à la décision médicale dès lors qu'il est apte à exprimer sa volonté ; il contribue ainsi à distinguer dans une certaine mesure la capacité civile et la capacité médicale. En outre, une interprétation *a contrario* de l'article L1111-4 al 6 conduit à exiger l'autorisation supplémentaire du tuteur. Cette vision semble d'ailleurs confortée par l'article R 4127-42 CSP qui dispose que « *sous réserve de l'article L 1111-5 CSP, le médecin appelé à donner ses soins à un majeur protégé doit s'efforcer de prévenir ses parents ou son représentant légal et d'obtenir son consentement* ». En application du Code de la santé publique, l'intervention du tuteur serait systématiquement exigée en plus de la participation de la personne à la décision³⁹⁷⁶.

³⁹⁷⁵ RAOUL-CORMEIL G., « L'acte médical à l'épreuve du dispositif tutélaire », in BINET J.-R., *Droit médical*, Paris, Cours, Montchrestien, Lextenso, 2010, p. 412 ; RAOUL-CORMEIL G., « Remèdes à l'éclatement du régime juridique des actes médicaux portant sur la personne des majeurs protégés », in RAOUL-CORMEIL G. (Dir.), *Nouveau droit des majeurs protégés*, Paris, Thèmes et commentaires, Dalloz, 2012, p. 151.

³⁹⁷⁶ ROCHE-DAHAN J., « L'accès du majeur protégé à la procréation et à la filiation », *RLDC*, 2011, n° 83, p. 85.

Mais il est également possible de se référer à l'article 459 al 1 CC³⁹⁷⁷, relatif aux effets de la tutelle quant à la protection de la personne, qui dispose que « *la personne protégée prend seule les décisions relatives à sa personne dès lors que son état le lui permet* ». Prenant le contre-pied des choix législatifs réalisés en matière patrimoniale, le législateur pose ici une vision modulée de l'incapacité en fonction de l'état de la personne. Dès lors que la personne est en état de décider, elle consent seule. Si son état ne le lui permet pas, le juge ou le conseil de famille peut mettre en place une assistance à la personne pour l'ensemble des actes relatifs à sa personne ou pour certains actes. Si l'assistance est insuffisante, il est possible de décider d'une mesure de représentation. Cet article pose donc une vision plus souple que celle adoptée dans le Code de la santé publique, dans la mesure où la personne peut agir sans son tuteur dès lors qu'elle bénéficie d'un discernement suffisant. L'application de l'article 459-1 CC conduit à préférer les conditions plus strictes posées par le Code de la santé publique.

572. Autorisation du juge des tutelles ? – La seconde question concerne l'intervention supplémentaire du juge des tutelles. À nouveau, deux possibilités théoriques peuvent être envisagées³⁹⁷⁸.

Il est tout d'abord possible de considérer que l'application du Code de la santé publique exclut celle des règles du Code civil. L'intervention du juge des tutelles interviendrait uniquement lorsqu'elle est requise expressément par un texte spécial du Code de la santé publique. En l'absence de précision et *a contrario*, il conviendrait de considérer que l'intervention du juge des tutelles n'est pas requise. La référence aux règles plus générales du CSP, se contentant d'exiger l'autorisation du tuteur et la participation de la personne à la décision, plaide également en ce sens. Un dernier argument, fondé sur l'article 459-1 CC, peut finalement être évoqué. Cet article prévoit en son alinéa premier que « *l'application de la présente sous-section ne peut avoir pour effet de déroger aux dispositions particulières prévues par le Code de la santé publique et le code de l'action sociale et des familles prévoyant l'intervention d'un représentant légal* ». Une analyse rapide pourrait laisser penser que les dispositions du Code de la santé publique évincent purement et simplement celles du Code civil.

Cependant, il est également possible de soutenir que le Code de la santé publique ne peut pas être interprété de manière autonome et que le Code civil peut le compléter dès lors que les dispositions des deux codes n'entrent pas en contradiction³⁹⁷⁹. Cette complémentarité entre les codes ne semble, en réalité, pas en contrariété avec l'article 459-1 précité. En l'absence de précision quant à l'intervention du tuteur dans le Code de la santé publique, il conviendrait alors de se référer aux règles générales du Code civil et d'exiger, conformément à l'article 459 al. 3 CC, l'autorisation du juge des tutelles lorsque la décision a pour effet de porter gravement atteinte à l'intégrité corporelle ou à l'intimité de la vie privée de l'intéressé.

³⁹⁷⁷ MASSIP J., « Les règles applicables aux actes personnels et médicaux concernant un majeur en tutelle », *Dr. fam.*, 2010, n° 7/8, Étude 18, p. 19.

³⁹⁷⁸ BATTEUR A., « Recherche d'une articulation entre le Code de la santé publique et le Code civil : un défi à relever en faveur des personnes vulnérables », *Dr. fam.*, 2011, n° 2, Dossier 5 ; ARHAB-GIRARDIN F., « La décision médicale du majeur protégé : une articulation complexe des dispositions du Code de la santé publique avec la loi du 5 mars 2007 portant réforme de la protection juridique des majeurs », *RDSS*, 2009, n° 5, p. 878.

³⁹⁷⁹ Les dispositions du Code civil ne sauraient évincer les dispositions plus protectrices du Code de la santé publique. Ainsi, la procédure prévue par le Code de la santé publique en matière de stérilisation doit être suivie, même si l'état de la femme majeure pourrait lui permettre de prendre seule la décision : CA Douai, 12 décembre 2013, *Juridata* n° 2013-033801 : *Dr. fam.*, 2014, Comm. 84, MARIA I.

Sur cette question, l'attitude des juges des tutelles diverge³⁹⁸⁰. Dans le doute, il semble préférable de solliciter une autorisation pour les actes portant gravement atteinte à l'intégrité corporelle. C'est d'ailleurs dans ce sens qu'a statué un jugement récent³⁹⁸¹.

2. Le cas du majeur sous curatelle ou sous sauvegarde de justice

573. Des difficultés similaires se présentent lorsque la personne est placée sous curatelle ou sous sauvegarde de justice. En effet, les textes spécifiquement applicables aux activités biomédicales manquent parfois de cohérence et prévoient des procédures variées de recueil du consentement. Cependant, à la différence de ce qui prévaut pour les personnes sous tutelle, l'article L 1111-4 ne fait pas mention des personnes sous curatelle ou sous sauvegarde de justice³⁹⁸². Ce silence peut être interprété de deux manières différentes³⁹⁸³.

574. Autonomie du Code de la santé publique ? – Il est tout d'abord possible de considérer qu'en l'absence de disposition spécifique relative au majeur sous curatelle ou sous sauvegarde de justice, ces derniers sont englobés dans « toute personne » mentionnée à l'alinéa premier de cet article. Le majeur sous curatelle ou sous sauvegarde de justice pourrait donc consentir seul aux soins, hors le cas où des règles spéciales du CSP en disposent autrement. L'article L 1111-4 CSP ferait alors office de droit commun de l'acte médical. Les travaux préparatoires semblent plaider en ce sens³⁹⁸⁴.

575. Complémentarité du Code de la santé publique ? – Mais il est également possible de considérer que cet article ne peut pas être lu de manière autonome et doit être rattaché aux dispositions du Code civil applicables aux majeurs protégés³⁹⁸⁵. Il conviendrait alors de procéder à une coordination entre le Code de la santé publique et le Code civil et d'appliquer les règles des articles 457-1 et suivants CC relatives aux effets de la curatelle et de la tutelle quant à la protection de la personne. Ainsi, les actes considérés comme strictement personnels devraient être accomplis par le majeur seul. Les actes personnels devraient être réalisés par le majeur seul dès lors que son état le permet. Si son état ne le permet pas, le juge devrait mettre en place un mécanisme d'assistance. En outre, bien que l'article 459 al. 3 CC fasse référence à l'autorisation du juge des tutelles ou du conseil de famille s'il a été constitué, il semble qu'il faille considérer que « *s'agissant du curateur (...) l'autorisation du juge des tutelles [est] requise pour les actes graves lorsque le jugement d'ouverture lui a spécialement confié un pouvoir d'assistance* »³⁹⁸⁶. Ces articles viendraient compléter le régime applicable aux actes médicaux dès lors qu'ils n'entrent pas en contradiction avec le Code de la santé publique.

³⁹⁸⁰ ROCHE-DAHAN J., « L'accès du majeur protégé à la procréation et à la filiation », *RLDC*, 2011, n° 83, p. 86.

³⁹⁸¹ TI Nice, 4 février 2009 : *D.*, 2009, 1397, Note VERHEYDE T. : cité par : ARHAB-GIRARDIN F., « La décision médicale du majeur protégé : une articulation complexe des dispositions du Code de la santé publique avec la loi du 5 mars 2007 portant réforme de la protection juridique des majeurs », *RDSS*, 2009, n° 5, p. 879, Note 26.

³⁹⁸² LAUDE A., MATHIEU B., TABUTEAU D., *Droit de la santé*, Paris, Thémis, PUF, 2012, p. 356.

³⁹⁸³ *Ibid.*

³⁹⁸⁴ Cette première interprétation est proposée par : *Ibid.*

³⁹⁸⁵ Cette deuxième interprétation est proposée par : *Ibid.*

³⁹⁸⁶ ARHAB-GIRARDIN F., « La décision médicale du majeur protégé : une articulation complexe des dispositions du Code de la santé publique avec la loi du 5 mars 2007 portant réforme de la protection juridique des majeurs », *RDSS*, 2009, n° 5, p. 883.

B. La nécessaire complémentarité du droit civil et du droit de la santé

576. Ayant pris note de la difficile articulation du Code civil et du Code de la santé publique, il nous semble nécessaire de garantir la complémentarité du droit civil et du droit de la santé. En effet, l'autonomie du droit de la santé nous semble inutile, voire néfaste lorsqu'il s'agit d'assurer la protection de la personne protégée (1). Le droit comparé pourra alors s'avérer utile pour renforcer la cohérence du droit de la santé et du droit civil (2).

1. L'inutile autonomie du droit de la santé

577. La mise en perspective du droit français et du droit suisse permet de réfléchir sur la notion même de droit de la santé et sur sa place au sein de l'ordre juridique. Il s'agit de procéder à une analyse structurale du droit visant à déterminer « *comment les divers ordres juridiques répartissent leur matériel en branches et en catégories juridiques* »³⁹⁸⁷. La mise en parallèle de la structure du droit français et de la structure du droit suisse est relativement éclairante quant à l'intégration des questions relatives à la santé au sein de l'ordre juridique.

578. Deux « strates » de normes en droit suisse – Le droit suisse semble appréhender les questions relatives à la santé à travers deux niveaux principaux. Le premier niveau pourrait être qualifié de droit spécial, en ce qu'il appréhende de manière spécifique un certain nombre d'actes relatifs à la santé, essentiellement dans le domaine de la biomédecine. Ce premier niveau est tantôt régi par des lois cantonales, tantôt par des lois fédérales (selon que la Confédération bénéficie ou non d'une compétence d'attribution en la matière). Le second niveau, c'est-à-dire celui auquel il sera fait appel en l'absence de règles spécifiques, est celui du droit civil. Il s'agit plus particulièrement des articles 19 et 19 c CCS, mais aussi des articles relatifs à la représentation dans le domaine médical³⁹⁸⁸. Quel que soit le niveau utilisé, le concept juridique de discernement est central. On peut ainsi considérer que le « *droit commun [est] à la source du droit de la santé* »³⁹⁸⁹. La santé étant alors « *intégrée dans le fonctionnement des institutions civiles* »³⁹⁹⁰.

579. Une « strate » supplémentaire en France : le droit commun de l'acte médical – La structure du droit français diffère de la structure du droit suisse. Il semble en effet possible de distinguer non pas deux, mais trois strates. Le premier niveau est relativement similaire à celui du droit suisse et comprend l'ensemble des règles régissant les actes particuliers dans le domaine de la biomédecine. Le second niveau semble en revanche spécifique au droit français. Situé au début du Code de la santé publique, il est constitué des principes généraux applicables à l'acte médical, et notamment au consentement à l'acte médical. Le troisième niveau est similaire au deuxième niveau du droit suisse. Il s'agit des règles du Code civil applicables en matière personnelle, catégorie qui pourrait recouvrir les actes médicaux. Il convient de remarquer que ce régime est postérieur à de nombreuses règles de droit de la santé. La question se pose

³⁹⁸⁷ DELYANNI-DIMITRAKOU C., « Les mutations des prémisses philosophiques du droit comparé », in *De tous horizons - Mélanges Xavier Blanc-Jouran*, Paris, Société de législation comparée, 2005, p. 49.

³⁹⁸⁸ Art. 377 à 381 CCS.

³⁹⁸⁹ COUR DE CASSATION, *Rapport annuel de la Cour de cassation : la santé dans la jurisprudence de la Cour de cassation*, Paris, La documentation française, 2008, p. 51.

³⁹⁹⁰ LABRUSSE-RIOU C., « Code civil et Code de la santé publique », *RDSS*, 2008, n° 3, p. 433.

alors de l'articulation entre ces différentes strates³⁹⁹¹. Cette question est d'autant plus cruciale que la réglementation spéciale relative aux actes médicaux particuliers est souvent lacunaire et utilise un vocabulaire parfois approximatif ou variable (il est tantôt fait appel aux grandes catégories du droit des personnes protégées - tutelle, curatelle, sauvegarde de justice - tantôt fait appel à l'état de la personne et à sa capacité à exprimer sa volonté). Théoriquement, une alternative est envisageable. La première branche de cette alternative consiste à considérer qu'en l'absence de précision textuelle ou en cas de lacune de la règle particulière, il conviendrait de s'en remettre aux principes généraux applicables à l'acte médical (second niveau). Le droit de la santé s'appliquerait aux actes médicaux et exclurait l'application des règles du Code civil (troisième niveau). Ainsi, il serait possible de considérer le second niveau comme une sorte de nouveau droit commun, « *phénomène qui se produit lorsqu'une discipline juridique acquiert (...) son autonomie* »³⁹⁹². La seconde branche de l'alternative consiste à considérer que les règles de droit de la santé, bien qu'ayant une certaine indépendance, ne sont pas autonomes du droit civil. Ainsi, le Code civil en tant que droit commun pourrait trouver à s'appliquer de manière complémentaire aux règles du Code de la santé publique. Pour les raisons exposées plus haut, il semble que cette deuxième alternative doive être préférée. L'article 459-1, qui prévoit que « *l'application de la présente sous-section³⁹⁹³ ne peut avoir pour effet de déroger aux dispositions particulières prévues par le Code de la santé publique et le Code de l'action sociale et des familles prévoyant l'intervention d'un représentant légal* », doit donc être lu comme permettant le maintien de l'intégralité des règles prévoyant une protection accrue de la personne en droit de la santé sans pour autant empêcher de compléter les nombreuses lacunes. Le droit civil pourrait alors éclairer l'interprétation du droit de la santé.

580. Réfutation de l'autonomie du droit de la santé – L'étude du droit suisse prouve qu'une articulation cohérente autour d'une théorie générale permet une protection efficace de la personne. L'autonomie du droit de la santé dans ce domaine n'a pas de sens. En effet, droit civil et droit de la santé doivent être mis au service d'un objectif commun : la protection de la personne et de son autonomie. La mise en place, par le législateur de 2007, d'une théorie générale axée sur la notion d'actes strictement personnels, d'actes personnels et d'actes portant gravement atteinte à l'intégrité corporelle constitue une grille de lecture intéressante dans la mesure où elle permet d'intégrer davantage de réalisme dans l'appréhension de la protection du majeur. Une « *théorie générale* » des actes médicaux, cohérente avec l'approche civiliste pourrait donc permettre de remédier « *au fouillis actuel où le vocabulaire et les solutions dépendent de la date du texte* »³⁹⁹⁴.

³⁹⁹¹ ARHAB-GIRARDIN F., « La décision médicale du majeur protégé : une articulation complexe des dispositions du Code de la santé publique avec la loi du 5 mars 2007 portant réforme de la protection juridique des majeurs », *RDSS*, 2009, n° 5, p. 875 ; BATTEUR A., « Recherche d'une articulation entre le Code de la santé publique et le Code civil : un défi à relever en faveur des personnes vulnérables », *Dr. fam.*, 2011, n° 2, Dossier 5, p. 22.

³⁹⁹² GASSIN R., « Lois spéciales et droit commun », *D.*, 1961, 19^e cahier, Chron. XVIII, p. 97.

³⁹⁹³ « Des effets de la tutelle et de la curatelle quant à la protection de la personne ».

³⁹⁹⁴ HAUSER J., « Une théorie générale de la protection du sujet vulnérable ? », *RLDC*, 2011, n° 83, p. 70.

2. Le droit comparé au service de la cohérence du droit de la santé et du droit civil

581. La simplification de l'articulation du Code civil et du Code de la santé publique pourrait passer par deux voies distinctes.

582. L'autonomisation du droit de la santé – Une première solution consisterait à améliorer l'ensemble des lois spéciales en prévoyant, de manière systématique, la situation des majeurs protégés. Cela aboutirait à renforcer davantage l'autonomie du droit de la santé. Cette solution présenterait l'intérêt de permettre au médecin un accès plus simple à l'ensemble des dispositions relatives aux actes médicaux. Cependant, en l'absence de cohérence avec le droit civil, elle présenterait un risque de diminution de la protection du majeur. En effet, les solutions pourraient être déterminées au cas par cas, en l'absence d'une grille de lecture solide.

583. L'harmonisation du droit de la santé et du droit civil – Ces critiques expliquent que nous nous rallions plutôt à une seconde voie, visant à l'harmonisation du droit civil et du droit de la santé. Il s'agirait alors de modifier le régime général du consentement à l'acte médical, issu de la loi du 4 mars 2002, afin de retenir que le majeur capable de discernement consent seul aux actes médicaux. Pour le majeur incapable de discernement, l'absence de signe d'un refus devrait être recherchée et un régime d'assistance ou d'autorisation serait fixé par le juge. Pour les actes graves, il conviendrait de rechercher une autorisation auprès du juge des tutelles, conformément à ce qui est prévu par le Code civil. Il apparaît en effet opportun de ne pas multiplier les instances d'autorisation des actes sur le corps et de permettre un contrôle des décisions rendues. Les comités qui interviennent actuellement dans plusieurs dispositions du Code de la santé publique seraient saisis afin d'éclairer le juge, mais ne bénéficieraient pas du pouvoir d'autoriser l'acte. Cette seconde voie, inspirée de la structure du droit suisse, permettrait d'intégrer le droit de la santé au sein des institutions civilistes. Notons pour terminer que le droit suisse n'est pas à l'abri d'une incohérence à ce sujet. C'est pourquoi la part accordée à l'autonomie du majeur face à la stérilisation devrait être repensée.

584. Conclusion de la section 2 : la portée des prérogatives familiales face à l'autonomie du majeur – Si le droit suisse était centré sur la protection du patrimoine des majeurs, le Code civil avait envisagé, contrairement au droit français, les actes relatifs à la personne de l'incapable par le biais de l'article 19 al. 2 ancien CCS. La vulnérabilité était donc prise en compte, de manière indirecte, par la référence à la notion de discernement. Ce critère a ensuite été repris dans le cadre des législations sanitaires. En France, le Code civil envisageait essentiellement la protection du patrimoine de l'incapable à travers la catégorisation des personnes en trois régimes : tutelle, curatelle, sauvegarde de justice. Il ne prévoyait donc pas de régime juridique spécifique concernant les actes relatifs à la personne de l'incapable, notamment dans le domaine médical³⁹⁹⁵. C'est la jurisprudence qui est venue combler cette lacune en

³⁹⁹⁵ ARHAB-GIRARDIN F., « La décision médicale du majeur protégé : une articulation complexe des dispositions du Code de la santé publique avec la loi du 5 mars 2007 portant réforme de la protection juridique des majeurs », *RDS*, 2009, n° 5, p. 875.

affirmant que les régimes civils d'incapacité ont pour objet de pourvoir à la protection de la personne³⁹⁹⁶. D'un point de vue chronologique, les textes issus du droit de la santé (et tout particulièrement la loi du 4 mars 2002) sont les premiers à avoir pris en compte la situation des personnes vulnérables³⁹⁹⁷. Le Code de la santé publique a ainsi fixé des principes généraux relatifs aux droits de la personne malade. La loi du 5 mars 2007 a par la suite instauré une « *théorie générale de la protection du sujet vulnérable* »³⁹⁹⁸ tenant compte de l'autonomie et de la nécessité de prévoir un régime spécialement adapté en ce qui concerne les actes personnels. L'article 415 CC envisage désormais expressément la protection de la personne et favorise une approche au cas par cas. La consécration de cette théorie générale contribue à rapprocher davantage le droit français de son homologue suisse autour de la spécificité des actes relatifs à la personne et autour de la notion de discernement. Ce rapprochement nous incite à proposer une amélioration de la théorie générale française. En effet, du fait de la coexistence d'un droit commun de l'acte médical et d'un droit commun des actes personnels englobant également les actes médicaux, des difficultés d'articulation se posent. Les incertitudes dans l'articulation des textes nuisent à la cohérence d'ensemble et il semblerait préférable que le droit de la santé s'inspire de la théorie générale posée par le droit civil. Le caractère dérogatoire du droit de la santé ne se justifie pas, dans la mesure où il existe une convergence des finalités des deux branches du droit.

585. Conclusion du chapitre 1 : Articulation du droit de la santé et du droit de la famille par une théorie générale construite grâce au droit comparé – La comparaison du droit français et du droit suisse témoigne d'un mouvement général en faveur de la convergence des droits. Le titre second de la première partie de cette thèse a permis de montrer que la construction historique des deux droits nationaux s'est réalisée de façon très différente. Alors qu'en Suisse droit de la santé et droit de la famille ont été pensés ensemble grâce à la théorie générale de la protection de la personnalité, en droit français, ces deux branches du droit ont été pensées séparément. Le droit de la santé français a fréquemment joué un rôle moteur dans l'appréhension de la personne humaine. La comparaison de l'évolution des droits et des « formants » jurisprudentiel et doctrinal nuance cependant cette hypothèse de départ. En effet, le droit civil français n'a pas toujours été indifférent à la protection de la personne de l'incapable et la doctrine a proposé, par divers raisonnements juridiques, de conférer un régime spécial aux actes relatifs à la personne protégée. La loi du 5 mars 2007 constitue le point d'orgue de cette démarche puisqu'elle a donné lieu à la consécration d'une théorie générale permettant une appréhension concrète de la personne du majeur. Bien que les termes utilisés dans les deux droits ne soient pas identiques, un rapprochement s'opère nettement autour des notions de discernement et d'actes relatifs à la personne. Ce rapprochement nous incite à proposer d'étendre l'application de la théorie générale civile française au droit de la santé, en supprimant le droit commun de l'acte médical et en reprenant les principes généraux posés par le droit civil dans l'ensemble de la réglementation relative aux actes spéciaux. En effet, la coexistence de deux droits communs complexifie inutilement l'articulation des deux branches du droit, lesquelles poursuivent pourtant des finalités identiques à savoir la protection de l'autonomie et la protection de la personne. La

³⁹⁹⁶ Cass. civ. 1^{re}, 18 avril 1989.

³⁹⁹⁷ BATTEUR A., « Recherche d'une articulation entre le Code de la santé publique et le Code civil : un défi à relever en faveur des personnes vulnérables », *Dr. fam.*, 2011, n° 2, Dossier 5, p. 23.

³⁹⁹⁸ HAUSER J., « Une théorie générale de la protection du sujet vulnérable ? », *RLDC*, 2011, n° 83, pp. 69-73.

théorie générale pourrait être appliquée aux mineurs dans la mesure où le critère du discernement est également présent sous des formes variées. Le droit comparé, dans sa « *fonction subversive* », met en lumière la pertinence et le caractère opérationnel de ce critère. Toutefois, dans ce domaine, la portée du discernement nous semble devoir être adaptée puisque le droit français apparaît plus attaché que le droit suisse à l'association du mineur et de ses parents. Cette évolution permettrait de remédier au « grignotage » de l'autorité parentale par le droit de la santé. Ainsi, la théorie générale renforcerait la cohérence du droit en assurant un équilibre entre l'autonomie et la protection des sujets vulnérables par leur famille.

CHAPITRE 2 : LES AMÉNAGEMENTS À LA THÉORIE GÉNÉRALE ENCADRÉS GRÂCE AU DROIT COMPARÉ

586. Les conditions d'application de la théorie générale – La théorie générale qui vient d'être présentée visait à coordonner le droit de la famille et le droit de la santé autour de finalités communes. Elle a permis d'établir un équilibre entre l'autonomie du patient et sa protection, assurée par les membres de sa famille. Il s'agit de l'hypothèse classique, dans laquelle la personne vulnérable bénéficie d'une protection organisée. L'application de la théorie générale implique que trois conditions soient remplies, à savoir qu'un acte médical soit réalisé dans l'intérêt d'une personne protégée pourvue d'un protecteur traditionnellement désigné par les règles de droit civil.

587. La nécessité d'aménagements à la théorie générale du fait de la dimension pragmatique du droit de la santé – Cependant, le droit de la santé encadre l'ensemble des « *actions de santé* », lesquelles ne s'insèrent pas systématiquement dans ce type de schéma. Les professionnels de santé doivent fréquemment agir alors que de telles conditions ne sont pas réunies et la théorie générale doit dès lors être aménagée. Le droit de la santé présente, en effet, nécessairement un caractère pragmatique. Il arrive que la personne ne soit pas pourvue d'une protection juridique alors même qu'un acte médical doit être réalisé. Il faut alors déterminer qui peut agir pour le patient. Parfois, c'est la condition tirée de l'intérêt de la personne qui fait défaut, soit parce que celui-ci entretient une relation ambivalente avec sa famille, laquelle pourrait devenir nuisible, soit parce que l'acte médical lui-même est réalisé dans l'intérêt d'autrui.

588. Deux types de justifications aux aménagements apportés à la théorie générale, communs aux deux pays – Les aménagements à la théorie générale sont donc de deux ordres dans les deux pays étudiés. Tantôt, ils sont justifiés par l'intérêt du patient lui-même (Section 1), tantôt ils sont justifiés par l'intérêt d'autrui (Section 2), hypothèse de plus en plus fréquente en pratique du fait des nouvelles finalités assignées à la médecine.

SECTION 1 : LES AMÉNAGEMENTS DANS L'INTÉRÊT DU PATIENT

589. Les aménagements justifiés par l'absence d'une des deux conditions d'application de la théorie générale – Lorsqu'un protecteur désigné par le droit civil agit dans l'intérêt du patient, la théorie générale qui a été établie grâce au droit comparé s'applique. Cependant, les deux conditions posées pour l'application de cette théorie générale ne sont pas toujours réunies. Parfois, la première condition fait défaut, c'est-à-dire qu'il n'existe pas de protecteur désigné par le droit civil ; ou alors, lorsqu'un tel protecteur existe, il est concurrencé par des protecteurs désignés par le droit de la santé. La théorie générale doit alors être aménagée pour assurer l'articulation des prérogatives de protection, dans l'intérêt du patient (I). Parfois, la seconde condition s'avère problématique. Il en est ainsi lorsque les protecteurs n'agissent pas, ou ne peuvent agir, dans l'intérêt du patient. Leurs prérogatives se voient alors évincées dans l'intérêt du patient (II).

I. L'ARTICULATION DES PRÉROGATIVES FAMILIALES DE PROTECTION, DANS L'INTÉRÊT DU PATIENT

590. Multiplication des acteurs de la protection du patient et nécessaire articulation de leurs prérogatives – Le droit de la santé a favorisé, dans chacun des deux pays, la multiplication des titulaires de prérogatives de protection. Les causes de cette multiplication des protecteurs ont été identifiées. Elles sont liées au pragmatisme du droit de la santé. Ce dernier valorise la proximité des liens et le choix anticipé d'un protecteur par le patient, dans le but d'augmenter les chances qu'une personne ayant une connaissance approfondie du patient soit impliquée dans la décision médicale. Toutefois, cette multiplication des protecteurs n'est pas sans danger, dans la mesure où elle favorise le développement de prérogatives concurrentes. Il ne faudrait pas que cette concurrence produise l'effet inverse à celui escompté, en affaiblissant la protection du patient. Afin d'éviter un tel effet pervers, l'articulation des différentes prérogatives doit être envisagée (A). À côté de ces protecteurs, la décision de santé fait nécessairement appel à un professionnel dont le rôle ne doit pas être négligé. En effet, le paternalisme médical, auquel ont été confrontés chacun des deux pays, laissait une place importante au médecin dans la décision de soin. Il est donc également nécessaire de réfléchir à l'articulation des prérogatives familiales et médicales (B).

A. L'articulation des prérogatives des différents membres de la famille

591. L'articulation des prérogatives : une problématique commune aux deux pays – L'apparition de nouveaux protecteurs du patient est une problématique à laquelle les deux droits ont été confrontés. Ils ont donc dû déterminer des règles permettant d'articuler l'intervention des différents

titulaires de prérogatives de protection. La comparaison du droit français et du droit suisse favorise l'identification des lacunes dans cette articulation, ce qui permet d'en proposer l'amélioration. Le droit suisse s'avère relativement complet sur ce point, même si quelques critiques peuvent être émises (1). En revanche, plusieurs lacunes dans la conception de l'articulation peuvent être identifiées en droit français (2).

1. Une hiérarchisation relativement exhaustive en droit suisse

592. En droit suisse, d'un point de vue chronologique, l'articulation de l'intervention des titulaires des prérogatives de protection a été envisagée à plusieurs reprises.

593. Jurisprudence et critère du lien le plus étroit – La jurisprudence a d'abord été appelée à se prononcer sur l'ordre des proches susceptibles de disposer du cadavre. Dans son arrêt Gautschi³⁹⁹⁹, le Tribunal fédéral a retenu que « *si le droit de disposer du cadavre fait partie des droits de la personnalité des parents du défunt, il est juste de reconnaître ce pouvoir de décision en premier lieu à celui qui était le plus étroitement lié avec le défunt et qui a été, de ce chef, le plus durement touché par sa perte. (...) Jusqu'à preuve du contraire, l'on reconnaîtra donc en premier lieu au conjoint survivant le pouvoir de décider du sort du corps du défunt. (...) S'il apparaît en revanche, comme en l'espèce, que les époux ne s'entendaient plus et qu'il n'y avait depuis longtemps plus de communauté domestique entre eux et qu'en outre il n'y avait pas de descendants capables de discernement, l'on ne peut dénier aux demandeurs, en leur qualité de parents du défunt, le droit de disposer du corps du défunt* »⁴⁰⁰⁰. Il pose donc une hiérarchie entre les différents proches selon l'expérience de la vie, laquelle peut être renversée en apportant la preuve contraire⁴⁰⁰¹.

594. Désignation en cascade et critère de l'antériorité dans la LTrans et son ordonnance d'application – Par la suite, une hiérarchie a été fixée par l'ordonnance fédérale sur la transplantation⁴⁰⁰² qui s'est vu confier la tâche de déterminer le cercle des proches par l'article 8 LTrans. Deux hypothèses sont susceptibles de se présenter.

Il est d'abord possible que les proches soient amenés à rendre compte des déclarations du défunt dont ils ont eu connaissance, conformément à l'article 8 al. 2 LTrans. En cas de divergence entre les proches, « *la dernière déclaration en date est considérée comme déterminante* ».

Il est ensuite envisageable que les proches consentent au prélèvement à titre personnel, conformément à l'article 8 al. 3 LTrans. L'ordonnance pose alors le principe selon lequel « *est habilité à prendre la décision le proche de plus de 16 ans qui entretenait les liens les plus étroits avec la personne décédée* »⁴⁰⁰³. Il appartient au professionnel de santé de déterminer la proximité des liens, en échangeant avec les proches⁴⁰⁰⁴. Afin de l'aider dans cette tâche, la loi établit une hiérarchie sur laquelle il peut se fonder, à la

³⁹⁹⁹ ATF 101 II 177 = JT 1976 I 362.

⁴⁰⁰⁰ Traduction tirée de : FF 2002 136-137.

⁴⁰⁰¹ TERCIER P., « Qui sont nos proches ? », in *Familie und Recht, Festgabe der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Freiburg für Bernhardt Schnyder zum 65. Geburtstag*, Freiburg, Universitätsverlag, 1995, p. 802.

⁴⁰⁰² Ordonnance sur la transplantation d'organes, de tissus et de cellules d'origine humaine du 16 mars 2007, Entrée en vigueur au 1^{er} juillet 2007, RS 810.211, RO 2007 1961.

⁴⁰⁰³ Art. 5 al. 1 de l'ordonnance sur la transplantation.

⁴⁰⁰⁴ *Ibid.*, Art. 5 al. 1.

condition toutefois qu'aucun élément ne laisse penser qu'elle est erronée en l'espèce et que les proches concernés aient entretenu un contact personnel régulier avec la personne décédée jusqu'à sa mort⁴⁰⁰⁵. Sont d'abord légitimes à décider du sort du cadavre « *le conjoint, le partenaire enregistré ou la personne ayant mené de fait une vie de couple avec la personne décédée* ». À défaut, plusieurs membres de la famille peuvent décider selon un ordre précis intégrant d'abord les enfants, puis les parents et les frères et sœurs, et enfin les grands-parents et les petits-enfants. En dernier lieu, les « *autres personnes qui entretenaient des liens étroits et stables* » devront prendre la décision⁴⁰⁰⁶. Dans l'hypothèse dans laquelle plusieurs proches d'une même catégorie hiérarchique auraient entretenu les liens les plus étroits avec le défunt, l'ordonnance règle le conflit potentiel. Elle prévoit que toutes les personnes joignables dans un délai raisonnable doivent donner leur accord au prélèvement et qu'aucune opposition ne doit être connue de la part des personnes non joignables⁴⁰⁰⁷.

La personne décédée est, par ailleurs, habilitée à choisir une personne de confiance à laquelle elle délègue la compétence de prendre la décision relative au prélèvement⁴⁰⁰⁸. Si le défunt a fait usage de cette faculté, la personne de confiance doit agir en lieu et place des proches⁴⁰⁰⁹. L'ordonnance fédérale permet plusieurs désignations⁴⁰¹⁰. Cette possibilité a été critiquée lors de la procédure d'audition⁴⁰¹¹. Bien que l'ordonnance envisage explicitement la conduite à tenir dans cette hypothèse⁴⁰¹², il nous semble qu'il aurait été préférable, comme c'est le cas en France, de n'autoriser qu'une seule nomination. La multiplication des personnes de confiance nous semble en effet de nature à remettre en cause l'intérêt d'un tel dispositif. Notons que ce mécanisme est également applicable à la recherche sur une personne décédée, l'article 36 al. 3 LRH renvoyant expressément à la loi fédérale sur la transplantation.

595. Faiblesse de l'articulation dans la LRH – Lorsque la personne est encore vivante, mais incapable de discernement, il existe une disposition spéciale régissant la recherche avec bénéfice direct sur la personne majeure incapable de discernement. Aux termes de l'article 24 LRH, ce type de recherche est notamment soumis à la condition que « *son représentant légal, une personne de confiance ou ses proches* » y consente. On peut se demander si le législateur a entendu établir une hiérarchie entre ces différents protecteurs. Le message du Conseil fédéral n'apporte pas vraiment d'éclaircissement. Il se contente de souligner qu'« *il est tout particulièrement important que les proches puissent être associés à la décision* » et que « *le consentement du représentant légal ou des proches est de toute évidence donné dans l'intérêt de la personne incapable de discernement* »⁴⁰¹³. L'absence de hiérarchie claire nous semble problématique, car elle pourrait être source de contentieux si un médecin réalisait une recherche en présence de plusieurs avis divergents. Une interprétation par analogie avec les dispositions de la LTrans semble exclue, dans la mesure où le législateur n'a pas procédé à un tel renvoi qu'il a pourtant opéré à l'article 36 LRH. L'analogie avec les dispositions du nouveau droit de la protection

⁴⁰⁰⁵ *Ibid.*, Art. 5.

⁴⁰⁰⁶ L'ensemble de la hiérarchie est fixée par : *Ibid.*, Art. 5 al. 2.

⁴⁰⁰⁷ *Ibid.*, Art. 5 al. 3.

⁴⁰⁰⁸ Art. 8 al. 6 LTrans.

⁴⁰⁰⁹ Art. 8 al. 6 LTrans.

⁴⁰¹⁰ Art. 6 de l'ordonnance sur la transplantation.

⁴⁰¹¹ DFI, *Rapport relatif aux résultats de l'audition concernant les ordonnances d'exécution de la loi sur la transplantation*, Juin 2006, p. 8, Disponible sur : <http://www.admin.ch/ch/f/gg/pc/documents/1261/Ergebnis.pdf>, Consulté le 1er décembre 2013.

⁴⁰¹² Auquel cas le prélèvement est autorisé si toutes les personnes joignables dans un délai raisonnable donnent leur accord, et si aucune opposition de la part des personnes de confiance non joignables n'est connue.

⁴⁰¹³ Message sur la loi fédérale relative à la recherche sur l'être humain, 21 octobre 2009, FF 2009 7330.

de l'adulte nous paraît également incertaine. Il conviendrait donc de s'inspirer des dispositions de la LTrans, en indiquant clairement l'ordre de préséance.

596. Désignation en cascade dans le nouveau droit de la protection de l'adulte – En dehors de ces dispositions spéciales, il convient de se référer aux règles posées par le Code civil dans le domaine de la représentation médicale. L'article 378 CCS pose une hiérarchie claire qui permet de remédier aux incertitudes de l'ancien droit lorsqu'il était question d'articuler la représentation thérapeutique et les mesures tutélaires⁴⁰¹⁴. L'ordre prévu permet au médecin de bénéficier d'un interlocuteur unique⁴⁰¹⁵. La question de savoir si cet ordre pourrait être soumis à l'appréciation du médecin en fonction des circonstances peut être posée. Il nous semble qu'une telle appréciation doive être exclue. En effet, elle n'est pas expressément prévue à l'inverse de la solution posée par l'ordonnance sur la transplantation. S'il existe plusieurs représentants potentiels au sein d'un même niveau hiérarchique, « *le médecin peut, de bonne foi, présumer que chacun d'eux agit avec le consentement des autres* ». Cela implique qu'il devra s'abstenir et solliciter la nomination d'un représentant *ad hoc* auprès de l'autorité de protection de l'adulte. Cette règle nous semble permettre de remédier à l'hypothèse, que l'on imagine rare en pratique, dans laquelle une personne aurait conféré une compétence dans le domaine médical à la fois à un mandataire pour cause d'incapacité et à un représentant désigné dans des directives anticipées.

597. Proposition d'explication du caractère relativement satisfaisant de l'articulation – Mis à part les quelques lacunes signalées, l'articulation des prérogatives des différents protecteurs du patient semble satisfaisante. Cette articulation s'est améliorée depuis l'adoption du nouveau droit de la protection de l'adulte. Bien qu'elle soit en partie liée à la structure fédérale du pays, la méthode législative visant à inclure la représentation dans le domaine médical au sein du Code civil nous semble intéressante. L'ensemble des questions a été traité au sein d'un même texte de loi, ce qui a permis la construction d'un ensemble cohérent de règles qui, tout en faisant ressortir la spécificité de la matière médicale, l'a clairement rattachée à l'ensemble plus large des règles relatives à la protection de l'adulte. L'autonomie du droit médical dans ce domaine n'a aucun sens. L'articulation du droit de la santé et du droit de la famille doit être encouragée, au service de la protection de la personne du patient.

⁴⁰¹⁴ GUILLOD O., MEIER P., « Représentation privée, mesures tutélaires et soins médicaux », in *Familie und Recht, Festgabe der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Freiburg für Bernhard Schnyder zum 65. Geburtstag*, Freiburg, Universitätsverlag, 1995, pp. 341-355.

⁴⁰¹⁵ Art. 378 al. 1 CCS : « *Sont habilités à représenter la personne incapable de discernement et à consentir ou non aux soins médicaux que le médecin envisage de lui administrer ambulatoirement ou en milieu institutionnel, dans l'ordre : la personne désignée dans les directives anticipées ou dans un mandat pour cause d'incapacité ; le curateur qui a pour tâche de la représenter dans le domaine médical ; son conjoint ou son partenaire enregistré, s'il fait ménage commun avec elle ou s'il lui fournit une assistance personnelle régulière ; la personne qui fait ménage commun avec elle et qui lui fournit une assistance personnelle régulière ; ses descendants, s'ils lui fournissent une assistance personnelle régulière ; ses père et mère, s'ils lui fournissent une assistance personnelle régulière ; ses frères et soeurs, s'ils lui fournissent une assistance personnelle régulière* ».

2. Une articulation plus lacunaire en droit français

598. Proposition d'explication de la plus difficile cohérence du droit de la santé et du droit de la famille – Cette construction unitaire du droit de la santé et du droit de la famille, en ce qu'il inclut la protection du majeur par sa famille, a fait défaut en France. En effet, la protection du majeur dans le domaine médical a fait l'objet de nombreux textes successifs, tels que la loi Kouchner, la loi Léonetti, les lois de « bioéthique » ou encore la loi du 5 mars 2007. Il semble évident que cette méthode législative rend plus hasardeuse la cohérence du droit, du fait de la distance temporelle entre les réformes et de l'éclatement de ce qui devrait, selon nous, ne constituer qu'une seule et même matière. Précisons néanmoins que l'appréhension unitaire de la matière ne signifie pas qu'il ne faille pas prendre en compte les spécificités du droit de la santé ; elle implique cependant que le droit de la santé ne devienne pas un droit autonome du droit civil lorsque la protection de la personne est en cause. Certes, le caractère morcelé de la législation peut parfois s'expliquer par la division des compétences entre différents ministères. L'existence actuelle d'un seul ministère consacré aux affaires sociales de la santé et aux droits des femmes limite toutefois de tels inconvénients.

599. Persistance de la nécessité d'articulation, malgré l'absence de reconnaissance d'un pouvoir décisionnel – Mentionner la question de l'articulation des prérogatives des titulaires de pouvoirs de protection pourrait sembler curieux en droit français. Comme le relève L. CIMAR dans son analyse de l'expression de la volonté des malades en fin de vie, « *la question de la hiérarchie n'a (...) pas à se poser en l'absence du tout caractère obligatoire des avis ainsi émis* »⁴⁰¹⁶. Le raisonnement est simple. Le droit suisse serait contraint d'établir une hiérarchie entre les protecteurs auxquels il accorde un pouvoir de décision, à l'inverse du droit français qui a fait le choix de remettre la décision finale entre les mains du médecin. Si nous souscrivons à cette analyse, il nous semble qu'elle doive toutefois être complétée. En effet, la « *procéduralisation* » de la « *décision médicale* »⁴⁰¹⁷ se traduit par l'apparition d'obligations d'information ou de consultation à la charge du médecin qui ne peuvent être remplies qu'en présence d'une claire détermination du cercle des personnes créancières de ces obligations. Or, les différents textes du Code de la santé publique pèchent par leur faible homogénéité. Il est en effet rare que la famille, la personne de confiance et les proches soient cités de façon claire et cohérente⁴⁰¹⁸. Nous proposons donc d'adopter une seule formulation pour l'ensemble des textes, à savoir « les proches ». Cela permettrait également de remédier à la double signification du terme de « proches » dans le Code de la santé publique.

⁴⁰¹⁶ CIMAR L., « Le lien familial en droit médical », in MARIA I., FARGE M. (Dir.), *Le lien familial hors du droit civil de la famille*, Paris, Colloques & essais, Lextenso-Fondation Varenne, 2014, p. 92.

⁴⁰¹⁷ LOKIEC P., « La décision médicale », *RTD civ.*, 2004, n° 4, p. 641.

⁴⁰¹⁸ Voir annexe 8 : l'absence d'homogénéité du vocabulaire dans le CSP.

B. L'articulation des prérogatives familiales et médicales

600. L'articulation des prérogatives médicales et familiales s'effectue de façon différente dans chacun des deux pays. Le droit suisse accorde une place centrale à la famille et aux proches en leur conférant un véritable pouvoir de décision, à l'inverse du droit français qui accorde un pouvoir de décision au médecin. Cette opposition théorique importante des droits pourrait toutefois être relativisée en pratique. En effet, en France comme en Suisse, les médecins et la famille sont confrontés à des difficultés éthiques importantes (1), lesquelles témoignent d'un certain enrichissement des deux modèles de décision (2).

1. Les difficultés éthiques partagées par les deux pays

601. Incertitudes dans la détermination de l'intérêt du patient et renforcement de l'autonomie

– Dans les deux pays, une brèche s'est formée dans l'« autorité morale » et « cognitive » du médecin, favorisant un « aménagement » du « modèle traditionnel de la relation médecin-patient »⁴⁰¹⁹. Un rééquilibrage de la relation s'est opéré, ce qui a garanti une place plus importante au droit à l'autodétermination⁴⁰²⁰. Sans totalement contredire cette analyse, A. MAURON y apporte une nuance intéressante : « On interprète souvent le déclin du paternalisme médical comme une remise en cause de la primauté du principe de bienfaisance (faire le bien du patient, selon une échelle des valeurs communes au patient et au médecin) sur le principe d'autonomie. Il serait plus exact de parler d'une fragilisation du principe de bienfaisance qui, dans de nombreux cas, ne donne pas d'orientation éthique claire. Où est « la meilleure solution » pour tel patient en fin de vie atteint d'un cancer métastatique, parmi les diverses options plus ou moins interventionnistes ou plus ou moins palliatives envisageables ? Accepter que la question n'ait pas de réponse univoque, que la décision médicale ne s'inscrive plus dans la logique du « when x Do y », c'est accepter le fait que le paternalisme médical ait trouvé ses limites et que le patient, ses délibérations et ses choix se retrouvent très naturellement au centre de la décision médicale »⁴⁰²¹. Cette constatation laisse penser que les décisions médicales difficiles, notamment celles relatives à la fin de vie, doivent faire l'objet d'une réflexion préalable par le patient lui-même, auquel la décision doit revenir. Cette réflexion peut avoir lieu à l'avance, grâce à l'adoption de directives anticipées ou au moment même de la prise de décision. Les choix qui se présentent en pratique au patient peuvent être variés, allant de l'euthanasie active à l'assistance au suicide, en passant par l'arrêt des traitements, parfois qualifié d'euthanasie passive, ou par les soins palliatifs.

Dans la lignée de nos constatations précédentes, la comparaison du droit français et du droit suisse témoigne d'une portée différente du droit à l'autodétermination. Le droit suisse se montre généralement plus libéral, en autorisant, par l'interprétation d'un ancien article du Code pénal, l'assistance au suicide⁴⁰²² et en donnant une valeur contraignante aux directives anticipées⁴⁰²³. En droit français, la loi

⁴⁰¹⁹ INSERM, *Tests génétiques. Questions scientifiques, médicales et sociétales*, Paris, Les éditions INSERM, Expertise collective, 2008, pp. 206-208.

⁴⁰²⁰ *Ibid.*, p. 207.

⁴⁰²¹ BERNEY M., UMMEL M., MAURON A., « Le partage de l'information médicale dans la relation thérapeutique », *CMS*, 1995, Vol. 39, n° 4, p. 347.

⁴⁰²² MANAI D., « Soins et respect de la volonté de la personne en fin de vie : droit suisse », in GUILLOD O., WESSNER P. (Dir.), *Le droit de la santé : aspects nouveaux. Rapports des contributeurs suisses aux journées internationales*, 2009, IDS, Unine, 2010, p. 75. Voir également : GUILLOD O., « Soins et respect de la volonté du patient en fin de vie. Rapport général », in GUILLOD O., WESSNER P. (Dir.), *Le droit de la santé : aspects nouveaux. Rapports des contributeurs suisses aux journées internationales*, 2009, IDS, Unine, 2010, p. 44.

du 22 avril 2005⁴⁰²⁴ se montre plus réservée. Elle garantit un droit encadré à l'arrêt des traitements et donne une place non contraignante aux directives anticipées dont le médecin doit simplement tenir compte⁴⁰²⁵. Cette différence d'approche semble pouvoir s'expliquer par des contextes culturels différents, ainsi que le montrent H. BOSSHARD et S. HURST. Dans leur étude consacrée à l'assistance au suicide, ces auteurs relèvent qu'« *il semble que dans ce domaine fortement controversé, chaque pays doive trouver son propre chemin en cohérence avec ses traditions, ses valeurs, et ses institutions. En Suisse, il faut préciser que le niveau de tolérance très élevé en comparaison internationale ne représente pas une dérive. C'est plutôt une des formes de la « diminution des risques ». Une stratégie fondée sur le pragmatisme empathique plutôt que sur le paternalisme moral, ce qui est en Suisse une tradition* »⁴⁰²⁶. Les conclusions du rapport d'A. CLAEYS et J. LÉONETTI créant de nouveaux droits en faveur des malades et des personnes en fin de vie pourraient toutefois laisser augurer un début de rapprochement entre le droit français et le droit suisse. En effet, le rapport propose que les directives anticipées, susceptibles d'être signalées sur la carte vitale, « *s'imposent au médecin* », sauf si celui-ci justifie qu'elles sont « *manifestement inappropriées* »⁴⁰²⁷. Il préconise par ailleurs de renforcer le droit de limiter ou d'arrêter les traitements⁴⁰²⁸, insiste sur le droit de ne pas souffrir⁴⁰²⁹, et reconnaît un droit à une sédation en phase terminale⁴⁰³⁰.

602. Divergences quant à l'équilibre entre décision médicale et décision des proches – Bien que la question du droit à l'autodétermination du patient en fin de vie ne relève pas de la problématique traitée, il était utile de rappeler cette différence d'approche entre les deux droits, dans la mesure où elle nous semble expliquer, par contrecoup, les règles permettant de déterminer le rôle des différents protecteurs du patient. Le droit suisse accorde un pouvoir de décision aux proches, alors qu'en droit français la décision relative à la fin de vie appartient finalement au médecin.

603. Importance des difficultés pratiques – Bien que l'opposition entre les deux modèles juridiques apparaisse flagrante, la situation pratique est en réalité complexe. Comme le relève D. MANAÏ dans son analyse de la décision en néonatalogie, « *s'il est juridiquement incontestable que les parents, en tant que représentants légaux de l'enfant, ont le droit de s'opposer à l'interruption d'un traitement (car ils optent en faveur de la survie), la situation n'est pas aussi simple lorsque inversement ils demandent de ne pas entreprendre ou d'interrompre un traitement dans le souci d'assurer pour leur bébé gravement malade le respect de la dignité humaine. Une partie de la doctrine juridique considère que leur pouvoir s'étend aussi au droit d'exiger d'arrêter un traitement* »⁴⁰³¹.

⁴⁰²³ Art. 372 al. 2 CCS : « *Le médecin respecte les directives anticipées du patient, sauf si elles violent des dispositions légales, ou si des doutes sérieux laissent supposer qu'elles ne sont pas l'expression de sa volonté ou qu'elles ne correspondent pas à sa volonté présumée dans la situation donnée* ».

⁴⁰²⁴ Loi n° 2005-370 du 22 avril 2005 relative aux droits des malades et à la fin de vie, JORF, 23 avril 2005, p. 7089.

⁴⁰²⁵ Art. L 1111-11 CSP.

⁴⁰²⁶ BOSSHARD G., HURST S., « L'assistance au suicide en Suisse : un défi pour la Confédération », *Bulletin ASSM*, 2010, n° 1, p. 3.

⁴⁰²⁷ Rapport de présentation et texte de la proposition de loi de MM. Alain CLAEYS et Jean LÉONETTI créant de nouveaux droits en faveur des malades et des personnes en fin de vie, p. 14, Disponible sur : <http://www.elysee.fr/assets/Uploads/Rapport-et-proposition-de-loi-creant-de-nouveaux-droits-en-faveur-des-malades-et-des-personnes-en-fin-de-vie.pdf>, Consulté le 16 décembre 2014.

⁴⁰²⁸ *Ibid.*, p. 18. Le rapport propose notamment de supprimer la partie de l'article L 1111-4 prévoyant que « *le médecin doit tout mettre en œuvre pour la (la personne) convaincre d'accepter les soins indispensables* ». L'article disposerait désormais que « *toute personne a le droit de refuser ou de ne pas subir un traitement* » et que le médecin l'informe des « *conséquences de ses choix et de leur gravité* ».

⁴⁰²⁹ *Ibid.*, p. 19.

⁴⁰³⁰ *Ibid.*

⁴⁰³¹ MANAÏ D., *Droits du patient et biomédecine*, Berne, Stämpfli, 2013, p. 209.

Cependant, une fois que le droit des parents de consentir est admis, la situation n'en reste pas moins très difficile en pratique. En effet, « *il (...) est loisible de se demander comment les parents pourraient prendre une décision éclairée, lucide et définitive dans un tel contexte d'émotion et de stress ? La pratique médicale relève que les parents d'un enfant gravement atteint sont profondément désorientés, ce qui les empêche d'avoir un comportement rationnel. Or, la décision de poursuivre ou d'arrêter un traitement fait peser sur les parents un poids terrible de culpabilité qui les accompagnera toute leur vie* »⁴⁰³².

La même remarque peut être reprise si l'on analyse la mise en application de l'article 378 CCS issu du nouveau droit de la protection de l'adulte. Juridiquement, la situation est limpide et les pouvoirs des différents acteurs s'articulent parfaitement : la personne habilitée à représenter le patient prend seule la décision. Cependant, cette règle peut être source de difficultés car les liens familiaux « *ne sont pas faits que de bienveillance et de bonne volonté* »⁴⁰³³. Par ailleurs, force est de constater qu'il « *s'agit d'une lourde responsabilité pour une personne déjà très impliquée émotionnellement* »⁴⁰³⁴. Cette remarque ne doit pas être négligée en pratique. En effet, la volonté des « *profanes* » de prendre une décision pour autrui n'est pas toujours acquise. Telle est la « *thèse relativement atypique* » qui ressort de l'étude française menée par E. GISQUET, consacrée à la place des parents dans les services de réanimation néonatale⁴⁰³⁵. Cet auteur conclut à la « *prégnance – même si elle est plus diluée – de l'autorité médicale* »⁴⁰³⁶. Cela est dû « *certainement en partie au maintien de l'expertise et du pouvoir médicaux sur ce type de décision, mais aussi pour une autre partie au retrait volontaire des parents* »⁴⁰³⁷.

Ces difficultés pratiques ne doivent pas pour autant constituer un alibi au paternalisme médical, car les proches sont les plus à même de connaître les volontés du patient et de « l'humaniser ».

2. Les enrichissements mutuels des deux modèles

604. L'intégration obligatoire des proches dans le processus décisionnel français – Ces difficultés expliquent que les deux modèles de la décision de santé se soient enrichis mutuellement. En droit français, bien que la décision revienne au médecin, les proches ne sont pas négligés. En effet, ils sont intégrés dans le processus décisionnel. Cette intégration se manifeste par leur information, leur consultation, ou encore par le recueil de leur consentement, lesquels revêtent un caractère obligatoire pour les médecins. La jurisprudence veille au respect de cette procédure, et ce, que les proches bénéficient ou non d'un pouvoir décisionnel.

Un premier exemple peut être donné dans le domaine de la recherche biomédicale en situation d'urgence. Dans une telle situation, la loi du 9 août 2004 disposait que le protocole de recherche pouvait prévoir que seul le consentement des membres de la famille ou de la personne de confiance serait sollicité

⁴⁰³² *Ibid.*

⁴⁰³³ LEUBA A., STETTLER M., BÜCHLER A., HÄFELI C., *Protection de l'adulte*, Berne, Commentaire du droit de la famille, Stämpfli, 2013, p. 59.

⁴⁰³⁴ ASSM, *Directives médico-éthiques, Prise en charge des patientes et patients en fin de vie*, 2004, (adaptées au droit de la protection de l'adulte au 1er janvier 2013), p. 7.

⁴⁰³⁵ GISQUET E., « Vers une réelle ingérence des profanes ? Le mythe de la décision médicale partagée à travers le cas des décisions d'arrêt de vie en réanimation néonatale », *Recherches familiales*, 2006-1, n° 3, p. 63.

⁴⁰³⁶ *Ibid.*

⁴⁰³⁷ *Ibid.*

s'ils étaient présents⁴⁰³⁸. Lors d'une affaire soumise au TGI de Paris le 15 septembre 2010, un médecin était poursuivi pour avoir pratiqué une recherche biomédicale en situation d'urgence sur un patient hors d'état d'y consentir, sans avoir sollicité le consentement de sa fille. Le médecin déclarait qu'il avait « *oublié de demander [le consentement] de sa fille, qu'il connaissait pour l'avoir rencontrée à plusieurs reprises au chevet de son père* ». Pourtant, « *celle-ci se rendait à l'hôpital tous les jours et était joignable sur son téléphone portable* ». Le tribunal retient que « *l'oubli invoqué (...) ne saurait constituer un fait justificatif [et] qu'en se soustrayant à cette interdiction légale (celle de réaliser la recherche sans le consentement), [le médecin] s'est rendu coupable de l'infraction reprochée* »⁴⁰³⁹. La chambre criminelle de la Cour de cassation a également insisté sur le préjudice des proches d'une victime sur laquelle une recherche biomédicale non consentie avait été réalisée. Ceux-ci sont en effet « *recevables à invoquer un dommage dont ils ont personnellement souffert et découlant directement des faits objet de la poursuite* »⁴⁰⁴⁰. Notons que la loi JARDÉ modifie les règles applicables⁴⁰⁴¹ en distinguant les recherches en situation d'urgence, pour lesquelles le protocole peut prévoir que seul sera sollicité le consentement de la famille ou celui de la personne de confiance, des recherches en situation d'urgence vitale. Pour ces dernières, le protocole peut prévoir que les membres de la famille ou la personne de confiance seront informés dès que possible et que leur consentement sera requis pour la poursuite de la recherche.

Un autre exemple est donné par l'affaire Vincent LAMBERT dans laquelle une seconde procédure collégiale⁴⁰⁴² a dû être menée, car la première n'avait pas fait appel à ses parents. Le juge avait donc enjoint au centre hospitalier de rétablir l'alimentation et l'hydratation après avoir constaté que « *la procédure prévue à l'article R 4127-37 du Code de la santé publique a été méconnue* ». En effet, les manquements aux règles applicables à la procédure collégiale « *caractérisent une atteinte grave et manifestement illégale à une liberté fondamentale au sens de l'article L 521-2 du Code de justice administrative* »⁴⁰⁴³. Ainsi, tout en privilégiant la décision médicale, le droit de la santé français ne néglige pas la famille.

605. L'accompagnement à la décision des proches en droit suisse – En droit suisse, bien qu'en théorie seule la décision du représentant dans le domaine médical s'impose, on s'aperçoit que le droit et l'éthique prennent en considération la complexité de ladite décision.

⁴⁰³⁸ Art. L 1122-1-2 CSP, issu de la loi n° 2004-806 du 9 août 2004 relative à la politique de santé publique, JORF, 11 août 2004, p. 14277.

⁴⁰³⁹ TGI Paris, 15 septembre 2010, n° 0816890105 : *Gaz. Pal.*, 15 janvier 2011, 23, Note MATEI M.

⁴⁰⁴⁰ Cass. crim. 6 novembre 2007, n° 06-85.821.

⁴⁰⁴¹ Art. L 1122-1-2 et L 1122-1-3 CSP issus de la loi n° 2012-300 du 5 mars 2012 relative aux recherches impliquant la personne humaine, JORF, 6 mars 2012, p. 4138. Seul le premier de ces articles concerne l'intervention des proches.

⁴⁰⁴² Elle est prévue à l'art. L 1111-4. Elle est définie à l'art. R 4127-37 II : « *Dans les cas prévus au cinquième alinéa de l'article L. 1111-4 et au premier alinéa de l'article L. 1111-13, la décision de limiter ou d'arrêter les traitements dispensés ne peut être prise sans qu'ait été préalablement mise en œuvre une procédure collégiale. Le médecin peut engager la procédure collégiale de sa propre initiative. Il est tenu de le faire au vu des directives anticipées du patient présentées par l'un des détenteurs de celles-ci mentionnées à l'article R. 1111-19 ou à la demande de la personne de confiance, de la famille ou, à défaut, de l'un des proches. Les détenteurs des directives anticipées du patient, la personne de confiance, la famille ou, le cas échéant, l'un des proches sont informés, dès qu'elle a été prise, de la décision de mettre en œuvre la procédure collégiale : la décision de limitation ou d'arrêt de traitement est prise par le médecin en charge du patient, après concertation avec l'équipe de soins si elle existe et sur l'avis motivé d'au moins un médecin, appelé en qualité de consultant. Il ne doit exister aucun lien de nature hiérarchique entre le médecin en charge du patient et le consultant. L'avis motivé d'un deuxième consultant est demandé par ces médecins si l'un d'eux l'estime utile. La décision de limitation ou d'arrêt de traitement prend en compte les souhaits que le patient aurait antérieurement exprimés, en particulier dans des directives anticipées, s'il en a rédigé, l'avis de la personne de confiance qu'il aurait désignée ainsi que celui de la famille ou, à défaut, celui d'un de ses proches. Lorsque la décision de limitation ou d'arrêt de traitement concerne un mineur ou un majeur protégé, le médecin recueille en outre, selon les cas, l'avis des titulaires de l'autorité parentale ou du tuteur, hormis les situations où l'urgence rend impossible cette consultation. La décision de limitation ou d'arrêt de traitement est motivée. Les avis recueillis, la nature et le sens des concertations qui ont eu lieu au sein de l'équipe de soins ainsi que les motifs de la décision sont inscrits dans le dossier du patient. La personne de confiance, si elle a été désignée, la famille ou, à défaut, l'un des proches du patient sont informés de la nature et des motifs de la décision de limitation ou d'arrêt de traitement* ».

⁴⁰⁴³ TA Châlons-en-Champagne, Ordonnance du juge des référés, 11 mai 2013, n° 13000740, Consid. 8.

Il appartient tout d'abord au médecin d'établir le plan de traitement avec la personne habilitée à représenter le patient et de délivrer à celle-ci l'information nécessaire⁴⁰⁴⁴. Cette précision vise à répondre « *au souhait exprimé par le milieu médical lors de la procédure de consultation* »⁴⁰⁴⁵. Les médecins se sont en effet montrés très sceptiques quant à la représentation dans le domaine médical⁴⁰⁴⁶.

Ensuite, les directives de l'ASSM, tout en rappelant la règle de l'article 378 CCS, tendent à inciter les équipes à intégrer l'ensemble des proches dans la réflexion. Les directives de l'ASSM relatives aux soins intensifs insistent sur la nécessité d'impliquer « *non seulement les personnes habilitées à représenter le patient, mais également d'autres personnes proches du patient (...) dans la prise de décision, dans la mesure où elles ne contrarient pas la volonté expresse du patient* »⁴⁰⁴⁷. Celles relatives à la réanimation proposent de consulter « *ses personnes de référence (proches, médecin de famille, entre autres) (...) dans la mesure où les circonstances temporelles le permettent* »⁴⁰⁴⁸. Dans le domaine des soins intensifs, l'ASSM souligne le « *risque élevé de tensions et de conflits entre le patient, les proches et le personnel soignant* »⁴⁰⁴⁹. Afin de tenter d'y remédier, elle préconise « *un niveau d'information équivalent pour tous, des discussions régulières ainsi que la désignation d'une personne de référence* »⁴⁰⁵⁰. Enfin dans ses directives relatives à la fin de vie, elle fixe comme « *objectif supérieur (...) d'aboutir à une décision pouvant être portée par toutes les personnes concernées* » et souligne qu'un « *soutien éthique peut être utile* »⁴⁰⁵¹.

606. La comparaison de l'application de la règle de droit dans chacun des deux pays montre qu'en pratique l'opposition entre les deux droits est plus limitée que ce que pouvait laisser penser la théorie. Ce léger mouvement de rapprochement des deux droits se retrouve dans les réflexions relatives à la fin de vie qui ont actuellement cours dans chacun des deux pays. La réflexion suisse s'est montrée favorable au développement des soins palliatifs⁴⁰⁵², mais n'a pas donné lieu à un encadrement plus strict de l'assistance au suicide. En France, les réflexions quant à la révision de la loi LÉONETTI semblent s'orienter vers un renforcement de la force obligatoire des directives anticipées et aboutiront peut-être à une autorisation de la sédation en phase terminale. D'une manière générale, la place accordée au rôle des proches dans la réflexion est plutôt limitée⁴⁰⁵³.

⁴⁰⁴⁴ Art. 377 CCS.

⁴⁰⁴⁵ Message concernant la révision du Code civil suisse (protection de l'adulte, droit des personnes et droit de la filiation), 28 juin 2006, FF 2006 6669.

⁴⁰⁴⁶ LEUBA A., STETTLER M., BÜCHLER A., HÄFELI C., *Protection de l'adulte*, Berne, Commentaire du droit de la famille, Stämpfli, 2013, p. 282.

⁴⁰⁴⁷ ASSM, *Directives et recommandations médico-éthiques. Mesures de soins intensifs*, 2013, p. 30.

⁴⁰⁴⁸ ASSM, *Directives et recommandations médico-éthiques. Décisions de réanimation*, 2008 (adaptées au droit de la protection de l'adulte au 1^{er} janvier 2013), p. 10.

⁴⁰⁴⁹ ASSM, *Directives et recommandations médico-éthiques. Soins palliatifs*, 2006 (adaptées au droit de la protection de l'adulte au 1^{er} janvier 2013), p. 10.

⁴⁰⁵⁰ *Ibid.*

⁴⁰⁵¹ ASSM, *Directives médico-éthiques. Prise en charge des patientes et patients en fin de vie*, 2004 (adaptées au droit de la protection de l'adulte au 1^{er} janvier 2013), p. 7.

⁴⁰⁵² ASSM, *Directives et recommandations médico-éthiques. Soins palliatifs*, 2006 (adaptées au droit de la protection de l'adulte au 1^{er} janvier 2013 ; Inclusion de la stratégie soins palliatifs au sein de la politique nationale de santé : voir la page consacrée à cette thématique sur le site de l'OFSP : disponible sur :

<http://www.bag.admin.ch/themen/gesundheitspolitik/13764/index.html?lang=fr>, Consulté le 5 septembre 2014.

⁴⁰⁵³ CASTAING C., « Fin de vie : que disent les avis ? », *RDJS*, 2014, n° 4, p. 691.

II. L'ÉVICTION DES PRÉROGATIVES FAMILIALES, DANS L'INTÉRÊT DU PATIENT

607. L'éviction liée au non-respect de la finalité des droits-fonction – Dans la théorie générale élaborée grâce au droit comparé, les protecteurs doivent agir conformément à l'intérêt du patient. *A contrario*, il faut en déduire que les protecteurs du patient peuvent être évincés dès lors qu'ils n'agissent pas dans son intérêt. Le droit de la santé n'exerce que peu d'influence sur les causes de l'éviction des protecteurs du patient (A). En revanche, il se montre parfois plus innovant, ce qui nécessite d'encadrer les conditions de l'éviction des protecteurs du patient (B).

A. Les causes traditionnelles de l'éviction

608. Le droit de la famille détermine deux principales causes susceptibles d'évincer le protecteur qui ne respecterait pas la finalité du droit-fonction qui lui a été attribué, à savoir le danger pour la personne protégée (1) et la contrariété d'intérêts (2). En pratique, ces deux causes s'appliquent à la protection de la santé du patient, laquelle ne revêt aucune spécificité.

1. Le danger pour le patient

609. Dans chacun des deux pays, le danger pour la personne protégée est susceptible de donner lieu à des mesures permettant d'évincer les protecteurs du patient. En Suisse, les règles sont fixées aux articles 307 et suivants du Code civil et mettent en place un système gradué visant à garantir la protection de l'enfant. Les mesures posées par le droit civil permettent de remédier à un danger menaçant le développement de l'enfant, lequel peut résider dans des problèmes de santé⁴⁰⁵⁴. Ce système va du simple prononcé de mesures protectrices⁴⁰⁵⁵ au retrait de l'autorité parentale⁴⁰⁵⁶, en passant par la curatelle⁴⁰⁵⁷ et le retrait du droit de déterminer la résidence⁴⁰⁵⁸. En droit français, l'assistance éducative est l'une des mesures visant à préserver la santé de l'enfant. Elle relève du juge des enfants et peut être prononcée « *si la santé, la sécurité ou la moralité d'un mineur non émancipé sont en danger, ou si les conditions de son éducation ou de son développement physique, affectif, intellectuel et social sont gravement compromises* »⁴⁰⁵⁹. Il faut y ajouter les mesures

⁴⁰⁵⁴ PICHONNAZ P., FOËX B., *Code civil I, Commentaire Romand*, Bâle, Helbing & Lichtenhahn, 2010, p. 1870.

⁴⁰⁵⁵ Art. 307 CCS : « L'autorité de protection de l'enfant prend les mesures nécessaires pour protéger l'enfant si son développement est menacé et que les père et mère n'y remédient pas d'eux-mêmes ou soient hors d'état de le faire ». Ce type de mesure peut être adopté lorsque le bien corporel de l'enfant est menacé par des soins insuffisants ou inadaptés ou par un refus de traitement, tel que la vaccination. Les mesures susceptibles d'en résulter sont le rappel aux devoirs, les indications (par exemple un conseil de fréquentation de cours de soins pour les nouveaux-nés, de suivi d'une thérapie par la parole, de suivi de cours de lutte contre la dépendance...), les instructions (de soumettre l'enfant à une visite pédiatrique), les investigations (notamment psychiatriques), ou enfin un droit de regard et d'information confié à un tiers (lequel pourra surveiller les problèmes de santé de l'enfant) : PICHONNAZ P., FOËX B., *Code civil I, Commentaire Romand*, Bâle, Helbing & Lichtenhahn, 2010, pp. 1878-1882.

⁴⁰⁵⁶ Art. 311 CCS.

⁴⁰⁵⁷ Art. 308 al. 2 CCS : « Lorsque les circonstances l'exigent, l'autorité de protection de l'enfant nomme un curateur qui assiste les père et mère de ses conseils et de son appui dans la prise en charge de l'enfant. Elle peut conférer au curateur certains pouvoirs tels que celui de représenter l'enfant (...) et d'autres droits, ainsi que la surveillance des relations personnelles. L'autorité parentale peut être limitée en conséquence ». La curatelle pour faire valoir d'autres droits peut être prononcée en présence d'un refus de soin nécessaire à l'intérêt de l'enfant de la part des parents : PICHONNAZ P., FOËX B., *Code civil I, Commentaire Romand*, Bâle, Helbing & Lichtenhahn, 2010, pp. 1878-1892.

⁴⁰⁵⁸ Art. 310 CCS : ce type de retrait peut être prononcé lorsque le mineur a besoin d'un soin qui n'est disponible qu'en institution : PICHONNAZ P., FOËX B., *Code civil I, Commentaire Romand*, Bâle, Helbing & Lichtenhahn, 2010, pp. 1878-1907.

⁴⁰⁵⁹ Art. 375 CC.

susceptibles d'être prises par le JAF relatives à l'autorité parentale, lesquelles peuvent aller de la modification de l'exercice de l'autorité parentale, à son retrait, voire à la déclaration judiciaire d'abandon⁴⁰⁶⁰. Dans tous ces domaines, le droit de la santé n'influence pas le droit de la famille qui assure la protection de la santé de l'enfant, y compris contre les détenteurs de l'autorité parentale.

2. La contrariété d'intérêts

610. En droit suisse, la contrariété d'intérêts est réglée directement par le Code civil. Aux termes de l'article 306, « *si les père et mère sont empêchés d'agir ou si, dans une affaire, leurs intérêts entrent en conflit avec ceux de l'enfant, l'autorité de protection nomme un curateur ou prend elle-même les mesures nécessaires* ». Il ajoute que l'existence d'un conflit d'intérêts entraîne en principe « *de plein droit la fin des pouvoirs des père et mère pour l'affaire en cause* ». La même règle s'impose à l'égard du curateur⁴⁰⁶¹. En droit français, on pourrait également envisager la nomination d'un représentant *ad hoc*. Il existe, en droit de la santé, divers actes susceptibles de donner lieu à des conflits d'intérêts et qui peuvent être réalisés sur le patient hors d'état de se protéger. On peut imaginer que les intérêts de certains proches ne sont pas toujours concordants avec celui du mourant, notamment en présence d'une vocation successorale. Il en va de même encore lorsque l'acte médical est réalisé à des fins de protection de la santé d'un autre membre de la famille. Cette contrariété latente des intérêts en présence implique de se montrer particulièrement vigilant, en encadrant l'éviction des protecteurs qui ne seraient pas à même de remplir leur mission.

B. L'encadrement de l'éviction

611. Le droit de la santé évince parfois les règles applicables à la protection des mineurs et des majeurs, soit totalement (1), soit partiellement (2).

1. L'éviction totale

612. Dans chacun des deux pays, l'autorité parentale ou les pouvoirs de la personne en charge de la protection de l'adulte peuvent être évincés en raison de l'urgence, laquelle permet de court-circuiter les règles traditionnelles du droit civil. Le droit de la santé revêt donc une certaine spécificité en donnant un large pouvoir d'action au médecin. L'urgence résulte de l'obligation de porter secours et des règles relatives à la déontologie médicale. Elle n'est pas définie par la loi mais laissée à l'appréciation du professionnel de santé. En droit français, il faut désormais y ajouter la règle posée par l'article L 1111-4 qui dispose que « *dans le cas où le refus d'un traitement par la personne titulaire de l'autorité parentale ou par le tuteur risque d'entraîner des conséquences graves pour la santé du mineur ou du majeur sous tutelle, le médecin délivre les soins indispensables* ».

⁴⁰⁶⁰ ROUSSET G., *Le mineur en établissement de santé*, Rueil-Malmaison, Droit et pratique du soin, Lamarre, 2004, pp. 73-75.

⁴⁰⁶¹ Art. 403 CCS.

2. L'éviction partielle

613. Critères d'encadrement des pouvoirs parentaux – Il a été démontré que la multiplication des actes réalisés dans l'intérêt médical d'autrui exerçait une influence certaine sur les règles traditionnellement applicables à la protection des mineurs et des majeurs. Plusieurs exemples ont permis de souligner que le seul consentement du protecteur pouvait apparaître insuffisant. Cette insuffisance peut être due à la contradiction entre les intérêts en présence ou à l'absence de concordance entre la finalité de l'acte et les finalités traditionnellement assignées à l'autorité parentale. L'examen comparé des deux droits nationaux permet dès lors de réfléchir à une grille de lecture visant à encadrer l'éviction des pouvoirs des protecteurs lors de la réalisation d'un « acte sur le corps dans l'intérêt médical d'autrui »⁴⁰⁶².

614. Partage de la demande de réalisation de l'acte entre protecteur et protégé – Un premier aspect semble résider dans la reconnaissance progressive d'une décision partagée de la personne protégée et de son protecteur. Le droit français et le droit suisse sont partis de prémisses différentes, le droit suisse accordant une part plus importante à l'autonomie de la personne protégée que le droit français. Toutefois, dans chacun des pays, les progrès de la science rendent la décision médicale plus complexe et favorisent l'apparition d'actes médicaux dans l'intérêt d'autrui. Ces difficultés sont à la source d'une certaine convergence des droits.

D'un côté, le droit suisse tend à renforcer la place accordée à la protection de la personne. Comme le relève D. MANAI, dans un certain nombre d'hypothèses, « légitimer une atteinte à l'intégrité corporelle par le seul discernement du mineur ne semble plus suffisant et ne couvre plus entièrement son besoin de protection »⁴⁰⁶³. Elle souligne ainsi que plusieurs lois récentes « innovent » en prévoyant un « pouvoir de codécision du représentant légal »⁴⁰⁶⁴. Ainsi, « ce qui était l'exception jusqu'à présent en cas de doute sur l'appréciation de la capacité de discernement devient de nos jours la règle »⁴⁰⁶⁵. Le droit de la santé contribue donc à des aménagements de la théorie générale posée par le droit civil. Cet auteur fournit à titre d'exemple l'ancienne loi sur les produits thérapeutiques et la loi relative à la transplantation⁴⁰⁶⁶. Cette dernière loi prévoit en effet que lorsqu'à titre exceptionnel des tissus ou cellules qui se régénèrent sont prélevés sur le corps d'un mineur capable de discernement, celui-ci doit donner son consentement libre et éclairé par écrit⁴⁰⁶⁷. Ce consentement s'ajoute à celui, donné par écrit également, de son représentant légal⁴⁰⁶⁸. On peut désormais y ajouter la loi fédérale relative à la recherche sur l'être humain⁴⁰⁶⁹. Celle-ci prévoit qu'en cas de projet de recherche sur un enfant capable de discernement, celui-ci doit donner son consentement éclairé en sus du consentement éclairé et écrit de son représentant légal⁴⁰⁷⁰. Il nous semble qu'au vu de la législation relative au don d'organes, il aurait été préférable de prévoir expressément que le consentement de l'enfant doit également être écrit. Il

⁴⁰⁶² DUMAS-LAVENAC S., *L'acte sur le corps dans l'intérêt médical d'autrui*, Rennes, Thèse en droit, 2012, 525 p.

⁴⁰⁶³ MANAI D., « Pouvoir parental et droit médical », *Fampra.ch*, 2002, n° 2, p. 200.

⁴⁰⁶⁴ *Ibid.*

⁴⁰⁶⁵ *Ibid.*, p. 201.

⁴⁰⁶⁶ *Ibid.*, pp. 201-203.

⁴⁰⁶⁷ Art. 13 al. 2 let. g LTrans.

⁴⁰⁶⁸ Art. 13 al. 2 let. f LTrans.

⁴⁰⁶⁹ Loi fédérale relative à la recherche sur l'être humain du 30 septembre 2011, Entrée en vigueur au 1^{er} janvier 2014, RS 810.30, RO 2013 3215.

⁴⁰⁷⁰ Art. 22 al. 1 LRH.

faut à notre sens y voir un oubli du législateur. En effet, ce caractère écrit du consentement est clairement prévu pour l'adolescent capable de discernement⁴⁰⁷¹. Pour ce dernier, le consentement du représentant légal est cumulatif lorsque les risques et contraintes ne sont pas minimaux⁴⁰⁷².

D'un autre côté, le droit français tend au contraire à renforcer l'expression personnelle du patient, à côté de celle exprimée par les titulaires de l'autorité parentale. Ainsi, il est prévu que le comité d'expert s'assure que « *le mineur a été informé du prélèvement envisagé en vue d'exprimer sa volonté, s'il y est apte* »⁴⁰⁷³. En cas de refus du mineur, celui-ci doit être respecté⁴⁰⁷⁴.

Dans chacun des deux pays, la personne protégée bénéficie d'un droit de veto et l'acte doit en principe exiger le consentement des deux personnes titulaires de l'exercice de l'autorité parentale.

615. Autorisation de l'acte par une autorité – Un second critère d'encadrement des pouvoirs parentaux réside dans l'exigence d'une autorisation de l'acte par une autorité extérieure et indépendante. Cette autorisation de l'acte par une autorité extérieure est fondamentale. En effet, dans un certain nombre d'hypothèses, la personne exerçant l'autorité parentale ou la mesure de protection du majeur est susceptible de se trouver face à un conflit d'intérêts. En droit suisse, une autorité indépendante doit être désignée dans chaque canton. Le message indique qu'il pourrait en particulier s'agir d'un tribunal civil ou de l'autorité de surveillance en matière de tutelle. Avec l'adoption du nouveau droit de la protection de l'adulte les pouvoirs de l'autorité de surveillance ont été réduits, cette tâche nous semblerait dès lors pouvoir être confiée à l'autorité de protection de l'adulte et de l'enfant. La principale question qui se pose est de savoir si ce risque de conflit d'intérêts devrait conduire à nommer un représentant *ad hoc* qui consentirait à la place du protecteur. Cette question n'est abordée qu'en filigrane par le message du Conseil fédéral relatif à la loi sur la transplantation. Celui-ci précise en effet que « *l'autorité indépendante aura à examiner si les conditions du prélèvement (...) sont remplies, si le représentant légal est confronté à un conflit d'intérêts et si la personne capable de discernement, mais encore mineure a consenti librement au prélèvement* »⁴⁰⁷⁵. À ces critères spécifiques aux personnes protégées, il convient d'ajouter les critères relatifs aux actes médicaux réalisés dans l'intérêt d'autrui qui seront précisés ultérieurement.

616. Conclusion de la section 1 : les aménagements dans l'intérêt du patient – Le droit comparé montre que la théorie générale qui a été construite doit être aménagée dans l'intérêt du patient. Cet aménagement s'opère dans une triple direction.

Le droit de la santé conduit d'abord à la multiplication des protecteurs du patient. Cela s'explique notamment par le caractère pragmatique de cette discipline qui est amenée à répondre à des situations dans lesquelles le patient n'est pas civilement protégé. La connaissance du patient par les personnes amenées à décider ou à participer à la décision s'avère également déterminante, c'est pourquoi, dans chacun des deux pays, le droit de la santé appréhende la famille de manière factuelle en se fondant sur l'intensité des liens davantage que sur des critères formels. Cette multiplication nécessite d'articuler les

⁴⁰⁷¹ Art. 23 al. 1 LRH.

⁴⁰⁷² Art. 23 al. 1 LRH.

⁴⁰⁷³ Art. L 1241-3 al. 4 CSP.

⁴⁰⁷⁴ Art. L 1241-3 al. 4 CSP.

⁴⁰⁷⁵ Message concernant la loi fédérale sur la transplantation d'organes, de tissus et de cellules, 12 septembre 2001, FF 2002, 144.

prérogatives des différents protecteurs du patient afin que des prérogatives concurrentes ne nuisent pas à l'objectif de protection de la santé du patient. L'articulation du droit de la santé et du droit civil est plus problématique en France qu'en Suisse. Cela pourrait s'expliquer par la construction d'un droit de la santé parallèle au droit civil. Cette idée est mise en lumière par la démarche comparative, dans la mesure où le droit suisse a, au contraire, clairement intégré les problématiques médicales dans le droit de la protection de l'adulte. L'intégration de la santé dans le champ de la réflexion civiliste facilite la cohérence du droit et permet de ne pas négliger l'articulation des prérogatives des différents protecteurs. La reconnaissance de la notion de « proches », englobant la famille, nous semble particulièrement utile et constitue, contrairement à ce qui a parfois été souligné en France, une notion juridique pleinement opérationnelle. Cette notion floue favorise l'adaptation du droit à la multiplicité des configurations familiales et permet au médecin de bénéficier d'un interlocuteur adéquat.

L'articulation des prérogatives familiales et médicales est ensuite une question centrale. Alors que les deux droits sont opposés quant au rôle décisionnel de la famille, en pratique, les difficultés éthiques sont telles que les deux modèles s'enrichissent mutuellement. Les proches, qui bénéficient d'un pouvoir décisionnaire en droit suisse, sont soutenus par les médecins. En France, au contraire, le pouvoir décisionnaire des médecins est encadré par une « *procéduralisation* » de la décision qui doit intégrer les proches du patient.

Enfin, la théorie générale est aménagée dès lors que les proches peuvent s'avérer nuisibles à l'intérêt du patient. Cette éviction est totale ou partielle en fonction des circonstances.

SECTION 2 : LES AMÉNAGEMENTS DANS L'INTÉRÊT D'AUTRUI

617. Dans chacun des deux pays, la théorie générale qui a été déterminée subit des aménagements liés à l'objectif de protection de la santé d'autrui poursuivi par le droit de la santé. Dans la mesure où ces aménagements dérogent aux règles traditionnellement applicables en droit civil, il apparaît nécessaire de les encadrer. Cela permet d'atteindre le nécessaire équilibre entre les prérogatives familiales et la protection de la santé publique (I) ainsi qu'entre l'intérêt du patient et la protection de sa famille (II).

I. LE NÉCESSAIRE ÉQUILIBRE ENTRE PRÉROGATIVES FAMILIALES ET PROTECTION DE LA SANTÉ PUBLIQUE

618. L'examen de l'équilibre entre les prérogatives familiales et la protection de la santé publique mené sous l'angle du droit comparé montre qu'un équilibre relativement satisfaisant est atteint du vivant de la personne (A), ce qui n'est pas toujours le cas aux extrémités de la vie (B).

A. Un équilibre relativement satisfaisant du vivant de la personne

619. Du vivant de la personne, l'équilibre peut être considéré comme satisfaisant puisqu'un examen des intérêts en présence a été mené dans chacun des deux pays (1), permettant de faire ressortir des critères d'encadrement de l'éviction des prérogatives familiales (2).

1. L'examen juridique de l'équilibre entre les droits en présence dans chacun des deux pays

620. **L'examen de l'équilibre entre les intérêts en présence en droit suisse** – En Suisse, les restrictions aux droits constitutionnels fondées sur des raisons de santé publique ont été acceptées à plusieurs reprises par le Tribunal fédéral. Dans un arrêt de 1973⁴⁰⁷⁶ relatif à la vaccination obligatoire, un père avait été condamné à une peine d'amende pour avoir refusé de faire vacciner son fils contre la diphtérie. L'homme avait alors saisi le Tribunal fédéral pour violation de la liberté personnelle. Il avançait notamment que l'intérêt public n'était pas suffisant pour imposer une obligation vaccinale. Après avoir retenu que la vaccination obligatoire constitue bien une restriction à la liberté personnelle, le Tribunal fédéral considère que l'atteinte est à la fois justifiée par un intérêt public et proportionnée. En effet, « *la lutte contre ces épidémies de diphtéries par la vaccination préventive obligatoire constitue (...) bien une mesure importante pour la sauvegarde de la santé publique et répond de ce point de vue à un intérêt public certain* »⁴⁰⁷⁷. Il en déduit que « *la fin recherchée par le législateur (...), à savoir une protection accrue de la santé publique, l'emporte manifestement sur le*

⁴⁰⁷⁶ ATF 99 Ia 747.

⁴⁰⁷⁷ ATF 99 Ia 747, 752.

sacrifice qui est imposé au citoyen par l'obligation de faire vacciner ses enfants»⁴⁰⁷⁸. Dans un arrêt ultérieur, un homme, condamné à une amende du fait de son refus de faire passer à ses filles un examen radiophotographique prévu par la loi cantonale sur la lutte contre la tuberculose, avait saisi le Tribunal fédéral d'un recours de droit public. Il arguait que la disposition cantonale rendant l'examen obligatoire violait la liberté personnelle. Le Tribunal fédéral admet alors que la liberté personnelle, entendue comme la liberté physique, peut être justifiée dès lors qu'elle repose sur une base légale, qu'elle est justifiée par un intérêt public et conforme au principe de proportionnalité⁴⁰⁷⁹. On peut déduire de ces deux espèces que la santé constitue un motif permettant de justifier l'atteinte aux droits fondamentaux⁴⁰⁸⁰, en l'occurrence la liberté personnelle. Il faut toutefois relever que le Tribunal fédéral ne se prononce que sous l'angle de l'atteinte à l'intégrité corporelle et non directement de l'atteinte aux droits parentaux. Un arrêt de 1992 lui en a toutefois donné l'occasion⁴⁰⁸¹. Dans cette affaire, un recours de droit public avait été dirigé contre un arrêté cantonal de portée générale faisant obligation aux élèves de subir un examen dentaire et le cas échéant des traitements conservateurs. Une amende pouvait être prononcée à l'encontre des parents récalcitrants. Les parents recourants soutenaient que cet arrêté portait atteinte à leur droit au respect de la vie familiale, englobant l'exercice des droits parentaux conférant aux parents la responsabilité des soins et de l'éducation⁴⁰⁸². Le Tribunal fédéral rappelle qu'une restriction à ces droits est envisageable, à condition toutefois de respecter les conditions énumérées par l'article 8 § 2 CESDH. Le Tribunal fédéral considère alors que l'atteinte est justifiée par des raisons de protection de la santé publique et de maîtrise des coûts de santé⁴⁰⁸³. Récemment, le Tribunal fédéral a débouté des parents qui avaient demandé que leurs enfants soient dispensés d'éducation sexuelle, en se fondant notamment sur l'objectif de prévention poursuivi par ce type d'enseignement⁴⁰⁸⁴. La jurisprudence suisse examine donc d'une manière approfondie les justifications des restrictions aux droits des parents fondées sur un impératif de santé publique. Il vérifie particulièrement la nécessité de la mesure au vu de l'état des connaissances scientifiques.

621. L'examen de l'équilibre entre les intérêts en présence en droit français – Le juge français a également été amené à se prononcer sur l'équilibre entre autorité parentale et mesures imposées par l'État au nom de l'impératif de santé publique. Le juge administratif a été saisi à plusieurs reprises de dispositions relatives à la sexualité des jeunes.

Dans un arrêt du 6 octobre 2000, plusieurs associations familiales avaient formé un recours pour excès de pouvoir à l'encontre d'une décision gouvernementale ayant entrepris d'organiser et de financer une campagne de sensibilisation des mineurs à la contraception. Le Conseil d'État rejette leurs requêtes en retenant d'une part, qu'il résulte des dispositions des lois relatives à l'éducation et portant création du CSIS que *« les requérants ne sont pas fondés à soutenir que l'information sur la contraception relèverait exclusivement de la vie privée et ne pourrait par conséquent faire l'objet d'une campagne par les pouvoirs publics ou être abordée par l'école »*. Il reconnaît donc la complémentarité du rôle de l'école et de la famille. Il ajoute ensuite que le principe de

⁴⁰⁷⁸ ATF 99 Ia 747, 753.

⁴⁰⁷⁹ ATF 104 Ia 480, 487.

⁴⁰⁸⁰ KRAUS D., SCHMIDT A., « Le « droit à la santé » : quelques considérations de droit constitutionnel suisse à la lumière du droit international », *RSDS*, 2006, n° 2, p. 89.

⁴⁰⁸¹ ATF 118 Ia 427 = *JT*, 1994, 566.

⁴⁰⁸² *Ibid.* = *JT*, 1994, 571.

⁴⁰⁸³ *Ibid.* = *JT*, 1994, 573.

⁴⁰⁸⁴ TF, 2C.132/2014, 2C_133/2014, 15 novembre 2014.

laïcité « ne saurait faire obstacle à ce que soit apportée aux élèves des lycées et aux collégiens de classe de troisième, notamment dans un but de santé publique, une information sur la contraception », ce qui met en exergue l'importance accordée aux finalités de santé publique. Enfin, il retient que le dépliant distribué aux élèves ne comporte que des informations dénuées de toute incitation « à adopter un comportement sexuel particulier » et qu'il ne comporte aucune mention susceptible de « porter atteinte à la liberté de conscience des élèves ou de méconnaître la liberté des parents d'élever les enfants mineurs dans un sens conforme à leurs convictions »⁴⁰⁸⁵. Ainsi, la Haute juridiction écarte les moyens tirés de l'atteinte au principe de neutralité et à l'autorité parentale. Bien que la motivation soit moins détaillée que celle du Tribunal fédéral, le Conseil d'État n'en examine pas moins l'étendue de l'atteinte à l'autorité parentale.

Quelques mois plus tard, le Conseil d'État a été saisi par une association de défense des valeurs judéo-chrétiennes d'une demande d'annulation de la circulaire sur l'éducation à la sexualité et la prévention du SIDA. Les juges retiennent que « les dispositions réglementaires de la circulaire, qui ont pour but de définir les orientations, le contenu et les modalités générales de l'enseignement portant sur l'éducation à la sexualité et [la] prévention du SIDA, dans le cadre de l'enseignement obligatoire, n'ont ni pour objet ni pour effet de porter atteinte à l'exercice de l'autorité parentale et à l'action éducative des familles »⁴⁰⁸⁶. Il écarte donc à nouveau le moyen tiré de l'atteinte à l'autorité parentale après avoir écarté celui tiré de l'atteinte aux principes de neutralité⁴⁰⁸⁷ et de laïcité.

2. Les critères d'encadrement de la limitation des prérogatives familiales

622. L'équilibre entre les intérêts en présence dans la jurisprudence de la CEDH – La détermination des critères d'encadrement de la limitation des prérogatives parentales nécessite de prendre connaissance de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme qui a été confrontée à des questionnements de même nature que nos droits nationaux. Dans une affaire relativement ancienne, la Cour a dû faire face à l'opposition à la participation de leurs enfants à des cours obligatoires d'éducation sexuelle, exprimée par trois couples. La Cour considère que l'article 2 du protocole n° 1 n'a pas été violé. Elle examine la législation incriminée et relève « qu'elle ne constitue point une tentative d'endoctrinement visant à préconiser un comportement sexuel déterminé. Elle ne s'attache pas à exalter le sexe, ni à inciter les élèves à se livrer précocement à des pratiques dangereuses pour leur équilibre, leur santé ou leur avenir ou répréhensibles aux yeux de beaucoup de parents ». Elle ajoute ensuite qu'« elle ne touche pas au droit des parents d'éclairer et conseiller leurs enfants, d'exercer envers eux leurs fonctions naturelles d'éducateurs, de les orienter dans une direction conforme à leurs propres convictions religieuses »⁴⁰⁸⁸. Tout comme les juges nationaux, la Cour étudie donc à la fois le contenu même des mesures et l'étendue de l'atteinte portée aux droits fondamentaux.

Dans une autre affaire, la Cour a dû se prononcer sur le refus des autorités allemandes de faire droit à la demande de dispense de scolarité primaire obligatoire, formulée par des parents appartenant à la

⁴⁰⁸⁵ Conseil d'État, 6 octobre 2000, n° 216901, n° 217800, n° 217801, n° 218213 : D., 2000, 268,

⁴⁰⁸⁶ Conseil d'État, 18 octobre 2000, n° 213303 : *AJFP*, 2001, 45, Obs. MEKHANTAR J. ; D., 2000, IR, 291 ; *RJPF*, 2001, n° 4, 10, Note PUTMAN E. ; *AJDA*, 2000, 1060, Concl. BOISSARD.

⁴⁰⁸⁷ L'atteinte au principe de neutralité a récemment justifié l'annulation de la lettre du ministre de l'Éducation nationale invitant les recteurs à « relayer avec la plus grande énergie la campagne de communication relative à la « ligne azur », ligne d'écoute pour les jeunes en questionnement à l'égard de leur orientation ou leur identité sexuelle ». L'arrêt ne fait toutefois pas état de l'autorité parentale : Conseil d'État, 15 octobre 2014, n° 369965.

⁴⁰⁸⁸ CEDH, Chambre, Kjeldsen, Busk Madsen et Pedersen contre Danemark, 7 décembre 1976, n° 5095/71, n° 5920/72 et n° 5926/72, § 54.

communauté chrétienne. Ces derniers s'opposaient notamment à ce que leurs enfants participent à des cours d'éducation sexuelle. La Cour rejette le grief tiré de l'atteinte à l'article 2 du protocole n° 1⁴⁰⁸⁹, après avoir considéré que « *le droit des parents de donner à leurs enfants une éducation conforme à leurs convictions religieuses n'a pas fait l'objet d'une restriction disproportionnée* ». Elle rejette également le grief tiré de la violation des articles 8 et 9 CESDH au motif que « *si ingérence il y a eu dans les droits des requérants tels que garantis par l'une ou l'autre de ces dispositions, elle est justifiée (...) puisqu'elle est prévue par la loi et nécessaire, dans une société démocratique, à la sauvegarde de l'intérêt public à l'éducation des enfants* »⁴⁰⁹⁰.

Plus récemment saisie d'une affaire relative à des cours d'éducation sexuelle, la CEDH a déclaré irrecevable la requête de parents qui arguaient que le refus de dispense d'éducation sexuelle pour leurs enfants était constitutif d'une atteinte à leurs droits d'éduquer leur enfant et à la liberté religieuse⁴⁰⁹¹.

623. Détermination des critères d'encadrement grâce au droit comparé – La comparaison du raisonnement des trois juges favorise l'émergence de critères d'encadrement des dérogations. Les conditions de restriction des droits fondamentaux posées par l'article 36 Cst. féd., inspiré de la CEDH constituent une grille de lecture intéressante.

L'existence d'une base légale constitue un premier critère fondamental. Les droits parentaux bénéficient, en effet, d'une protection au titre de l'article 8 CESDH. Il semble donc louable que la loi française du 4 juillet 2001 ait posé une base légale claire visant à fonder les prérogatives étatiques dans le domaine de l'éducation sexuelle ; la multiplication des circulaires apparaissant problématique dans un domaine aussi sensible.

L'examen de l'intérêt public justifiant la restriction des droits et libertés en cause doit être particulièrement approfondi. La protection de la santé publique constitue un solide motif de dérogation dans les trois systèmes étudiés. Il faut insister sur la nécessaire motivation des dispositions limitant l'autorité parentale. Les justifications fondées sur un impératif de protection de la santé publique devraient être fréquemment réexaminées, et ce particulièrement dans le domaine de l'obligation vaccinale.

Cette exigence rejoint celle de la proportionnalité de l'atteinte aux pouvoirs parentaux, celle-ci devant être limitée au strict nécessaire.

B. Un équilibre à renforcer aux extrémités de la vie

624. La recherche d'un équilibre – Dans chacun des deux droits, un équilibre a été recherché entre les prérogatives familiales et l'impératif de protection de la santé publique du vivant de la personne. Si cet équilibre nous a paru globalement satisfaisant, la mise en balance entre les intérêts en présence nous semble en revanche plus problématique aux extrémités de la vie. Il a été constaté que le droit français et le droit suisse accordaient une place différente à la volonté familiale quant à la destination des éléments et produits du corps humain. Le droit français se montre plus réticent que le droit suisse à reconnaître aux

⁴⁰⁸⁹ L'article 2 est relatif au droit à l'instruction et dispose que « *nul ne peut se voir refuser le droit à l'instruction. L'État, dans l'exercice des fonctions qu'il assumera dans le domaine de l'éducation et de l'enseignement, respectera le droit des parents d'assurer cette éducation et cet enseignement conformément à leurs convictions religieuses et philosophiques* ».

⁴⁰⁹⁰ CEDH, Cinquième section, Konrad contre Allemagne, 11 septembre 2006, n° 35504/03.

⁴⁰⁹¹ CEDH, Cinquième section, Dojan et autres contre Allemagne, 13 septembre 2011, n° 319/08, n° 2455/08, n° 7908/10, n° 8155/10 : RM4, 2011, 6, RJ 84-11, MEIER P. Voir également : CEDH, 7 décembre 1976, Kjeldsen, Busk Madsen et Pedersen.

membres de la famille un pouvoir de disposition. Cette opposition peut s'expliquer par l'existence de différences significatives dans l'organisation plus générale des dons d'éléments et produits du corps humain. Le droit comparé permet d'avancer l'hypothèse selon laquelle l'importance de la « publicisation » des éléments et produits du corps humain constitue un facteur d'explication de l'éviction des prérogatives familiales (A). Cette « publicisation » mérite toutefois d'être circonscrite. Cela est d'autant plus nécessaire du fait de l'extension croissante du cercle des personnes susceptibles d'être prélevées. Le droit comparé constitue alors un outil intéressant au soutien de la recherche d'un critère d'encadrement. Il démontrera l'utilité de reconnaître le droit à la liberté personnelle des proches (B).

1. L'éviction des prérogatives familiales expliquée par la « publicisation » des éléments et produits du corps humain

625. Le droit français encourage une vision presque exclusivement solidariste des dons d'éléments et produits du corps humain. Le recours au droit comparé permet de mettre en lumière l'existence de ce modèle solidariste qui prévaut tant en matière de don d'organes que de don de sang de cordon.

626. Premier exemple : le don d'organes – En ce qui concerne le don d'organes, le droit français contribue à limiter la reconnaissance de droits individuels sur les éléments et produits du corps humain. La difficile reconnaissance de droits de la personne elle-même sur les éléments et produits de son corps explique, par contrecoup, la difficile reconnaissance de droits en faveur de ses proches.

627. La place différente accordée au consentement de la personne lors du don d'organes dans chacun des pays – Les différences entre les droits des proches dans chacun des pays peuvent trouver un facteur d'explication dans la place différente accordée à la faculté de l'individu lui-même de disposer de ses organes après sa mort. En Suisse, alors que les directives de l'ASSM étaient favorables au système du consentement présumé⁴⁰⁹² et que les dispositions cantonales applicables avant le 1^{er} juillet 2007 étaient particulièrement variées en ce qui concerne l'expression du consentement par le défunt⁴⁰⁹³, le législateur fédéral a opté pour un système dit *opt in*. Cela signifie que le donneur doit donner son consentement explicite au don. En effet, l'article 8 de la loi fédérale sur la transplantation dispose que « *des organes, des tissus, ou des cellules peuvent être prélevés sur une personne décédée si elle a consenti, avant son décès, à un tel prélèvement* »⁴⁰⁹⁴.

Ce système s'oppose au système dit « du consentement présumé » ou *opt out* tel qu'il existe en droit français. Ce système a été institué par l'article 2 de la loi CAILLAVET⁴⁰⁹⁵ qui disposait que « *des prélèvements peuvent être effectués à des fins thérapeutiques ou scientifiques sur le cadavre d'une personne n'ayant pas fait connaître de son vivant son refus d'un tel prélèvement* ». Il a été entériné par la loi relative au don d'éléments et produits du corps

⁴⁰⁹² ASSM, *Directives d'éthique médicale pour les transplantations d'organes*, 1995. Ces directives remplacent celles du 17 novembre 1981.

⁴⁰⁹³ Onze cantons prévoyaient le modèle de l'opposition, six cantons le modèle de l'information et cinq cantons le modèle du consentement au sens large. Voir le tableau comparatif des législations cantonales : Message concernant la loi fédérale sur la transplantation d'organes, de tissus et de cellules, 12 septembre 2001, FF 2002 232. Voir également pour une description plus détaillée : *Ibid.*, FF 2002 54-55.

⁴⁰⁹⁴ Loi fédérale sur la transplantation d'organes, de tissus et de cellules du 8 octobre 2004, Entrée en vigueur au 1^{er} juillet 2007, RS 810.21, RO 2007 1935.

⁴⁰⁹⁵ Loi n° 76-1181 du 22 décembre 1976 relative aux prélèvements d'organes, JORF, 22 décembre 1976, p. 7365.

humain de 1994⁴⁰⁹⁶ et confirmé lors des révisions de 2004⁴⁰⁹⁷ et 2011⁴⁰⁹⁸. Désormais, l'article L 1232-1 du Code de la santé publique dispose que le « *prélèvement peut être pratiqué dès lors que la personne n'a pas fait connaître, de son vivant, son refus d'un tel prélèvement. Ce refus peut être exprimé par tout moyen, notamment par l'inscription sur un registre national automatisé prévu à cet effet. Il est révocable à tout moment* ».

628. Le consentement présumé justifié par la solidarité en France – Le système du consentement présumé, tel qu'il existe en France, témoigne de l'existence d'une solidarité corporelle. Le discours d'H. CAILLAVET illustre avec une particulière clarté l'objectif poursuivi par la loi de 1976 dont il est à l'initiative : « *J'ai eu tout simplement l'idée de renverser l'ordre naturel du consentement à la greffe. Je postulais la fraternité en proposant la présomption de don. (...) Pour moi, cette procédure, cette novation juridique devait exprimer le sentiment d'altruisme qui reste lové dans le cœur des hommes responsables et civilisés. En d'autres termes, il s'agissait d'illustrer la solidarité sans laquelle nulle collectivité humaine n'est concevable* »⁴⁰⁹⁹.

La doctrine a pu y voir une « *collectivisation du corps humain* » qui « *instaur(e) un droit de la société sur le cadavre des citoyens. (...) chaque individu étant membre de la société, l'État peut librement disposer de la dépouille des malades hospitalisés au profit de la collectivité* »⁴¹⁰⁰. Cette idée a également été soulignée par J. CARBONNIER qui se référait à la « *nationalisation* » des cadavres⁴¹⁰¹. Cette critique était d'autant plus prégnante qu'à l'époque, la loi soumettait au consentement présumé tant les prélèvements à finalité thérapeutique que ceux à finalité scientifique⁴¹⁰². Absente de la proposition de loi⁴¹⁰³, l'extension du consentement présumé aux prélèvements à des fins scientifiques a été intégrée lors du rapport au Sénat⁴¹⁰⁴. Malgré un amendement de J. FOYER⁴¹⁰⁵, cette extension fut maintenue. Comme le relève J.-R. BINET, analysant la prise de position de la ministre de la Santé, « *pour que notre science progressât, et notre image internationale l'exigeait, il fallait lui en donner les moyens. Or, ces moyens étaient les cadavres des personnes qui n'avaient pas exprimé leur refus de leur vivant* »⁴¹⁰⁶. Cette position favorable à un contrôle étatique des corps a été critiquée par C. JACQUINOT qui a souligné que « *le but n'est pas de développer la générosité, les « dons d'organes », mais de faciliter les prélèvements d'organes à des fins thérapeutiques ou simplement scientifiques. Le progrès de la recherche scientifique est une valeur absolue qui passe avant toute autre considération, et notamment avant le respect de la liberté de chaque homme à disposer de son corps* »⁴¹⁰⁷.

L'adoption de la loi relative au don d'éléments et produits du corps humain n'a pas conduit à remettre en cause le consentement présumé. La justification de ce choix, telle qu'elle résulte de l'exposé des motifs, est relativement décevante puisqu'il a simplement été indiqué qu'« *il est proposé de s'en tenir au système du consentement présumé. Celui-ci peut certes prêter à discussion : pour certains, il ne fait pas une place suffisante à*

⁴⁰⁹⁶ Art. 5 de la loi n° 94-654 du 29 juillet 1994 relative au don et à l'utilisation des éléments et produits du corps humain, à l'assistance médicale à la procréation et au diagnostic prénatal, JORF, 30 juillet 1994, p. 11060 ; « *Ce prélèvement peut être effectué dès lors que la personne concernée n'a pas fait connaître, de son vivant, son refus d'un tel prélèvement* ».

⁴⁰⁹⁷ Loi n° 2004-800 du 6 Août 2004 relative à la bioéthique, JORF, 7 août 2004, p. 14040.

⁴⁰⁹⁸ Loi n° 2011-814 du 7 juillet 2011 relative à la bioéthique, JORF, 8 juillet 2011, p. 11826.

⁴⁰⁹⁹ CAILLAVET H., « Prélèvements et greffes », RTDH, 2003, n° 54, pp. 567-568.

⁴¹⁰⁰ JACQUINOT C., « Sur les prélèvements d'organes », *Gaz. Pal.*, 10 février 1979, 1, Doctr., p. 249.

⁴¹⁰¹ CARBONNIER J., *Les personnes*, Paris, Thémis droit privé, PUF, 1995, p. 37.

⁴¹⁰² Art. 2.

⁴¹⁰³ BINET J.-R., *Droit et progrès scientifique : science du droit, valeurs et biomédecine*, Paris, Partage du savoir, PUF, 2002, p. 25.

⁴¹⁰⁴ *Ibid.*

⁴¹⁰⁵ *Ibid.*

⁴¹⁰⁶ *Ibid.*

⁴¹⁰⁷ JACQUINOT C., « Sur les prélèvements d'organes », *Gaz. Pal.*, 10 février 1979, p. 248.

l'autonomie de la volonté du défunt, tandis que d'autres soulignent que sa portée est, dans les faits, atténuée dans la mesure où la famille ou les proches peuvent librement témoigner de l'opposition du défunt. Ces remarques ne paraissent pas devoir remettre en cause le régime du consentement présumé résultant de la loi « Caillavet » qui réalise en l'état un bon équilibre ». L'esprit de solidarité a cependant fréquemment été mis en avant au cours des travaux parlementaires⁴¹⁰⁸, tout comme l'argument de droit comparé, régulièrement mobilisé en tant qu'argument d'autorité⁴¹⁰⁹. Il convient par ailleurs de relever que sous l'empire de cette loi et bien que cela ait été proposé⁴¹¹⁰, les prélèvements à des fins scientifiques n'étaient pas soumis au principe du consentement présumé⁴¹¹¹. Cette évolution par rapport à la loi CAILLAVET s'expliquait notamment par la volonté de rassurer la population à la suite de l'affaire MILHAUD⁴¹¹². Un assouplissement de la législation de 1994 a ensuite été

⁴¹⁰⁸ Voir, par exemple : AN, Rapport au nom de la commission spéciale sur les projets de loi : (n° 2599) relatif au corps humain et modifiant le Code civil ; (n° 2600) relatif au don et à l'utilisation des éléments et produits du corps humain et à la procréation médicalement assistée, et modifiant le Code de la santé publique ; (n° 2601) relatif au traitement de données nominatives ayant pour fin la recherche en vue de la protection ou l'amélioration de la santé et modifiant la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés, Rapporteur M. Bernard BIOULAC, n° 2871, Tome I, Enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 30 juin 1992, p. 31 : « *La commission n'a pas souhaité revenir sur le consentement présumé applicable aux prélèvements post mortem, fidèle en cela aux conclusions des différents travaux préparatoires et à l'esprit de solidarité qui inspire le régime mis en place dans notre pays* ».

⁴¹⁰⁹ AN, Projet de loi relatif au don et à l'utilisation des éléments et produits du corps humain et à la procréation médicalement assistée et, modifiant le Code de la santé publique, Présenté au nom de Mme Édith CRESSON par M. Jean-Louis BIANCO, n° 2600, Enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 25 mars 1992, p. 2 : l'exposé des motifs rappelle que la loi du 22 décembre 1976 a fait ses preuves et qu'elle a servi de modèle plusieurs pays étrangers ; AN, Rapport au nom de la commission spéciale sur les projets de loi : (n° 2599) relatif au corps humain et modifiant le Code civil ; (n° 2600) relatif au don et à l'utilisation des éléments et produits du corps humain et à la procréation médicalement assistée, et modifiant le Code de la santé publique ; (n° 2601) relatif au traitement de données nominatives ayant pour fin la recherche en vue de la protection ou l'amélioration de la santé et modifiant la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés, Rapporteur M. Bernard BIOULAC, n° 2871, Tome I, Enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 30 juin 1992, p. 31 : « *La commission n'a pas souhaité revenir sur le consentement présumé (...) mis en place dans notre pays et que plusieurs pays lui ont emprunté* ».

⁴¹¹⁰ SÉNAT, Avis présenté au nom de la commission des affaires culturelles sur le projet de loi, adopté par l'Assemblée nationale, relatif au don et à l'utilisation des parties et produits du corps humain, à la procréation médicalement assistée et au diagnostic prénatal ainsi qu'au comité consultatif national d'éthique pour les sciences de la vie et de la santé, Par M. Pierre LAFFITTE, n° 234, Annexe au procès-verbal de la séance du 12 janvier 1994, pp. 18-19. Lorsqu'elle s'est prononcée sur l'article L 667-8 bis, la commission des affaires culturelles a souligné que « *cet article a été introduit dans le projet de loi par l'Assemblée nationale ; il résulte de l'adoption d'un amendement du gouvernement. Il fixe les règles particulières applicables au recueil du consentement du donneur lorsque le prélèvement d'organe est effectué à des fins scientifiques sur une personne en état de mort cérébrale. (...) Cet article introduit donc une différence de nature dans le consentement requis pour prélever un organe sur une personne décédée en fonction de la finalité poursuivie par le médecin préleveur (...) L'Assemblée nationale a en effet considéré que le consentement du donneur pouvait légitimement être présumé lorsque le prélèvement servait à sauver une vie humaine, alors que le respect dû à la personne humaine dans son intégrité devait prévaloir, même au-delà de la mort et sauf dans le cas où le donneur a fait connaître expressément son consentement, lorsque le prélèvement est effectué à des fins scientifiques. (...) Votre commission (...) s'inscrit en faux contre le raisonnement qui consiste à opposer deux types de dons d'organes (...) Elle rappelle en effet que la recherche sur les éléments du corps humain est nécessaire pour faire progresser les connaissances médicales et qu'elle participe de ce fait au bien être de l'humanité entière. Le don d'organes à des fins scientifiques procède donc également d'une démarche altruiste. On ne voit pas dès lors pourquoi exiger dans ce cas le consentement explicite du défunt* ». Le Sénat a donc supprimé cette distinction en première lecture en adoptant l'amendement n° 127 de M. P. LAFFITTE au nom de la commission des affaires culturelles : SÉNAT, Séance du 17 janvier 1994, JORF, *Débats parlementaires*, 18 janvier 1994, Compte rendu intégral, p. 197. Elle a été rétablie en deuxième lecture par l'Assemblée nationale : AN, 2^e séance du 14 avril 1994, JORF, *Débats parlementaires*, 15 avril 1994, Compte rendu intégral, p. 636. Le rapport CHÉRIOUX a proposé de revenir sur le texte adoptée par l'Assemblée nationale : SÉNAT, Rapport fait au nom de la commission des affaires sociales sur le projet de loi adopté avec modifications par l'Assemblée nationale en deuxième lecture, relatif au don et à l'utilisation des éléments et produits du corps humain, à l'assistance médicale à la procréation et au diagnostic prénatal, Par M. Jean CHÉRIOUX, n° 395, Annexe au procès-verbal de la séance du 4 mai 1994, pp. 25-26. Il a été suivi par le Sénat : Adoption d'un amendement n° 5, SÉNAT, Séance du 17 mai 1994, JORF, *Débats parlementaires*, 18 mai 1994, Compte rendu intégral, p. 1621. La commission mixte paritaire a finalement entériné la distinction : AN/SÉNAT, Rapport fait au nom de la commission mixte paritaire chargée de proposer un texte sur les dispositions restant en discussion du projet de loi relatif au don et à l'utilisation des éléments et produits du corps humain, à l'assistance médicale à la procréation et au diagnostic prénatal, Par M. Jean-François MATTÉI/Par M. Jean CHÉRIOUX, n° 1369/n° 497, Enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 10 juin 1994/Annexe au procès-verbal de la séance du 9 juin 1994, p. 9.

⁴¹¹¹ Art. L 671-9 CSP.

⁴¹¹² Conseil d'État, Assemblée, 2 juillet 1993, n° 124960 : LPA, 2 décembre 1994, 19, Note SCHAEGIS C. ; D., 1994, 74, Note PEYRICAL J.-M. ; JCP G., 1993, II, 22133, Note GONOD P. À la suite d'une expérimentation pratiquée par un médecin sur un sujet en état de mort cérébrale maintenu en survie somatique, le Conseil d'État a posé : « *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 ; qu'en particulier, ces principes font obstacle à ce que, en dehors des prélèvements d'organes opérés dans le cadre de la loi du 22 décembre 1976, et*

solicité par le CCNE⁴¹¹³, le Conseil d'État⁴¹¹⁴ et l'OPECST⁴¹¹⁵ afin de simplifier les textes et de limiter les entraves à la recherche.

La loi du 6 août 2004 a donc abandonné la distinction de régime en fonction de la finalité du prélèvement et réinstauré la présomption pour les prélèvements à des fins scientifiques à l'article L1232-1 du Code de la santé publique⁴¹¹⁶.

Lors des travaux préparatoires à la révision de la loi de bioéthique de 2004, le rapport des états généraux de la bioéthique s'est montré hostile au consentement présumé. Les citoyens se sont montrés unanimes « *sur la nécessité de faire évoluer le système actuel, reposant sur le régime du consentement présumé. L'avis citoyen prend l'exact contre-pied des positions défendues, lors du débat public, par les experts et les praticiens qui s'étaient prononcés pour le maintien d'un simple registre du « non ». Soulignant qu'ils ignoraient pour la plupart d'entre eux les modalités de consentement fixées par la loi, avant leurs séances de formation, ils ont jugé que le système actuel reposait beaucoup trop sur un « qui ne dit mot consent », incompatible avec leur conception de la solidarité. (...) En tout état de cause, ils se sont dits heurtés par des formes de communication trop promotionnelles, animées par une rhétorique de bienfaisance derrière laquelle ils ont cru deviner l'expression d'une logique utilitariste et quantitativiste* »⁴¹¹⁷. Malgré cela, toutes les instances se sont prononcées en faveur du consentement présumé⁴¹¹⁸ qui a été maintenu par la loi du 7 juillet 2011⁴¹¹⁹. Il apparaît donc que le système du consentement présumé, justifié par une vision solidariste à des fins de protection de la santé publique, est fermement ancré dans la législation française.

révis par celle-ci, il soit procédé à une expérimentation sur un sujet après sa mort, alors que, d'une part, la mort n'a pas été constatée dans des conditions analogues à celles qui sont définies par les articles 20 à 22 du décret du 31 mars 1978 ; que, d'autre part, ladite expérimentation ne répond pas à une nécessité scientifique reconnue, et qu'enfin, l'intéressé n'a pas donné son consentement de son vivant ou que l'accord de ses proches, s'il en existe, n'a pas été obtenu ».

⁴¹¹³ « Le consentement présumé doit être maintenu pour les prélèvements à finalité thérapeutique et médicale, et étendu aux prélèvements à visée de recherche médicale. Cette extension est proposée par une large majorité des membres du Comité. Toutefois, trois de ses membres y sont opposés » : CCNE, Avis n° 60, « Réexamen des lois de bioéthique », 25 juin 1998, p. 4.

⁴¹¹⁴ « Les deux branches de l'alternative, en réalité, sont les suivantes. Il est possible de maintenir un régime plus protecteur pour les prélèvements à des fins scientifiques. C'est celui du consentement exprès et, dans ce cas, il n'est pas nécessaire de consulter le registre. Cette option a le désavantage de constituer, en tout état de cause, un frein important pour la recherche, et en particulier pour les recherches relatives aux cultures de cellules. (...) Il est également envisageable d'aligner sur le même régime les trois types de prélèvement (thérapeutique, médical, scientifique), comme le souhaite le CCNE, en leur appliquant la règle du consentement présumé qu'accompagne la consultation du registre et le recueil du témoignage de la famille, ce qui a l'avantage d'introduire une plus grande lisibilité dans la loi et d'accroître ses chances d'être respectée. Le principe du consentement présumé est, en outre, moins défavorable à la pratique des autopsies médicales que ne l'est l'exigence d'un consentement explicite, même si la recherche systématique du témoignage de la famille, au nom du respect de la volonté du défunt, ne facilite pas le travail des praticiens. Enfin, cette dernière hypothèse a l'avantage du réalisme, sachant que la frontière entre autopsies diagnostiques et prélèvement à des fins scientifiques n'est pas aussi tranchée dans la pratique que ne le laisse entendre la loi » : CONSEIL D'ÉTAT, Les lois de bioéthique : cinq ans après, Étude adoptée par l'Assemblée générale du Conseil d'Etat le 25 novembre 1999, Paris, La documentation française, Décembre 1999, p. 60.

⁴¹¹⁵ OPECST, L'application de la loi 94-654 du 29 juillet 1994 relative au don et à l'utilisation des éléments et produits du corps humain, à l'assistance médicale à la procréation et au diagnostic prénatal, Par MM. Alain CLAEYS et Claude HURIET, n° 1407/n° 232, Enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 18 février 1999/Annexe au procès-verbal de la séance du 18 février 1999, p. 63.

⁴¹¹⁶ Art. L 1232-1 : « Le prélèvement d'organes sur une personne dont la mort a été dûment constatée ne peut être effectué qu'à des fins thérapeutiques ou scientifiques. Ce prélèvement peut être pratiqué dès lors que la personne n'a pas fait connaître, de son vivant, son refus d'un tel prélèvement ».

⁴¹¹⁷ ÉTATS GÉNÉRAUX DE LA BIOÉTHIQUE, Rapport final, p. 46 et p. 48.

⁴¹¹⁸ AGENCE DE LA BIOMÉDECINE, Bilan d'application de la loi de bioéthique du 6 Août 2004, Rapport rendu à la ministre de la Santé, de la Jeunesse, des Sports et de la Vie associative par l'Agence de la biomédecine, Octobre 2008, p. 7, Disponible sur : <http://www.agence-biomedecine.fr/IMG/pdf/rapport-bilan-lb-oct2008-2.pdf>, Consulté le 27 janvier 2014 : « Une modification du régime du consentement ou une évolution des modalités de recueil ou de preuve de la position des personnes n'apparaissent pas opportunes à l'Agence de la biomédecine. Il lui semble préférable d'assurer une formation et des moyens suffisants aux coordinations hospitalières pour leur permettre de faire face dans les meilleures conditions à l'entretien avec les familles ». L'OPECST approuve l'initiative de l'Agence de la biomédecine de s'inspirer de l'Espagne qui dispose d'une législation similaire à la France. En outre, il propose de maintenir le consentement présumé tout en renforçant l'information des citoyens. Enfin, il invite à aménager des lieux pour dialoguer avec les familles lorsqu'un prélèvement est envisagé : OPECST, Rapport sur l'évaluation de l'application de la loi n°2004-800 du 6 août 2004 relative à la bioéthique, Par MM. Alain CLAEYS et Jean-Sébastien VIALATTE, n° 1325, Enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 17 décembre 2008, p. 80.

⁴¹¹⁹ Loi n° 2011-814 du 7 juillet 2011 relative à la bioéthique, JORF, 8 juillet 2011, p. 11826.

629. L'atteinte aux droits de la personnalité jugée inefficace par le législateur suisse – Cette vision solidariste aurait pu trouver sa place dans la législation fédérale suisse puisqu'elle se serait inscrite dans la continuité du droit cantonal et de la jurisprudence du Tribunal fédéral. En effet, le consentement présumé se retrouvait déjà dans plusieurs législations cantonales ainsi que dans les directives de l'ASSM⁴¹²⁰. Le Tribunal fédéral s'était également prononcé à plusieurs reprises en retenant la constitutionnalité d'une telle règle⁴¹²¹.

Bien que le législateur fédéral suisse ait eu toute latitude pour adopter le système du consentement présumé, il a préféré favoriser le système du consentement au sens large en se fondant sur quatre principaux arguments. Il a été souligné que ce modèle correspondait à « *la pratique usuelle* »⁴¹²² et qu'en outre « *aucune étude n'a permis de corroborer l'hypothèse – souvent entendue – selon laquelle le modèle de l'opposition permettrait de collecter un plus grand nombre d'organes* »⁴¹²³. Le Conseil fédéral s'appuie sur le cas de l'Espagne qui, malgré le système du consentement présumé, applique en pratique le consentement au sens large⁴¹²⁴. Enfin, le projet cherchait à adopter une solution qui limite le moins possible la liberté personnelle « *tout en permettant de tenir compte des besoins de la personne nécessitant absolument une transplantation* »⁴¹²⁵.

Par la suite, plusieurs postulats ont été déposés afin de demander au Conseil fédéral d'établir un rapport envisageant le système du consentement présumé⁴¹²⁶. Tout en proposant d'adopter ces postulats, le Conseil fédéral a souligné que « *de récentes études de grande envergure montrent que le modèle de l'opposition ne permet pas d'expliquer les différences entre les taux de dons dans les différents pays* ». Ces postulats ont ensuite été adoptés soit par le Conseil national⁴¹²⁷, soit par le Conseil des États⁴¹²⁸, en tant que conseil prioritaire. Une motion a, en outre, été déposée afin de charger le Conseil fédéral de passer du consentement large au consentement présumé⁴¹²⁹.

Dans son avis, le Conseil fédéral a proposé de rejeter la motion. Il avance que « *ce modèle n'a pas fait ses preuves dans les cantons qui l'appliquaient avant l'entrée en vigueur de la loi sur la transplantation* »⁴¹³⁰. Il rappelle d'ailleurs que le canton obtenant les meilleurs chiffres était celui du Tessin qui pratiquait à l'époque le système du consentement explicite⁴¹³¹. Il y ajoute les exemples étrangers qui ne montrent pas davantage

⁴¹²⁰ MARESCOTTI K., DUMOULIN J.-F., « Transplantation d'organes », in LA HARPE R., UMMEL M., DUMOULIN J.-F., *Droit de la santé et médecine légale*, Chêne-Bourg, Médecine et hygiène, 2014, p. 454.

⁴¹²¹ *Ibid.*

⁴¹²² Message concernant la loi fédérale sur la transplantation d'organes, de tissus et de cellules, 12 septembre 2001, FF 2002 73.

⁴¹²³ *Ibid.*, FF 2002 75.

⁴¹²⁴ *Ibid.*

⁴¹²⁵ *Ibid.*

⁴¹²⁶ Postulat de Félix GUTZWILLER, Favoriser le don d'organes, Déposé au Conseil des États, 28 septembre 2010, n° 10.3703 : « *Le Conseil fédéral est chargé d'examiner comment augmenter le nombre des donneurs d'organes, et de faire un rapport. Il étudiera notamment les mesures suivantes : 1. adoption du principe du consentement présumé : est considéré comme un donneur potentiel quiconque ne s'y est pas formellement opposé* » ; Postulat de Viola AMHERD, Prélèvement d'organes. Régime du refus, Déposé au Conseil national, 28 septembre 2010, n° 10.3701 : « *Le Conseil fédéral est chargé de répondre dans un rapport aux questions suivantes : 1. Quels sont les régimes légaux de dons d'organes appliqués dans les différents pays européens ? 2. Quelles sont les expériences faites par les pays qui ont opté pour un régime du refus du type de celui appliqué en Autriche ? 4. Face à la pénurie d'organes, et à la lumière des expériences faites à l'étranger, est-il nécessaire ou y a-t-il lieu, selon le Conseil fédéral, de modifier les normes fixées par la loi* » ; Postulat de Laurent FAVRE, Don d'organes. Évaluation du régime du refus, Déposé au Conseil national, 28 septembre 2010, n° 10.3711 : « *En matière de don d'organes, le Conseil fédéral est prié d'évaluer le passage (par révision de la loi sur la transplantation) de la pratique actuelle du consentement large à celui du régime du refus. Dans son examen, il prendra soin d'étudier les régimes mis en place à l'étranger et leurs résultats* ».

⁴¹²⁷ BO 2010 N 2161.

⁴¹²⁸ BO 2010 E 1103.

⁴¹²⁹ Motion de Laurent FAVRE, Don d'organes. Passage au régime du consentement présumé, Déposée au Conseil national, le 20 septembre 2012, n° 12.3767.

⁴¹³⁰ CONSEIL FÉDÉRAL, Avis du 8 mars 2013, Disponible sur :

http://www.parlament.ch/f/suche/pages/geschaefte.aspx?gesch_id=20123767#, Consulté le 17 janvier 2014.

⁴¹³¹ *Ibid.*

l'effectivité du consentement présumé⁴¹³². Il relève également les interrogations éthiques liées à un tel système en rappelant la prise de position⁴¹³³ défavorable de la NEK-CNE. Une telle mesure nécessiterait d'ailleurs « *une information complète, précise et régulière de la population* » afin de se conformer à la jurisprudence du Tribunal fédéral. Pour toutes ces raisons, le Conseil fédéral conclut que « *les bénéfices attendus du modèle du consentement présumé ne sont pas suffisamment prouvés pour justifier l'atteinte qui serait faite aux droits de la personnalité* ». La motion a été acceptée par le Conseil national⁴¹³⁴, mais rejetée par le Conseil des États⁴¹³⁵.

630. Équilibre différent entre solidarité et droits corporels – Les choix législatifs réalisés quant aux modalités d'expression du consentement au don d'organes sont différents et peuvent être mis en corrélation avec la conception du corps existant dans chacun des pays. Il est en effet possible de déceler une opposition théorique entre la prépondérance de la volonté de l'individu sur son corps et la solidarité. Lorsque le législateur estime que la solidarité doit prévaloir, le consentement présumé est privilégié. Ce système est davantage basé sur une approche utilitaire du corps, dans la mesure où il vise à augmenter le nombre d'organes disponibles. L'intérêt de la collectivité et la préservation de la vie prennent alors le pas sur les choix individuels dès lors qu'aucun refus n'est exprimé. C. CRIGNON DE OLIVEIRA et M. GAILLE NIKIDIMOV rattachent ce « *sacrifice du corps individuel au profit du corps social* » à la conception rousseauiste du contrat social dans laquelle « *les devoirs du citoyen vis-à-vis du corps de la Nation sont prioritaires par rapport à la revendication d'un droit à disposer de son corps* »⁴¹³⁶. C'est dans cette mouvance que s'inscrit le droit français. Selon ces auteurs, cette conception s'inscrit en opposition avec celle défendue par J. LOCKE dans son « *Deuxième traité du gouvernement civil* ». Celle-ci constituerait « *le point de départ de la revendication d'un droit à disposer de son corps* ». Une telle vision permet de justifier le respect total de la volonté de la personne dans le cadre d'un don d'organes et confère à l'individu « *une sphère d'indépendance dans laquelle l'État n'a pas à intervenir* »⁴¹³⁷. C'est davantage cette théorie qui permettrait de justifier le système du consentement explicite tel qu'il existe dans la législation suisse. Bien que classiquement, le consentement ait été uniquement considéré comme une simple permission de porter atteinte à l'intégrité corporelle, les conceptions doctrinales suisses semblent avoir progressivement évolué. Dans sa thèse, A. THEVENAZ relevait en ce sens que, dès 1956, « *Eugen Bucher, suivi par quelques auteurs, considère que la valeur protégée est la volonté de l'individu* »⁴¹³⁸. Il ajoute que « *le Tribunal fédéral a développé une théorie mixte, admettant généralement que c'est à la fois l'intégrité corporelle et la volonté du patient qui sont protégées* »⁴¹³⁹. La doctrine plus récente, amenée à s'interroger sur la qualification des droits sur le corps, se réfère au droit à l'autodétermination qu'elle

⁴¹³² *Ibid.* Concernant les droits étrangers, le Conseil fédéral relève : « *Un regard au-delà des frontières livre trois enseignements : le régime du consentement présumé n'est de fait que rarement mis en œuvre dans les pays qui l'ont officiellement adopté, ceux-ci appliquant pour la très grande majorité d'entre eux le modèle du consentement au sens large dans les faits ; le taux de dons d'organes est resté faible après l'introduction de ce modèle dans des pays comme l'Espagne et l'Autriche, n'augmentant véritablement qu'à la faveur d'une réorganisation du système de transplantation ; l'Irlande et les États-Unis affichent un taux de dons élevé alors qu'ils appliquent le modèle du consentement explicite* ».

⁴¹³³ NEK-CNE, *Le consentement présumé en matière de don d'organes. Considérations éthiques*, Prise de position n° 19/2012, Berne, Octobre 2012, 20 p.

⁴¹³⁴ BO 2013 N 1363.

⁴¹³⁵ Rejet par 26 voix contre 13 : BO 2013 E 1002.

⁴¹³⁶ CRIGNON-DE OLIVEIRA C., GAILLE NIKIDIMOV M., *À qui appartient le corps humain ?*, Paris, Médecine & sciences humaines, Les belles lettres, 2004 p. 72.

⁴¹³⁷ *Ibid.*, p. 73.

⁴¹³⁸ THÉVENAZ A., *La protection contre soi-même. Étude de l'article 27 al. 2 CC*, Berne, Stämpfli, 1997, p. 160.

⁴¹³⁹ *Ibid.*

rattache au droit constitutionnel à la liberté personnelle⁴¹⁴⁰. Il en résulte, en droit privé, l'émergence d'une conception volitive des droits de la personnalité davantage inspirée des positions anglo-américaines⁴¹⁴¹. Certes, cette tendance existe également en France. Comme le relève D. TISSIER, malgré une apparente divergence des protections du corps humain en droit français et nord-américain, ces deux modèles de protection tendent à converger. Elle démontre ainsi une subjectivisation des protections française et européenne par le truchement de l'autodétermination et une objectivation de la protection nord-américaine par la consécration d'un ordre public de protection⁴¹⁴². La comparaison franco-suisse complète utilement cette analyse en y apportant des nuances.

Contrairement au droit français, le droit suisse n'a donc pas cherché à favoriser l'émergence d'une solidarité nationale corporelle en limitant la liberté personnelle des personnes décédées à des fins de protection de la santé publique. La prise de position de la NEK-CNE illustre particulièrement cette tension entre ces deux modèles. En effet, elle souligne la neutralité dont l'État suisse a fait preuve jusqu'ici à l'égard de la médecine de la transplantation. La neutralité autorise l'État à « *réglementer ce domaine et à fournir des informations à son sujet, mais pas à encourager le don d'organes, par respect pour les décisions des individus* »⁴¹⁴³. L'adoption du consentement présumé se serait inscrite en opposition avec cette neutralité traditionnelle et aurait rapproché davantage la Suisse de la position française dans laquelle le don d'organes constitue une partie intégrante de la politique de santé publique. Comme le souligne la NEK-CNE, « *un tel changement de position irait dans le sens de ceux qui, en Suisse, estiment que la pénurie d'organes est un problème de santé publique auquel la Confédération devrait remédier par des mesures incitatives. Selon eux, la Confédération devrait agir plus fermement dans l'intérêt des patients (...), mission et devoir que lui confère la Constitution* »⁴¹⁴⁴. Ce rapprochement n'a toutefois pas eu lieu au vu des dernières évolutions du droit suisse. La « publicisation » des éléments et produits du corps humain est beaucoup moins prégnante que dans le système juridique français. Ainsi, le système juridique suisse semble s'inscrire dans la lignée des préconisations de la NEK-CNE qui retient que « *les droits garantissant la protection de la personnalité, dont celui de pouvoir décider de ce qu'il advient de son corps après la mort, pèsent plus que l'intérêt que la médecine de la transplantation peut présenter pour la santé publique. Personne ne peut prétendre avoir droit aux prétendus « organes perdus » d'une autre personne* »⁴¹⁴⁵. Cette divergence de conception du don d'organes, notamment en ce qui concerne la place accordée à la liberté personnelle, devait être soulignée. En effet, elle explique la différence de conception du rôle de la famille ou des proches. Cette divergence entre les deux pays peut également être identifiée dans le domaine du don de sang de cordon.

631. Deuxième exemple : le don de sang de cordon – Il est possible d'identifier, en France, un véritable modèle fondé sur un fort ordre public corporel, conduisant à circonscrire le champ de la

⁴¹⁴⁰ SCHARLY G., « De la nécessité d'une législation spécifique aux biobanques : l'exemple du consentement », *RSDS*, 2005, n° 5, p. 21.

⁴¹⁴¹ GUILLOD O., *Le consentement éclairé du patient, autodétermination ou paternalisme*, Neuchâtel, Ides et Calendes, 1986, p. 41.

⁴¹⁴² TISSIER D., *La protection du corps humain sous l'angle de la procréation assistée. Regards croisés des droits français et nord-américains*, La Réunion, Thèse en droit privé, 2011, 492 p.

⁴¹⁴³ NEK-CNE, *Le consentement présumé en matière de don d'organes. Considérations éthiques*, Prise de position n° 19/2012, Berne, Octobre 2012, p. 11.

⁴¹⁴⁴ *Ibid.*

⁴¹⁴⁵ *Ibid.*

disposition du sang de cordon. Ce modèle, issu des articles 18 et 19 de la loi du 7 juillet 2011⁴¹⁴⁶, englobe la disposition corporelle d'un triple point de vue.

D'abord, il privilégie la disposition corporelle à des fins de greffe allogénique calquée sur le modèle plus général des dons d'éléments et produits du corps humain. La loi de 2011 abandonne le statut de déchet opératoire⁴¹⁴⁷ et intègre le sang de cordon au sein du titre du Code de la santé publique consacré au don et à l'utilisation des tissus, cellules, produits du corps humain et de leurs dérivés. Ce type de don se voit donc appliquer les principes généraux⁴¹⁴⁸ relatifs aux dons d'éléments et produits du corps humain. D'une part, « le prélèvement de cellules hématopoïétiques du sang de cordon et du sang placentaire ainsi que de cellules du cordon et du placenta ne peut être effectué qu'à des fins scientifiques ou thérapeutiques, en vue du don anonyme et gratuit »⁴¹⁴⁹. D'autre part, la femme doit, pendant sa grossesse, donner « son consentement par écrit au prélèvement et à l'utilisation de ces cellules, après avoir reçu une information sur les finalités de cette utilisation »⁴¹⁵⁰, étant précisé que « ce consentement est révocable sans forme et à tout moment tant que le prélèvement n'est pas intervenu »⁴¹⁵¹.

Ensuite, le modèle législatif français du don de sang de cordon encadre l'activité de prélèvement et de conservation. Tout comme la Suisse, la France a été confrontée à des sociétés privées de conservation à des fins autologues cherchant à s'implanter sur son territoire. Comme le souligne M.-X. CATTO, après analyse des débats parlementaires, « les banques privées de sang de cordon n'étaient (...) depuis 2004, ni autorisées, ni interdites »⁴¹⁵². L'AFSSAPS⁴¹⁵³ s'opposait cependant à la délivrance d'autorisations d'exercer en faveur des sociétés privées au motif que « l'article L. 1243-2 du Code de la santé publique subordonnait l'autorisation d'une banque de sang de cordon (plus largement de tissus ou de leurs dérivés et des préparations de thérapie cellulaire) à l'existence de « fins thérapeutiques »⁴¹⁵⁴. Or, ces banques « n'auraient pas d'utilisation thérapeutique prouvée en l'état actuel des connaissances scientifiques »⁴¹⁵⁵. Cette position de refus a donné lieu à un arrêt du Conseil d'État du 4 mai 2011⁴¹⁵⁶. Dans cette affaire, la société Cryo-Save souhaitait proposer une activité de préparation, de distribution et de cession de cellules de sang placentaire à visée autologue ou allogénique sur le territoire français. En l'absence de réponse de l'AFSSAPS à sa demande d'autorisation, la société saisit le juge des référés pour obtenir la suspension de la décision implicite de rejet sur le fondement de l'article L 521-1 CJA. Le juge des référés du tribunal administratif de Lyon rejette sa demande. La société Cryo Save forme alors un pourvoi. Ce pourvoi est rejeté, le Conseil d'État

⁴¹⁴⁶ Loi n° 2011-814 du 7 juillet 2011 relative à la bioéthique, *JORF*, 8 juillet 2011, p. 11826.

⁴¹⁴⁷ Sur le changement de statut du sang de cordon ombilical, voir : BERLAND-BENHAÏM C., « La conservation du sang de cordon : état des lieux en France à l'aune du droit comparé », in BERLAND-BENHAÏM C. (Dir.), *Le don de sang*, Bordeaux, Les cahiers de droit de la santé, LEH, 2013, p. 68.

⁴¹⁴⁸ Titre premier du livre deux de la première partie du Code de la santé publique.

⁴¹⁴⁹ Art. L 1241-1 al. 4 CSP.

⁴¹⁵⁰ *Ibid.*

⁴¹⁵¹ *Ibid.*

⁴¹⁵² CATTO M.-X., « Éléments et produits du corps humain (Art. L 1241-1 CSP) : constitutionnalité de l'interdiction de conserver, à titre préventif, le sang de cordon dans le cadre intrafamilial » (PDF), in *Lettre Actualités Droits-Libertés du CREDOF*, 3 juin 2012.

⁴¹⁵³ Devenue ANSM avec la loi n° 2011-2012 du 29 décembre 2011 relative au renforcement de la sécurité sanitaire des médicaments et des produits de santé, *JORF*, 30 décembre 2011, p. 22667.

⁴¹⁵⁴ *Dictionnaire permanent santé, bioéthique, biotechnologies*, Éditions législatives, Étude: tissus, cellules et produits d'origine humaine, n° 111.

⁴¹⁵⁵ *Ibid.*

⁴¹⁵⁶ Conseil d'État, 4 mai 2011, Société Cryo-Save France, n° 342640 : RDC, 2011, 1343, Note BELLIVIER F., NOIVILLE C. ; *Gaz. Pal.*, 4 juin 2011, 44, Note CHIOCARIELLO A. ; RGDM, 2011, n° 40, 283, Note CHAUSSY A.

considérant que « les activités de la société ne peuvent faire l'objet d'une autorisation dans la mesure où elles n'ont pas pour objet une finalité thérapeutique nécessaire ; d'autant plus qu'elles ont « pour contrepartie le paiement d'un prix par les parents de l'enfant né lors de l'accouchement » »⁴¹⁵⁷. Cet arrêt, hostile à l'implantation des banques privées autologues, s'inscrit dans la lignée des préconisations retenues par de nombreuses instances⁴¹⁵⁸. Bien que critiqué⁴¹⁵⁹ dans sa motivation, il traduit « un choix politique fort »⁴¹⁶⁰ en faveur du don solidaire. Ce choix a été entériné par la loi du 7 juillet 2011⁴¹⁶¹. En effet, cette loi retient que « seules peuvent être préparées, conservées, distribuées ou cédées les cellules du sang de cordon et du sang placentaire ainsi que les cellules du cordon et du placenta prélevées dans les conditions mentionnées au dernier alinéa de l'article L 1241-1 »⁴¹⁶². Elle soumet, en outre, les établissements souhaitant se prêter à ces activités à autorisation de l'ANSM après avis de l'agence de la biomédecine. Malgré cet encadrement très ferme, certaines sociétés à but commercial continuent de démarcher des femmes dans les cliniques. C'est pourquoi une circulaire de la direction générale de la santé est venue rappeler les conditions d'encadrement du don de sang de cordon ainsi que les sanctions pénales et administratives attachées à la pratique d'activités illégales⁴¹⁶³.

⁴¹⁵⁷ CHIOCCARELLO A., « Santé publique, Note sous CE 4 mai 2001 », *Gaz. Pal.*, 4 juin 2011, Rec., p. 1878.

⁴¹⁵⁸ Les instances françaises se sont, en effet, montrées réservées quant aux banques privées de conservation à des fins autologues. Voir dans ce sens : CCNE, Avis n° 74, « Les banques de sang de cordon ombilical en vue d'une utilisation autologue ou de recherche », p. 13 : « Le CCNE recommande aux pouvoirs publics de promouvoir un important développement des banques publiques de sang du cordon à destinée essentiellement allogénique, plutôt que de souscrire à la constitution de banques privées pour un usage strictement autologue dont l'éventuel intérêt thérapeutique n'est nullement établi » ; CONSEIL D'ÉTAT, *La révision des lois de bioéthique*, Paris, Les études du Conseil d'État, La documentation française, 9 avril 2009, p. 100 : « Le Conseil d'État considère que, dans ce domaine, le principe éthique de solidarité doit inspirer les décisions et que l'exigence de service public doit être affirmée. Cela doit se traduire par les règles suivantes. Par principe, les banques doivent être développées à des fins allogéniques, dans le cadre de structures publiques ou de structures privées chargées d'une mission de service public. La priorité doit rester au renforcement des banques publiques existantes. Si l'on ne peut exclure totalement, compte tenu d'éventuels espoirs pour l'avenir, que les structures privées offrent de stocker le sang de cordon aux frais des demandeurs dans une finalité autologue, c'est à la condition que l'utilisation allogénique de chaque greffon ait en cas de besoin la priorité sur l'utilisation autologue » ; AGENCE DE LA BIOMÉDECINE, Conseil d'orientation, « Banques de sang placentaire autologue », Délibération du 9 novembre 2007, n° 2007-CO-41, p. 6 : « Le conseil d'orientation de l'agence de la biomédecine émet un avis défavorable à toute perspective de soutien ou d'agrément, en France et pour le moment, de banques commerciales de sang placentaire à des fins autologues » ; ACADÉMIE NATIONALE DE MÉDECINE, « Rapport au nom de la commission I, Les banques de sang de cordon autologue », Séance du 19 novembre 2002, *Bulletin de l'Académie nationale de médecine*, 2002, Tome 186, n° 8, p. 1543 : « Interdire l'implantation de banques commerciales privées ayant pour objet le prélèvement et le stockage de sang de cordon pour un usage strictement autologue et interdire, en conséquence, toute démarche publicitaire dans les maternités proposant, contre paiement, le recueil et la conservation du sang placentaire pour les besoins éventuels futurs de l'enfant ». Cette attitude de réserve se retrouve également dans les instances européennes : GROUPE EUROPÉEN D'ÉTHIQUE, Avis n° 19, « Les aspects éthiques des banques de sang de cordon ombilical », 16 mars 2004, p. 23 : « Il convient de s'interroger sur la légitimité des banques commerciales de sang de cordon à usage autologue, en ce qu'elles proposent un service qui, à ce jour, ne présente aucune utilité réelle en termes de possibilité thérapeutique. Ces banques promettent donc plus qu'elles ne peuvent offrir. Leurs activités suscitent de graves critiques sur le plan éthique. (...) Bien que certains membres du Groupe considèrent qu'il y a lieu d'interdire les activités de ce type de banques, la majorité estime qu'il faudrait les décourager, une interdiction formelle constituant une restriction induite à la liberté d'entreprendre et de choix des individus/couples. Il convient que ces activités soient soumises à des conditions strictes » ; CONSEIL DE L'EUROPE, Comité des ministres, Recommandation Rec (2004) 8 du Comité des Ministres aux États membres sur les banques de sang de cordon autologue, 19 mai 2004 : « La création de banques de sang de cordon autologue et la promotion du don pour une utilisation autologue ne devrait pas être encouragée par les États membres ou leurs services de santé » ; Résolution 2011/2193(INI), P7_TA(2012)0320 du 11 septembre 2012 sur les dons volontaires et non rémunérés de tissus et de cellules : « Estime qu'il faut favoriser le don de sang de cordon ombilical allogénique non familial, que la banque soit privée ou publique, de sorte que les unités de SCO stockées soient enregistrées dans la base BMDW (Bone Marrow Donors Worldwide) et soient accessibles à tout patient compatible qui en aurait besoin ».

⁴¹⁵⁹ Les principales critiques tiennent à la nature de l'activité proposée. En effet, « l'activité de l'organisme en cause était menée à des fins à la fois autologue et allogénique, donc ouverte à de possibles dons anonymes » : *Dictionnaire permanent santé, bioéthique, biotechnologies*, Éditions législatives, Étude : tissus, cellules et produits d'origine humaine », n° 111. Elles étaient liées à la confusion opérée entre rémunération et coût de l'activité de conservation ainsi qu'au fait que, dans cette hypothèse, seul le donneur est amené à payer : BELLIVIER F., NOIVILLE C., « Banques de sang de cordon : à bas les contrats égoïstes », *RDC*, 2011, n° 4, p. 1348.

⁴¹⁶⁰ *Ibid.*, p. 1346.

⁴¹⁶¹ Loi n° 2011-814 du 7 juillet 2011 relative à la bioéthique, *JORF*, 8 juillet 2011, p. 11826.

⁴¹⁶² Art. L 1243-2 CSP.

⁴¹⁶³ Circulaire n° DGS/PP4/2013/328 du 31 août 2012 relative aux conditions d'utilisation du placenta, du cordon ombilical et des cellules qui les constituent.

Enfin, le modèle français limite la disposition corporelle dans un cadre familial. L'article L 1241-1 al. 4 du Code de la santé publique encadre strictement le don et l'utilisation du sang de cordon dans l'intérêt d'un membre de la famille puisqu'il dispose que « *par dérogation, le don peut être dédié à l'enfant né ou aux frères et sœurs de cet enfant en cas de nécessité thérapeutique avérée et dûment justifiée lors du prélèvement* ». Il tend ainsi à refuser aux parents la possibilité de mobiliser le principe de précaution⁴¹⁶⁴ dans l'intérêt potentiel incertain de la santé du mineur ou d'un membre de sa famille. Cette restriction a été validée par le Conseil constitutionnel dans sa décision du 16 mai 2012⁴¹⁶⁵. Examinant le grief soulevé par la société Cryo-Save, tiré de l'atteinte à la protection de la santé telle qu'elle résulte du onzième alinéa du préambule de la Constitution de 1946⁴¹⁶⁶, le Conseil valide l'appréciation du législateur. Il refuse d'entrer dans un débat scientifique et sociétal et rappelle simplement que celui-ci « *n'a pas autorisé des prélèvements de cellules du sang de cordon ou placentaire ou de cellules du cordon ou du placenta destinées à des greffes dans le cadre familial en l'absence d'une nécessité thérapeutique avérée et dûment justifiée lors du prélèvement [et qu'il a] estimé qu'en l'absence d'une telle nécessité, les greffes dans le cadre familial de ces cellules ne présentaient pas d'avantage thérapeutique avéré par rapport aux autres greffes* »⁴¹⁶⁷. Ainsi, contrairement au Tribunal fédéral⁴¹⁶⁸, le Conseil constitutionnel limite son contrôle lorsque sont en cause des questions relatives à la bioéthique. Il se contente d'avaliser les choix du législateur français en se retranchant derrière son absence de pouvoir d'appréciation similaire à celui du

⁴¹⁶⁴ Sur le principe de précaution en général, voir parmi les très nombreuses contributions : KOURISLKY P., VINEY G., *Le principe de précaution, Rapport au premier ministre*, Paris, Décembre 2000, Odile Jacob, La documentation française, 405 p. ; MARTIN G., « Apparition et définition du principe de précaution », *LP4*, 30 novembre 2000, n° 239, p. 11 ; LARRERE C., « Le principe de précaution et ses critiques », *Innovations*, 2/2003, n° 18, p. 9 ; VANNEUVILLE R. et al., *Le principe de précaution saisi par le droit*, Paris, La documentation française, 2006, 202 p. ; MINISTÈRE DE L'ÉCOLOGIE, DU DÉVELOPPEMENT DURABLE ET DE L'ÉNERGIE, *Les enjeux sociopolitiques de la juridicisation du principe de précaution*, La documentation française, 2006, 208 p. ; OPECSST, *Rapport sur le principe de précaution : bilan de son application quatre ans après sa constitutionnalisation*, Paris, Les rapports de l'OPECSST, Assemblée nationale, 2009, 123 p. ; EWALD F., *Le principe de précaution*, Paris, Que sais-je ? , PUF, 2010, 128 p. ; DEPINCE M., *Le principe de précaution*, Montpellier 1, Thèse en droit privé, 2004, 561 p. ; BECHMANN P. et al., *Le principe de précaution*, Paris, Pratique professionnelle, Litec, 2002, 238 p. ; GOSSEMENT A., *Le principe de précaution*, Paris I, Thèse en droit public, 2001, 454 p. ; CAZALA J., *Le principe de précaution en droit international*, Louvain-la-Neuve, Anthémis, 2006, 497 p. ; ARION C.-M., *Le principe de précaution. Aspects de droit international et européen*, Paris 11, Thèse en droit public, 2009, 939 p. ; BOUTONNET M., *Le principe de précaution en droit de la responsabilité civile*, Paris, Bibliothèque de droit privé, LGDJ, 2005, 695 p. ; CASTAING C., *La théorie de la décision administrative et le principe de précaution*, Bordeaux IV, Thèse en droit, 2001, 672 p. ; LEBEN C. (Dir.), *Le principe de précaution : aspects de droit international et communautaire*, Paris, Panthéon Assas, LGDJ, 2002, 247 p. ; JUNGO F., *Le principe de précaution en droit de l'environnement suisse : avec des perspectives de droit international et européen*, Genève, Schulthess, 2012, 370 p. ; PAQUES M. (Dir.), *Le principe de précaution en droit administratif : rapport international et rapports nationaux*, Bruxelles, Bruylant, 2007, 308 p. ; RENAUDIN L., *Le rôle de la précaution dans le traitement juridique du risque en droit administratif*, Montpellier I, Thèse en droit public, 2005, 727 p. Sur le principe de précaution en droit de la santé, voir parmi d'autres : FOUCHER K., *Principe de précaution et risque sanitaire : recherche sur l'encadrement juridique de l'incertitude scientifique*, Paris, 2002, Logiques juridiques, L'Harmattan, 562 p. ; GROSEUX P., *Principe de précaution et sécurité sanitaire*, Bordeaux, Collection des thèses du CDSA, LEH, 2003, 568 p. ; BROUAL J.-C. et al., *Santé et principe de précaution*, Paris, L'Harmattan, 2003, 124 p. ; INSTITUT NATIONAL DE RECHERCHE ET DE SÉCURITÉ, *Maîtrise des risques : prévention et principe de précaution*, Paris, Institut national de recherche et de sécurité, 2002, 116 p. ; GARABOL-FURET M.-D., « Principe de précaution et politiques de santé publique », *Actualité et dossier en santé publique*, 2004, n° 48, p. 4 ; GUILLENSCHMIDT M. (de), « Des réticences du juge français envers la référence au principe de précaution en matière de santé », *Gaz. Pal.*, *Droit de la santé*, 2007, n° 1, p. 19 ; VIRIOT-BARRIAL D., « La Cour de justice de la République et la santé », *Les tribunes de la santé*, 1/2007, n° 14, p. 70 ; VIRIOT-BARRIAL D. (Dir.), *Les catastrophes sanitaires*, Bordeaux, Les cahiers de droit de la santé, n° 17, LEH, Octobre 2013, 408 p. ; AURENGO A. (Dir.), *Politique de santé et principe de précaution*, Paris, PUF, 2011, 245 p. ; BAUWENS M.-C., *Epidémies : risque sanitaire et principe de précaution*, Paris 8, Thèse en droit médical, 2006, 513 p. ; LECOURT D. (Dir.), *La santé face au principe de précaution*, Paris, PUF, 2009, 156 p. ; LEPRETRE P., *Principe de précaution et droit sanitaire*, Paris 13, Thèse en droit public, 2004, 413 p. ; PEYTOUREAU E., *Le principe de précaution en droit de la santé*, Aix-Marseille III, Thèse en droit, 2011, 487 p. ; FONTANIER V., *Le principe de précaution en droit de la santé*, Paris 5, Thèse en droit privé, 2006, 504 p.

⁴¹⁶⁵ Décision n° 2012-249 QPC, 16 mai 2012, Société Cryo-Save France, Consid. 8.

⁴¹⁶⁶ Qui dispose que la Nation « *garantit à tous, notamment à l'enfant, à la mère et aux vieux travailleurs, la protection de la santé, la sécurité matérielle, le repos et les loisirs. Tout être humain qui, en raison de son âge, de son état physique ou mental, de la situation économique, se trouve dans l'incapacité de travailler a le droit d'obtenir de la collectivité des moyens convenables d'existence* ».

⁴¹⁶⁷ Décision n° 2012-249 QPC, 16 mai 2012, Société Cryo-Save France, Consid. 8.

⁴¹⁶⁸ Le Tribunal fédéral s'est en effet prononcé de manière détaillée tant sur la législation relative à procréation médicalement assistée (ATF 115 Ia 234 et ATF 119 Ia 460) que sur celle relative au don d'organes *post mortem* (ATF 98 Ia 508). Il n'hésite pas à exercer un contrôle sur les choix du législateur cantonal dans le domaine de la bioéthique.

Parlement. Ce refus s'explique principalement par le fait qu'il s'agit, d'après les termes du CCNE, « *d'une mise en banque de précaution, d'une capitalisation biologique préventive, d'une assurance biologique dont l'utilité effective, dans l'état actuel de la science apparaît bien modeste* »⁴¹⁶⁹. Le CCNE a toutefois nuancé sa position lors un avis ultérieur, dans lequel il propose de « *favoriser le développement de biobanques à caractère familial et solidaire en promouvant le recueil des produits cellulaires, issus du sang de cordon, du cordon lui-même et du placenta, dans les familles dont les enfants sont exposés au risque d'hémopathies congénitales génétiquement transmises* »⁴¹⁷⁰.

632. Le don de sang de cordon comme partie intégrante de la politique de santé française – Le droit comparé montre que le législateur fait preuve d'interventionnisme en imposant une conception, avalisée en l'état des connaissances actuelles, de la nécessité scientifique. Comme le souligne M.-X. CATTO, « *le secteur privé est écarté et les personnes n'ont pas de droit sur ces éléments parce que le législateur a fait le choix d'en organiser publiquement la destination. L'absence de reconnaissance d'un droit ne se fait pas au profit du tiers privé mais au profit de la collectivité au nom de la protection de la santé* »⁴¹⁷¹. C'est donc au nom d'une politique de santé publique, définie par l'État, que la disposition parentale du sang de cordon est limitée. Il convient de relever que malgré plusieurs propositions politiques⁴¹⁷² ou doctrinales inspirées⁴¹⁷³ des droits étrangers⁴¹⁷⁴, le législateur français a refusé de mettre en place un système mixte fondé sur la collaboration des banques publiques et des banques privées. Encore faut-il que l'État se montre à la hauteur des enjeux. En effet, un tel modèle ne peut être viable qu'en présence d'un nombre suffisant d'unités de sang placentaire. Or, ce nombre reste encore faible. Dans son rapport de 2008, M.-T. HERMANGE décomptait 7022 unités conservées alors que les besoins sont évalués à 50 000⁴¹⁷⁵. L'objectif de 30 000 unités de sang de cordon pour 2013 ne semble pas atteint⁴¹⁷⁶, contraignant ainsi la France à importer à un coût important⁴¹⁷⁷ 64%

⁴¹⁶⁹ CCNE, Avis n° 74, « Les banques de sang de cordon ombilical en vue d'une utilisation autologue ou de recherche », 12 décembre 2002, p. 9.

⁴¹⁷⁰ CCNE, Avis n° 117, « Utilisation des cellules souches issues du sang de cordon ombilical, du cordon lui-même et du placenta et leur conservation en biobanques. Questionnement éthique », 23 février 2012, p. 20.

⁴¹⁷¹ CATTO M.-X., « Éléments et produits du corps humain (Art. L 1241-1 CSP) : constitutionnalité de l'interdiction de conserver, à titre préventif, le sang de cordon dans le cadre intrafamilial » (PDF), in *Lettre Actualités Droits-Libertés du CREDOF*, 3 juin 2012.

⁴¹⁷² AN, Proposition de loi relative au prélèvement et à la conservation des cellules souches issues du sang de cordon ombilical, Présentée par M. Damien MESLOT, n° 1938, Enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 29 septembre 2009, pp. 2-3 : le député considérait qu'il était « *nécessaire de modifier la législation actuelle afin de permettre aux parents qui le souhaitent de conserver le sang de cordon de leur enfant en vue d'un éventuel usage à des fins réparatrices ou régénératrices, qui pourraient être rendues possibles par les progrès de la médecine au cours des prochaines années. D'autres pays européens ont d'ailleurs autorisé cette pratique : l'étude de droit comparé présentée dans le rapport précité de Mme Marie-Thérèse Hermange souligne ainsi que « l'absence de banques privées de sang placentaire apparaîtra bientôt comme une exception française ». En outre, comme le rappelle le Conseil d'État, dans son rapport de mai 2009 sur la révision des lois de bioéthique, « certains praticiens ont pris position en faveur d'une certaine légalisation, au regard des espoirs thérapeutiques à moyen ou long terme (réparation des os, diabète) » ; SÉNAT, Proposition de loi tendant à promouvoir et organiser la collecte, la conservation et la recherche relative au cordon ombilical, Présentée par Mme Marie-Thérèse HERMANGE et al., n° 306, Enregistré à la Présidence du Sénat le 19 février 2010, pp. 4-5 : les sénateurs considéraient que « *le développement des partenariats public-privé dans les conditions requises à l'article 4, permettant la progression rapide du nombre de prélèvement effectués, doit aussi être encouragé dans ce domaine* ». Ils relevaient en outre que « *l'organisation de la conservation des unités de sang placentaire à des fins de greffes intrafamiliales en cas de besoins thérapeutiques spécifiques définis par les autorités de santé représente (...) un enjeu de santé publique pour la France et doit donc être développée* ».*

⁴¹⁷³ BELLIVIER F., NOIVILLE C., « De Freud au contrat : couper le cordon ! », RDC, 2008, n° 3, p. 937 et s.

⁴¹⁷⁴ Pour une étude comparative sur cette question, voir : SÉNAT, *La conservation du sang placentaire*, Les documents de travail du Sénat, Série législation comparée, n° LC 187, Septembre 2008, 45 p.

⁴¹⁷⁵ SÉNAT, Rapport d'information fait au nom de la commission des affaires sociales sur le potentiel thérapeutique des cellules souches extraites du sang de cordon ombilical, Par Mme Marie-Thérèse HERMANGE, n° 79, Annexe au procès-verbal de la séance du 4 novembre 2008, pp. 22-23.

⁴¹⁷⁶ Le site de l'Agence de la biomédecine fait état de 10 000 unités en juillet 2012. Information disponible sur : <http://www.agence-biomedecine.fr/Utilisation-therapeutique-du-sang>, Consulté le 15 décembre 2013.

des unités⁴¹⁷⁸. Cette définition purement étatique ne se retrouve pas en Suisse où une plus grande place est laissée à la liberté tant des parents que des sociétés privées. Cela pourrait s'expliquer par l'attitude plus libérale de ce pays dans le domaine des prestations de santé qui se montre généralement moins méfiant à l'égard des opérateurs privés.

2. La nécessaire reconnaissance de la liberté personnelle des proches révélée par le droit comparé

633. Les enjeux tant économiques qu'en ce qui concerne la santé publique invitent toutefois à ne pas négliger la reconnaissance de droits sur le corps qui pourraient constituer un contrepoids utile en permettant de réaliser un équilibre entre les intérêts en présence. Le droit français, attaché à l'existence d'un ordre public corporel peine à trouver les fondements d'un éventuel droit des proches, alors que le droit comparé témoigne de l'utilité d'une telle reconnaissance. Il convient de s'interroger, à la lumière du droit suisse, sur les fondements envisageables d'éventuels droits des proches sur les éléments et produits du corps humain et de montrer qu'ils n'ont pas réellement été mobilisés.

634. Droits de la personnalité des proches – En droit suisse, la disposition des organes trouve sa source dans les droits de la personnalité des proches. Cette protection indirecte du cadavre, par le biais des droits des proches, n'est pas inconnue du droit français. On la retrouve notamment lors de l'utilisation de l'image ou de la diffusion d'éléments relatifs à la vie privée d'une personne décédée. Tout comme en Suisse, les droits de la personnalité s'éteignent en principe à la mort du défunt et ne sont pas transmis à ses héritiers. Ainsi, après quelques hésitations⁴¹⁷⁹, la Cour de cassation a-t-elle décidé que « *le droit d'agir pour le respect de la vie privée s'éteint au décès de la personne concernée, seule titulaire de ce droit*⁴¹⁸⁰, et n'est pas transmis à ses héritiers »⁴¹⁸¹. Cependant, comme le souligne S. HOCQUET-BERG, « *les proches du défunt ne sont pas dénués de moyens juridiques pour défendre la mémoire du défunt* »⁴¹⁸² puisque leur action pourrait trouver son fondement dans leur droit à la vie privée⁴¹⁸³ ou dans le droit de la responsabilité civile. La Cour de cassation retient d'ailleurs que « *si les proches d'une personne peuvent s'opposer à la reproduction de son image après son décès, c'est à la condition d'en éprouver un préjudice personnel établi, déduit le cas échéant d'une atteinte à la mémoire ou au respect dû au mort* »⁴¹⁸⁴. La Haute cour a, par la suite⁴¹⁸⁵, confirmé cette jurisprudence tout en supprimant la mention « *le*

⁴¹⁷⁷ Le rapport HERMANGE rappelle que le coût moyen d'importation est de 18 000 € : SÉNAT, Rapport d'information fait au nom de la commission des affaires sociales sur le potentiel thérapeutique des cellules souches extraites du sang de cordon ombilical, Par Mme Marie-Thérèse HERMANGE, n° 79, Annexe au procès-verbal de la séance du 4 novembre 2008, p. 23.

⁴¹⁷⁸ Information disponible sur le site de l'Agence de la biomédecine : <http://www.agence-biomedecine.fr/Utilisation-therapeutique-du-sang>, Consulté le 15 décembre 2013.

⁴¹⁷⁹ TGI Paris, 11 janvier 1977 : D. 1977, Jurisp., 84, Note LINDON R.

⁴¹⁸⁰ Cass. civ. 1^{re}, 14 décembre 1999, n° 97-15.756 : Bull. civ., 1999, I, n° 345 ; D., 2000, 372, Note BEIGNIER B. ; D., 2000, Somm. 266, CARON C. ; JCP G, 2000, II, 10241, Concl. PETIT ; RTD civ., 2000, 291, Obs. HAUSER J. ; Cass. civ. 2^e, 20 novembre 2003, n° 02-12.297 : Bull. civ., 2003, II, n° 354 ; JCP G, 2004, IV, 1076 ; Cass. civ. 1^{re}, 15 février 2005, n° 03-18.302 : Bull. civ., 2005, I, n° 86, RLDI, 2005, 38 ; JCP G., 2005, IV, 1668 ; D., 2005, Somm. 2644, Note LEPAGE A.

⁴¹⁸¹ Cass. civ. 2^e, 8 juillet 2004, n° 03-13.260 : Bull. civ., 2004, II, n° 390 ; JCP G, 2004, IV, 2926 ; RTD civ., 2004, 714, Obs. HAUSER J.

⁴¹⁸² HOCQUET-BERG S., « La responsabilité civile : fondement de la vie privée des défunts », D., 2000, n° 39, p. 818.

⁴¹⁸³ Ce fondement est toutefois jugé tantôt « inutile » (HOCQUET-BERG S., « La responsabilité civile : fondement de la vie privée des défunts », D., 2000, n° 39, p. 818), tantôt « superflu voire foncièrement inopportun » (LOISEAU G., « La protection posthume de la personnalité », JCP G, 2010, n° 39, p. 1780).

⁴¹⁸⁴ Cass. civ. 1^{re}, 22 octobre 2009, n° 08-10.557, Bull. civ., 2009, I, n° 211 ; RTD civ., 2010, 79, Obs. HAUSER J.

cas écheant ». Cependant, le droit français n'a pas, à notre connaissance, mobilisé les droits de la personnalité des proches pour leur reconnaître un droit de disposition sur les éléments et produits du corps humain. Dans des affaires relativement anciennes, les juges du fond avaient considéré que la réalisation d'un prélèvement malgré le refus des parents ou de l'épouse était fautive⁴¹⁸⁶. Le Conseil d'État avait toutefois fait une application stricte de la loi. Il avait ainsi refusé de retenir la faute d'un établissement ayant procédé, sans l'accord des représentants légaux, à un prélèvement sur une enfant musulmane dont la confession l'interdisait⁴¹⁸⁷.

635. Droit de propriété – Le droit de propriété ne semble pas non plus pouvoir être mobilisé en l'état actuel du droit. L'idée de mobiliser le droit de propriété pour assurer la protection de la dépouille pourrait être source d'inquiétudes, dans la mesure où la doctrine française majoritaire tend à identifier le corps à la personne⁴¹⁸⁸. Elle a néanmoins pu trouver quelques soutiens dans la jurisprudence relative à la dépouille⁴¹⁸⁹ ou aux cendres des personnes décédées⁴¹⁹⁰, favorable à la qualification de droit de « *copropriété familiale inviolable et sacrée* ». Approuvée par certains auteurs, cette thèse réificatrice n'emportait pas pour autant l'unanimité⁴¹⁹¹. Quoi qu'il en soit, la jurisprudence ne s'est pas montrée favorable à la reconnaissance d'un droit des proches sur les prélèvements autopsiques. La cour d'appel de Toulouse a ainsi retenu la qualification d'objets non ordinaires, ce qui l'a « *conduit in fine à les soustraire du droit de la famille à restitution* »⁴¹⁹². En cassation, les juges ont également refusé la restitution au motif que « *les prélèvements effectués sur le corps humain à des fins de recherches médico-légales pour les nécessités d'une enquête (...), qui ne peuvent faire l'objet d'un droit patrimonial aux termes de l'article 16-1 du Code civil, ne constituent pas des objets susceptibles de restitution au sens de l'article 41-4 du Code de procédure pénale* »⁴¹⁹³. La qualification particulière des prélèvements semble donc empêcher une protection indirecte des éléments du corps humain par la médiation des droits des proches. La reconnaissance des droits des proches serait toutefois utile au vu de la jurisprudence de la CEDH⁴¹⁹⁴.

⁴¹⁸⁵ Cass. civ. 1^{re}, 1^{er} juillet 2010, n° 09-15.479, *Bull. civ.*, 2010, I, n° 151 ; *JCP G*, 2010, n° 39, 942, Note LOISEAU G. ; *D.*, 2010, 2044, Note DELAGE P.-J. ; *RTD civ.*, 2010, 526, Note HAUSER J.

⁴¹⁸⁶ TA Marseille, 9 novembre 1984 ; TA Marseille, 15 décembre 1987 : cités par : RAIMBAULT P., « Le corps humain après la mort. Quand les juristes jouent au « cadavre exquis » », *Droit et société*, 2005, n° 61, p. 826, Note 38. TA Lyon, 19 mai 1993 : cité par : PEDROT P., « Les prélèvements d'organes *post mortem* », in SÉRIAUX A. (Dir.), *Le droit, la médecine et l'être humain*, Aix-Marseille, PUAM, 1996, p. 174.

⁴¹⁸⁷ Conseil d'État, 17 février 1988. Voir également : Conseil d'État, 18 mars 1983 : cités par : RAIMBAULT P., « Le corps humain après la mort. Quand les juristes jouent au « cadavre exquis » », *Droit et société*, 2005, n° 61, p. 826, Note 39.

⁴¹⁸⁸ Sur la distinction entre « *les doctrines orthodoxes identifiant le corps à la personne* » et « *les doctrines hétérodoxes dissociant le corps de la personne* », voir : LECA A., « Corpus id est persona ? Réflexions à propos de la situation juridique du corps humain », in *De jure corporis ou la réification du corps humain*, Bordeaux, Les cahiers de droit de la santé du sud est, LEH, 2004, pp. 39-55.

⁴¹⁸⁹ Un corps en désagrégation fait l'objet d'un droit de copropriété familiale, inviolable et sacré susceptible de bénéficier de la protection conférée par l'article 16-2 du Code civil : TGI Lille, Ord., 5 décembre 1996 : *D.*, 1997, 376, LABBÉE X.

⁴¹⁹⁰ TGI Lille, 23 septembre 1997, *LPA*, 27 janvier 1999, 17, Note MORY B., LABBÉE X. Dans ce sens également : CA Bordeaux, 1^{re} chambre, 14 janvier 2003, n° 99/03465, *Juridata* n° 2003-204234, *RJPF*, 2003, n° 9, 27, CASEY J. Voir également : TGI Lille 25 janvier 2001, *D.*, 2001, 2545.

⁴¹⁹¹ BEIGNIER B., *Jurisclasser civil code*, Fascicule 72, « Respect et protection du corps humain – Le mort », n° 47 – CASEY J., « Une mère dans l'urne et ses cinq filles au prétoire : une famille en cendres ? », *RJPF*, 2003, n° 9, p. 28.

⁴¹⁹² CA Toulouse, 28 avril 2009, n° 503/09 : *Gaz. Pal.*, 16 janvier 2010, 40.

⁴¹⁹³ Cass. crim., 3 février 2002, n° 09-83.468 : *AJ pénal*, 2010, 250, Note ROYER G. ; Cass. crim., 3 avril 2002, *RSC*, 2002, 842, Obs. COMMARET D.-N.

⁴¹⁹⁴ CEDH, Quatrième section, Petrova contre Lettonie, 24 juin 2014, n° 4605/05 ; CEDH, Troisième section, Pannullo et forte contre France, 30 octobre 2001, n° 37794/97.

636. La prévalence de l'ordre public corporel au détriment du droit des proches – L'approche française semble davantage marquée par un ordre public corporel que par la reconnaissance d'un droit à la libre disposition. Cette différence de conception exerce une influence sur les droits des proches qui apparaissent nettement plus limités en droit français qu'en droit suisse. Cette limitation est également prégnante en ce qui concerne le choix des funérailles dans la mesure où le droit français interdit la cryogénisation⁴¹⁹⁵. Comme le souligne, S. DOUAY, le juge fait ici le choix de la « *conception morale et communautaire de la dignité humaine (...). Cette dignité devient, pour l'autorité publique et le juge administratif, le moyen de réglementer et censurer, selon ses propres conceptions morales, sa propre interprétation, le rapport de chacun avec lui-même* »⁴¹⁹⁶.

637. Toutefois, la reconnaissance de droits en faveur des proches pourrait sembler utile. En effet, elle peut constituer un contrepoids intéressant à la pression exercée par l'impératif de protection de la santé d'autrui et n'implique pas nécessairement que ces droits revêtent une portée absolue. La jurisprudence de la CEDH, favorable à la mise en balance des intérêts en présence, encourage d'ailleurs à suivre cette voie.

638. Critique de la jurisprudence constitutionnelle française au regard du droit suisse – La jurisprudence du Conseil constitutionnel apparaît décevante sur les deux questions envisagées.

En matière de don de sang de cordon, le refus du Conseil constitutionnel de donner toute sa portée à la liberté personnelle nous semble critiquable. Comme le souligne M.-X. CATTO, « *il paraît (...) très problématique que le commentaire de la décision, loin de justifier l'absence de droits de disposer de ses éléments par la dimension publique de la santé, légitime à l'inverse l'inexistence d'un droit sur les éléments qui y échappent alors précisément que d'autres se l'octroient* »⁴¹⁹⁷. La reconnaissance d'une liberté n'empêchait pas, en effet, de reconnaître d'éventuelles restrictions pour des raisons d'intérêt général comme la protection de la santé. Le droit suisse l'illustre particulièrement. Comme le rappelle P. MAHON, il convient de faire « *la différence entre le champ de protection d'un droit fondamental, c'est-à-dire les biens ou valeurs juridiques protégés et les restrictions possibles à un tel droit.*

⁴¹⁹⁵ Plusieurs affaires ont été concernées par cette question. En premier lieu, l'affaire Leroy dans laquelle la cryogénisation dans une propriété privée a été refusée : Conseil d'État, 29 juillet 2002, n° 222180 : *D.*, 2002, IR, 2583 ; *JCP G.*, 2003, I, 150, n° 2, Obs. TEYSSIER B. ; *RJP*, 2002-12/21, Note PUTMAN E. En appel, voir : CAA Bordeaux, 29 mai 2000, n° 99BX02454 : *AJDA*, 2000, 896, J.-L. R. ; *AJDA*, 2000, 958 ; *Droit administratif*, 2000, Comm. 236, EXPOSTA N. En première instance, voir : TA, Saint-Denis de la Réunion, 21 octobre 1999 : *JCP G.*, 2000, II, 10287, Note LEMAIRE F. Dans l'affaire Martinot, le Conseil d'État a fait preuve du même refus mais a ajouté qu'« *en vertu des articles 8 et 9 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, le choix du mode de sépulture, qui est intimement lié à la vie privée et par lequel une personne peut entendre manifester ses convictions, peut faire l'objet de restrictions notamment dans l'intérêt de l'ordre et de la santé publiques ; que les restrictions que prévoient les dispositions précitées du Code général des collectivités territoriales, en n'autorisant, après le décès d'une personne, que l'inhumation ou la crémation de son corps, lesquelles visent à organiser les modes de sépulture selon les usages et à protéger la santé publique, ne sont pas disproportionnées par rapport à ces objectifs et ne méconnaissent pas, par suite, les stipulations de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales* » : Conseil d'État, 5^e et 4^e sous sections réunies, 6 janvier 2006, n° 260307 : *D.*, 2006, 1875, CORPART I. ; *D.*, 2006, Pan., 1207, Obs. GALLOUX J.-C. ; *JCP G.*, 2006, II, 10059, Note ERSTEIN L. ; *Deffrénois*, 2006, 500, Note POPU H. ; *AJDA*, 2006, 757, Note BURGOGNE LARSEN L. Cet arrêt est l'épilogue d'une longue bataille judiciaire. Avant cette décision, voir : TGI Saumur, 13 mars 2002 (Ord. Référé) : *LP*, 4 octobre 2002, 15, Note ROLLAND B. ; CA Angers, 9 septembre 2002 : *JCP G.*, 2003, II, 10052, Note DOUAY S. ; TA Nantes, 5 septembre 2002, n° 0201396, 0201395, 0201394, 0201756 : *JCP G.*, 2003, II, 10052, Note DOUAY S. ; CAA Nantes, 27 juin 2003, n° 02NT01704 : *AJDA*, 2003, 1871, Concl. MILLET F.

⁴¹⁹⁶ DOUAY S., « L'interdiction de la libre disposition de son corps par delà la mort ou la conception morale et communautaire de la dignité humaine », *JCP G.*, 2003, n° 13, II, 10052, p. 574 et p. 576.

⁴¹⁹⁷ CATTO M.-X., « Éléments et produits du corps humain (Art. L 1241-1 CSP) : constitutionnalité de l'interdiction de conserver, à titre préventif, le sang de cordon dans le cadre intrafamilial » (PDF), in *Lettre Actualités Droits-Libertés du CREDOF*, 3 juin 2012.

*Ces dernières sont subordonnées à l'existence d'une base légale, au respect de l'intérêt public et à la proportionnalité*⁴¹⁹⁸, conformément à l'article 36 de la Constitution fédérale suisse. On peut donc regretter que le Conseil constitutionnel n'ait pas saisi l'occasion de reconnaître que la liberté personnelle était applicable. En effet, le refus de laisser toute latitude à la mère quant « *au choix de la destination de l'élément prélevé en la matière est justifié par le législateur par la mise en place d'une gestion collective de la circulation des ressources biologiques (...) afin de réaliser la protection de la santé* »⁴¹⁹⁹. C'est précisément sur la pertinence de ce modèle de gestion collective que le Conseil constitutionnel refuse d'exercer son contrôle. Comme à son habitude⁴²⁰⁰, il retient qu'« *il n'appartient pas au Conseil constitutionnel, qui ne dispose pas d'un pouvoir général d'appréciation et de décision de même nature que celui du Parlement, de substituer son appréciation à celle du législateur sur les conditions dans lesquelles de telles cellules peuvent être prélevées et les utilisations auxquelles elles sont destinées* »⁴²⁰¹.

La jurisprudence apparaît également décevante concernant les dons d'organes. La décision bioéthique du Conseil constitutionnel de 1994⁴²⁰² s'est, en effet, montrée silencieuse sur le consentement présumé. Ce silence a pu être critiqué par B. MATHIEU qui relève que « *certaines dispositions (...), dont la constitutionnalité mérite d'être au moins discutée, ne sont pas examinées. Le Conseil aurait pu se prononcer sur la constitutionnalité du consentement présumé en matière de dons d'organes post mortem, alors que le Conseil d'État considère que le respect dû à la personne humaine se prolonge au-delà de la mort (...), et que pourrait être invoqué le principe de solidarité* »⁴²⁰³. Ce principe de solidarité entre les morts et les vivants à des fins de protection de la santé aurait en effet mérité d'être développé et d'être mis en balance avec le concept de liberté personnelle.

Le droit suisse montre d'ailleurs l'intérêt de reconnaître un tel concept puisqu'il constitue une norme de contrôle adéquat lorsqu'il est question de la disposition corporelle. Plusieurs arrêts en témoignent.

Dans un arrêt Gross de 1973, un avocat et dix citoyens domiciliés dans le canton de Zurich avaient formé un recours de droit public à l'encontre des dispositions d'une ordonnance du Conseil d'État zurichois sur les hôpitaux cantonaux. Cette dernière prévoyait que les autopsies et les prélèvements d'organes en vue d'une transplantation étaient possibles sauf en cas d'opposition du patient ou de ses

⁴¹⁹⁸ MAHON P., « Quatrième table ronde : les aspects de droit comparé » in BIOY X., ROUSSILLON H. (Dir.), *La liberté personnelle. Une autre vision de la liberté ?*, Actes de la journée d'études, 7 mai 2005, Toulouse, IFR-mutation des normes juridiques n° 1, Presses de l'Université des sciences sociales, 2006, p. 111.

⁴¹⁹⁹ CATTO M.-X., « Eléments et produits du corps humain (Art. L 1241-1 CSP) : constitutionnalité de l'interdiction de conserver, à titre préventif, le sang de cordon dans le cadre intrafamilial » (PDF), in *Lettre Actualités Droits-Libertés du CREDOF*, 3 juin 2012.

⁴²⁰⁰ Voir, notamment : Conseil constitutionnel, Décision n° 2011-173 QPC, 30 septembre 2011, M. Louis C. et autres, Consid. 6 ; Conseil constitutionnel, Décision n° 2012-268 QPC, 27 juillet 2012, Mme Annie M., Consid. 8 ; Conseil constitutionnel, Décision n° 2012-248 QPC, 16 mai 2012, M. Mathieu E., Consid. 8 ; Conseil constitutionnel, Décision n° 2010-92 QPC, 28 janvier 2011, Mme Corinne C. et Sophie H., Consid. 5 ; Conseil constitutionnel, Décision n° 2010-39 QPC, 6 octobre 2010, Mmes Isabelle D. et Isabelle B., Consid. 5 ; Conseil constitutionnel, Décision n° 2012-282 QPC, 23 novembre 2012, Association France nature environnement et autre, Consid. 8 ; Conseil constitutionnel, Décision n° 2013-669 DC, 17 mai 2013, Loi ouvrant le mariage aux couples de même sexe, Consid. 14, 22 et 49 ; Conseil constitutionnel, Décision n° 2013-667 DC, 16 mai 2013, Loi relative à l'élection des conseillers départementaux, des conseillers municipaux et des conseillers communautaires, et modifiant le calendrier électoral, Consid. 61 ; Conseil constitutionnel, Décision n° 2003-467 DC, 13 mars 2003, Loi pour la sécurité intérieure, Consid. 72 ; Conseil constitutionnel, Décision n° 94-343/344 QPC, 27 juillet 1994, Loi relative au respect du corps humain et loi relative au don et à l'utilisation des éléments et produits du corps humain, à l'assistance médicale à la procréation et au diagnostic prénatal, Consid. 10.

⁴²⁰¹ Décision n° 2012-249 QPC du 16 mai 2012, Société Cryo-Save France, Consid. 7.

⁴²⁰² Conseil constitutionnel, Décision n° 94-343/344 QPC, 27 juillet 1994, Loi relative au respect du corps humain et loi relative au don et à l'utilisation des éléments et produits du corps humain, à l'assistance médicale à la procréation et au diagnostic prénatal.

⁴²⁰³ MATHIEU B., « Conformité à la Constitution des lois relatives au respect du corps humain et au don et à l'utilisation des éléments et produits du corps humain, à l'assistance médicale à la procréation et au diagnostic prénatal », *D.*, 1995, n° 16, p. 240.

proches. Ils arguaient que ces dispositions portaient atteinte à leur liberté personnelle. Le Tribunal fédéral intègre le droit de disposer de son cadavre après sa mort dans la sphère de protection de la liberté personnelle. Il considère, toutefois, que ce droit peut être limité dans la mesure où il ne constitue pas le noyau dur de cette liberté. Se prêtant à une évaluation des biens et intérêts en présence, le Tribunal fédéral « *n'examine pas le cas où la personne s'opposerait au prélèvement pour le mettre en balance avec les droits du receveur* ». Il retient que la règle du consentement présumé se justifie doublement : « *Tout d'abord, au vu de l'urgence, la recherche du consentement pourrait conduire à des difficultés pratiques. Ensuite, l'invitation à se prononcer serait également douteuse du point de vue de la protection constitutionnelle de la personnalité (les personnes n'ont pas nécessairement envie de penser à leur propre mort)* ». Il émet cependant une réserve puisque la constitutionnalité du consentement présumé nécessite que la législation soit « *régulièrement portée à la connaissance de celui qu'elle concerne virtuellement, afin qu'il puisse véritablement exercer son droit d'opposition* »⁴²⁰⁴. En l'occurrence, le Tribunal considère que la publication dans le recueil des lois constitue une information suffisante. Le Tribunal fédéral semble, cependant, avoir durci son appréciation dans une affaire Himmelberger de 1997 dans laquelle il était saisi d'un recours de droit public, formé par un citoyen genevois, à l'encontre de la loi sur les prélèvements et les transplantations d'organes et de tissus. Cette dernière prévoyait un régime de consentement présumé, mais ne contenait aucune obligation concernant l'information de la population ou des proches. Le citoyen faisait grief à la loi de violer la garantie constitutionnelle non écrite de la liberté personnelle. Le Tribunal confirme à nouveau la conformité de la règle du consentement présumé à la Constitution, mais la soumet à des conditions strictes. « *Le Tribunal fédéral considère qu'une interprétation conforme au droit constitutionnel implique une obligation d'information tant à la population (devoir d'information au sens large) qu'aux proches d'un défunt décédé et potentiellement donneur* ». S'agissant du devoir d'information au sens large, « *il convient d'insister sur la nécessité d'une diffusion large de la nouvelle réglementation, non seulement dans le cadre des établissements médicaux, mais aussi auprès de l'ensemble de la population. Cette information doit par ailleurs être régulièrement renouvelée, puisque la présomption instaurée par la loi s'étend à toute personne nouvellement domiciliée dans le canton* »⁴²⁰⁵. La simple publication du texte de loi dans la feuille officielle puis dans le recueil des lois n'est donc pas suffisante.

Pour finir, l'arrêt du Tribunal fédéral insiste sur l'importance de l'information. Cette information qui apparaît centrale est, à notre sens, trop négligée par le droit français, malgré les améliorations apportées par la loi bioéthique de 2011⁴²⁰⁶. Le rapport des états généraux de la bioéthique montre clairement que la législation est mal maîtrisée par les Français⁴²⁰⁷, le flou étant d'ailleurs entretenu par les spots d'information de l'agence de la biomédecine⁴²⁰⁸.

Cette jurisprudence s'avère particulièrement intéressante pour établir une comparaison. En effet, le Tribunal fédéral se prête à une analyse détaillée des intérêts en présence afin d'apprécier la conformité à la Constitution des choix législatifs cantonaux de l'époque.

⁴²⁰⁴ ATF 98 Ia 508 = JT 1973 I 503.

⁴²⁰⁵ *Ibid.*

⁴²⁰⁶ Art. 8 de la loi n° 2011-814 du 7 juillet 2011 relative à la bioéthique, JORF, 8 juillet 2011, p. 11826.

⁴²⁰⁷ ÉTATS GÉNÉRAUX DE LA BIOÉTHIQUE, *Rapport final*, p. 46.

⁴²⁰⁸ Exemple : « *donneur ou pas, je sais pour eux, ils savent pour moi* ». La dernière campagne est légèrement plus explicite. « *Maintenant. C'est le bon moment pour dire à vos proches si vous êtes ou non pour le don d'organes. C'est vers vos proches que le médecin de l'hôpital se tournera en cas de décès pour savoir si vous étiez opposé ou non au don d'organes. Don d'organes, il suffit de le dire. Maintenant* » : Disponible sur : <http://www.agence-biomedecine.fr/22-juin-2014>, Consulté le 5 octobre 2014. La campagne télévisée est nettement plus ambiguë.

II. LE NÉCESSAIRE ÉQUILIBRE ENTRE L'INTÉRÊT DU PATIENT ET LA PROTECTION DE SA FAMILLE

639. Dans chacun des deux pays, le droit de la santé a participé à l'évolution des solidarités familiales en réglementant des actes médicaux réalisés dans l'intérêt thérapeutique d'autrui. Cette évolution des solidarités familiales s'inscrit en contradiction avec la protection des droits du patient. Deux finalités antagonistes, à savoir la protection du patient et la protection des membres de sa famille, peuvent donc être identifiées. Le constat de cet antagonisme invite à concilier ces deux finalités afin de garantir le nécessaire équilibre entre les intérêts en présence. La recherche de cet équilibre passe par l'encadrement de la solidarité informationnelle (A) ainsi que par l'encadrement de la solidarité corporelle (B).

A. L'encadrement de la solidarité informationnelle

640. L'étude de droit comparé a permis de montrer l'existence de devoirs du patient d'informer certains membres de sa famille de son état de santé. L'étendue de ces devoirs est cependant variable d'un pays à l'autre. Le droit fédéral suisse n'ayant pas prévu de texte particulier, il faut se contenter d'appliquer les règles posées par le droit de la famille. À l'inverse, le droit de la santé français a favorisé l'évolution des obligations familiales, en imposant à la personne testée de transmettre l'information génétique aux membres de sa famille potentiellement concernés. Cette évolution différente des rapports entre droit de la santé et droit de la famille nous semble pouvoir s'expliquer par des conceptions différentes du secret médical. L'assouplissement du secret médical en Suisse (1) s'oppose au refus français de l'écarter ce secret lorsque le patient le refuse (2). Toutefois, malgré cette divergence des droits, l'intégration d'une réflexion sur l'intérêt des membres de la famille dans les textes juridiques français relatifs aux examens génétiques apparaît innovante. Ce caractère novateur justifie que seule cette problématique soit développée, à l'exclusion de celle de la transmission du VIH. En effet, elle met en lumière des préoccupations partagées par le droit français et le droit suisse, ce qui permettra de montrer la variété des modèles visant à garantir l'équilibre entre les intérêts en présence.

1. La dérogation au secret médical en droit suisse

641. Intérêt des tiers pris en considération par une multiplicité de normes – En droit suisse, le secret médical⁴²⁰⁹ s'inscrit au carrefour des disciplines ; il fait l'objet d'une multiplicité de normes dont l'enchevêtrement s'explique par la structure fédérale du pays⁴²¹⁰. La loi fédérale sur la protection des données⁴²¹¹, qui qualifie les données de santé de données sensibles⁴²¹², s'applique aux organes privés et aux organes fédéraux⁴²¹³. Après avoir posé des principes généraux, cette loi régit différemment le

⁴²⁰⁹ Juridiquement, les termes utilisés sont différents selon les textes. Nous utilisons le terme de secret médical par commodité de langage, afin d'éviter une énumération fastidieuse des différents vocables.

⁴²¹⁰ BURGAT S., « Le secret médical – Interférences et interdépendances entre droit privé et droit public », in DUNAND J.-P., MAHON P., « *Le droit décloisonné* », *interférences et interdépendances entre droit privé et droit public*, Zurich, Enseignement de 3^e cycle de droit, Schulthess, 2009, pp. 225-257.

⁴²¹¹ Loi fédérale sur la protection des données du 19 juin 1992, Entrée en vigueur au 1^{er} juillet 1993, RS 235.1, RO 1993 1945.

⁴²¹² Art. 3 let. c chiffre 2 LPD.

⁴²¹³ Art. 2 al. 1 LPD.

traitement de données personnelles réalisé par des personnes privées⁴²¹⁴ et le traitement réalisé par des organes fédéraux⁴²¹⁵. Dans chacune de ces hypothèses, la révélation en principe illicite des données de santé peut être justifiée par des causes différentes. Alors que la communication des données par une autorité est régie par l'article 19 LPD⁴²¹⁶, les motifs justificatifs de la révélation par une personne privée à des tiers relèvent de l'article 13. Ce dernier se réfère aux motifs posés par l'article 28 CCS, à savoir le consentement de la victime, l'intérêt prépondérant privé ou public ou encore l'autorisation de la loi. Ces justifications se rapprochent, tout en s'en distinguant, des conditions de restriction au droit fondamental à la protection de la sphère privée⁴²¹⁷ posées par l'article 36 Cst. féd. Quant aux faits justificatifs de la violation du secret professionnel, ils relèvent d'une logique propre. En sus des faits justificatifs généraux⁴²¹⁸ du droit pénal, la révélation du secret n'est pas punissable « *si elle a été faite avec le consentement de l'intéressé ou si, sur la proposition du détenteur du secret, l'autorité supérieure ou l'autorité de surveillance l'a autorisé par écrit* »⁴²¹⁹. Notons que ces autorités varient selon les cantons. Il faut enfin y ajouter les règles de droit cantonal, celles du Code des obligations⁴²²⁰, de la loi fédérale sur les professions médicales universitaires⁴²²¹ ainsi que les dispositions issues du droit des assurances sociales⁴²²². Sans entrer dans le détail, on constate que ces règles consacrent des limites au secret médical, lequel ne revêt pas un caractère absolu. Il peut être levé en présence d'un fait ou d'un motif justificatif dont la teneur varie selon les lois concernées. L'intérêt d'un tiers peut ainsi être pris en considération.

642. Intérêt de la famille dans la LAGH – La loi fédérale sur l'analyse génétique humaine s'inspire de ces mécanismes⁴²²³, afin d'assurer un équilibre entre l'intérêt du patient et l'intérêt des membres de sa famille. Tout comme en droit français, le médecin peut communiquer les résultats de l'analyse aux membres de la famille, au conjoint ou au partenaire de la personne concernée, dès lors que celle-ci y a consenti⁴²²⁴. Il s'agit d'une application du principe selon lequel la personne, maîtresse du secret, peut délier le médecin de son obligation de garder le secret. La transmission de l'information peut permettre de

⁴²¹⁴ Section 3 LPD.

⁴²¹⁵ Section 4 LPD.

⁴²¹⁶ « *Les organes fédéraux ne sont en droit de communiquer des données personnelles que s'il existe une base légale au sens de l'art. 17 ou à l'une des conditions suivantes : le destinataire a, en l'espèce, absolument besoin de ces données pour accomplir sa tâche légale ; la personne concernée y a, en l'espèce, consenti ; la personne concernée a rendu ses données accessibles à tout un chacun et ne s'est pas formellement opposée à la communication ; le destinataire rend vraisemblable que la personne concernée ne refuse son accord ou ne s'oppose à la communication que dans le but de l'empêcher de se prévaloir de prétentions juridiques ou de faire valoir d'autres intérêts légitimes ; dans la mesure du possible, la personne concernée sera auparavant invitée à se prononcer* ».

⁴²¹⁷ Art. 13 Cst. féd. : « *Toute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale, de son domicile, de sa correspondance et des relations qu'elle établit par la poste et les télécommunications* ».

⁴²¹⁸ Art. 14 CPS (actes autorisés par la loi) ; Art. 15 CPS (légitime défense) ; Art. 17 CPS (état de nécessité licite).

⁴²¹⁹ Art. 321 al. 2 CPS.

⁴²²⁰ Loi fédérale complétant le Code civil suisse (livre cinquième : droit des obligations) du 30 mars 1911, Entrée en vigueur au 1^{er} janvier 1912, RS 220, RO 27 321. L'application de ces règles se justifie par l'appréhension juridique de la relation médicale comme un contrat de mandat. Sur cette question voir : MÜLLER C., *Contrats de droit suisse*, Berne, Stämpfli, 2012, p. 387 et s.

⁴²²¹ Art. 40 let. f (relatif aux devoirs professionnels) de la loi fédérale sur les professions médicales universitaires (Loi sur les professions médicales, LPMéd) du 23 juin 2006, Entrée en vigueur au 1^{er} septembre 2007, RS 811.11, RO 2007 4031.

⁴²²² Ce paragraphe résume brièvement : BURGAT S., « *Le secret médical – Interférences et interdépendances entre droit privé et droit public* », in DUNAND J.-P., MAHON P., « *Le droit décloisonné* », *interférences et interdépendances entre droit privé et droit public*, Zurich, Enseignement de 3^e cycle de droit, Schulthess, 2009, pp. 225-257.

⁴²²³ Le message du Conseil fédéral établit clairement se rapport de filiation : « *Les données génétiques font partie des données médicales qui sont des données personnelles protégées. De ce fait, le projet renonce à l'adoption d'un régime juridique spécial pour leur protection et leur communication et les traite comme les autres données médicales, bien qu'elles se distinguent par leur sensibilité parfois accrue et les conséquences qu'elles peuvent avoir pour des parents de sang et pour le projet parental d'un couple. L'art. 19 fixe ainsi dans le domaine de l'analyse génétique les principes importants prévus par les dispositions légales actuelles sur le secret médical et sur la protection des données en matière de communication des données médicales* » : Message relatif à la loi fédérale sur l'analyse génétique humaine, 11 septembre 2002, FF 2002 6900.

⁴²²⁴ Art. 19 al. 2 LAGH.

prendre des mesures thérapeutiques en faveur de la famille, de lui apporter un soutien ou encore d'organiser un planning familial⁴²²⁵. En revanche, contrairement à la loi relative à la bioéthique française, la LAGH permet au médecin de passer outre le refus de la personne de transmettre l'information. Pour ce faire, le professionnel doit « *demande à l'autorité cantonale compétente d'être délié du secret (...), conformément à l'article 321 ch. 2, du Code pénal, lorsque la protection d'intérêts prépondérants des membres de la famille, du conjoint ou du partenaire nécessite que ceux-ci soient informés* »⁴²²⁶. Si elle l'estime nécessaire, l'autorité peut « *solliciter l'avis de la commission d'experts pour l'analyse génétique humaine* »⁴²²⁷⁴²²⁸. La loi fédérale reprend le mécanisme de la balance entre les intérêts en présence et celui de l'intervention d'une autorité extérieure⁴²²⁹. Il semble dès lors entendu que les membres de la famille pourraient être informés, malgré le refus du patient, s'ils encourent des risques graves du fait de l'anomalie génétique et que des mesures thérapeutiques ou prophylactiques sont envisageables⁴²³⁰.

2. Le refus d'écarter le secret médical en droit français

643. Information médicale à caractère familial – En droit français, l'existence d'une réglementation expresse visant à garantir l'équilibre entre l'intérêt du patient et l'intérêt des membres de sa famille, lors du diagnostic d'une anomalie génétique grave, remonte à la loi relative à la « bioéthique » de 2004⁴²³¹. Pour favoriser la transmission de l'information, cette dernière avait prévu une procédure spécifique, dite de « *l'information médicale à caractère familial* », qui devait s'appuyer sur l'agence de la biomédecine⁴²³². Cependant, cette procédure, trop complexe à mettre en œuvre⁴²³³, ne fut jamais appliquée faute de décret⁴²³⁴. Cela

⁴²²⁵ Message relatif à la loi fédérale sur l'analyse génétique humaine, 11 septembre 2002, FF 2002 6900.

⁴²²⁶ Art. 19 al. 3 LAGH.

⁴²²⁷ Cette commission est nommée par le Conseil fédéral. Ses missions sont énumérées par l'art. 35 LAGH. Elle se compose de sept à douze membres. Le collège comprend des médecins prescrivant des analyses et des spécialistes dans les domaines de la génétique médicale, des analyses de génétique médicale, de la médecine du travail, de l'assurance de la qualité, de la recherche dans le domaine de la génétique médicale et de l'établissement de profils ADN : art. 30 de l'ordonnance sur l'analyse génétique humaine (OAGH) du 14 février 2007, Entrée en vigueur au 1^{er} avril 2007, RS 810.122.1, RO 2007 651.

⁴²²⁸ Art. 19 al. 3 LAGH.

⁴²²⁹ Message relatif à la loi fédérale sur l'analyse génétique humaine, 11 septembre 2002, FF 2002 6900-6901.

⁴²³⁰ *Ibid.*, FF 2002 6901.

⁴²³¹ Loi n° 2004-800 du 6 août 2004 relative à la bioéthique, JORF, 7 août 2004, p. 14040.

⁴²³² Art. L. 1131-1 CSP al. 3 et 4 : « *En cas de diagnostic d'une anomalie génétique grave posé lors de l'examen des caractéristiques génétiques d'une personne, le médecin informe la personne ou son représentant légal des risques que son silence ferait courir aux membres de sa famille potentiellement concernés dès lors que des mesures de prévention ou de soins peuvent être proposées à ceux-ci. L'information communiquée est résumée dans un document signé et remis par le médecin à la personne concernée, qui atteste de cette remise. Dans ce cas, l'obligation d'information à la charge du médecin réside dans la délivrance de ce document à la personne ou à son représentant légal. La personne concernée, ou son représentant légal, peut choisir d'informer sa famille par la procédure de l'information médicale à caractère familial. Elle indique alors au médecin le nom et l'adresse des membres de sa famille dont elle dispose en précisant le lien de parenté qui les unit. Ces informations sont transmises par le médecin à l'Agence de la biomédecine qui informe, par l'intermédiaire d'un médecin, lesdits membres de l'existence d'une information médicale à caractère familial susceptible de les concerner et des modalités leur permettant d'y accéder* ». Sur cette question, voir notamment : CAPPELLARI A., « Patrimoine génétique familial : entre héritage et responsabilité civile », in NICOLAS G. (Dir.), *Corps et patrimoine*, Les cahiers de droit de la santé, LEH, 2014, pp. 469-489 ; MARAIS A., « Maladies génétiques : apparition d'une nouvelle responsabilité civile familiale ? », *D.*, 2003, n° 34, p. 2315 ; HENNION-JACQUET P., « Diagnostic d'une anomalie génétique grave : vers une immunité civile familiale généralisée en matière de santé ? », *LP4*, 18 février 2005, n° 35, p. 25 ; VACARIE I., « Du bon et du mauvais usage des caractéristiques génétiques », *RDSS*, 2005, n° 2, p. 195 ; RAMEIX S., « La procédure d'information familiale sur le risque génétique », *Responsabilité*, 2005, Vol. 5, n° 18, pp. 29-33.

⁴²³³ MILLER H., « La difficile genèse de la procédure relative à l'information médicale à caractère familial », *Gaz. Pal.*, 7 juin 2008, n° 159, p. 24. Le conseil d'orientation de l'agence de la biomédecine l'a jugée « *compliquée voire inadaptée* » : AGENCE DE LA BIOMÉDECINE, Conseil d'orientation, « L'information médicale à caractère familial », Délibération du 6 juillet 2007, n° 2007-CO-32, p. 6.

⁴²³⁴ *Ibid.* ; AN, Rapport d'information fait au nom de la mission d'information sur la révision des lois de bioéthique, Rapporteur M. Jean LÉONETTI, n° 2235, Enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 20 janvier 2010, pp. 257-258.

explique que la loi du 7 juillet 2011⁴²³⁵ se soit remise à l'ouvrage. Elle simplifie la procédure qui s'articule désormais autour du médecin. Avant qu'il soit procédé à l'examen des caractéristiques génétiques d'une personne, le médecin prescripteur doit informer celle-ci « *des risques qu'un silence ferait courir aux membres de sa famille potentiellement concernés si une anomalie génétique grave dont les conséquences sont susceptibles de mesures de prévention, y compris de conseil génétique ou de soins, était diagnostiquée* »⁴²³⁶. Il doit ensuite élaborer avec son patient un document écrit, prévoyant les modalités de l'information aux membres de la famille⁴²³⁷. Cela permet d'envisager plus sereinement une éventuelle transmission de l'information, dans la mesure où la réflexion a lieu avant la réalisation de l'examen et s'accompagne d'un soutien médical. Si le diagnostic de ladite anomalie est posé, la personne est tenue d'une obligation d'information à l'égard de sa famille. Toutefois, elle peut ne pas souhaiter y procéder elle-même. Dans une telle situation, « *elle peut demander par un document écrit au médecin prescripteur, qui atteste de cette demande, de procéder à cette information. Elle lui communique à cette fin les coordonnées des intéressés dont elle dispose. Le médecin porte alors à leur connaissance l'existence d'une information médicale à caractère familial susceptible de le concerner et les invite à se rendre à une consultation de génétique, sans dévoiler ni le nom de la personne ayant fait l'objet de l'examen, ni l'anomalie génétique, ni les risques qui lui sont associés* »⁴²³⁸. Si elle refuse de transmettre cette information et d'utiliser la procédure prévue à cet effet, sa responsabilité civile peut être engagée⁴²³⁹.

644. Caractéristiques du droit français révélées par le droit suisse – L'appréhension de cette procédure sous l'angle du droit comparé permet de favoriser la connaissance du droit. Elle révèle les spécificités nationales en les confrontant à l'altérité. Nous émettons l'hypothèse selon laquelle l'importante évolution des obligations familiales qui s'est profilée en droit français dans le domaine de la génétique s'explique, en partie du moins, par une conception spécifique du secret médical, différente de celle prévalant en droit suisse. L'étude des débats parlementaires ayant conduit à l'adoption de la loi du 7 juillet 2011 s'avère propice à cette démonstration, dans la mesure où l'exemple suisse a été évoqué à plusieurs reprises.

Le droit suisse a d'abord été mentionné dans le rapport du Conseil d'État, lequel refusait « *d'autoriser le médecin généticien à lever le secret médical en dehors de tout consentement de la personne concernée* ». Après avoir mentionné les règles applicables dans ce pays, il décidait de s'en éloigner au terme de l'argumentation détaillée reproduite *in extenso* :

« Après s'être interrogé sur l'éventualité de mettre en place une instance de médiation et d'arbitrage en cas de refus de la personne concernée de transmettre directement ou par l'intermédiaire du médecin l'information aux apparentés, le Conseil d'État n'a finalement pas retenu cette solution. Une telle instance devrait en effet être autorisée à lever le secret médical ou à habilitier le médecin à le lever : la relation de confiance entre le médecin et son patient risquerait alors d'être affaiblie ; en outre, ce mécanisme très subsidiaire risquerait de devenir, dans la pratique, le dispositif de droit commun et la question de la responsabilité d'une telle instance se poserait. Elle devrait disposer de pouvoirs

⁴²³⁵ Loi n° 2011-814 du 7 juillet 2011 relative à la bioéthique, JORF, 8 juillet 2011, p. 11826.

⁴²³⁶ Art. L 1131-1-2 al. 1 CSP.

⁴²³⁷ *Ibid.*

⁴²³⁸ Art. L 1131-1-2 al. 4 CSP.

⁴²³⁹ CAPPELLARI A., « Patrimoine génétique familial : entre héritage et responsabilité civile », in NICOLAS G. (Dir.), *Corps et patrimoine*, Les cahiers de droit de la santé, LEH, 2014, pp. 469-489.

d'investigation étendus pour retrouver les coordonnées des apparentés concernés. Enfin, l'extension de ses compétences à d'autres questions de santé publique ne manqueraient pas de se poser»⁴²⁴⁰.

Si l'argument de l'influence d'une telle procédure sur la relation de confiance ne nous semble pas avalisé par l'examen de la situation suisse⁴²⁴¹, les autres arguments développés nous paraissent en revanche pertinents. En effet, il est clair qu'à la suite de la création d'une instance de médiation dans le domaine de la génétique, la question de l'extension de son champ de compétences se pose rapidement. Une telle instance visant à assurer l'examen de l'équilibre entre les intérêts en présence, on voit mal les raisons susceptibles de justifier sa mise à l'écart dans d'autres domaines, comme celui de la transmission du VIH. D'ailleurs, en droit suisse, le recours à l'autorité cantonale existe de manière générale, c'est-à-dire également en dehors des enjeux liés à la génétique.

Le droit suisse a ensuite été mentionné par la mission d'information sur la révision des lois de bioéthique. Son rapport s'appuyait sur l'audition de L. LWOFF, laquelle avait mis en exergue qu'« aucune demande n'a[vait] été formulée auprès de la commission d'experts depuis que la loi suisse «[était] entrée en vigueur en 2007 »⁴²⁴². Elle ajoutait que « la procédure instaurée en Suisse, assortie de ses garanties procédurales s'inscr[vaient] dans les exceptions prévues à l'article 26 de la convention (d'Oviedo), aux termes duquel « l'exercice des droits et les dispositions de protection ne peuvent faire l'objet d'autres restrictions que celles qui, prévues par la loi, constituent des mesures nécessaires à la sûreté publique ou à la protection des droits et libertés d'autrui »⁴²⁴³.

Malgré ce constat, la mission d'information proposait, à l'issue de sa réflexion, d'« autoriser la personne concernée à lever partiellement le secret médical pour habiliter le médecin prescripteur d'un examen génétique à informer les membres de la parentèle » et de « proposer au patient qui refuserait d'informer sa parentèle de prendre contact avec une association de malades agréée susceptible d'apporter des renseignements complémentaires sur l'anomalie génétique dépistée »⁴²⁴⁴.

Enfin, sans faire état du droit suisse, divers rapports⁴²⁴⁵ excluaient clairement la levée du secret médical en présence d'une opposition du patient. Lors de la révision de la loi de 1994, le CCNE avait rappelé sa réflexion sur le VIH, en soulignant la nécessité de maintenir « le secret médical de façon absolue »⁴²⁴⁶.

⁴²⁴⁰ CONSEIL D'ÉTAT, *La révision des lois de bioéthique*, Les études du Conseil d'Etat, 9 avril 2009, pp. 74-75.

⁴²⁴¹ Une étude, certes ancienne, montre en effet que le nombre de demande de levée du secret médical est relativement faible (en moyenne moins de dix par cantons) et que les cas dans lesquels le patient refuse de délier le médecin du secret représentent une part limitée des saisines de l'autorité : UMMEL M., RESTELLINI J.-P., « Les instances de levée du secret médical en Suisse », *RSJ*, 1994, n° 21, p. 364.

⁴²⁴² AN, Rapport d'information fait au nom de la mission d'information sur la révision des lois de bioéthique, Rapporteur M. Jean LÉONETTI, n° 2235, Enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 20 janvier 2010, p. 259.

⁴²⁴³ *Ibid.* Le protocole additionnel à la Convention d'Oviedo relatif aux tests génétiques à des fins médicales s'avère peu contraignant sur cette problématique, son article 18 se contentant d'imposer que la personne soit informée « lorsque les résultats d'un test génétique réalisé sur une personne peuvent être pertinents pour la santé d'un autre membre de sa famille » (Protocole additionnel à la Convention sur les droits de l'homme et la biomédecine relatif aux tests génétiques à des fins médicales, Strasbourg, 27 novembre 2008, STCE 203). Aucun des deux pays ne l'a pour l'instant signé et ratifié.

⁴²⁴⁴ AN, Rapport d'information fait au nom de la mission d'information sur la révision des lois de bioéthique, Rapporteur M. Jean LÉONETTI, n° 2235, Enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 20 janvier 2010, p. 266.

⁴²⁴⁵ Le rapport de l'OPECST se contentait de préconiser un examen de la question par le Parlement, lequel envisagerait toutes les possibilités : OPECST, Rapport sur l'évaluation de l'application de la loi n°2004-800 du 6 août 2004 relative à la bioéthique, Par MM. Alain CLAEYS et Jean-Sébastien VIALATTE, n° 1325, Enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 17 décembre 2008, p. 43.

⁴²⁴⁶ CCNE, Avis n° 76, « À propos de l'obligation d'information génétique familiale en cas de nécessité médicale », 24 avril 2003, p. 8 : DOUCHY-OUDET M., « Prédilection ou existence d'une maladie génétique grave : faut-il informer la famille ? », *D.*, 2004, n° 8, p. 528. L'importance de la préservation du secret était déjà soulignée dans un avis antérieur : CCNE, Avis n° 25, « Avis

Il privilégiait l'encouragement du dialogue et de l'accompagnement, car il considérait que toute levée contrainte du secret risquerait de se traduire par une baisse des consultations médicales, produisant ainsi l'effet inverse à celui escompté⁴²⁴⁷. L'accompagnement était également préféré à la levée du secret médical par le rapport des états généraux de la bioéthique, lequel insistait sur la responsabilité du patient⁴²⁴⁸. Le Conseil d'orientation de l'agence de la biomédecine proposait que le médecin se voie octroyer la faculté de lever le secret médical lorsque cela était souhaité par le patient⁴²⁴⁹.

645. Refus de s'inspirer du droit suisse pour des raisons historiques et culturelles – Ce refus de s'inspirer du droit suisse semble s'expliquer par des raisons historiques et culturelles. En effet, comme le relèvent O. GUILLOD et L. AMEY, « *la tradition française, consacrée autrefois plus clairement encore qu'aujourd'hui, conférait au secret médical une valeur absolue, seul garant de l'exercice efficace et indépendant de la profession médicale* »⁴²⁵⁰. Cette idée est renforcée par l'étude de D. THOUVENIN, laquelle démontre la transformation de l'infraction prévue par l'article 378 du Code pénal en un droit du médecin, devenu maître du secret⁴²⁵¹. Cette vision n'a pas eu cours en Suisse dont le droit a favorisé la synthèse pragmatique des visions opposées du droit allemand, conférant une portée relative au secret médical, et du droit français⁴²⁵². Sans poser de « *grand principe idéologique* », ce droit « *s'est davantage rattaché à la conception relative du secret médical, tout en insérant la disposition légale dans le chapitre consacré aux infractions contre les devoirs professionnels et de fonction* »⁴²⁵³. L'existence d'un secret relatif en droit suisse a permis d'intégrer sans trop de difficultés les problématiques posées par le SIDA et les examens génétiques. Cela explique l'absence de développement de règles dérogatoires dans ce domaine. Au contraire, le droit français était historiquement doté d'une conception plus rigide du secret médical. Il se prêtait donc nettement moins à la pondération entre les intérêts en présence. Cette idée nous semble renforcée par une étude menée par F. KERNALEGUEN en 1992. Recherchant un fondement des droits des proches à la diffusion de l'information génétique, il propose « *le principe de mutualité* »⁴²⁵⁴, pour lequel il ne mentionne aucun fondement textuel. Il conclut son étude en soulignant qu'« *il appartient d'abord à la loi de fixer les règles et conditions d'une diffusion familiale des données génétiques personnelles : c'est à elle de concilier le respect du principe de liberté de chacun sur ses propres données génétiques avec l'admission limitée et exceptionnelle d'un éventuel droit des proches sur celle-ci* »⁴²⁵⁵. Cette conclusion montre bien qu'une loi était nécessaire pour déterminer un équilibre insatisfait par les règles applicables au secret médical.

sur l'application des tests génétiques aux études individuelles, études familiales et études de population. (Problèmes des « banques de l'ADN, des « banques de cellules et de l'informatisation des données » », 24 juin 1991, p. 8.

⁴²⁴⁷ CCNE, Avis n° 76, « À propos de l'obligation d'information génétique familiale en cas de nécessité médicale », 24 avril 2003, pp. 10-11.

⁴²⁴⁸ ÉTATS GÉNÉRAUX DE LA BIOÉTHIQUE, Rapport final, p. 50.

⁴²⁴⁹ AGENCE DE LA BIOMÉDECINE, Conseil d'orientation, « L'information médicale à caractère familial », Délibération du 6 juillet 2007, n° 2007-CO-32, pp. 9-10.

⁴²⁵⁰ GUILLOD O., AMEY L., « Le secret médical est-il en voie d'érosion ? Un regard helvétique », in LECA A. (Dir.), *Le secret médical*, Bordeaux, Les cahiers de droit de la santé du sud-est, LEH, 2012, p. 188.

⁴²⁵¹ THOUVENIN D., *Le secret médical et l'information du malade*, Lyon, Presses universitaires de Lyon, 1982, p. 89.

⁴²⁵² GUILLOD O., AMEY L., « Le secret médical est-il en voie d'érosion ? Un regard helvétique », in LECA A. (Dir.), *Le secret médical*, Bordeaux, Les cahiers de droit de la santé du sud-est, LEH, 2012, p. 188.

⁴²⁵³ *Ibid.*

⁴²⁵⁴ KERNALEGUEN F., « La diffusion intra et inter-familiale de l'information génétique », in KNOPPERS B.-M., CADIET L., LABERGE C.-M. (Dir.), *La génétique humaine : de l'information à l'informatisation*, Paris, Thémis, Litec, 1992, p. 258.

⁴²⁵⁵ *Ibid.*, p. 264.

646. Variété des modèles permettant de garantir la conciliation – Le droit français a ensuite consacré le secret médical comme un droit du patient et une loi spéciale a été adoptée afin de rechercher un équilibre entre l'intérêt du patient et celui des membres de sa famille. Bien que les mécanismes juridiques visant à réguler cet équilibre soient distincts pour des raisons historiques, il existe entre les deux droits une forme de convergence en faveur de la prise en considération de l'intérêt des membres de la famille. Ces derniers deviennent ainsi des patients à part entière et ne sont plus envisagés uniquement comme un soutien au patient primaire. Cette attention accrue pour la famille a d'ailleurs donné naissance, dans d'autres pays, à des propositions comme le « *family covenant* », visant à remettre en cause la nature même de la relation médecin-patient en lui ôtant son caractère bilatéral⁴²⁵⁶.

B. L'encadrement de la solidarité corporelle

647. Les développements de droit comparé consacrés à l'évolution des devoirs familiaux sous l'influence du droit de la santé ont permis de faire émerger le concept de « solidarité corporelle », aux côtés de celui de « solidarité informationnelle ». L'émergence de cette forme de solidarité conduit nécessairement à un affaiblissement des droits du patient, dans l'intérêt d'un membre de sa famille, qu'il convient d'encadrer. Nous utiliserons, pour ce faire, l'exemple du don d'organes entre vifs qui reflète parfaitement les tensions susceptibles d'apparaître. En effet, en pratique, les limites à la liberté du consentement sont particulièrement importantes (1), ce qui implique d'encadrer au mieux les pressions possibles sur celui-ci, bien que la tâche soit difficile (2). La réflexion, spécifique au don d'organes, est toutefois susceptible d'être étendue à d'autres actes porteurs d'une solidarité familiale d'ordre corporel.

1. Les limites à la liberté du consentement dans l'intérêt d'un membre de sa famille

648. Flou dans la détermination des intérêts – Dans le cadre du don d'organes entre vifs, la question de la liberté du consentement au don en faveur d'un membre de sa famille se pose avec une particulière acuité. En pratique, l'antagonisme entre l'intérêt de la personne et l'intérêt d'un membre de sa famille n'apparaît pas toujours. D'une part, la majorité des donneurs ne regrette pas son geste⁴²⁵⁷ et semble en retirer une estime de soi accrue⁴²⁵⁸. D'autre part, il est possible qu'une personne donnant son rein à un proche dialysé voie sa propre qualité de vie substantiellement améliorée⁴²⁵⁹. L'histoire du sociologue C.

⁴²⁵⁶ Celui-ci permet d'abandonner le caractère bilatéral de la relation médicale en lui « *substitu[ant] un modèle où le médecin n'a plus affaire à un patient individuel mais à un « patient collectif », et où son rôle se double de celui de médiateur au sein de ce collectif. (...) Ici, le patient ne peut exister en dehors du collectif dans lequel il est pris, et ne peut déterminer seul ce qui est bon pour lui au détriment de ce qui est bon pour les autres* ». Le modèle du « *family covenant* » a été proposé par DOUKAS en 2003 : INSERM, *Tests génétiques. Questions scientifiques, médicales et sociétales*, Paris, Les éditions INSERM, Expertise collective, 2008, pp. 210-211.

⁴²⁵⁷ Selon une première étude le taux de donneur ne regrettant pas leur geste serait de 98 % : message concernant la loi fédérale sur la transplantation d'organes, de tissus et de cellules, 12 septembre 2001, FF 2002 91. Une autre enquête fait état que 3 à 8 % des donneurs regrettent leur geste et rencontrent des problèmes de santé : GÖTZMANN L., BUDDERBERG C., « Aspects psychosociaux de la loi suisse sur la transplantation », in FNS, *La mise en œuvre de la loi sur la transplantation. Réponses à des questions ouvertes*, Bâle, PNR implants et transplants, Cahier à thèmes 5, 2006, p. 18.

⁴²⁵⁸ DANION-GRILLIAT A., « Un don est-il possible sans pression ? », in THIEL M.-J. (Dir.), *Donner, recevoir un organe. Droit, dû, devoir*, Strasbourg, Presses universitaires de Strasbourg, 2009, p. 107.

⁴²⁵⁹ Message concernant la loi fédérale sur la transplantation d'organes, de tissus et de cellules, 12 septembre 2001, FF 2002 129.

BAUDELOT et de sa femme, la psychologue O. BAUDELOT, l'illustre avec une particulière acuité⁴²⁶⁰. Madame BAUDELOT était atteinte de la même maladie génétique que sa mère. Cette dernière avait dû être dialysée, ce qui avait eu un retentissement sur l'ensemble de la famille⁴²⁶¹. C. BAUDELOT, « *s'attendant à subir la contrainte de la mise en dialyse de sa femme, comme il avait pu l'observer dans le cas de son beau-père, qui avait passé sa retraite à servir de garde-malade à son épouse dialysée, [considérerait donc] le prélèvement entre vifs comme un geste égoïste (échapper à ce destin) autant qu'altruiste (servir les intérêts de son épouse en lui faisant échapper à l'oppression de la dialyse)* »⁴²⁶². Cependant, le droit ne peut se contenter de ces données encourageantes pour se désintéresser de la protection du donneur.

649. Risques de dérive vers une solidarité imposée – En principe, la « solidarité corporelle » familiale se caractérise par son absence de caractère obligatoire. Il s'agit d'une solidarité encouragée et non d'une solidarité imposée. Le droit favorise l'autodétermination d'un individu, à des fins de protection de la santé d'un tiers. Cependant, cette caractéristique de la solidarité s'avère relativement problématique en pratique, et ce pour deux raisons.

650. Écart entre liberté abstraite et liberté concrète – Le sociologue P. STEINER explique que le don entre vifs « *met en évidence l'aspect instinctif du comportement associé à la solidarité mécanique, aspect fondé sur le partage d'un même ensemble de représentations fortes. Ces représentations, que l'on peut considérer comme un ethos incorporé, prêt à être activé dans des circonstances graves, aboutissent à ce que, dans une très large majorité des cas, un membre de la famille se porte immédiatement volontaire pour donner un rein au malade* »⁴²⁶³. Les chiffres de certaines enquêtes de terrain témoignent de cette réalité⁴²⁶⁴. Il s'agit là d'une pression interne à la personne à laquelle il convient d'ajouter la pression externe⁴²⁶⁵. Dans les faits, lorsque le don est dirigé en faveur d'un membre de la famille, ou d'une personne avec laquelle le donneur vit, voire entretient des liens étroits et stables, une pression « *morale, médicale ou familiale* » s'exerce sur le donneur avec plus ou moins d'intensité⁴²⁶⁶. La « *gravité objective de la situation oblige à donner* »⁴²⁶⁷. En droit suisse, le risque de pression ne se limite pas au cercle familial, puisque le don entre vifs est plus largement ouvert qu'en France. Dans ce dernier pays, le cercle des donneurs a cependant fait l'objet d'un élargissement constant et le don croisé est désormais

⁴²⁶⁰ BAUDELOT C., BAUDELOT O., *Une promenade de santé, L'histoire de notre greffe*, Paris, Stock, 2008, 235 p.

⁴²⁶¹ MARTINACHE I., « Christian Baudelot, Olga Baudelot, *Une promenade de santé. L'histoire de notre greffe* », *Lectures* [En ligne], Les comptes rendus, 2008, mis en ligne le 19 mai 2008, Disponible sur : <http://lectures.revues.org/596>, Consulté le 04 septembre 2014.

⁴²⁶² STEINER P., *La transplantation d'organes. Un commerce nouveau entre les êtres humains*, Paris, Bibliothèque des sciences humaines, NRF, Gallimard, 2010, p. 94.

⁴²⁶³ *Ibid.*, pp. 79-80.

⁴²⁶⁴ *Ibid.*, p. 80 : L'auteur cite une enquête des psychologues de l'hôpital universitaire du Minnesota selon laquelle : « *dans 68 % des cas intervient ce qu'ils appellent une réaction morale immédiate, par opposition à un choix conscient faisant suite à une période de délibération (25 %) ou à un choix par étapes qui amène un membre de la famille à s'engager progressivement dans le statut de donneur (5 %)* ». Il précise également qu'« *en contradiction avec le modèle économique du choix rationnel et de la recherche des informations pertinentes, les donneurs déclarent avoir su immédiatement qu'ils donneraient, 64 % que cette décision n'était pas pénible à prendre, et 9 % que ce n'était pas même une décision* ».

⁴²⁶⁵ BROYER M., « Le paradoxe du don dans les transplantations avec donneur vivant », in CARVAIS R., SASPORTES M., *La greffe humaine. (In)certitudes éthiques : du don de soi à la tolérance de l'autre*, Paris, Science, histoire et société, PUF, 2000, pp. 433-434.

⁴²⁶⁶ MANAI D., « Promouvoir le don d'organes : l'efficacité à tout prix ? Le point de vue juridique », in FLÜCKIGER A. (Dir.), *Émouvoir et persuader pour promouvoir le don d'organes ? L'efficacité entre éthique et droit*, Genève, Zurich, Bâle, Collection genevoise, Schulthess, 2010, p. 2177.

⁴²⁶⁷ BERTHIAU D., « Redéfinir la place du principe d'autonomie dans le prélèvement d'organes. Propositions de révision de certains aspects de la loi bioéthique du 6 août 2004 en la matière », *Médecine & droit*, 2010, n° 104, p. 155.

autorisé⁴²⁶⁸. Le don croisé existait déjà dans la pratique Suisse en 1999⁴²⁶⁹. Cette nouvelle modalité complexifie encore davantage les rapports familiaux, en renforçant doublement les risques de pression sur le consentement du donneur. D'une part, l'argument selon lequel le donneur potentiel n'est pas compatible avec le receveur ne revêt plus une importance décisive. D'autre part, la rétractation du consentement s'avère plus difficile, dans la mesure où elle affecte un nombre accru de personnes. Cette pression pose la question de l'écart entre la liberté abstraite, juridiquement garantie, et la liberté concrète de refuser de donner un organe à un membre de sa famille.

651. Pressions en faveur de la consécration d'un devoir juridiquement sanctionné – Par ailleurs, dans les faits, la solidarité autorisée ne risque-t-elle pas de transmuter en « *un devoir de donner* » ?⁴²⁷⁰

Une pression pourrait en effet s'exercer, afin que soit consacré un devoir de donner juridiquement sanctionné. Cette pression a atteint son paroxysme dans une affaire américaine, dans laquelle un individu a saisi la justice afin qu'il soit ordonné à son cousin, seule personne compatible, de se soumettre à un prélèvement de moelle osseuse. Le juge n'a pas fait droit à cette demande⁴²⁷¹.

Une autre difficulté réside dans le fait que le consentement au don d'organes est souvent justifié par les liens juridiques ou d'affection entre deux personnes. Or, de tels liens sont susceptibles de se distendre, et ce, d'autant plus du fait du « *démariage* », qui a émergé en France à partir des années 1960⁴²⁷². Il faut alors s'interroger sur « *la place du don dans ce contexte* »⁴²⁷³. Le fait qu'un donneur américain ait « *demand[é] à son ex-conjoint une pension alimentaire pour le rein donné* »⁴²⁷⁴ témoigne clairement de la tension liée à la dimension familiale du don d'organes. Ce risque avéré implique une réflexion sur les mesures en faveur de la protection du donneur.

2. Les mesures en faveur de la protection du donneur

652. Trois séries de mesures – L'acte de prélèvement est réalisé à des fins de protection de la santé d'un membre de la famille, parfois qualifié d'« *aide à la guérison* »⁴²⁷⁵. L'intérêt de ce tiers est donc garanti, alors que le donneur encourt des risques médicaux⁴²⁷⁶ et psycho-sociaux. La réalisation d'un équilibre

⁴²⁶⁸ Art. L 1231-1 CSP : « En cas d'incompatibilité entre la personne ayant exprimé l'intention de don et la personne dans l'intérêt de laquelle le prélèvement peut être opéré en vertu des premier ou deuxième alinéas, rendant impossible la greffe, le donneur et le receveur potentiels peuvent se voir proposer le recours à un don croisé d'organes. Celui-ci consiste pour le receveur potentiel à bénéficier du don d'une autre personne ayant exprimé l'intention de don et également placée dans une situation d'incompatibilité à l'égard de la personne dans l'intérêt de laquelle le prélèvement peut être opéré en vertu des premier ou deuxième alinéas, tandis que cette dernière bénéficie du don du premier donneur ».

⁴²⁶⁹ La première transplantation croisée de reins a été réalisée à Bâle le 26 mai 1994 : Message concernant la loi fédérale sur la transplantation d'organes, de tissus et de cellules, 12 septembre 2001, FF 2002 93.

⁴²⁷⁰ DANION-GRILLIAT A., « Un don est-il possible sans pression ? », in THIEL M.-J. (Dir.), *Donner, recevoir un organe. Droit, dû, devoir*, Strasbourg, Presses universitaires de Strasbourg, 2009, p. 108.

⁴²⁷¹ *Mc Fall v. Shimp, Pa. D. & C.*, 3d 90 (1978) : cité et relaté par : BORGHI M., « Transplantation d'organes et de tissus. Aspects juridiques », in BONDOLFI A., MALACRIDA R., ROHNER A., *Éthique et transplantation*, Comano, Corbaro, Edizioni Alice, 1993, p. 174.

⁴²⁷² THÉRY I., *Le démariage. Justice et vie privée*, Paris, Poches, Odile Jacob, 2001, p. 129.

⁴²⁷³ DANION-GRILLIAT A., « Un don est-il possible sans pression ? », in THIEL M.-J. (Dir.), *Donner, recevoir un organe. Droit, dû, devoir*, Strasbourg, Presses universitaires de Strasbourg, 2009, p. 111.

⁴²⁷⁴ *Ibid.*

⁴²⁷⁵ LACHENMEIER P., « Aspects juridiques du don entre vivants », in FNS, *La médecine de transplantation à l'avenir. Contributions à des questions ouvertes*, Bâle, PNR implants et transplants, Cahiers à thèmes 4, 2005, p. 19.

⁴²⁷⁶ Selon une enquête de 1992, le risque vital est évalué à 2,6/10 000, les complications post-opératoires précoces sont de l'ordre de 15 à 20 %, les complications chirurgicales tardives comprennent 11 % d'événements mineurs et 12 % d'événements sérieux, les

entre les intérêts implique dès lors de déterminer, grâce au droit comparé, les mécanismes de protection du donneur vivant d'organes. Certes, les modalités d'expression du consentement sont importantes. Cependant, dans la mesure où les pressions sont inhérentes à la nature même de l'acte, il ne peut s'agir d'une garantie suffisante. La notion de consentement libre et éclairé s'avère en pratique complexe à appréhender car l'ensemble des acteurs de la greffe ne semble pas lui donner la même signification⁴²⁷⁷. Le droit doit donc favoriser l'émergence de garanties supplémentaires. Trois séries de mesures complémentaires permettent d'assurer l'équilibre délicat entre les intérêts du donneur et du receveur. Classiquement, des mesures cherchent à préserver l'autonomie et à limiter l'atteinte à la santé du donneur dans chacun des deux pays. De façon plus innovante, des mesures ont été instaurées afin que le donneur ne soit pas utilisé comme un simple moyen, mais traité comme un patient à part entière⁴²⁷⁸.

653. Les mesures visant à garantir l'autonomie du donneur – Il est d'abord possible d'identifier, dans chacun des deux pays, des mesures dont l'objectif consiste à préserver l'autodétermination du donneur.

654. La sauvegarde de l'autonomie par l'information détaillée du donneur – Les deux droits accordent une importance particulière au contenu de l'information dont le donneur est destinataire. En droit suisse, l'information est particulièrement détaillée⁴²⁷⁹. Elle doit être donnée à la fois par oral et par écrit et elle doit s'accompagner d'un délai raisonnable de réflexion⁴²⁸⁰. La loi fédérale sur la transplantation se contente d'imposer que le donneur consente, de manière libre et éclairée, au prélèvement. Les conditions d'appréciation de la volonté du donneur ne sont fixées que dans l'ordonnance d'application de la loi⁴²⁸¹, qui prévoit qu'un spécialiste indépendant et bénéficiant d'une formation adéquate s'assure de la gratuité du don et du consentement du donneur⁴²⁸². En France, le décret d'application de la loi

complications psychologiques sont rares mais existent tout de même : BROYER M., « Le paradoxe du don dans les transplantations avec donneur vivant », in CARVAIS R., SASPORTES M., *La greffe humaine. (In)certitudes éthiques : du don de soi à la tolérance de l'autre*, Paris, Science, histoire et société, PUF, 2000, p. 426.

⁴²⁷⁷ V. GATEAU identifie trois visions différentes de la liberté. Pour les professionnels, il s'agit de la « *capacité de réfléchir et de délibérer* ». Pour les donneurs, « *l'agent autonome est capable de se donner à lui-même sa loi morale et d'orienter son action en vue de l'accomplissement de son devoir en se détachant des aspects « sensibles » de la décision* ». Enfin, pour les receveurs, « *la liberté consiste à vouloir que les choses arrivent, non comme il te plaît, mais comme elles arrivent* » : GATEAU V., *Pour une philosophie du don d'organes*, Paris, Pour demain, Vrin, 2009, pp. 143-144.

⁴²⁷⁸ L'idée de traiter le donneur comme un patient à part entière est tirée du constat réalisé par M. CROWLEY-MATOKA selon lequel les donneurs vivants sont des « non-patients » : voir le résumé de l'intervention au colloque relatif aux enjeux éthiques des transplantations hépatiques avec donneur vivant : NAU J.-Y., « Greffe de foie et donneur vivant : problématiques actuelles (2) », *Revue médicale suisse*, 2004, n° 2502, Disponible sur : <http://www.revmed.ch/rms/2004/RMS-2502/1514>, Consulté le 4 septembre 2014.

⁴²⁷⁹ Art. 9 de l'ordonnance sur la transplantation d'organes, de tissus et de cellules d'origine humaine du 16 mars 2007, Entrée en vigueur au 1^{er} juillet 2007, RS 810.211, RO 2007 1961.

⁴²⁸⁰ Les médecins chargés du prélèvement informent le donneur : « *du but et du déroulement des examens préliminaires et de l'intervention ; du fait que le don doit être librement consenti et gratuit et qu'il est punissable s'il est effectué à titre onéreux ; des risques à court et à long terme que le don peut présenter pour la santé du donneur ; de la durée probable de son hospitalisation et de l'étendue de l'incapacité de travail ou des autres contraintes qui pourraient lui être imposées ; de la nécessité, pour le donneur, de se soumettre à des examens de santé réguliers ; de l'obligation, pour le centre de transplantation, d'assurer le suivi de l'état de santé du donneur ; de l'assurance prévue à l'art. 11 et de l'indemnisation des frais en vertu de l'art. 12 ; des principes généraux du traitement des données ; du droit qu'il a de s'opposer au don sans avoir à motiver son refus ou de révoquer son consentement sans aucune condition de forme ; des conséquences psychiques que le don fait par un donneur vivant peut avoir sur ce dernier et de la possibilité qu'il a de bénéficier d'une prise en charge psychologique ; des avantages attendus de la transplantation, des inconvénients qu'elle peut présenter et des éventuelles autres options thérapeutiques qui s'offrent au receveur* ».

⁴²⁸¹ MANAI D., « La Suisse : une synthèse ? », in THIEL M.-J. (Dir.), *Donner, recevoir un organe. Droit, dû, devoir*, Strasbourg, Presses universitaires de Strasbourg, 2009, p. 77.

⁴²⁸² Art. 10 de l'ordonnance sur la transplantation d'organes, de tissus et de cellules d'origine humaine du 16 mars 2007, Entrée en vigueur au 1^{er} juillet 2007, RS 810.211, RO 2007 1961.

CAILLAVET étendait déjà l'information au-delà des seuls aspects médicaux. Il précisait que « *l'information porte sur toutes les conséquences prévisibles d'ordre physique et psychologique du prélèvement ainsi que sur les répercussions éventuelles de ce prélèvement sur la vie personnelle, familiale et professionnelle du donneur. Elle porte, en outre, sur les résultats qui peuvent être attendus de la greffe pour le receveur* »⁴²⁸³. Par la suite, un décret de 1996 proposant une information relativement étendue a été, pour l'essentiel, reconduit au fil des révisions⁴²⁸⁴.

655. La sauvegarde de l'autonomie par les garanties procédurales de l'intégrité du consentement du donneur – Le droit à l'information du donneur vise à éclairer son consentement, lequel doit être exprimé selon des modalités spécifiques à chacun des deux pays. Dans le droit suisse, la « *sécurité procédurale* »⁴²⁸⁵ est très limitée en comparaison du droit français. En effet, il suffit que le donneur exprime par écrit son consentement libre et éclairé. Alors que l'avant-projet de loi soumettait le don réalisé par une personne vivante à l'accord d'une commission du don d'organes⁴²⁸⁶, cette exigence n'a pas été reprise dans la loi sur la transplantation. Elle a été abandonnée à la suite de la procédure de consultation qui a fait émerger la crainte que « *l'instauration d'une telle commission se tradu[se] par des travaux administratifs superflus, de nature à freiner l'application de la méthode prévue pour ce type de don* »⁴²⁸⁷. De manière plus générale, « *nombre de participants ont (...) déploré la création d'un trop grand nombre de nouvelles instances et commissions* », et souligné les risques d'une « *complication superflue des procédures et d'une bureaucratie inutile* »⁴²⁸⁸. Les deux modalités d'expression du consentement sont conformes à la Convention d'Oviedo, dont l'article 19 dispose que « *le consentement (...) doit avoir été donné expressément et spécifiquement soit par écrit, soit devant une instance officielle* ». En revanche, le droit suisse s'inscrit en contradiction avec l'article 10 du protocole additionnel sur la transplantation, lequel impose l'autorisation d'une « *instance indépendante appropriée* » lorsque le donneur n'est pas lié au receveur par « *des relations personnelles étroites* »⁴²⁸⁹. Cela explique que des réserves aient été émises lors de sa ratification par la Suisse le 10 novembre 2009⁴²⁹⁰.

⁴²⁸³ Art. 1^{er} Décret n° 78-501 du 31 mars 1978 pris pour l'application de la loi 78-1181 du 22 décembre 1976 relative aux prélèvements d'organes, JORF, 4 avril 1978, p. 1497.

⁴²⁸⁴ Art. R 671-3-1 issu du décret n° 96-375 du 29 avril 1996 relatif aux modalités du consentement aux prélèvements d'organes effectués sur une personne vivante ainsi qu'à la composition et au fonctionnement des comités d'experts habilités à autoriser un prélèvement de moelle osseuse sur la personne d'un mineur, JORF, 5 mai 1996, p. 6799 : « *Le donneur majeur (...) est informé des risques qu'il encourt et des conséquences éventuelles du prélèvement par le médecin responsable du service, du département ou de la structure de soins de l'établissement de santé dans lequel le prélèvement est envisagé, ou par un praticien du même établissement dûment désigné par ce responsable. Cette information porte sur toutes les conséquences prévisibles d'ordre physique et psychologique du prélèvement ainsi que sur les répercussions éventuelles de ce prélèvement sur la vie personnelle familiale et professionnelle du donneur. Elle porte, en outre, sur les résultats qui peuvent être attendus de la greffe pour le receveur* ». Cet article est devenu l'article R 1231-1 CSP avec le décret n° 2003-462 du 21 mai 2003 relatif aux dispositions réglementaires des parties I, II et III du Code de la santé publique, JORF, 27 mai 2003, p. 37006. L'information est aujourd'hui prévue par le décret n° 2012-1035 du 7 septembre 2012 relatif au prélèvement et à la greffe d'organes, JORF, 9 septembre 2012, p. 14499. Elle est désormais délivrée par le comité d'experts (depuis la loi 2004-800) ou par le médecin qui a posé l'indication de la greffe en cas d'urgence vitale. Le contenu de l'information n'a pas beaucoup évolué. L'information relative au don croisé a été ajoutée. Le texte de l'article L 1231-1 inclut désormais les conséquences « *éventuelles* » du prélèvement.

⁴²⁸⁵ LACHENMEIER P., « Aspects juridiques du don entre vivants », in FNS, *La médecine de transplantation à l'avenir. Contributions à des questions ouvertes*, Bâle, PNR implants et transplants, Cahiers à thèmes 4, 2005, p. 21.

⁴²⁸⁶ Message concernant la loi fédérale sur la transplantation d'organes, de tissus et de cellules, 12 septembre 2001, FF 2002 61.

⁴²⁸⁷ *Ibid.*, FF 2002 63.

⁴²⁸⁸ *Ibid.*, FF 2002 62.

⁴²⁸⁹ CONSEIL DE L'EUROPE, Protocole additionnel à la Convention sur les droits de l'homme et la biomédecine relatif à la transplantation d'organes et de tissus d'origine humaine, Strasbourg, 24 janvier 2002, STCE, 186.

⁴²⁹⁰ Les réserves sont expliquées par le message du Conseil fédéral : « *Le Parlement a choisi de ne pas inscrire cette exigence dans la loi sur la transplantation, en particulier parce que rien ne permet de penser que le risque de trafic d'organes ou de tentative de pression est plus important à l'extérieur qu'à l'intérieur du cercle familial. De même, la loi sur la transplantation renonce à stipuler l'exigence de consentement par une autorité indépendante. Cependant, la loi sur la transplantation demande que l'on vérifie, dans tous les cas, si le don d'une personne vivante est librement consenti et s'il ne répond pas à une incitation financière. L'art. 10 de l'ordonnance du 16 mars 2007 sur la transplantation prescrit en outre que la gratuité et le caractère librement consenti du don par une personne vivante doivent être vérifiés par un spécialiste indépendant, disposant de l'expérience nécessaire à ce*

À l'inverse du droit suisse, le droit français se caractérise par une forte « *procéduralisation* » de la décision. Cette « *procéduralisation* » s'est accrue au fil de l'évolution des textes. La loi CAILLAVET se contentait de prévoir que le donneur devait avoir « *librement et expressément consenti* » ; la procédure d'autorisation par un comité d'experts, qui s'appliquait aux dons par une personne mineure, ne concernait pas les personnes majeures⁴²⁹¹. Toutefois, son décret d'application avait posé un cadre procédural variable selon que l'organe était régénérable ou non. Pour les organes non régénérables, le consentement devait être exprimé par écrit devant le président du TGI qui devait contresigner l'acte. Pour les organes régénérables, le contresigning d'un témoin était suffisant⁴²⁹². La loi du 29 juillet 1994 a, par la suite, imposé au donneur d'exprimer son consentement devant le président du TGI. Un nouveau renforcement de la procédure s'est opéré avec la loi du 6 août 2004 qui a imposé l'intervention d'un comité d'expert pour les dons d'organes par des personnes majeures. Ce comité s'est vu confier une tâche d'information et d'autorisation. L'autorisation devait être donnée postérieurement à l'expression du consentement devant le président du TGI qui devait s'assurer de l'intégrité du consentement et vérifier que les conditions de la réalisation du don étaient bien remplies⁴²⁹³. Lorsque le donneur faisait partie du premier cercle, l'autorisation du comité d'expert était suspendue à la décision du magistrat, alors qu'elle était obligatoire lorsque le donneur faisait partie du second cercle, c'est-à-dire des donneurs admis à titre dérogatoire⁴²⁹⁴. Cette lourdeur a parfois été critiquée. Selon D. BERTHIAU « *la multiplication des contrôles en la matière ne sert à rien car la pression existante est inévitable et au fond déjà connue. Il suffirait d'admettre que le but est de repérer les hypothèses de pressions insoutenables éthiquement, telle la pression financière ou physique. Le rôle des comités devrait alors être repensé dans le sens d'un véritable accompagnement du consentement* »⁴²⁹⁵. Dans cette lignée, l'agence de la biomédecine avait proposé de « *confier à l'équipe de greffe l'intégralité de l'information du donneur et [de] placer (...) l'audition du donneur par le comité en vue de la délivrance de l'autorisation après l'enregistrement de son consentement par le président du TGI* »⁴²⁹⁶. Elle se montrait également dubitative quant à l'utilité de l'intervention du juge, tout en soulignant que le ministère de la Justice avait exclu que cette intervention soit supprimée⁴²⁹⁷. Pourtant la loi du 7 juillet 2011 s'est pour l'essentiel contentée d'inclure le don croisé d'organes, sans revenir sur les grandes lignes de la procédure.

656. La sauvegarde de l'autonomie par le secret ? – Au-delà de cette « *procéduralisation* », l'ordre du déroulement des opérations apparaît central. Ainsi que le proposait le groupe de réflexion sur l'éthique des transplantations, ce n'est qu'une fois qu'un donneur potentiel a fait connaître sa candidature et a pu bénéficier d'un délai de réflexion que les tests de compatibilité devraient être réalisés. Il s'agit en fait de

type de vérification » : message portant approbation du protocole additionnel à la Convention sur les droits de l'homme et la biomédecine relatif à la transplantation d'organes et de tissus d'origine humaine, 10 septembre 2008, FF 2008 7234.

⁴²⁹¹ Art. 1^{er} de la loi n° 76-1181 du 22 décembre 1976 relative aux prélèvements d'organes, JORF, 23 décembre 1976, p. 7365.

⁴²⁹² Art. 2 du décret n° 78-501 du 31 mars 1978 pris pour l'application de la loi 78-1181 du 22 décembre 1976 relative aux prélèvements d'organes, JORF, 4 avril 1978, p. 1497.

⁴²⁹³ Art. L 1231-1 al. 4 CSP issu de la loi n° 2004-800 du 6 août 2004 relative à la bioéthique, JORF, 7 août 2004, p. 14040.

⁴²⁹⁴ Art. L 1231-1 CSP.

⁴²⁹⁵ BERTHIAU D., « Redéfinir la place du principe d'autonomie dans le prélèvement d'organes. Propositions de révision de certains aspects de la loi bioéthique du 6 août 2004 en la matière », *Médecine & droit*, 2010, n° 104, p. 156.

⁴²⁹⁶ AGENCE DE LA BIOMÉDECINE, *Bilan d'application de la loi de bioéthique du 6 Août 2004*, Rapport rendu à la ministre de la Santé, de la Jeunesse, des Sports et de la Vie associative par l'agence de la biomédecine, Octobre 2008, p. 13, Disponible sur : <http://www.agence-biomedecine.fr/IMG/pdf/rapport-bilan-lb-oct2008-2.pdf>, Consulté le 27 janvier 2014.

⁴²⁹⁷ *Ibid.*

« sélectionner le meilleur parmi les donneurs potentiels ayant déjà exprimé leur consentement »⁴²⁹⁸. Il arrive cependant qu'une personne sollicitée ne souhaite pas donner ses organes, alors même qu'elle est compatible avec un membre de sa famille en attente d'une greffe. Une étude empirique montre en effet que tous les donneurs n'adoptent pas la même posture et qu'il existe des « *donneurs réticents* »⁴²⁹⁹. Dans cette hypothèse, la doctrine préconise que le médecin mente au receveur, en se fondant sur la garantie du secret à l'égard du donneur⁴³⁰⁰. Cette pratique semble relativement fréquente dans de nombreux pays, comme la Norvège, la France ou les États-Unis, dans lesquels les médecins « *sont prêts à fournir à un membre de la famille qui le souhaiterait un alibi médical lui permettant d'échapper à la pression familiale* »⁴³⁰¹. Ce type de mensonge a été avalisé par un juge américain, qui a « *nié à une personne souffrant d'une leucémie le droit d'exiger d'un hôpital qu'il insiste auprès d'un donneur potentiel – dont il connaissait l'existence mais ignorait l'identité – afin que ce dernier autorise un prélèvement de sa moelle osseuse* »⁴³⁰². Une conférence de consensus sur le don entre vivants avait également proposé cette solution⁴³⁰³.

657. Deux mesures visant à limiter l'atteinte à la santé du donneur – Aux côtés des mesures visant à garantir l'autonomie du donneur, deux grands principes permettent de limiter l'atteinte à la santé de celui-ci.

658. La subsidiarité – Le premier principe est celui de la subsidiarité. Alors que le don *post mortem* a longtemps prévalu sur le don entre vifs en droit français, la subsidiarité du don entre vifs est à géométrie variable en droit suisse. Elle s'applique à l'égard du receveur qui ne doit pas pouvoir « *être traité par une autre méthode thérapeutique ayant une efficacité comparable* »⁴³⁰⁴. En revanche, il n'existe pas de contrainte similaire à l'égard du donneur d'organes. Alors que le principe de subsidiarité du don par une personne vivante par rapport au don *post mortem* avait été repris de la Convention d'Oviedo, ce principe n'a pas été adopté. Il avait, en effet, été critiqué lors de la procédure de consultation qui l'a jugé injustifié au regard des meilleurs résultats auxquels le don *in vivo* donne lieu⁴³⁰⁵. Il a donc été abandonné lors du remaniement de l'avant-projet par le DFI. Le texte suisse s'inscrit ainsi en contrariété avec plusieurs textes européens, à l'encontre desquels des réserves ont été émises⁴³⁰⁶.

⁴²⁹⁸ Sur cette position du groupe de réflexion sur l'éthique des transplantations : BROYER M., « Le paradoxe du don dans les transplantations avec donneur vivant », in CARVAIS R., SASPORTES M., *La greffe humaine. (In)certitudes éthiques : du don de soi à la tolérance de l'autre*, Paris, Science, histoire et société, PUF, 2000, p. 439.

⁴²⁹⁹ L'enquête concerne toutefois le don de moelle : TOPALL-RABANES F., « Cinq positions subjectives chez les donneurs de moelle adultes de la fratrie », in CARVAIS R., SASPORTES M., *La greffe humaine. (In)certitudes éthiques : du don de soi à la tolérance de l'autre*, Paris, Science, histoire et société, PUF, 2000, pp. 452-453.

⁴³⁰⁰ LACHENMEIER P., « Aspects juridiques du don entre vivants », in FNS, *La médecine de transplantation à l'avenir. Contributions à des questions ouvertes*, Bâle, PNR implants et transplants, Cahiers à thèmes 4, 2005, p. 21.

⁴³⁰¹ STEINER P., *La transplantation d'organes. Un commerce nouveau entre les êtres humains*, Paris, Bibliothèque des sciences humaines, NRF, Gallimard, 2010, p. 81.

⁴³⁰² Affaire relatée par : BORGHI M., « Transplantation d'organes et de tissus. Aspects juridiques », in BONDOLFI A., MALACRIDA R., ROHNER A., *Éthique et transplantation*, Comano, Corbaro, Edizioni Alice, 1993, pp. 176-177.

⁴³⁰³ ABECASSIS M. et al., « Consensus statement on the live organ donor », *JAMA*, 2000, Vol. 284, n° 22, pp. 2919-2926 : cité par : GATEAU V., *Pour une philosophie du don d'organes*, Paris, Pour demain, Vrin, 2009, p. 69, Note 2.

⁴³⁰⁴ Art. 12 let. d Ltrans.

⁴³⁰⁵ Message concernant la loi fédérale sur la transplantation d'organes, de tissus et de cellules, 12 septembre 2001, FF 2002 63.

⁴³⁰⁶ COMITÉ DES MINISTRES DU CONSEIL DE L'EUROPE, Recommandation n° R (97) 16 du Comité des Ministres aux États membres sur la transplantation du foie prélevé sur des donneurs vivants apparentés, Annexe Point i : « *Il convient de ne pas pratiquer les TFPDVA qu'en cas de pénurie d'organes prélevés sur des cadavres, c'est-à-dire quand toutes les solutions qui ne présentent pas les risques encourus par les donneurs vivants ont été épuisées* » ; CONSEIL DE L'EUROPE, Convention pour la protection des droits de l'homme et de la dignité de l'être humain à l'égard des applications de la biologie et de la médecine (Convention sur les droits de l'homme

659. La proportionnalité – Le principe de proportionnalité de l'atteinte à la personnalité du donneur avait déjà été formulé par les directives de l'ASSM qui soumettaient le don par une personne vivante à la condition que « *son état de santé le permette* »⁴³⁰⁷. Il est expressément repris par la loi sur la transplantation qui n'autorise le don que s'il « *n'en résulte pas de risque sérieux pour [la] vie ou pour [la] santé du donneur* »⁴³⁰⁸. Les risques de décès consécutivement au prélèvement d'un rein sont inférieurs à 1 %⁴³⁰⁹. Le principe de proportionnalité est également important en droit français puisque les risques pour le donneur sont examinés par le comité d'experts⁴³¹⁰.

660. Les mesures visant à traiter le donneur comme un patient à part entière – Pour terminer, la recherche d'un équilibre entre les intérêts du receveur et du donneur faisant partie de sa famille passe par la reconnaissance du donneur en tant que patient individuel et non uniquement comme un fournisseur d'organes pour autrui.

661. L'absence de perte pour le donneur – Il est d'abord fondamental que le droit garantisse que le receveur ne subira pas de perte du fait de son geste solidaire. En effet, des complications de santé chez le donneur d'organe peuvent donner lieu à des difficultés financières⁴³¹¹. Sous l'empire de la réglementation cantonale de transplantation, deux cantons acceptaient l'indemnisation du donneur pour les frais et la perte de gain subséquents à la transplantation d'organes⁴³¹². Certains frais figuraient, par ailleurs, dans les prestations à charge de l'assurance des soins⁴³¹³. Depuis l'entrée en vigueur de la loi sur la transplantation, le principe de la gratuité du don ne fait obstacle ni à « *l'indemnisation du donneur pour les dommages subis du fait du prélèvement* »⁴³¹⁴, ni à « *l'indemnisation du donneur pour la perte de gain et les coûts directs qui lui sont occasionnés* »⁴³¹⁵. Les coûts liés à l'opération, à l'hospitalisation et au suivi postopératoire peuvent notamment être pris en charge, tout comme la perte de gain effectivement subie⁴³¹⁶. Il s'agit de garantir que l'opération est économiquement neutre pour le donneur. La personne qui effectue le prélèvement doit vérifier que le donneur est assuré contre les conséquences graves susceptibles de découler du prélèvement⁴³¹⁷. L'assurance doit porter sur les risques de décès et d'invalidité⁴³¹⁸. L'indemnisation des coûts et de la perte de gain est garantie par l'assureur du receveur. Les coûts englobent notamment les frais de déplacement, ceux liés à la vérification de l'aptitude du donneur et au suivi à vie de son état de santé, et

et la biomédecine), Oviedo, 4 avril 1997, STCE 164, Art. 19 al. 1 ; CONSEIL DE L'EUROPE, Protocole additionnel à la Convention sur les droits de l'homme et la biomédecine relatif à la transplantation d'organes et de tissus d'origine humaine, Strasbourg, 24 janvier 2002, STCE, 186, Art. 9.

⁴³⁰⁷ ASSM, *Directives d'éthique médicale pour les transplantations d'organes*, 1995, Let b., Point 2.

⁴³⁰⁸ Art. 12 let. c LTrans.

⁴³⁰⁹ Message concernant la loi fédérale sur la transplantation d'organes, de tissus et de cellules, 12 septembre 2001, FF 2002 142.

⁴³¹⁰ Art. L1231-3 CSP.

⁴³¹¹ *Ibid.*, FF 2002 92.

⁴³¹² Il s'agissait du canton d'Argovie et du canton du Tessin : *Ibid.*, FF 2002 54.

⁴³¹³ DUMOULIN J.-F., *Transplantation d'organes en Suisse : le droit au carrefour de la vie et de la mort*, Neuchâtel, Cahiers de l'IDS, Hors série I, 1997, pp. 123-128.

⁴³¹⁴ Art. 6 al. 2 let. b LTrans.

⁴³¹⁵ Art. 6 al. 2 let. a LTrans.

⁴³¹⁶ Message concernant la loi fédérale sur la transplantation d'organes, de tissus et de cellules, 12 septembre 2001, FF 2002 134.

⁴³¹⁷ Art. 14 al. 1 LTrans.

⁴³¹⁸ Art. 11 de l'ordonnance sur la transplantation d'organes, de tissus et de cellules d'origine humaine du 16 mars 2007, Entrée en vigueur au 1^{er} juillet 2007, RS 810.211, RO 2007 1961.

les frais de paiement des auxiliaires auxquels le donneur a dû faire appel⁴³¹⁹. En revanche, la loi nous semble brouiller les pistes en permettant « *un geste symbolique de remerciement postérieur à la transplantation* »⁴³²⁰. La question de la prise en charge des coûts est actuellement au cœur de la révision de la loi sur la transplantation.

En droit français, depuis la loi du 6 août 2004, le prélèvement est assimilé à un acte de soin, ce qui permet au donneur de bénéficier des dispositions relatives à la réparation des risques sanitaires résultant du fonctionnement du système de santé⁴³²¹. L'article L 1211-4 al. 2 CSP ajoute que « *les frais afférents au prélèvement ou à la collecte sont intégralement pris en charge par l'établissement de santé chargé d'effectuer le prélèvement ou la collecte* ». Les modalités de prise en charge ont été fixées par décrets⁴³²² successifs, lesquels ont favorisé la prise en charge des coûts du donneur⁴³²³. Les évolutions successives ont donné lieu à trois principales améliorations. D'abord, la prise en charge a été étendue à la collecte des produits, y compris des gamètes⁴³²⁴. Ensuite, le montant maximal de l'indemnité pour perte de rémunération a été augmenté⁴³²⁵. Enfin, l'article qui prévoyait que « *pour préserver l'anonymat du donneur, son hospitalisation ne donne lieu à aucune demande de prise en charge, ni aucune transmission d'informations de séjour aux caisses d'assurance maladie* »⁴³²⁶ a été supprimé. Cette suppression avait été appelée de ses vœux par l'agence de la biomédecine car ladite disposition rendait difficiles l'identification et le suivi du dossier du donneur⁴³²⁷. Les frais de transport et d'hébergement⁴³²⁸, l'indemnisation de la perte de rémunération⁴³²⁹, ou encore les déplacements nécessaires aux soins et à la procédure de recueil du consentement et d'autorisation⁴³³⁰ sont pris en charge. Il en est de même pour les frais d'examens, de traitement, d'hospitalisation et de suivi, ainsi que pour le montant du forfait journalier⁴³³¹. Les frais d'accompagnement de la personne par un tiers, liés à son état, sont également remboursés⁴³³². Un suivi est effectué par l'agence de la biomédecine afin que les dispositions réglementaires soient appliquées en pratique⁴³³³.

⁴³¹⁹ *Ibid.*, Art. 12.

⁴³²⁰ Art. 6 al. 2 let. c LTrans.

⁴³²¹ Art. L 1211-4 al. 3 CSP issu de la loi n° 2004-800 du 6 août 2004 relative à la bioéthique, *JORF*, 7 août 2004, p. 14040.

⁴³²² La fixation par décret des modalités de prise en charge résulte aujourd'hui de l'article L 1211-9 CSP.

⁴³²³ Décret n° 2009-217 du 24 février 2009 relatif au remboursement des frais engagés à l'occasion du prélèvement d'éléments ou de la collecte de produits du corps humain à des fins thérapeutiques, *JORF*, 25 février 2009, p. 3225 ; Décret n° 2003-462 du 21 mai 2003 relatif aux dispositions réglementaires des parties I, II et III du Code de la santé publique, *JORF*, 27 mai 2003, p. 9039 ; Décret n° 2000-409 du 11 mai 2000 relatif au remboursement des frais engagés à l'occasion du prélèvement d'éléments ou de la collecte de produits du corps humain à des fins thérapeutiques et complétant le Code de la santé publique, *JORF*, 18 mai 2000, p. 7433.

⁴³²⁴ Art. R 1211-2 CSP.

⁴³²⁵ Art. R 1211-5 CSP. Son montant plafond est désormais égal au quadruple et non plus au double de l'indemnité journalière maximale de l'assurance maladie du régime général.

⁴³²⁶ Art. R 1211-8 issu du décret n° 2003-462 du 21 mai 2003 relatif aux dispositions réglementaires des parties I, II et III du Code de la santé publique, *JORF*, 27 mai 2003, p. 9039 ; Art. R 665-70-5 issu du décret n° 2000-409 du 11 mai 2000 relatif au remboursement des frais engagés à l'occasion du prélèvement d'éléments ou de la collecte de produits du corps humain à des fins thérapeutiques et complétant le Code de la santé publique, *JORF*, 18 mai 2000, p. 7433.

⁴³²⁷ AGENCE DE LA BIOMÉDECINE, *Bilan d'application de la loi de bioéthique du 6 Août 2004*, Rapport rendu à la ministre de la Santé, de la Jeunesse, des Sports et de la Vie associative par l'Agence de la biomédecine, Octobre 2008, p. 13, Disponible sur : <http://www.agence-biomedecine.fr/IMG/pdf/rapport-bilan-lb-oct2008-2.pdf>, Consulté le 27 janvier 2014.

⁴³²⁸ Art. R 1211-2 CSP.

⁴³²⁹ Art. R 1211-5 CSP.

⁴³³⁰ Art. R 1211-6 CSP.

⁴³³¹ Art. R 1211-8 CSP.

⁴³³² Art. R 1211-7 CSP.

⁴³³³ AGENCE DE LA BIOMÉDECINE, *Rapport annuel 2012*, Paris, p. 47.

La prise en charge des suites familiales, médicales et socioprofessionnelles est donc centrale car les difficultés dans ce domaine ne sont pas rares en pratique⁴³³⁴. Elle s'opère différemment dans chacun des deux pays du fait de leur histoire et de leurs systèmes de santé différents. Alors que le droit français est marqué par la solidarité nationale, le droit suisse, plus libéral, se tourne davantage vers une prise en charge faisant appel à l'assurance.

662. Le suivi des donneurs vivants – La garantie d'un équilibre entre les intérêts passe également par la garantie d'un suivi adéquat du donneur. L'importance de ce suivi pour les donneurs est bien mise en exergue par V. GATEAU dans son étude consacrée à la transplantation hépatique⁴³³⁵. Ce suivi est d'autant plus central qu'il n'est pas à exclure que « *des sentiments de rancune et de ressentiment [apparaissent] si l'organe est rejeté* »⁴³³⁶. Exigé par le principe éthique de justice⁴³³⁷, il avait déjà été préconisé par la société suisse de néphrologie en 1993, tant dans le domaine médical que psychologique⁴³³⁸. Il était pratiqué de manière très hétérogène dans les centres français de greffe en 1998⁴³³⁹. Les praticiens considèrent aujourd'hui que le suivi psychosocial est fondamental, avant comme après la transplantation⁴³⁴⁰. Il existe en effet des « *facteurs de mauvais pronostic* » et de « *bon pronostic* » dont il convient de tenir compte⁴³⁴¹. L'ordonnance sur la transplantation a acté l'importance du suivi, en précisant que le donneur vivant doit se voir proposer des examens de santé durant toute sa vie⁴³⁴². Jusqu'à présent, ce suivi est assuré par le registre suisse de santé des donneurs vivants d'organes qui a été créé en 1993 par le professeur G. T. THIEL et financé par des mécènes⁴³⁴³. Le projet de révision de la loi sur la transplantation propose de

⁴³³⁴ Pour une enquête relative aux suites vécues par les donneurs et les receveurs dans le contexte de la transplantation hépatique voir : GATEAU V., *Pour une philosophie du don d'organes*, Paris, Pour demain, Vrin, 2009, p. 116 et s.

⁴³³⁵ *Ibid.*

⁴³³⁶ HENTZ J.-G., « Par-delà le triptyque gratuité, anonymat et consentement présumé dans les dons d'organes », in THIEL M.-J. (Dir.), *Donner, recevoir un organe. Droit, dû, devoir*, Strasbourg, Presses universitaires de Strasbourg, 2009, p. 345.

⁴³³⁷ BONDOLFI A., « Quelques aspects éthiques de la transplantation d'organes à partir de donneurs vivants », in MALACRIDA R., MARTINOLI S., THIEL G., WULLSCHLEGER R. (Dir.), *Donazioni e trapianti d'organo. I trapianti dai vivi*, Corbaro, Edizioni Alice, 1999, p. 83.

⁴³³⁸ SOCIÉTÉ SUISSE DE NÉPHROLOGIE, COMMISSION DE TRANSPLANTATION, « Recommandations éthiques concernant la transplantation rénale en Suisse », in BONDOLFI A., MALACRIDA R., ROHNER A., *Éthique et transplantation*, Comano, Corbaro, Edizioni Alice, 1993, p. 195.

⁴³³⁹ GABOLDE M., HERVÉ C., « Transplantation rénale avec donneur vivant : réflexions à partir de l'étude de la pratique des centres français de greffe », *JIB*, 1998, Vol. 9, n° 4, pp. 144-145 : « Le recours au psychologue ou au psychiatre pour l'évaluation psychologique du donneur avant la décision du don est variable. Un entretien psychologique a systématiquement lieu dans 15 équipes, il n'est jamais effectué dans 6 centres, et est demandé occasionnellement, en fonction des cas particuliers, dans 4 équipes. Après le don, le suivi psychologique est éventuellement proposé dans 13 équipes, ne l'est jamais dans 11, et est systématique dans 1 centre ».

⁴³⁴⁰ GÖTZMANN L., BUDDEBERG C., « Aspects psychosociaux de la loi suisse sur la transplantation », in FNS, *La mise en œuvre de la loi sur la transplantation. Réponses à des questions ouvertes*, Bâle, PNR implants et transplants, Cahier à thèmes 5, 2006, pp. 18-21.

⁴³⁴¹ Parmi les facteurs de mauvais pronostic, on peut notamment recenser : un « *lien peu solide* », un « *don unilatéral* », l'« *hétéronomie du donneur par rapport au receveur ou au groupe familial et réciproquement* », des « *attentes irréalistes de reconnaissance* », ou encore un « *discours vague d'amour et de souffrance pour le receveur sans considération des besoins personnels* ». Parmi les facteurs de bon pronostic figurent : la « *logique générationnelle* », l'existence d'un « *discours organisé autour d'une satisfaction personnelle attendue* », un « *don vécu comme progression maturative ou spirituelle* » et enfin, la « *conscience des dysfonctionnements personnels ou familiaux* » : identifiés par : STAGNO D., BENAROYO L., « Transplantation avec donneurs vivants : enjeux éthiques », *Revue médicale suisse*, 14 février 2007, n° 98, pp. 410-412.

⁴³⁴² Art. 16 let. e de l'ordonnance sur la transplantation d'organes, de tissus et de cellules d'origine humaine du 16 mars 2007, Entrée en vigueur au 1^{er} juillet 2007, RS 810.211, RO 2007 1961.

⁴³⁴³ THIEL G., « Le don d'organes entre vivants en Suisse : un compte-rendu d'expérience », in FNS, *L'allocation d'organes. Un défi pour la politique et pour la société*, Bâle, PNR implants et transplants, Cahier à thèmes 3, 2003, p. 45.

créer un fonds de suivi des donneurs vivants financé par les assureurs et la Confédération et d'établir un service chargé de ce suivi⁴³⁴⁴.

En France, il échoit à l'agence de la biomédecine de « *mettre en œuvre un suivi de l'état de santé des donneurs d'organes (...), afin d'évaluer les conséquences du prélèvement sur la santé des donneurs* »⁴³⁴⁵. Depuis 2010, l'agence de la biomédecine mène une étude, en partenariat avec l'INSERM, visant à améliorer la connaissance des conséquences psychologiques, socioprofessionnelles, financières et familiales du don de rein⁴³⁴⁶.

663. Conclusion de la section 2 : les aménagements dans l'intérêt d'autrui – La théorie générale qui a été construite grâce au droit comparé est parfois aménagée dans l'intérêt d'autrui. Dans ces hypothèses, les finalités poursuivies par le droit de la santé et par le droit de la famille sont divergentes, ce qui nécessite de les concilier.

L'impératif de protection de la santé publique, qui tend à limiter les prérogatives familiales, doit être encadré. L'examen des conditions de restriction des droits familiaux s'avère fondamental. Si l'équilibre atteint semble globalement satisfaisant du vivant des intéressés, il se montre en revanche plus problématique aux extrémités de la vie en droit français. C'est pourquoi il nous semble nécessaire de reconnaître pleinement les droits des proches, quitte à les restreindre en raison des exigences sanitaires.

L'impératif de protection de la santé d'un membre de la famille peut s'inscrire en contradiction avec la protection de la santé d'un autre membre de cette même famille. La solidarité familiale doit alors être encadrée, tant dans sa dimension corporelle qu'informationnelle, afin d'assurer un équilibre entre les droits de chacun. Si, dans chacun des deux pays, le droit de la santé s'appuie sur la famille en tant que relais de la politique de santé, il doit en contrepartie garantir à la famille son soutien.

664. Conclusion du chapitre 2 : les aménagements à la théorie générale encadrés grâce au droit comparé – Nous avons construit, grâce au droit comparé, une théorie générale permettant d'améliorer l'articulation du droit de la santé et du droit de la famille autour de finalités communes. Cependant, cette théorie générale doit être aménagée.

Elle doit d'abord l'être dans l'intérêt du patient. Cet intérêt doit guider tant l'articulation des prérogatives des différents protecteurs amenés à intervenir dans le champ de la décision médicale que l'éviction de ceux-ci lorsqu'ils sont inaptes à remplir leur mission.

Elle doit ensuite être aménagée dans l'intérêt d'autrui. Dans cette hypothèse, les deux champs du droit qui font l'objet de notre étude poursuivent des finalités différentes. La cohérence du droit implique alors de définir des critères permettant de concilier ces finalités. Ces critères ont pu être pensés grâce au droit comparé et sont déterminés par un mouvement de balancier. L'influence de la protection de la santé publique doit être circonscrite et la famille exerce alors un rôle de garant de la santé du patient. À l'inverse, la solidarité familiale doit être encadrée, afin que les pressions susceptibles de nuire à la santé d'un individu ne deviennent pas trop fortes. La santé de l'individu constitue alors une limite des solidarités familiales.

⁴³⁴⁴ Projet de loi fédérale sur la transplantation d'organes, de tissus et de cellules, Révision partielle de la loi sur la transplantation, FF 2013 2126-2127.

⁴³⁴⁵ Art. L 1418-1 6° CSP.

⁴³⁴⁶ AGENCE DE LA BIOMÉDECINE, *Rapport annuel 2012*, Paris, p. 47.

Grâce aux critères qui ont été déterminés, les finalités inverses poursuivies par les différentes règles de droit peuvent se concilier et se nourrir mutuellement.

665. Conclusion du titre 2 : le rôle complémentaire du droit de la santé dans la détermination des droits et devoirs familiaux – Alors que nous avons considéré que le rôle du droit de la santé devait être limité dans la détermination des liens familiaux, il nous semble que le droit de la santé peut, au contraire, jouer un rôle complémentaire à celui du droit de la famille dans l’appréhension des droits et devoirs familiaux. Cette complémentarité s’exerce cependant de deux manières différentes.

Elle s’opère par l’articulation des droits lorsque ceux-ci poursuivent une finalité commune. En effet, la cohérence du droit implique que soient évitées les contradictions entre les règles qui pourraient nuire à l’objectif poursuivi. Le droit comparé a permis de mettre en avant cette nécessité, le système suisse témoignant de l’utilité de penser ensemble le droit de la santé et le droit de la famille. La protection de l’individu et de son autonomie étant des objectifs communs à ces deux pans du droit, le droit de la santé ne peut constituer qu’une illustration particulière du droit de la famille et plus largement de la personne humaine.

La complémentarité s’opère, en revanche, par la conciliation des droits lorsque ceux-ci poursuivent des finalités inverses. La recherche d’une complémentarité est passée par des critères d’encadrement de la prééminence, d’une part de la santé publique sur les droits familiaux de protection, et d’autre part, de la solidarité familiale sur la protection de la santé individuelle.

666. Conclusion de la partie 2 : l’influence du droit de la santé sur le droit extrapatrimonial de la famille repensée grâce au droit comparé – Le droit suisse a enrichi les conceptions françaises. Après avoir révélé l’influence du droit de la santé sur le droit de la famille, il a en effet permis de repenser cette influence. Il ne s’est pas agi d’importer des solutions étrangères déconnectées de leurs contextes culturel et politique, mais plutôt de réfléchir, de manière plus générale, à l’agencement du système juridique et à la réalité des rapports existants entre deux branches du droit.

La construction du droit de la santé suisse, du fait des spécificités organisationnelles du pays, s’est faite de manière finalisée. On peut prendre l’exemple des dons d’éléments et produits du corps humain, qui a été largement développé tout au long de cette étude, afin d’explicitier notre propos. En Suisse, chaque type de don est appréhendé dans une loi spécifique. Le don de gamètes est intégré dans la LPMA, le don d’organes dans la loi sur la transplantation, le don de cellules souches dans la loi sur la recherche sur les cellules souches embryonnaires... Ainsi, les objectifs particuliers à chaque type de dons ressortent. À l’inverse, le droit français a favorisé une approche catégorielle, spécifique au droit de la santé, en créant la catégorie des éléments et produits du corps humain. Une telle approche limite, au contraire, la spécificité de la finalité de chaque type de don. L’exemple du don d’éléments et produits du corps humain peut d’ailleurs être étendu à d’autres problématiques comme celle de l’autonomie et de la protection des patients par leur famille.

L’étude de cette construction différente des deux droits a permis de faire émerger l’importance des finalités des règles de droit afin de repenser l’influence du droit de la santé sur le droit extrapatrimonial de la famille. Ces finalités ont dicté nos propositions.

Le droit de la procréation poursuit une finalité première d'ordre purement familial, il permet l'institutionnalisation des liens familiaux. Le droit de la santé doit alors être cantonné à un rôle technique, suiveur des évolutions du droit de la famille. Ce que nous avons qualifié de droit de la santé constitue finalement du droit civil de la famille délocalisé dans le Code de la santé publique ou dans la LPMA.

En revanche, lorsque le droit de la santé intervient pour réguler les droits et devoirs familiaux, la finalité qu'il poursuit n'est pas directement familiale, même si elle influe indirectement sur les droits et devoirs familiaux. Dans cette hypothèse, le droit de la santé peut exercer un rôle complémentaire à celui du droit de la famille. La cohérence du système juridique implique, toutefois, qu'il soit tantôt articulé avec le droit de la famille avec lequel il partage des finalités communes, tantôt concilié avec les finalités du droit de la famille qu'il ne partage pas.

CONCLUSION GÉNÉRALE

667. Utilisation du droit comparé en tant qu'outil de connaissance du droit – Une étude de droit comparé apparaît comme un outil important de connaissance du droit, laquelle en constitue la principale finalité⁴³⁴⁷. Elle permet d'acquérir une « *meilleure compréhension des droits, du sien comme celui d'autrui* »⁴³⁴⁸. Ainsi, « *le juriste perçoit mieux ce qui est original, ce qui est constant, ce qui résiste aux changements, ce qui est latent, ce qui est peu ou mal exploré dans son propre droit* »⁴³⁴⁹. La comparaison ne se résume pas à l'acquisition de connaissances des règles de droit issues d'un système juridique donné, elle nécessite de replacer le droit dans un contexte plus large, puisqu'il « *s'inscrit inéluctablement en une culture juridique* »⁴³⁵⁰. Notre étude visait à comparer la façon dont le droit de la santé s'est construit dans deux pays de tradition romano-germanique et à mesurer l'influence de cette nouvelle discipline sur le droit de la famille. Le droit de la santé s'est formé de manière relativement pragmatique, au gré des évolutions de la science dans chacun des deux pays. L'influence du droit de la santé sur le droit de la famille s'avère généralement protéiforme. La comparaison permet cependant de faire émerger, sur un certain nombre de problématiques étudiées, des rapports différents entre droit de la santé et droit de la famille dans chacun des deux pays.

668. Influence peu subversive du droit de la santé en Suisse sur le droit de la famille – Le droit de la santé suisse exerce une influence sur le droit de la famille nettement moins subversive que celle exercée par le droit de la santé français.

Dans nombre de domaines, le droit de la santé s'est construit par référence au droit civil. Ainsi, le législateur n'a ouvert la PMA hétérologue qu'aux couples reconnus par le droit civil et à l'égard desquels un rapport de filiation pouvait être établi. Le droit de la santé s'est également inspiré des notions de droit civil pour réguler le consentement à l'acte médical, en recourant au critère du discernement et à la catégorie des droits strictement personnels. On note enfin, une large cohérence du vocabulaire du droit de la santé et du droit civil, par le biais notamment de l'utilisation systématique du terme de représentant légal en droit de la santé.

Dans d'autres domaines, le droit de la santé suisse innove du fait de sa dimension pragmatique. Il favorise l'apparition de nouvelles notions, comme la représentation dans le domaine médical ou les directives anticipées. Néanmoins, ces nouveautés ont été coordonnées avec les concepts préexistants en droit civil. Le droit de la santé s'articule en général avec le droit de la famille.

Plusieurs pistes semblent susceptibles d'expliquer la cohérence de cette construction.

⁴³⁴⁷ GORLA G. « Intérêts et problèmes de la comparaison entre le droit continental et la *common law* », *RIDC*, 1963, Vol. 15, n° 1, p. 5.

⁴³⁴⁸ LAITHIER Y.-M., *Droit comparé*, Paris, Cours, Dalloz, 2009, p. 15.

⁴³⁴⁹ *Ibid.*

⁴³⁵⁰ LEGRAND P., *Le droit comparé*, Paris, Que sais-je ?, PUF, 2009, p. 5.

D'abord, à l'époque de l'apparition de la PMA, le droit suisse demeurait attaché à une vision très traditionnelle de la famille fondée sur le mariage, la pression en faveur de l'accès à la PMA pour les couples de concubins était donc très limitée. Le contexte politique et culturel a d'ailleurs joué un rôle important, favorable à l'adoption d'une législation restrictive.

Ensuite, le droit civil était pourvu d'une théorie générale des actes strictement personnels fondée sur le critère de la capacité de discernement. Ces actes échappaient donc au critère rigide de la capacité civile. La théorie générale conférait une large place à la liberté personnelle et à l'autodétermination corporelle. Signalons à cet égard que le principe de l'indisponibilité du corps humain ne semble pas avoir eu, en Suisse, le retentissement qu'il a connu en droit français. Cette physionomie du droit civil était parfaitement adaptée aux problématiques auxquelles devaient faire face les médecins, notamment lorsqu'ils étaient confrontés à une personne non protégée juridiquement et hors d'état d'exprimer sa volonté, ou encore, en présence d'un conflit entre un adolescent capable de discernement et son représentant légal. La théorie générale est donc apparue comme un réceptacle pour le droit de la santé.

Enfin, les modalités d'adoption de la loi nous semblent favoriser une telle cohérence d'un double point de vue. D'une part, l'essentiel des domaines que nous avons étudiés fait aujourd'hui l'objet de règles de droit fédéral. Or, traditionnellement, le droit de la santé ressortit de la compétence des cantons. Il est donc fréquent que des règles de droit cantonal aient d'abord trouvé à s'appliquer. Lors de l'élaboration du droit fédéral, les diverses solutions cantonales sont examinées. Cette pratique du droit comparé interne nous semble favoriser la cohérence du droit. D'autre part, la procédure législative est à la fois très longue et consensuelle. Elle s'inscrit dans ce qu'on appelle « *la démocratie de concordance* »⁴³⁵¹. Nous avons signalé à plusieurs reprises le poids exercé par la procédure de consultation, le référendum facultatif ou encore par les initiatives populaires sur le contenu des lois touchant à la biomédecine. Ce poids peut constituer un obstacle à des évolutions trop audacieuses. En outre, les projets de loi sont fréquemment votés en l'état par le Parlement, à la différence de ce qui se passe lors du processus législatif français qui favorise la multiplication des amendements déstructurant parfois la logique et la cohérence du texte initial.

669. Influence subversive du droit de la santé français sur le droit de la famille – À l'inverse du droit suisse, le droit de la santé français a fréquemment exercé une influence subversive sur le droit de la famille. Il a renouvelé l'analyse du droit du couple, en participant à l'émergence d'un droit commun du couple, et perturbé le droit de la filiation, particulièrement dans le domaine de l'AMP. Il a également joué un rôle moteur en remplaçant, parfois, le concept d'incapacité par celui de capacité naturelle et en favorisant l'apparition de nouveaux protecteurs du patient. Il a enfin perturbé l'autorité parentale en promouvant l'autonomie du mineur et en se référant, de manière inadaptée, aux « titulaires de l'autorité parentale » en lieu et place des « titulaires de l'exercice de l'autorité parentale ».

Cette construction s'explique d'abord par l'existence d'une vision moins traditionnelle de la famille que celle prévalant en droit suisse à l'époque de l'encadrement de l'assistance médicale à la procréation. Par ailleurs, la structure du droit de la famille et des personnes protégées tantôt lacunaire,

⁴³⁵¹ PAPADOPOULOS I., « Des origines aux transformations de la démocratie de concordance en Suisse », *Association suisse des professeurs d'université*, Novembre 2003, Bulletin n° 4, p. 17.

tantôt inadéquate pour accueillir les évolutions du droit de la santé et la prévalence de l'autonomie du patient explique que le droit de la santé se soit construit en parallèle au droit civil, voire en dérogation au droit civil. Il en résulte des incohérences et des difficultés d'articulation entre droit de la santé et droit de la famille.

670. La nécessaire cohérence du système juridique : repenser l'influence du droit de la santé sur le droit de la famille selon trois axes – À l'issue de notre étude, il nous semble fondamental d'insister sur le fait que le droit de la santé « *n'est pas autarcique [et] ne peut être réfléchi, ni appliqué sans contemplation de la discipline fondamentale* »⁴³⁵². La réfutation de l'autonomie du droit de la santé repose sur une double argumentation à la fois théorique et pratique.

D'un point de vue théorique, si l'on conçoit le droit comme un système, c'est-à-dire comme « *un ensemble cohérent d'éléments interdépendants* »⁴³⁵³, alors il convient d'exclure « *l'autonomie des branches dont l'effectivité dépend de l'application de l'ensemble du système juridique* »⁴³⁵⁴. En effet, un droit composé de la « *somme des droits autonomes ne serait pas viable* »⁴³⁵⁵. La multiplication des droits fondés sur un objet spécifique permettant de justifier des règles dérogatoires conduirait à d'importantes difficultés liées à la combinaison et à la délimitation de leurs frontières. En outre, si l'on s'en tient au sens étymologique du terme autonomie, il apparaît qu'« *aucun droit ne peut être autonome [car] toute règle juridique doit trouver son principe en dehors d'elle* »⁴³⁵⁶. Ainsi, si l'on peut entériner l'expression droit de la santé, il est nécessaire de garder à l'esprit son appartenance au « *grand tout qu'est le droit* »⁴³⁵⁷ et de refuser son autonomisation.

Le nécessaire rattachement du droit de la santé à l'ensemble de l'ordre juridique est également dicté par des considérations d'ordre plus pratique. Pour être pleinement opérationnel, le concept de branche du droit autonome (qualification) doit correspondre à un régime dérogatoire au droit commun (régime juridique). Il est à cet égard nécessaire de ne pas inverser le raisonnement, c'est-à-dire de déduire l'autonomie d'une branche de la simple constatation de l'existence d'un certain nombre de règles dérogatoires⁴³⁵⁸. L'affirmation de l'autonomie se veut essentiellement « *défensive [puisqu'elle] interdit d'appliquer dans les domaines concernés des concepts ou règles utilisés dans les autres branches du droit, ce qui autorise le juge à écarter ces règles en tant que besoin, avec une liberté quasi discrétionnaire* »⁴³⁵⁹. Or, dans la mesure où le droit de la santé concerne en premier lieu la protection de la santé humaine « *aucun argument ne justifie la mise à l'écart du droit commun protecteur de la personne* »⁴³⁶⁰. On pourrait même craindre qu'un droit de la santé se constitue comme un droit autonome « *non pas au sens où les droits techniques, professionnels sont déjà devenus autonomes, mais*

⁴³⁵² C'est la constatation de G. MÉMETEAU concernant le droit médical : MÉMETEAU G., « L'utilité du droit médical », *RRJ*, 2004, n° 4, p. 2135.

⁴³⁵³ BERGEL J.-L., *Méthodologie juridique*, Paris, Thémis, Droit privé, PUF, 2001, p. 23.

⁴³⁵⁴ BERGEL J.-L., « Rapport de synthèse », in FEUILLET-LE-MINTIER B. (Dir.), *Normativité et biomédecine*, Paris, Études juridiques, Economica, 2003, p. 286.

⁴³⁵⁵ GRUA F., « Les divisions du droit », *RTD Civ.*, 1993, n° 1, p. 70.

⁴³⁵⁶ GÉNY F., « Le particularisme du droit fiscal », in *Mélanges Raymond Carré de Malberg*, Paris, Librairie du recueil Sirey, 1933, p. 196.

⁴³⁵⁷ C'est le raisonnement tenu par : TRÉBULLE F.-G., « Place et domaine d'un droit privé de l'environnement », *Bulletin du droit de l'environnement industriel*, 2009, Supplément au n° 19, p. 20.

⁴³⁵⁸ GRUA F., « Les divisions du droit », *RTD Civ.*, 1993, n° 1, p. 65.

⁴³⁵⁹ HERZOG R., « L'autonomie en droit : trop de sens, trop peu de signification », in *Mélanges Paul Amsseleke*, Bruxelles, Bruylant, 2005, p. 461.

⁴³⁶⁰ B. FEUILLET réalise ce constat s'agissant du droit de la biomédecine : FEUILLET-LE-MINTIER B., « La biomédecine, nouvelle branche du droit ? », in FEUILLET-LE-MINTIER B. (Dir.), *Normativité et biomédecine*, Paris, Études juridiques, Economica, 2003, p. 9.

autonome comme le fut le droit canon médiéval, jaloux et intolérant comme lui, gonflé de certitudes et d'omnipotence »⁴³⁶¹. L'ensemble de ces raisons conduit à réfuter l'autonomie du droit de la santé.

La coordination du droit de la santé et du droit de la famille doit donc être assurée. Nous nous appuyons sur les préconisations de J.-L. BERGEL, aux termes desquelles « *il faut concevoir le droit (...) comme un système* »⁴³⁶². Le système juridique peut être défini comme « *l'ensemble structuré, organisé et interdépendant des règles et des mécanismes juridiques qui s'appliquent dans une société* »⁴³⁶³. Il « *est orienté vers certaines finalités et inspiré par certaines idées directrices qui en constituent en quelque sorte la charpente* »⁴³⁶⁴. Cette remarque s'applique « *non seulement pour l'ensemble du système juridique, mais aussi pour chacune de ses branches spécialisées et pour chaque institution dont les éléments se regroupent autour de principes ou d'organes fédérateurs* »⁴³⁶⁵. Ce sont donc les finalités poursuivies par chacune des deux branches du droit qui permettent d'envisager les modalités de coordination du droit de la santé et du droit de la famille. Nous proposons une coordination selon trois axes, pour la construction desquels le droit comparé a constitué un atout précieux. Ces trois axes peuvent être concrétisés au sein du Code civil et du Code de la santé publique⁴³⁶⁶.

671. 1^{er} axe : la limitation du rôle du droit de la santé dans la détermination des liens familiaux

– Le droit comparé a d'abord permis de montrer la spécificité de l'acte médical procréatif, dont la finalité première s'avère à la fois civile et familiale. Cette spécificité a pu être démontrée grâce à l'étude du tourisme procréatif. Ce phénomène, auquel sont confrontés les deux pays, soulève en effet des problématiques singulières, tant du point de vue du droit pénal que du point de vue du droit de la filiation, et qui tendent à se distinguer des problématiques classiquement posées par le tourisme médical. La spécificité de cet acte médical transparaît également si l'on étudie le don de gamètes qui, à l'inverse des autres dons d'éléments et produits du corps humain, implique un questionnement sur le droit à la connaissance de ses origines. Plus qu'un problème médical, la PMA avec don de gamètes constitue un problème de choix de société en faveur de tel ou tel modèle familial. L'identification par empreintes génétiques a également une forte dimension familiale. Ces deux catégories d'actes médicaux poursuivant une finalité familiale, les impulsions et les évolutions dans ces domaines doivent être dictées par le droit de la famille et non par le droit de la santé.

Nous proposons dès lors de repenser le droit de la procréation, en insistant davantage sur son ancrage familial. Le droit de la santé n'a pas nécessairement à s'effacer, mais doit être replacé dans un rôle technique, suiveur des évolutions du droit de la famille. Ce rôle suiveur se traduit par l'adossement des conditions d'accès à la PMA sur les modèles familiaux reconnus par le droit civil et par la subordination de l'identification par empreintes génétiques aux finalités poursuivies par le droit de la famille.

⁴³⁶¹ CADEAU E., « Sur « l'autonomie » du droit de la santé... publique. À partir d'un texte édifiant du Doyen Jean Carbonnier », in FIALAIRE J., MONDIELLI É., *L'homme, ses territoires, ses cultures. Mélanges offerts à André-Hubert Mesnard*, Paris, Décentralisation et développement local, LGDJ, 2006, p. 309.

⁴³⁶² BERGEL J.-L., *Méthodologie juridique*, Paris, Thémis, Droit privé, PUF, 2001, p. 23.

⁴³⁶³ *Ibid.*, p. 24.

⁴³⁶⁴ *Ibid.*, p. 209.

⁴³⁶⁵ *Ibid.*

⁴³⁶⁶ Voir annexe 15 : concrétisation des propositions de thèse. Cette annexe présente, pour les principales propositions réalisées dans les développements de cette thèse, des solutions concrètes permettant de repenser l'influence du droit de la santé sur le droit extrapatrimonial de la famille. Les propositions ont été inspirées par le droit comparé et portent tant sur le Code civil que sur le Code de la santé publique.

Le droit comparé nous conduit, par ailleurs, à insister sur l'importance d'une distinction plus claire entre filiation charnelle et filiation par PMA. Les différences entre ces deux types de filiations sont en effet marquées. Elles ressortent d'abord de l'étude de la notion de couple parental, lequel constitue le pilier du droit de l'AMP, alors que cette notion est presque absente de la procréation charnelle. Elles ressortent ensuite de l'étude de la notion de filiation. L'identification par empreintes génétiques favorise la vérité biologique, à l'inverse des techniques d'assistance médicale à la procréation. Il existe entre les deux une différence de nature qui doit se traduire par une différence de régime⁴³⁶⁷, c'est pourquoi nous proposons de fonder de manière différenciée la filiation par PMA et la filiation charnelle. Cette refondation passe par la reconnaissance du rôle du tiers procréateur. Le droit suisse montre que cette reconnaissance peut se faire *via* la consécration d'une dissociation claire entre origines et filiation, dissociation qui nous paraît devoir être étendue au droit de la filiation charnelle, puisqu'elle est seule à même de garantir la prééminence des finalités du droit de la famille et d'éviter la « biologisation » du droit de la filiation.

672. 2^e axe : l'articulation du droit de la santé et du droit de la famille, en présence d'une finalité partagée

Le droit de la santé et le droit de la famille poursuivent parfois une finalité commune. Le droit de la santé vise à protéger la santé individuelle, à l'instar du rôle conféré aux détenteurs de l'autorité parentale ou au protecteur du majeur protégé. L'effectivité du droit passe alors par l'articulation des règles appartenant à ces deux champs du droit, au service de la finalité de protection de la personne. Cette articulation peut être réalisée en recourant à une théorie générale relative aux droits de la personne, inspirée du droit suisse. Il n'a pas été question d'importer une solution étrangère, sans égards aux spécificités nationales, dans la mesure où « *la valeur prescriptive de toute importation reste tributaire d'une acculturation, donc d'une réinterprétation locale à la lumière de la gouvernamentalité en vigueur* »⁴³⁶⁸. La démarche a davantage consisté à souligner l'existence d'un rapprochement certain entre le droit français et le droit suisse, autour des notions d'actes relatifs à la personne et de discernement. Ce rapprochement nous a conduits à utiliser le droit comparé « *comme un instrument de connaissance critique du droit, contribu[ant] au renouvellement des analyses* »⁴³⁶⁹. Le droit suisse montre en effet, à l'encontre des analyses fréquemment menées par la doctrine française, que le discernement peut constituer un critère à la fois souple et opératoire susceptible de fonder une théorie générale. Cette dernière doit permettre d'articuler le droit de la santé et le droit de la famille. Notons toutefois que le droit français différencie, davantage que le droit suisse, la condition du mineur et la condition du majeur protégé, ce qui constitue selon nous un obstacle à l'unification des droits. Cette différence de traitement implique une adaptation de la théorie suisse aux spécificités du droit français.

673. 3^e axe : la conciliation du droit de la santé et du droit de la famille, en présence de finalités divergentes

Repenser l'influence du droit de la santé sur le droit de la famille implique enfin d'envisager les cas dans lesquels les finalités du droit de la santé et du droit de la famille sont divergentes. Il est alors nécessaire de tenter de concilier les impératifs contraires en encadrant, d'une part les atteintes aux droits familiaux réalisées à des fins de santé publique, et d'autre part les atteintes aux droits du patient réalisées à

⁴³⁶⁷ BERGEL J.-L., « Différence de nature (égale) différence de régime », *RTD civ.*, 1984, n° 2, p. 255 et s.

⁴³⁶⁸ LEGRAND P., *Le droit comparé*, Paris, Que sais-je ?, PUF, 2009, p. 9.

⁴³⁶⁹ LAITHIER Y.-M., *Droit comparé*, Paris, Cours, Dalloz, 2009, p. 16.

des fins de protection de la santé d'un membre de la famille. L'exemple du don d'organes a permis de montrer la nécessité d'appréhender le donneur en tant que patient, pour lui-même, alors qu'il est initialement appréhendé par le droit de la santé uniquement dans ses rapports avec un membre de sa famille, lui même patient primaire. Le don d'organes nous semble illustrer un mouvement plus large du droit de la santé, lequel commence à appréhender les proches comme un nouvel enjeu de santé publique. Le développement progressif du concept de « *proximologie* »⁴³⁷⁰ invite le juriste à ne pas rester en retrait en réfléchissant plus largement au rôle de l'aidant familial, non seulement dans une optique de droit de la santé, mais surtout dans une optique de politiques sociales comparées. L'attention accrue du droit français et du droit suisse pour ces problématiques semble nous ouvrir un nouveau champ de recherche.

674. Il s'agit là de nouvelles perspectives et l'on peut, pour l'instant, conclure ces trois axes en retenant que le droit de la santé constitue une « *branche nommée du droit* »⁴³⁷¹. Il fait nécessairement l'objet de règles spéciales qui peuvent être individualisées, sans pour autant constituer un corps de règles autonomes. Le droit de la santé constitue un « *champ* »⁴³⁷² du droit identifiable par une définition fonctionnelle qui doit nécessairement être rattaché aux grandes disciplines du droit.

⁴³⁷⁰ JOUBLIN H., *Réinventer la solidarité de proximité. Manifeste de proximologie*, Paris, Essais et documents, Albin Michel, 2005, 178 p.

⁴³⁷¹ FEUILLET-LE-MINTIER B., « La biomédecine, nouvelle branche du droit ? », in FEUILLET-LE-MINTIER B. (Dir.), *Normativité et biomédecine*, Paris, Études juridiques, Economica, 2003, p. 3.

⁴³⁷² La métaphore est de F. GRUA dans son article : GRUA F., « Les divisions du droit », *RTD Civ.*, 1993, n° 1, p. 64.

BIBLIOGRAPHIE

DROIT FRANÇAIS :

Dictionnaires, encyclopédies, lexiques :

- ALLAND D., RIALS S., *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, Dicos poche, Quadrige, PUF, 2007, 1696 p.
 - ✓ Droit comparé
 - ✓ Familles de droits (classification)
 - ✓ Filiation
- CORNU G., *Vocabulaire juridique*, Paris, Dicos Poche, Quadrige, PUF, 2007, 986 p.
- DEKEUWER-DÉFOSSEZ F., *Dictionnaire juridique droits des femmes*, Paris, Dalloz, 1985, 458 p.
- *Dictionnaire permanent santé, bioéthique, biotechnologies*, Éditions législatives.
 - ✓ Étude : assistance médicale à la procréation.
 - ✓ Étude : empreintes génétiques.
 - ✓ Étude : interruption volontaire de grossesse.
 - ✓ Étude : tissus, cellules et produits d'origine humaine.
 - ✓ Étude : transsexualisme.
- GUINCHARD S., DEBARD T., *Lexique des termes juridiques*, Paris, Dalloz, 2014, 993 p.
- *Jurisque civil code*, Lexis Nexis, Éditions du jurisque.
 - ✓ Fascicule 10 : Mariage. – Les conditions à réunir dans la personne des époux, RAYMOND G., CILIC-DELFOSSE M.-L.
 - ✓ Fascicule 10 : Contrats et obligations. – Objet du contrat, MARTIN G. J., RACINE J.-B.
 - ✓ Fascicule 40 : Respect et protection du corps humain. – Assistance médicale à la procréation. – Accès, MURAT P., CIMAR L.
- *Jurisque droit international*, Lexis Nexis, Éditions du jurisque.
 - ✓ Fascicule 12-2 : Sources du droit international. – Les traités. – Effets des traités : situation juridique des ressortissants des parties au regard des normes conventionnelles (généralités. Application des traités en France), DEHAUSSY J., SALEM M.
- *Jurisque pénal code*, Lexis Nexis, Éditions du jurisque.
 - ✓ Fascicule 20 : Atteintes à la filiation, BONFILS P.
- *Jurisque procédure pénale*, Lexis Nexis, Éditions du jurisque.
 - ✓ Fascicule 20 : Compétence des tribunaux répressifs français et de la loi pénale française – Introduction générale. – Infractions commises en France, HUET A., KOERING-JOULIN R.
- *Lamy droit des personnes et de la famille*, Éditions Lamy.
- *Lamy droit de la santé*, Éditions Lamy.
- MARZANO M. (Dir.), *Dictionnaire du corps*, Paris, Dicos poche, Quadrige, PUF, 2007, 1072 p.
- PÉDROT P. (Dir.), *Dictionnaire de droit de la santé et de la biomédecine*, Paris, Dictionnaires de droit, Ellipses, 2006, 476 p.
- *Répertoire de droit civil* Dalloz, Éditions Dalloz.

- ✓ Étude : famille, LEMOULAND J.-J.
- ✓ Étude : filiation (1° généralités), LABRUSSE-RIOU C.
- ✓ Étude : filiation (2° modes extrajudiciaires d'établissement), LE GUIDE R., CHABOT G.
- *Répertoire de droit international*, Éditions Dalloz.
 - ✓ Étude : actes de l'état civil, REVILLARD M.
- *Répertoire de droit pénal et de procédure pénale* Dalloz, Éditions Dalloz.
 - ✓ Étude : provocation, LASSALLE J.-Y.
 - ✓ Étude : enfance, GOUTTENOIRE A.
- *Répertoire de procédure civile* Dalloz, Éditions Dalloz.
 - ✓ Étude : adoption, LARRIBAU-TERNEYRE V.

Ouvrages généraux :

- AUBERT J.-L., SAVAUX E., *Introduction au droit et thèmes fondamentaux du droit civil*, Paris, Université, Sirey, 2014, 381 p.
- AUBY J.-M., *Le droit de la santé*, Paris, Thémis, PUF, 1981, 508 p.
- BERTHIAU D., *Droit de la santé*, Paris, Mémentos, Gualino, 2007, 273 p.
- BINET J.-R., *Droit médical*, Paris, Cours, Montchrestien, Lextenso, 2010, 555 p.
- BONFILS P., GOUTTENOIRE A., *Droits des mineurs*, Paris, Précis, Dalloz, 2014, 1286 p.
- BUFFELAN-LANORE, LARRIBAU-TERNEYRE V., *Droit civil. Introduction, biens, personnes, famille*, Paris, Université, Sirey, 2013, 975 p.
- CABRILLAC R., *Introduction générale au droit*, Paris, Cours, Dalloz, 2013, 266 p.
- CARBONNIER J., *Droit civil. La famille, l'enfant, le couple*, Tome 2, Paris, Thémis, PUF, 2002, 756 p.
- CARBONNIER J., *Introduction, Droit civil*, Thémis, Droit privé, PUF, 2002, 384 p.
- CARBONNIER J., *Droit civil : les personnes*, Paris, Thémis, Droit privé, PUF, 1995, 390 p.
- CLAVEL S., *Droit international privé*, Paris, Hypercours, Dalloz, 2012, p. 692 p.
- CLÉMENT J.-M., *Les grands principes du droit de la santé*, Bordeaux, LEH, 2005, 209 p.
- CORNU G., *Droit civil : la famille*, Paris, Domat droit privé, Montchrestien, 2006, 654 p.
- COURBE P., GOUTTENOIRE A., *Droit de la famille*, Université, Sirey, 2013, 574 p.
- COURBE P., *Droit de la famille*, Paris, Université, Sirey, 2008, 536 p.
- DAVID R., *Les grands systèmes de droit contemporains*, Paris, Précis, Dalloz, 2002, 553 p.
- DEMICHEL A., *Le droit de la santé*, Bordeaux, LEH, 2011, 142 p.
- DESPORTES F., LE GUNEHEC F., *Droit pénal général*, Paris, Corpus droit privé, Economica, 2009, 1248 p.
- DOUCHY-LOUDOT M., *Droit civil 1^{re} année. Introduction, personnes, famille*, Paris, Hypercours, Dalloz, 2013, 488 p.
- DREYER E., *Droit pénal général*, Paris, Manuel, Lexis-Nexis, 2012, 1248 p.
- ELSHOUD S., *L'essentiel du droit de la santé et du droit médical*, Paris, Ellipses, 2010, 144 p.
- FENOUILLET D., *Droit de la famille*, Paris, Cours, Dalloz, 2013, 602 p.
- FORGES J.-M. (de), *Le droit de la santé*, Paris, Que sais-je ?, PUF, 2012, 128 p.
- GAMBARO A. et al., *Le droit de l'occident et d'ailleurs*, Paris, LGDJ, 2011, 480 p.
- GUTTERIDGE H.-C., *Le droit comparé : introduction à la méthode comparative dans la recherche juridique et l'étude du droit*, Paris, LGDJ, 1953, 239 p.
- HALPÉRIN J.-L., *Histoire du droit privé français depuis 1804*, Paris, Quadriga, PUF, 2012, 391 p.
- LAITHIER Y.-M., *Droit comparé*, Paris, Cours, Dalloz, 2009, 255 p.
- LAUDE A., MATHIEU B., TABUTEAU D., *Droit de la santé*, Paris, Thémis, PUF, 2012, 768 p.
- LECA A., *Droit de l'exercice médical en clientèle privée*, Bordeaux, Intempora, LEH, 2013, 590 p.
- LEGRAND P., *Le droit comparé*, Paris, Que sais-je ?, PUF, 2011, 128 p.
- LEMOULAND J.-J., *Droit de la famille*, Paris, Cours magistral, Ellipses, 2014, 590 p.
- LÉVY J.-P., *Histoire du droit civil*, Paris, Précis, Dalloz, 2010, 1619 p.
- LOUSSOUARN Y., BOUREL P., DE VAREILLES-SOMMIÈRES P., *Droit international privé*, Paris, Précis, Dalloz, 2013, 1000 p.

- MALAURIE P., *La famille*, Paris, Droit civil, Defrénois, Lextenso, 2011, 756 p.
- MALAURIE P., *Les personnes. La protection des mineurs et des majeurs*, Paris, Droit civil, Defrénois, Lextenso, 2010, 366 p.
- MAYAUD Y., *Droit pénal général*, Paris, Droit fondamental pénal, PUF, 2013, 576 p.
- MÉMETEAU G., *Cours de droit médical*, Bordeaux, LEH, 2010, 726 p.
- MÉMETEAU G., *Le droit médical*, Paris, Litec, Jurisprudence française, 1985, 543 p.
- MORELLE A., TABUTEAU D., *La santé publique*, Paris, Que sais-je ?, PUF, 2010, 128 p.
- MURAT P. (Dir.), *Droit de la famille*, Paris, Dalloz action, Dalloz, 2014-2015, 1800 p.
- PARQUET M., *Droit de la famille*, Rosny-sous-Bois, Lexifac droit, Bréal, 2009, 202 p.
- PERRIN DE BRICHAMBAUT M., DOBELLE J.-F., COULÉE F., *Leçons de droit international public*, Amphi, Dalloz, 2011, 704 p.
- PRADEL J., *Droit pénal général*, Paris, Référence, Cujas, 2012, 768 p.
- PRADEL J., *Droit pénal comparé*, Paris, Précis, Dalloz, 2008, 892 p.
- PRIEUR M., *Droit de l'environnement*, Paris, Précis, Dalloz, 2011, 1151 p.
- RENOULT H., *Droit pénal général*, Bruxelles, Paradigme, Larcier, 2012, 424 p.
- ROBERT J., DUPHAR J., *Droits de l'homme et libertés fondamentales*, Paris, Montchrestien, Lextenso, 2009, 907 p.
- ROUSSEAU D., *Droit du contentieux constitutionnel*, Paris, Montchrestien, Lextenso, 2010, 586 p.
- RUBELLIN-DEVICHI J., *Droit de la famille*, Paris, Dalloz action, Dalloz, 2002, 932 p.
- SAVATIER R., SAVATIER J., AUBY J.-M., PÉQUIGNOT H., *Traité de droit médical*, Paris, Librairies techniques, 1956, 574 p.
- TERRÉ F., FENOUILLET D., *Droit civil. La famille*, Paris, Précis, Dalloz, 2011, 1106 p.
- TERRÉ F., FENOUILLET D., *Droit civil : les personnes, la famille, les incapacités*, Paris, Précis, Dalloz-Sirey, 2005, 1382 p.
- TRUCHET D., *Droit de la santé publique*, Paris, Mémentos, Dalloz, 2012, 260 p.
- VAN LANG A., *Droit de l'environnement*, Paris, Thémis, Droit public, PUF, 2011, 517 p.
- VIGNAL T., *Droit international privé*, Paris, Université, Sirey, 2014, 522 p.
- ZENATI-CASTAING F., REVET T., *Manuel de droit des personnes*, Paris, Droit fondamental, PUF, 2006, 339 p.

Ouvrages spécialisés :

- AGACINSKY S., *Corps en miettes*, Paris, Café Voltaire, Flammarion, 2009, 137 p.
- ATIAS C., *Épistémologie juridique*, Paris, Précis, Dalloz, 2002, 230 p.
- AUBERT J.-L., MORIN G., CARBONNIER J. (Préface), *La réforme de la filiation*, Paris, Répertoire du notariat Defrénois, 1973, 304 p.
- BAUD J.-P., *L'affaire de la main volée : une histoire juridique du corps*, Paris, Du Seuil, 1993, 243 p.
- BAUDELOT C., BAUDELOT O., *Une promenade de santé, L'histoire de notre greffe*, Paris, Stock, 2008, 235 p.
- BAUDOUIN J.-L., LABRUSSE-RIOU C., *Produire l'homme, de quel droit ? Étude juridique et éthique des procréations artificielles*, Paris, Les voies du droit, PUF, 1987, 288 p.
- BEAUCHAMP T. L., CHILDRESS J.-F., *Principles of Biomedical Ethics*, New York, Oxford, Oxford University Press, 1979, 314 p.
- BÉLANGER M. (Dir.), *Droit éthique et vaccination. L'obligation vaccinale en question*, BNDS, LEH, 2013, 440 p.
- BERENI L., CHAUVIN S., JAUNAIT A., REVILLARD A., *Introduction aux études sur le genre*, Bruxelles, Ouvertures politiques, De Boeck, 2012, 357 p.
- BERGEL J.-L., *Théorie générale du droit*, Paris, Méthodes du droit, Dalloz, 2012, 400 p.
- BERGEL J.-L., *Méthodologie juridique*, Paris, Thémis, Droit privé, PUF, 2001, 408 p.
- BERGOIGNAN-ESPER C., SARGOS P., *Les grands arrêts du droit de la santé*, Paris, Dalloz, 2010, 603 p.
- BINET J.-R., *La réforme de la loi bioéthique. Commentaire et analyse de la loi du 7 juillet 2011*, Paris, Actualité, Lexis-Nexis, 2012, 175 p.

- BINET J.-R., *Le nouveau droit de la bioéthique. Commentaire et analyse de la loi n° 2004-800 du 6 août 2004 relative à la bioéthique*, Paris, Carré droit, LexisNexis, Litec, 2005, 183 p.
- BIOY X., ROUSSILLON H. (Dir.), *La liberté personnelle. Une autre vision de la liberté ?*, Actes de la journée d'études, 7 mai 2005, Toulouse, IFR-mutation des normes juridiques n° 1, Presses de l'Université des sciences sociales, 2006, 156 p.
- BOLTANSKI L., *La condition fatale. Une sociologie de l'engendrement et de l'avortement*, Paris, NRF essais, Gallimard, 2004, 432 p.
- BONNICI B., *La politique de santé en France*, Paris, Que sais-je ?, PUF, 2013, 128 p.
- BRENOT P., *L'éducation à la sexualité*, Paris, que sais-je ?, PUF, 2007, 128 p.
- BRUNETTI-PONS C. (Dir.), *La notion juridique de couple*, Paris, Études juridiques n° 4, Economica, 1998, 154 p.
- CABRILLAC R., *Les codifications*, Paris, Droit, éthique, société, PUF, 2002, 310 p.
- CARBONNIER J., *Flexible droit : pour une sociologie du droit sans rigueur*, Paris, LGDJ, 2001, 493 p.
- CARBONNIER J., *Droit et passion du droit sous la V^e République*, Paris, Champs. Essais, 1996, 276 p.
- CERDES, *La démocratie sanitaire : aspects théoriques et pratiques hospitalières*, RGDM, 2004, n° 12, 323 p.
- CLÉMENT J.-L., *Mon père c'est mon père. L'histoire singulière des enfants conçus par insémination artificielle avec donneur*, Paris, L'Harmattan, Santé, sociétés, cultures, 2006, 264 p.
- *Code civil des français*, Édition originale et seule officielle, Paris, Imprimerie de la République, 1804, 579 p.
- COLOMBET C., FOYER J., HUET-WEILLER D., LABRUSSE-RIOU C., *La filiation légitime et naturelle : étude de la loi du 3 janvier 1972 et de son interprétation*, Paris, Dalloz, 1977, 365 p.
- CRESSON G., MEBTOUL M. (Dir.), *Famille et santé*, Rennes, Recherche santé social, Presses de l'EHESP, 2010, 301 p.
- CRIGNON-DE OLIVEIRA C., GAILLE-NIKODIMOV M., *À qui appartient le corps humain ?*, Paris, Médecine & sciences humaines, Les belles lettres, 2004, 295 p.
- DAGOT M., SPITÉRI P., *Le nouveau droit de la filiation : la loi du 3 janvier 1972*, Paris, Librairies techniques, 1972, 135 p.
- DAVID R., *Traité élémentaire de droit civil comparé*, Paris, LGDJ, 1950, 557 p.
- DEKEUWER-DÉFOSSEZ, CHOAIN C. (Dir.), *Les enjeux de la transmission entre générations. Du don pesant au dû vindicatif*, Villeneuve d'Ascq, Droit des personnes et de la famille, Presses universitaires du Septentrion, 2005, 199 p.
- DELFOSSE A., BAILLON-WIRTZ N., *La réforme du droit des majeurs protégés*, Paris, Pratique notariale, Collection de l'institut national de formation notariale, Lexis-Nexis, Litec, 2009, 330 p.
- DEPADT-SEBAG V., *Droit et bioéthique*, Bruxelles, Droit des technologies, De Boeck, Larcier, 2012, 278 p.
- DUPUY O., *L'information médicale. Information du patient et information sur le patient*, Bordeaux, Tout savoir, LEH, 2011, 396 p.
- FOSSIER T., BAUER M., VALLAS-LENERZ E., *Les tutelles accompagnement et protection juridique des majeurs*, Issy-les-Moulineaux, ESF, Référence actions sociales, 2011, 412 p.
- FULCHIRON H., SOSSON J., *Parenté, filiation, origine. Le droit de l'engendrement à plusieurs*, Bruxelles, Bruylant, 2013, 368 p.
- GABRIEL A., *La personne de confiance dans la loi du 4 mars 2002 relative aux droits des malades*, Aix-Marseille, Collection du centre Pierre Kayser, PUAM, 2004, 159 p.
- GATEAU V., *Pour une philosophie du don d'organes*, Paris, Pour demain, Vrin, 2009, 256 p.
- GOBERT M. (Dir.), *Médecine, bioéthique et droit, questions choisies*, Paris, Economica, 1999, 387 p.
- GODECHOT J., *Les Constitutions de la France depuis 1789*, Paris, Garnier-Flammarion, 1979, 508 p.
- JOUBLIN H., *Réinventer la solidarité de proximité. Manifeste de proximologie*, Paris, Essais et documents, Albin Michel, 2005, 178 p.
- JULIENNE M., *Un bébé à tout prix*, Paris, Mango éditions, 2001, 172 p.
- KERMALVEZEN A., *Mes origines : une affaire d'État*, Paris, Max Milo, 2014, 368 p.
- KERMALVEZEN A., *Né de spermatozoïde inconnu*, Paris, J'ai lu, 2010, 219 p.
- LABBÉE X., *Le droit commun du couple*, Villeneuve d'Ascq, Presses universitaires du Septentrion, 2012, 245 p.
- LABBÉE X., *Le droit commun du couple*, Villeneuve d'Ascq, Presses universitaires du Septentrion, 2010, 217 p.

- LABBÉE X., *Les rapports juridiques dans le couple sont-ils contractuels ?*, Villeneuve d'Ascq, Presses universitaires du Septentrion, 1996, 144 p.
- LEGENDRE P., *L'inestimable objet de la transmission. Étude sur le principe généalogique en Occident*, Paris, Fayard, 1985, 410 p.
- LEQUETTE Y., TERRÉ F., CAPITANT H., *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, Paris, Grands arrêts, Dalloz, 2007, 850 p.
- LETTERON R., *La procréation médicalement assistée*, Paris, Que sais-je ? , PUF, 1997, 128 p.
- MAGE T., *La bioéthique devant le parlement français 1988-1994*, Tome 3, pp. 511-782.
- MASSIP J., *Tutelle des mineurs et protection juridique des majeurs*, Paris, Lextenso, Deffrénois, 2009, 848 p.
- MEHL D., *Enfants du don. Procréation médicalement assistée : parents et enfants témoignent*, Paris, Robert Laffont, Le monde comme il va, 2008, 342 p.
- MONÉGER F., *Gestation pour autrui : surrogate motherhood*, Paris, Société de législation comparée, 2011, 275 p.
- MOULOUNGUI C., *La solidarité familiale*, Paris, L'esprit économique, L'Harmattan, 2004, 248 p.
- OUELLETTE M., *Droit et science*, Montréal, Thémis, 1986, 176 p.
- PELASSY-TARBOURIECH D. (Dir.), *La démocratie sanitaire à l'hôpital : entre utopie et réalité ? Points de vue et rôles des acteurs du système de santé*, Rueil-Malmaison, Lamarre, 2013, 199 p.
- PICOULT J., *Ma vie pour la tienne*, Paris, J'ai lu, 2004, 574 p.
- PIRNAY P., *Bioéthique et droit : interaction*, Bordeaux, Essentiel, LEH, 2011, 158 p.
- PLARD M., *Paternités imposées*, Paris, Les liens qui libèrent, 2013, 205 p.
- PORTES L., *À la recherche d'une éthique médicale*, Paris, PUF, Masson, 1964, 210 p.
- PRIGENT R. (Dir.), *Renouveau des idées sur la famille*, Paris, INED, Travaux et document, Cahier n° 18, PUF, 1954, p. 369 p.
- RAVEZ L., TILMANS-CABIAUX C., *La médecine autrement ! Pour une éthique de la subjectivité médicale*, Namur, Presses universitaires de Namur, 2011, 349 p.
- ROMANO H., *École, sexe & vidéo*, Paris, Enfances, Dunod, 2014, 256 p.
- ROLAND H., BOYER L., *Adages du droit français*, Paris, Litec, 1999, 1021 p.
- ROUSSET G., *Le mineur en établissement de santé*, Rueil-Malmaison, Droit et pratique du soin, Lamarre, 2004, 101 p.
- SACCO R., *La comparaison juridique au service de la connaissance du droit*, Paris, Études juridiques comparatives, Economica, 1991, 175 p.
- SAINT-MARTIN J.-P., TERRET T., *Sport et genre – Vol. 3. Apprentissage du genre en institutions éducatives*, Paris, Espaces et temps du sport, L'Harmattan, 2006, 396 p.
- SAVATIER R., *Les métamorphoses économiques et sociales du droit privé aujourd'hui. L'universalisme renouvelé des disciplines juridiques*, Seconde série, Paris, Dalloz, 1959, 340 p.
- STEINER P., *La transplantation d'organes. Un commerce nouveau entre les êtres humains*, Paris, Bibliothèque des sciences humaines, NRF, Gallimard, 2010, 352 p.
- SUDRE F. et al., *Les grands arrêts de la Cour européenne des Droits de l'Homme*, Paris, Thémis, PUF, 2011, 902 p.
- SULLEROT E., *Quels pères ? Quels fils ?*, Paris, Fayard, 1992, 381 p.
- TERRÉ F., *L'enfant de l'esclave, génétique et droit*, Paris, Flammarion, 1987, 222 p.
- THÉRY I., *Des humains comme les autres. Bioéthique, anonymat et genre du don*, Cas de figure, Éditions de l'EHESS, 2010, 309 p.
- THÉRY I., *Le démariage. Justice et vie privée*, Paris, Poches, Odile Jacob, 2001, 469 p.
- VERDIER P., DUBOC M., *Retrouver ses origines. L'accès au dossier des enfants abandonnés*, Paris, Dunod, 2002, 234 p.
- VERDIER P., BAUER M., *Comment assurer la protection d'un majeur*, Paris, ESF, Collection Actions Sociales / Référence, 1988, 193 p.
- VIGER V., *L'embryon citoyen : formation et participation*, Bordeaux, Les cahiers du droit de la santé du sud-est, LEH, 2010, 203 p.
- VILLEY M., *Réflexions sur la philosophie et le droit. Les carnets de Michel Villey*, Paris, PUF, 1995, XXIV, 541 p.

Colloques et conférences :

- 106^e CONGRES DES NOTAIRES DE FRANCE, *Couple, patrimoine : les défis de la vie à deux*, 1224 p., Disponible sur : <http://www.scribd.com/doc/30854390/106eme-Congres-des-notaires-de-France-Couples-Patrimoines-les-defis-de-la-vie-a-deux>, Consulté le 03/06/2012.
- AMICE V., « Table ronde », Colloque la procréation pour tous ?, Organisé par le centre de recherche en droit privé de l'université de Bretagne occidentale, Brest, 16 mai 2014.
- FONDATION POUR LES ÉTUDES INTERNATIONALES, *Les problèmes juridiques concernant le lien de filiation, Actes du XXVII^e colloque de droit européen, La Valette (Malte), 15-17 septembre 1997*, Strasbourg, Conseil de l'Europe, 1999, 165 p.
- G'SELL F., « Aspects de droit comparé », in Colloque la procréation pour tous ?, Organisé par le centre de recherche en droit privé de l'université de Bretagne occidentale, Brest, 16 mai 2014.
- INSTITUT DU DROIT ET DE L'ÉTHIQUE DE L'UNIVERSITÉ DE LILLE 2, « Reconstruire la famille, un droit commun pour le couple ? Actes du colloque du 11 mai 2007 », *LPA*, 20 décembre 2007, n° spécial, n° 254, 53 p.
- LEROYER A.-M., Propos tenus lors de la Présidence de l'après midi consacrée à « la maternité pour autrui ouverte à tous les couples ? », in Colloque la procréation pour tous ?, Organisé par le centre de recherche en droit privé de l'université de Bretagne occidentale, Brest, 16 mai 2014.
- PRADA-BORDENAVE E., « Discussion sur l'actualité de la bioéthique », Conférence présentée à l'occasion du séminaire doctoral de droit comparé de la santé, Organisé par l'institut droit et santé de l'université Paris Descartes, 16 mai 2013.
- RENCHON J.-L., « Le système belge », in *L'assistance médicale à la procréation. Perspectives d'avenir*, Université Panthéon Assas, Colloque du 25 novembre 2013.
- SAINT PERN L. (de), « Le système anglais », in *L'assistance médicale à la procréation. Perspectives d'avenir*, Université Panthéon Assas, Colloque du 25 novembre 2013.
- SPINOSI P., « Une gestation pour autrui éthique ? », in FENOUILLET D. (Dir.), *L'assistance médicale à la procréation. Perspectives d'avenir*, Université Panthéon Assas, Colloque du 25 novembre 2013.

Rapports et avis :

- ACADÉMIE NATIONALE DE MÉDECINE, *Réponse à la saisine du Conseil d'État*, 22 avril 2014, 9 p.
- ACADÉMIE NATIONALE DE MÉDECINE, « Rapport au nom de la commission I, Les banques de sang de cordon autologue », Séance du 19 novembre 2002, *Bulletin de l'Académie nationale de médecine*, 2002, Tome 186, n° 8, p. 1543.
- AGENCE DE LA BIOMÉDECINE, Mission d'inspection, *Synthèse des rapports d'inspection des activités d'AMP transmis à l'agence de la biomédecine en 2013*, Édition 2014.
- AGENCE DE LA BIOMÉDECINE, *Rapport annuel 2013*, Paris, 204 p.
- AGENCE DE LA BIOMÉDECINE, Mission d'inspection, *Synthèse des rapports d'inspection des activités d'AMP transmis à l'agence de la biomédecine en 2012*, Édition 2013.
- AGENCE DE LA BIOMÉDECINE, *Rapport annuel 2012*, Paris, 64 p.
- AGENCE DE LA BIOMÉDECINE, Mission d'inspection, *Synthèse des rapports d'inspection des activités d'AMP transmis à l'agence de la biomédecine en 2011*, Édition 2012.
- AGENCE DE LA BIOMÉDECINE, *Étude comparative de l'encadrement juridique international dans les différents domaines de la bioéthique*, Actualisation 2012, 63 p., Disponible sur : http://www.agence-biomedecine.fr/IMG/pdf/2012_encadrement_juridique_version_internet.pdf, Consulté le 11 janvier 2014
- AGENCE DE LA BIOMÉDECINE, Mission d'inspection, *Synthèse des rapports de contrôle et d'inspection relatifs aux activités d'AMP transmis à l'agence de la biomédecine en 2010*, Édition 2011.
- AGENCE DE LA BIOMÉDECINE, Mission d'inspection, *Synthèse des rapports de contrôle et d'inspection relatifs aux activités d'AMP transmis à l'agence de la biomédecine en 2009*, Septembre 2010.
- AGENCE DE LA BIOMÉDECINE, Conseil d'orientation, « La gestation pour autrui », Délibération du 18 septembre 2009, n° 2009-CO-38.

- AGENCE DE LA BIOMÉDECINE, *Bilan d'application de la loi de bioéthique du 6 Août 2004*, Rapport rendu à la ministre de la Santé, de la Jeunesse, des Sports et de la Vie associative par l'agence de la biomédecine, Octobre 2008, 94 p., Disponible sur : <http://www.agence-biomedecine.fr/IMG/pdf/rapport-bilan-lb-oct2008-2.pdf>, Consulté le 27 janvier 2014.
- AGENCE DE LA BIOMÉDECINE, *Étude comparative de l'encadrement juridique international*, Octobre 2008, 40 p., Disponible sur : http://www.agence-biomedecine.fr/IMG/pdf/encadrement_juridique_international_version2008.pdf, Consulté le 27 janvier 2014.
- AGENCE DE LA BIOMÉDECINE, Conseil d'orientation, « Banques de sang placentaire autologue », Délibération du 9 novembre 2007, n° 2007-CO-41.
- AGENCE DE LA BIOMÉDECINE, Conseil d'orientation, « L'information médicale à caractère familial », Délibération du 6 juillet 2007, n° 2007-CO-32.
- ALNOT M.-O., *Les procréations artificielles : rapport préliminaire au Premier ministre*, Paris, La documentation française, Février 1986, 229 p.
- AMBROSELLI C., WORMSER G. (Dir.), *Du corps humain à la dignité de la personne humaine, Genèse, débats et enjeux des lois d'éthique biomédicale*, Paris, Documents, actes et rapports pour l'éducation, Centre national de documentation pédagogique, 1999, 397 p.
- AN, Projet de loi de financement de la sécurité sociale pour 2015, Texte adopté n° 438, 1^{er} décembre 2014.
- AN, Projet de loi relatif à la santé, Présenté au nom de M. Manuel VALLS par Mme Marisol TOURAINE, n° 2302, Enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 15 octobre 2014.
- AN, Proposition de loi visant à lutter contre les démarches engagées par des Français pour obtenir une gestation pour autrui, Présentée par M. Jean LÉONETTI *et al.*, n° 2277, Enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 14 octobre 2014.
- AN, Rapport fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République sur la proposition de loi (n° 1856) de M. Bruno le ROUX *et al.*, relative à l'autorité parentale et à l'intérêt de l'enfant, Par Mme Marie-CHAPDELAINE, n° 1925, Enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 7 mai 2014.
- AN, Rapport fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République, sur le projet de loi, adopté par le Sénat (n° 1380) pour l'égalité entre les femmes et les hommes, Par M. Sébastien DENAJA, n° 1663, Enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 18 décembre 2013.
- AN, Rapport fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République sur le projet de loi (n° 344), ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe, Par M. Erwann BINET, n° 628, Enregistré à la présidence de l'Assemblée nationale le 17 janvier 2013.
- AN, Rapport d'information fait au nom de la délégation aux droits des femmes et à l'égalité des chances entre les hommes et les femmes sur la contraception des mineures, Par Mme Bérengère POLETTI, n° 3444, Enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 17 mai 2011.
- AN, Commission spéciale chargée d'examiner le projet de loi relatif à la bioéthique, Compte rendu n° 3, 15 décembre 2010.
- AN, Mission parlementaire sur l'accouchement dans le secret, Rapporteur Mme Brigitte BARÈGES, 12 novembre 2010.
- AN, Rapport d'information fait au nom de la mission d'information sur la révision des lois de bioéthique, Rapporteur M. Jean LÉONETTI, n° 2235, Enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 20 janvier 2010.
- AN, 1967, La pilule devient légale. Loi du 28 décembre 1967 relative à la régulation des naissances : texte intégral des débats à l'Assemblée nationale, Paris, Assemblée nationale, 2008.
- AN, Rapport fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République, sur le projet de loi (n° 3462), portant réforme de la protection juridique des majeurs, Par M. Émile BLESSIG, n° 3557, Enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 10 janvier 2007.
- AN, Projet de loi portant réforme de la protection juridique des majeurs, Présenté par M. Pascal CLÉMENT au nom de M. Dominique de VILLEPIN, n° 3462, Enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 28 novembre 2006

- AN, Rapport fait par au nom de la mission d'information sur la famille et les droits de l'enfant, Rapporteur Mme Valérie PÉCRESSE, n° 2832, Enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 25 janvier 2006.
- AN, Rapport fait au nom de la commission spéciale sur le projet de loi relatif à la bioéthique (n° 3166), Rapporteur M. Alain CLAEYS, n° 3528, Enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 10 janvier 2002.
- AN, Rapport d'information fait au nom de la délégation aux droits des femmes et à l'égalité des chances entre les hommes et les femmes sur le projet de loi relatif à la bioéthique, Par Mme Yvette ROUDY, n° 3525, Enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 9 janvier 2002.
- AN, Rapport fait au nom de la commission des affaires culturelles, familiales et sociales sur le projet de loi relatif aux droits des malades et à la qualité du système de santé (n° 3258), Par MM. Claude EVIN, Bernard CHARLES, Jean-Jacques DENIS, n° 3263, Enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 18 septembre 2001.
- AN, Rapport fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République sur le projet de loi (n° 2870), relatif à l'accès aux origines personnelles, Par Mme Véronique NEIERTZ, n° 3086, Enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 23 mai 2001.
- AN., Rapport fait au nom de la commission des affaires culturelles, familiales et sociales sur le projet de loi, modifié par le Sénat, relatif à l'interruption volontaire de grossesse et à la contraception, Par Mme Martine LIGNIÈRES-CASSOU, n° 2977, Enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 5 avril 2001.
- AN, Rapport fait au nom de la commission des affaires culturelles, familiales et sociales sur le projet de loi (n° 2605) relatif à l'interruption volontaire de grossesse et à la contraception, Par Mme Martine LIGNIÈRES-CASSOU, n° 2726, Enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 15 novembre 2000.
- AN, Projet de loi relatif à l'interruption volontaire de grossesse et à la contraception, Présenté au nom de M. Lionel JOSPIN par Mme Marine AUBRY, n° 2605, Enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 4 octobre 2000.
- AN, Rapport fait au nom de la commission d'enquête sur l'état des droits de l'enfant en France, notamment au regard des conditions de vie des mineurs et de leur place dans la cité, Rapporteur M. Jean-Paul BRET, n° 871, Enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 6 mai 1998.
- AN, Rapport fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République sur le projet de loi, modifié par le Sénat, relatif au respect du corps humain, Par M. Jérôme BIGNON, n° 1062, Enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 31 mars 1994.
- AN, Rapport fait au nom de la commission spéciale, en deuxième lecture, sur les projets de lois : (n° 957), modifié par le Sénat, relatif au don et à l'utilisation des éléments et produits du corps humain, à l'assistance médicale à la procréation et au diagnostic prénatal ; (n° 962), modifié par le Sénat, relatif au traitement des données nominatives ayant pour fin la recherche dans le domaine de la santé et modifiant la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés, Rapporteur M. Jean-François MATTÉI, n° 1057, Enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 25 mars 1994.
- AN, Rapport au nom de la commission spéciale sur les projets de loi : (n° 2599) relatif au corps humain et modifiant le Code civil ; (n° 2600) relatif au don et à l'utilisation des éléments et produits du corps humain et à la procréation médicalement assistée, et modifiant le Code de la santé publique ; (n° 2601) relatif au traitement de données nominatives ayant pour fin la recherche en vue de la protection ou l'amélioration de la santé et modifiant la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés, Rapporteur M. Bernard BIOULAC, n° 2871, Tome I, Enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 30 juin 1992.
- AN, Rapport d'information déposé par la commission des affaires culturelles, familiales et sociales et la commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République sur la bioéthique, Par M. Bernard BIOULAC, n° 2565, Enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 18 février 1992.
- AN, Rapport au nom de la commission des affaires culturelles, familiales et sociales sur les propositions de loi : 1° de M. NEUWIRTH (n° 34) tendant à modifier les articles 3 et 4 de la loi du 31 juillet 1920 (articles L 648 et L 649 du Code de la santé publique), concernant la prophylaxie

anticonceptionnelle ; 2° de Mme THOME-PATENOTRE et plusieurs de ses collègues (n° 231) tendant à abroger les articles 3 et 4 de la loi du 31 juillet 1920 concernant la prophylaxie anticonceptionnelle, Par M. Lucien NEUWIRTH, n° 328, Annexe au procès-verbal de la séance du 15 juin 1967.

- AN/SÉNAT, Rapport au nom de la commission mixte paritaire chargée de proposer un texte sur les dispositions restant en discussion du projet de loi relatif à la bioéthique, Par M. Jean LÉONETTI/Par M. Alain MILON, n° 3536/n° 637, Enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 15 juin 2011/Enregistré à la Présidence du Sénat le 15 juin 2011.
- AN/SÉNAT, Rapport fait au nom de la commission mixte paritaire chargée de proposer un texte sur les dispositions restant en discussion sur le projet de loi relatif aux droits des malades et à la qualité du système de santé, Par M. Claude EVIN/Par M. Francis GIRAUD, n° 3587/n° 220, Enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 8 février 2002/Annexe au procès-verbal de la séance du 8 février 2002.
- AN/SÉNAT, Rapport fait au nom de la commission mixte paritaire chargée de proposer un texte sur les dispositions restant en discussion du projet de loi relatif au don et à l'utilisation des éléments et produits du corps humain, à l'assistance médicale à la procréation et au diagnostic prénatal, Par M. Jean-François MATTÉI/Par M. Jean CHÉRIOUX, n° 1396/n° 497, Enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 10 juin 1994/Annexe au procès-verbal de la séance du 9 juin 1994.
- BERTAGNA L. *et al.*, *Rapport d'un collectif d'avocats praticiens du droit de la famille*, 12 décembre 2013, 24 p.
- CADA, Avis du 14 octobre 2010, n° 20103989, Directeur du centre hospitalier René Dubos.
- CADA, Avis du 27 juillet 2010, n° 20102395, Responsable du CECOS Jean Verdier.
- CADA, Avis du 16 avril 2009, n° 200091205, Directeur du centre hospitalier de Lorquin.
- CADA, Avis du 9 octobre 2008, n° 20083853, Directeur du centre hospitalier spécialisé de l'Yonne.
- CADA, Avis du 22 mai 2008, n° 20082090, Directeur du centre hospitalier Georges-Daumezon de Fleury-les-Aubrais.
- CADA, Avis du 3 avril 2008, n° 20081303, Directeur du centre hospitalier de la région de Saint-Omer.
- CADA, Avis du 10 janvier 2008, n° 20080172, « Directrice du foyer médicalisé « Les Thuyas » de Monferran-Savès ».
- CADA, Avis du 22 novembre 2007, n° 20074488, Directeur du centre hospitalier de Châlons-en-Champagne
- CADA, Avis du 5 juillet 2007, n° 20072674, Directeur général de l'assistance publique-hôpitaux de Paris (groupe hospitalier Bichat – Claude Bernard)
- CADA, Avis du 19 avril 2007, n° 20071677, Ministre de la santé et des solidarités (commission départementale de l'éducation spéciale des Bouches-du-Rhône).
- CADA, Avis du 22 mars 2007, n° 20071208, Médecin conseil de l'assurance maladie, chef de service responsable du secteur de Juvisy.
- CCNE, Avis n° 120, « Questions éthiques associées au développement des tests génétiques fœtaux sur sang maternel », 25 avril 2013, 50 p.
- CCNE, Avis n° 117, « Utilisation des cellules souches issues du sang de cordon ombilical, du cordon lui-même et du placenta et leur conservation en biobanques. Questionnement éthique », 23 février 2012, 29 p.
- CCNE, Avis n° 110, « Problèmes éthiques soulevés par la gestation pour autrui », 1^{er} avril 2010, 18 p.
- CCNE, Avis n° 105, « Questionnements pour les états généraux de la bioéthique », 9 septembre 2008, 12 p.
- CCNE, Avis n° 87, « Refus de traitement et autonomie de la personne », 14 avril 2005, 39 p.
- CCNE, Avis n° 76, « À propos de l'obligation d'information génétique familiale en cas de nécessité médicale », 24 avril 2003, 13 p.
- CCNE, Avis n° 74, « Les banques de sang de cordon ombilical en vue d'une utilisation autologue ou de recherche », 19 p.
- CCNE, Avis n° 72, « Réflexions sur l'extension du diagnostic préimplantatoire », 4 juillet 2002, 18 p.
- CCNE, Avis n° 69, « L'assistance médicale à la procréation chez les couple présentant un risque de transmission virale – réflexions sur les responsabilités », 8 novembre 2001, 5 p.
- CCNE, Avis n° 60, « Réexamen des lois de bioéthique », 25 juin 1998, 31 p.
- CCNE, Avis n° 56, « Problèmes éthiques posés par le désir d'enfant chez les couples où l'homme est séropositif et la femme séronégative », 10 février 1998, 10 p.

- CCNE, Avis n° 50, « Rapport sur la stérilisation envisagée comme mode de contraception définitive », 3 avril 1996, 21 p.
- CCNE, Avis n° 42, « Avis sur l'évolution des pratiques d'assistance médicale à la procréation », 30 mars 1994, 18 p.
- CCNE, Avis n° 25, « Avis sur l'application des tests génétiques aux études individuelles, études familiales et études de population », 24 juin 1991, 9 p.
- CCNE, Avis n° 17, « Avis relatif à la diffusion des techniques d'identification par analyse de l'ADN (techniques des empreintes génétiques) », 15 décembre 1989, 4 p.
- CCNE, Avis n° 3, « Problèmes éthiques nés des techniques de reproduction artificielle », 23 octobre 1984, 16 p.
- COMMISSION NATIONALE CONSULTATIVE DES DROITS DE L'HOMME, « Avis portant sur parentalité et droits de l'homme en rapport avec les dispositions juridiques et les pratiques sociales », Adopté par l'assemblée plénière le 14 janvier 1999, 2 p.
- CONSEIL D'ÉTAT, *La révision des lois de bioéthique*, Les études du Conseil d'État, 9 avril 2009, 122 p.
- CONSEIL D'ÉTAT, *Les lois de bioéthique : cinq ans après, Étude adoptée par l'Assemblée générale du Conseil d'État le 25 novembre 1999*, Paris, La documentation française, Décembre 1999, 94 p.
- CONSEIL D'ÉTAT, *Réflexions sur le droit de la santé, Rapport public 1998*, Paris, Études et documents n° 49, La documentation française, 1998, 509 p.
- CONSEIL D'ÉTAT (Section du rapport et des études), *Sciences de la vie : de l'éthique au droit*, Paris, La documentation française, 25 mars 1988, 208 p.
- CONSEIL NATIONAL DU SIDA, *L'accès confidentiel des mineurs adolescents aux soins. Rapport suivi d'un avis et de recommandations*, 6 mars 2000, 26 p.
- CONSEIL NATIONAL DE L'ORDRE DES MÉDECINS, « La gestation pour autrui », Rapport adopté lors de la session du Conseil national de l'ordre des médecins du 4 février 2010, 4 p.
- COUR DE CASSATION, *Rapport annuel de la Cour de cassation : les personnes vulnérables dans la jurisprudence de la Cour de cassation*, Paris, La documentation française, 2009, 584 p.
- COUR DE CASSATION, *Rapport annuel de la Cour de cassation : la santé dans la jurisprudence de la Cour de cassation*, Paris, La documentation française, 2008, 610 p.
- DAVID G., HENRION R., JOUANNET P., BERGOIGNAN-ESPER C., *La gestation pour autrui*, Paris, Rapports de l'Académie nationale de médecine, Médecine sciences publications, 2011, 246 p.
- DÉFENSEUR DES ENFANTS, « Avis sur l'accès aux origines », 18 mai 2001, Disponible sur : <http://dde.defenseurdesdroits.fr/avis.html#Avis%20du%2018%20mai%202001>, Consulté le 20 mars 2014.
- DEKEUWER-DÉFOSSEZ F., *Rénover le droit de la famille. Propositions pour un droit adapté aux réalités et aux aspirations de notre temps*, Paris, Rapports officiels, La documentation française, 1999, 256 p.
- ÉTATS GÉNÉRAUX DE LA BIOÉTHIQUE, *Rapport final*, 66 p.
- GROUPE DE TRAVAIL SUR LA COPARENTALITÉ, *Comment assurer le respect de la coparentalité entre parents séparés*, Rapport pour le ministère de la justice et le ministère des affaires sociales et de la santé, Janvier 2014, 242 p.
- HAUT CONSEIL À L'ÉGALITÉ ENTRE LES FEMMES ET LES HOMMES, *Rapport relatif à l'accès à l'IVG, Volet 2 : Accès à l'IVG dans les territoires*, Rapport n° 2013-1104-SAN-009, 7 novembre 2013, 101 p.
- IGAS, *État des lieux et perspectives du don d'ovocytes en France*, Par MM. Pierre ABALLEA, Jérôme GUEDEJ et Mme Anne BURSTIN, Tome II, Février 2011, 206 p.
- IGAS, *Évaluation des politiques de prévention des grossesses non désirées et de prise en charge des interruptions volontaires de grossesse suite à la loi du 4 juillet 2001*, Par Mmes Claire AUBIN, Danièle JOURDAIN MENNINGER et M. Laurent CHAMBAUD, Octobre 2009, 94 p.
- IGAS, *La prise en charge de l'interruption volontaire de grossesse*, Par Mmes Claire AUBIN et Danièle JOURDAIN MENNINGER, Octobre 2009, 160 p.
- IGAS, *Rapport sur les problèmes posés par les pratiques de stérilisation des personnes handicapées*, Par Mmes Marie-Laure LAGARDERE, Hélène STROHL et M. Bernard EVEN, Paris, La documentation française, Mars 1998, 292 p.
- INSERM, *Tests génétiques. Questions scientifiques, médicales et sociétales*, Paris, Les éditions INSERM, Expertise collective, 2008, 351 p.

- LENOIR N., *Rapport au Premier ministre, Aux frontières de la vie : une éthique biomédicale à la française*, Tome 1, Paris, Collection des rapports officiels, La documentation française, 1991, 237 p.
- MATTÉI J.-F., *Enfants d'ici, enfant d'ailleurs : l'adoption sans frontières : rapport au Premier ministre*, Paris, Collection des rapports officiels, La documentation française, 1995, 301 p.
- MATTÉI J.-F., *La vie en questions : pour une éthique biomédicale*, Rapport au Premier ministre, Paris, Collection des rapports officiels, La documentation française, 1994, 230 p.
- OPECST, *Rapport sur l'évaluation de l'application de la loi n°2004-800 du 6 août 2004 relative à la bioéthique*, Par MM. Alain CLAEYS et Jean-Sébastien VIALATTE, n° 1325, Enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 17 décembre 2008, 275 p.
- OPECST, *L'application de la loi 94-654 du 29 juillet 1994 relative au don et à l'utilisation des éléments et produits du corps humain, à l'assistance médicale à la procréation et au diagnostic prénatal*, Par MM. Alain CLAEYS et Claude HURIET, n° 1407/n° 232, Enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 18 février 1999/Annexe au procès-verbal de la séance du 18 février 1999, 227 p.
- SÉNAT, Rapport fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de la législation, du suffrage universel, du Règlement et de l'administration générale sur le projet de loi pour l'égalité entre les femmes et les hommes, Par Mme Virginie KLÈS, n° 807, Enregistré à la Présidence du Sénat le 24 juillet 2013.
- SÉNAT, Rapport d'information fait au nom de la délégation aux droits des femmes et à l'égalité des chances entre les hommes et les femmes sur les dispositions du projet de loi n° 717 (2012-2013) pour l'égalité entre les femmes et les hommes, dont la délégation a été saisie par la commission des lois, Par Mme Brigitte GONTHIER-MAURIN, n° 788, Enregistré à la Présidence du Sénat, le 22 juillet 2013.
- SÉNAT, Rapport fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du Règlement et d'administration générale sur le projet de loi, adopté par l'Assemblée nationale, ouvrant le mariage aux couples de même sexe, Par M. Jean-Pierre MICHEL, n° 437, Enregistré à la Présidence du Sénat le 20 mars 2013.
- SÉNAT, Rapport fait au nom de la commission des affaires sociales sur le projet de loi, adopté avec modifications par l'Assemblée nationale en deuxième lecture, relatif à la bioéthique, Par M. Alain MILON, n° 571, Enregistré à la Présidence du Sénat le 1^{er} juin 2011.
- SÉNAT, Rapport d'information fait au nom de la commission des affaires sociales sur le potentiel thérapeutique des cellules souches extraites du sang de cordon ombilical, Par Mme Marie-Thérèse HERMANGE, n° 79, Annexe au procès-verbal de la séance du 4 novembre 2008.
- SÉNAT, Rapport d'information fait au nom de la commission des affaires sociales et de la commission des lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du règlement et d'administration générale par le groupe de travail sur la maternité pour autrui, Par Mme Michèle ANDRÉ, MM. Alain MILON et Henri de RICHEMONT, n° 421, Annexe au procès-verbal de la séance du 25 juin 2008.
- SÉNAT, Rapport fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du Règlement et d'administration générale sur le projet de loi ratifiant l'ordonnance n° 2005-759 du 4 juillet 2005 portant réforme de la filiation et modifiant ou abrogeant diverses dispositions relatives à la filiation, Par M. Henri de RICHEMONT, n° 145, Annexe au procès-verbal de la séance du 19 décembre 2007.
- SÉNAT, Rapport fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de la législation, du suffrage universel, du Règlement et d'administration générale sur le projet de loi, adopté par l'Assemblée nationale, après déclaration d'urgence, portant réforme de la protection juridique des majeurs, Par M. Henri de RICHEMONT, n° 212, Annexe au procès-verbal de la séance du 7 février 2007.
- SÉNAT, Avis présenté au nom de la commission des affaires sociales sur le projet de loi, adopté par l'Assemblée nationale, après déclaration d'urgence, portant réforme de la protection juridique des majeurs, Par Mme Bernadette DUPONT, n° 213, Annexe au procès-verbal de la séance du 7 février 2007.
- SÉNAT, Rapport fait au nom de la commission des affaires sociales sur le projet de loi, adopté avec modifications par l'Assemblée nationale en deuxième lecture, relatif à la politique de santé publique, Par MM. Francis GIRAUD et Jean-Louis LORRAIN, n° 372, Annexe au procès-verbal de la séance du 23 juin 2004.

- SÉNAT, Rapport fait au nom de la commission des affaires sociales sur le projet de loi, adopté avec modifications par l'Assemblée nationale en deuxième lecture, relatif à la loi bioéthique, Par M. Francis GIRAUD, n° 333, Annexe au procès-verbal de la séance du 3 juin 2004
- SÉNAT, Rapport fait au nom de la commission des affaires sociales sur le projet de loi, adopté par l'Assemblée nationale après déclaration d'urgence, relatif aux droits des malades et à la qualité du système de santé, Par MM. Francis GIRAUD, Gérard DÉRIOT et Jean-Louis LORRAIN, n° 174, Annexe au procès-verbal de la séance du 16 janvier 2002.
- SÉNAT, Rapport d'information fait au nom de la délégation du Sénat aux droits des femmes et à l'égalité des chances entre les hommes et les femmes sur le projet de loi n° 352 (2000-2001), adopté par l'Assemblée nationale relatif à l'accès aux origines des personnes adoptées et pupilles de l'État, Par M. Robert DEL PICCHIA, n° 65, Annexe au procès-verbal de la séance du 8 novembre 2001.
- SÉNAT, Rapport fait au nom de la commission des affaires sociales sur le projet de loi, adopté par l'Assemblée nationale, après déclaration d'urgence, relatif à l'interruption volontaire de grossesse et à la contraception, Par M. Francis GIRAUD, n° 210, Annexe au procès-verbal de la séance du 31 janvier 2001.
- SÉNAT, Rapport fait au nom de la commission des affaires sociales sur la proposition de loi, adoptée par l'Assemblée nationale après déclaration d'urgence, relative à la contraception d'urgence, Par M. Lucien NEUWIRTH, n° 49, Annexe au procès-verbal de la séance du 25 octobre 2000.
- SÉNAT, Rapport fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du Règlement et d'administration générale sur la proposition de loi, adoptée par l'Assemblée nationale, relative au pacte civil de solidarité, Par M. Patrice GÉLARD, n° 258, Annexe au procès-verbal de la séance du 10 mars 1999.
- SÉNAT, Rapport fait au nom de la commission des affaires sociales sur le projet de loi adopté avec modifications par l'Assemblée nationale en deuxième lecture, relatif au don et à l'utilisation des éléments et produits du corps humain, à l'assistance médicale à la procréation et au diagnostic prénatal, Par M. Jean CHÉRIOUX, n° 395, Annexe au procès-verbal de la séance du 4 mai 1994.
- SÉNAT, Rapport au nom de la commission des affaires sociales sur le projet de loi adopté par l'Assemblée nationale, relatif au don et à l'utilisation des parties et produits du corps humain, à la procréation médicalement assistée et au diagnostic prénatal ainsi qu'au comité consultatif national d'éthique pour les sciences de la vie et de la santé, Par M. Jean CHÉRIOUX, n° 236, Annexe au procès-verbal de la séance du 12 janvier 1994.
- SÉNAT, Rapport fait au nom de la commission des lois constitutionnelles de législation, du suffrage universel, du Règlement et d'administration générale sur le projet de loi, adopté par l'Assemblée nationale, relatif au corps humain, Par M. Guy CABANEL, n° 230, Annexe au procès-verbal de la séance du 12 janvier 1994.
- SÉNAT, Avis présenté au nom de la commission des affaires culturelles sur le projet de loi, adopté par l'Assemblée nationale, relatif au don et à l'utilisation des parties et produits du corps humain, à la procréation médicalement assistée et au diagnostic prénatal ainsi qu'au comité consultatif national d'éthique pour les sciences de la vie et de la santé, Par M. Pierre LAFFITTE, n° 234, Annexe au procès-verbal de la séance du 12 janvier 1994.
- TERRA NOVA, Groupe de travail présidé par Geneviève DELAISI DE PARSEVAL et Valérie DEPADT-SEBAG, *Accès à la parenté. Assistance médicale à la procréation et adoption. Pour une révision progressiste de la loi relative à la bioéthique*, Paris, 2010, 120 p.
- THÉRY I., LEROYER A.-M., *Filiation, origines, parentalité. Le droit face aux nouvelles valeurs de responsabilité générationnelle*, Rapport du groupe de travail filiation, origines parentalité, Ministère des affaires sociales, ministère délégué chargé de la famille, 2014, 547 p.
- THÉRY I., *Couple, filiation et parenté aujourd'hui. Le droit face aux mutations de la famille et de la vie privée*, Paris, Éditions Odile Jacob, La documentation française, 1998, 413 p.

Études de législation comparée :

- SÉNAT, *L'accès à l'assistance médicale à la procréation*, Les documents de travail du Sénat, Série législation comparée, n° LC 193, Janvier 2009, 29 p.
- SÉNAT, *La conservation du sang placentaire*, Les documents de travail du Sénat, Série législation comparée, n° LC 187, Septembre 2008, 45 p.
- SÉNAT, *La gestation pour autrui*, Les documents de travail du Sénat, Série législation comparée, n° LC 182, Janvier 2008, 42 p.
- SÉNAT, *La protection juridique des majeurs*, Les documents de travail du Sénat, Série législation comparée, n° LC 148, Juin 2005, 40 p.

Thèses et mémoires :

- AOUDIA K., *L'utilisation de la génétique dans l'administration de la preuve en droit positif français*, Montpellier, Thèse en droit privé, 2001, 464 p.
- ARNOUX I., *Les droits de l'être humain sur son corps*, Bordeaux, Presses universitaires de Bordeaux, 2003, 575 p.
- BARDY H., *La prise en compte de l'intérêt de l'enfant à travers les législations européennes relatives à l'assistance médicale à la procréation*, Paris 8, Thèse en droit, 2000, 635 p.
- BAYER E., *Les choses humaines*, Toulouse, Thèse en droit privé, 2003, 455 p.
- BENSAID B., *Les droits des malades et la démocratie sanitaire*, Paris 8, Thèse en droit public, 2006, 407 p.
- BERLAND-BENHAÏM C., *Le consentement et la bienfaisance dans la relation médicale*, Aix-Marseille III, Thèse en droit, 2007, 495 p.
- BERTHET A.-C., *L'acte médical imposé*, Aix-Marseille, Thèse en droit, 2012, 460 p.
- BÉTAILLOLE-GONTHIER F., *La capacité naturelle*, Bordeaux IV, Thèse en droit, 1999, 449 p.
- BIDAUD-PETITBON E., *La démocratie sanitaire : un concept juridique ambigu*, Nantes, Thèse en droit public, 2009, 611 p.
- BIMES-ARBUS, *La preuve scientifique en droit de la filiation*, Toulouse, Thèse en droit privé, 1999, 237 p.
- BINET J.-R., *Droit et progrès scientifique : science du droit, valeurs et biomédecine*, Paris, Partage du savoir, PUF, 2002, 298 p.
- BIOY X., *Le concept de personne humaine en droit public. Recherche sur le sujet des droits fondamentaux*, Paris, Nouvelle bibliothèque de thèses, Dalloz, 2003, 913 p.
- BOURON-CRÉMET V., *Les mutations du droit de la filiation face à l'évolution de la génétique*, Nantes, Thèse en droit privé, 2010, 356 p.
- BRUNEEL-BAÏSSAS C., *La protection de la santé du mineur*, Lyon 3, Thèse en droit privé, 2007, 449 p.
- CATHERINE A., *Pouvoirs du médecin et droits du patient : l'évolution de la relation médicale*, Caen, Thèse en droit public, 2011, 731 p.
- CORDIER-DUMONNET N., *Le détournement d'institution*, Université de Bourgogne, Thèse en droit, 2010, 526 p.
- DECOCQ A., *Essai d'une théorie générale des droits sur la personne*, Paris, Bibliothèque de droit privé, LGDJ, 1960, 459 p.
- DUMAS-LAVENAC S., *L'acte sur le corps dans l'intérêt médical d'autrui*, Rennes, Thèse en droit, 2012, 525 p.
- DUVAL-ARNOULD D., *Le corps de l'enfant sous le regard du droit*, Paris, Bibliothèque de droit privé, Tome 238, LGDJ, 1994, 331 p.
- FOSTAN C., *Justice et génétique : contribution à l'étude de la génétique judiciaire et de la justice génétique*, Nantes, Thèse en droit privé, 2000, 617 p.
- FRANÇOIS G., *La réception de la preuve biologique : étude comparative de droit civil et droit pénal*, Paris, Thèse en droit privé, 2004, 786 p.
- GABRIEL A., *L'influence du lien de couple sur la théorie de la représentation*, Aix-Marseille, Collection du Centre Pierre Kayser, PUAM, 2011, 409 p.
- GABRIEL A., *Le mineur : quel acteur de santé ?*, Paris Descartes, Thèse en droit privé, 2011, 542 p.

- GAILLARD E., *Le pouvoir en droit privé*, Paris, Droit civil, Études et recherches, Economica, 1985, 250 p.
- GALLOUX J.-C., *Essai de définition d'un statut juridique pour le matériel génétique*, Bordeaux, Thèse en droit, 1988, 602 p.
- GAREIL L., *L'exercice de l'autorité parentale*, Paris, 2004, Bibliothèque de droit privé, LGDJ, 2004, 624 p.
- GILLES A.-M., *Le couple en droit social*, Paris, Collection droit civil, Études et recherches, Economica, 1997, 255 p.
- GIRER M., *Contribution à une analyse rénovée de la relation de soins. Essai de remise en cause du contrat médical*, Bordeaux, Collection thèses, LEH, 2008, 806 p.
- GUTMAN D., *Le sentiment d'identité*, Paris, LGDJ, 2000, 536 p.
- HAMTAT O., *L'obligation d'information des patients en matière d'actes chirurgicaux*, Bordeaux, Thèses numériques de la BNDS, LEH, 2010, 440 p.
- HAOULIA N., *L'influence du droit de la santé sur le marché de la consommation*, Aix-Marseille, Collection de droit de la santé, PUAM, 2013, 569 p.
- HENNETTE-VAUCHEZ S., *Disposer de soi ? Une analyse du discours juridique sur les droits de la personne sur son corps*, Paris, Logiques juridiques, L'Harmattan, 2004, 448 p.
- HURPY H., *Fonction de l'autonomie personnelle et protection des droits de la personne humaine dans les jurisprudences constitutionnelles et européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2014, À paraître.
- JOURDAN D., *Paternalisme et visée émancipatrice : politiques et pratiques de santé publique à l'épreuve du discernement éthique*, Strasbourg, Thèse en théologie, 2010, 506 p.
- KLEIN J., *L'éducation sexuelle à l'école. Entendre et comprendre les questionnements des parents*, Rennes, Étude professionnelle, École nationale de santé publique, 2000, 24 p.
- LABBÉE X., *La condition juridique du corps humain avant la naissance et après la mort*, Lille, Presses universitaires de Lille, 1990, 447 p.
- LOMBOIS J.-C., *De l'influence de la santé sur l'existence des droits civils*, Paris, Bibliothèque de droit privé, LGDJ, 1961, 347 p.
- LOZANO R.-M., *La protection européenne des droits de l'homme dans le domaine de la biomédecine*, Paris, Monde européen et international, La documentation française, 2001, 461 p.
- NICOLAS G., *Le droit constitutionnel du commencement de la vie*, Aix-en-Provence, Thèse en droit public, 2000, 505 p.
- NICOLAU G., *L'influence des progrès de la génétique sur le droit de la filiation*, Bordeaux, Presses universitaires de Bordeaux, 1991, 644 p.
- OLIVIER J., *La preuve par le sang en biologie légale*, Montpellier, Thèse en droit privé, 1996, 234 p.
- OUEDRAOGO R. W., *La notion de devoir en droit de la famille*, Bruxelles, Bruylant, 2014, 536 p.
- PARICARD-PIOUX S., *La convenance personnelle*, Paris, Nouvelle bibliothèque de thèses, Dalloz, 2003, 596 p.
- PELLERIN E., *Le dévoiement de l'obligation d'information en droit médical ou l'illusion du consentement du patient*, Paris 10, Thèse en droit privé, 2011, 373 p.
- PHILIPPE C., *Le devoir de secours et d'assistance entre époux. Essai sur l'entraide conjugale*, Paris, Bibliothèque de droit privé, LGDJ, 1981, 348 p.
- PICHARD M., *Le droit à, Étude de législation française*, Paris, Recherches juridiques, Economica, 2006, 580 p.
- PLAZY J.-M., *La protection de la personne de l'incapable*, La Baule, Imprimerie la Mouette, Doctorat et notariat, 2001, 556 p.
- PONS S., *La réception par le droit de la famille de l'article 1382 du Code civil*, Aix-Marseille, Collection du centre Pierre Kayser, PUAM, 2007, 458 p.
- PRADEL J., *La condition civile du malade*, Paris, Bibliothèque de droit privé, LGDJ, 1960, 278 p.
- PRIEUR S., *La disposition par l'individu de son corps*, Bordeaux, Collection thèses, LEH, 1999, 453 p.
- QUEZEDE E., *La protection des incapables majeurs. Son histoire et ses perspectives d'évolution*, Angers, Thèse en médecine, 2003, 128 p.
- RACHEL G.-P., *La famille et la santé de la personne*, Lyon 3, Thèse en droit privé, 1992, 378 p.
- RAJA C., *Droit de la concurrence et droit de la santé : étude d'un entrecroisement normatif*, Montpellier 1, Thèse en droit, 2010, 872 p.
- REYNIER M., *L'ambivalence juridique de l'humain. Entre sacralité et disponibilité*, Bordeaux, Collection thèses, LEH, 2011, 302 p.

- RISSEL A., *L'information médicale : contribution à l'étude de la relation médicale*, Rennes 1, Thèse en droit privé, 2011, 574 p.
- ROGET N., *La responsabilité pour faute dans les rapports intrafamiliaux*, Grenoble, Thèse en droit, 2007, 343 p.
- RONZANI É., *L'interprétation créatrice de la Constitution par le juge constitutionnel en France et en Suisse*, Dijon, Thèse en droit public, 1999, 208 p.
- ROUSSET G., *L'influence du droit de la consommation sur le droit de la santé*, Bordeaux, Collection thèses, LEH, 2010, 635 p.
- ROUTELOUS C., *La démocratie sanitaire à l'épreuve des pratiques médicales : sociologie d'un modèle participatif en médecine*, Paris, École nationale supérieure des mines, Thèse en socio-économie de l'innovation, 2008, 390 p.
- SAUVAT C., *Réflexions sur le droit à la santé*, Aix-Marseille III, Collection du Centre Pierre Kayser, PUAM, 2004, 538 p.
- SIFFREIN-BLANC C., *La parenté en droit civil français : étude critique*, Aix-Marseille III, Collection du Centre Pierre Kayser, PUAM, 2009, 679 p.
- SOTO-LOIREAU I., *La démocratisation du système sanitaire*, Aix-Marseille III, Thèse en droit public, 2009, 511 p.
- TALARICO L., *La personne du majeur protégé*, Lyon 3, Thèse en droit privé, 2008, 353 p.
- TERRASSON DE FOUGÈRES A., *Le modèle dans le droit de la famille : notion et fonction (essai de droit comparé interne)*, Paris II, Thèse en droit privé, 1994, 408 p.
- THOUVENIN D., *Le secret médical et l'information du malade*, Lyon, Presses universitaires de Lyon, 1982, 238 p.
- TISSIER D., *La protection du corps humain sous l'angle de la procréation assistée. Regards croisés des droits français et nord-américains*, La Réunion, Thèse en droit privé, 2011, 492 p.
- TRESCH N., *Le corps de l'enfant*, Strasbourg 3, Thèse en droit privé, 1997, 363 p.
- VIAL G., *La preuve en droit extrapatrimonial de la famille*, Paris, Nouvelle bibliothèque des thèses, Dalloz, 2008, 600 p.
- ZALEWSKI V., *Familles, devoirs et gratuité*, Paris, Logiques juridiques, L'Harmattan, 2004, 452 p.
- ZULIAN I., *Le gène saisi par le droit. La qualification de chose humaine*, Aix-en-Provence, Collection du centre Pierre Kayser, PUAM, 2010, 338 p.

Articles et contributions à des ouvrages :

- ANCEL B., « L'épreuve de vérité. Propos de surface sur la transcription des actes de naissance des enfants issus d'une gestation pour autrui délocalisée », in *Le droit entre tradition et modernité. Mélanges à la mémoire de Patrick Courbe*, Paris, Études, mélanges, travaux, Dalloz, 2012, p. 1.
- ANDORNO R., « Les droits européens face à la procréation médicalement assistée : primauté de la technique ou primauté de la personne ? », *RIDC*, 1994, Vol. 46, n° 1, p. 141.
- ARDUIN P.-O., « Le législateur reviendra-t-il sur sa décision lors du réexamen de la loi de bioéthique de 2010 ? « Bébé médicament » ou « bébé instrument » ? », *Éthique et santé*, 2010, n° 7, p. 123.
- ARHAB-GIRARDIN F., « La décision médicale du majeur protégé : une articulation complexe des dispositions du Code de la santé publique avec la loi du 5 mars 2007 portant réforme de la protection juridique des majeurs », *RDSS*, 2009, n° 5, p. 875.
- ARNOULD D., « L'évolution comparée du discernement en droit civil et pénal depuis 1804 », in PONTIER J.-M., *Droit civil et droits*, Aix-en-Provence, PUAM, 2005, p. 121.
- AVENA-ROBARDET V., « Des grands-parents de fait », *AJ famille*, 2011, n° 3, p. 63.
- AVOUT L. (d'), « Mères porteuses : analyse de droit international privé », *JCP G*, 2009, n° 6, II, 10021.
- BANDRAC M., DELAISI-DE-PARSEVAL G., DEPADT-SEBAG, « Repenser la prohibition de la gestation pour autrui », *D.*, 2008, n° 7, p. 434.
- BANDRAC M., « Réflexions sur la maternité », in *Mélanges Raynaud*, Paris, Dalloz-Sirey, 1985, p. 27.
- BARABÉ-BOUCHARD V., « La famille et le SIDA », in FEUILLET-LE-MINTIER B. (Dir.), *Le SIDA. Aspects juridiques*, Paris, CRJO, Economica, 1995, p. 21.

- BARBIER P. « L'examen du sang et le rôle du juge dans les procès relatifs à la filiation », *RTD civ.*, 1949, p. 345.
- BARRIÈRE L.-A., « Penser les concubinages, la doctrine française et le concubinage depuis le Code civil », in *Des concubinages. Études offertes à Jacqueline Rubellin-Devichi*, Paris, Litec, 2002, p. 143.
- BATTEUR A., « L'adoption et la loi du 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux personnes de même sexe », *LPA*, 4 juillet 2013, n° 133, p. 29.
- BATTEUR A., « Recherche d'une articulation entre le Code de la santé publique et le Code civil : un défi à relever en faveur des personnes vulnérables », *Dr. fam.*, 2011, n° 2, Dossier 5.
- BATTEUR A., « Le consentement sur le corps en matière médicale », in LARRALDE J.-M. (Dir.), *La libre disposition de son corps*, Bruxelles, Droit & justice, Nemesis, Bruylant, 2009, p. 45.
- BATTEUR A., « La carence de l'autorité parentale », *RLDC*, 2008, Supplément au n° 51, p. 63.
- BATTEUR A., « Recherche sur les fondements de la filiation depuis l'ordonnance du 4 juillet 2005 », *LPA*, 19 juin 2007, n° 122, p. 6.
- BATTEUR A., CERF A., RAOUL-CORMEIL G., « Commentaire de la loi n° 2005-370 du 22 avril 2005 relative aux droits des malades et à la fin de vie », *RLDC*, 2005, n° 19, p. 59.
- BATTEUR A., « Les anormaux et les lois du 29 juillet 1994 », *LPA*, 14 décembre 1994, n° 149, n° spécial, p. 29.
- BAUDOIN J.-L., « L'incidence de la biologie et de la médecine moderne sur le droit civil », *Revue juridique Thémis*, 1970, 2, p. 217
- BAULIEU É.-É., « Contraception : des besoins insatisfaits, une recherche insuffisante », in BAULIEU É.-É., HÉRITIER F., LERIDON H. (Dir.), *Contraception : contrainte ou liberté ?*, Paris, Odile Jacob, 1999, p. 99.
- BEAUDOIN C., « La loi française peut-elle contribuer au renversement du consensus européen ? », *AJ famille*, 2013, n° 6, p. 36.
- BEIGNIER B., « Quidquid latet apparebit », *D.*, 1999, n° 33, p. 476
- BELLIVIER F., NOIVILLE C., « Banques de sang de cordon : à bas les contrats égoïstes », *RDC*, 2011, n° 4, p. 1343.
- BELLIVIER F., NOIVILLE C., « De Freud au contrat : couper le cordon ! », *RDC*, 2008, n° 3, p. 937.
- BELLIVIER F., NOIVILLE C., « Le contrat de mère porteuse : émancipation ou aliénation ? », *RDC*, 2008, n° 2, p. 545.
- BELLIVIER F., « Réflexion au sujet de la nature et de l'artifice dans les lois de bioéthique », *LPA*, 18 février 2005, n° 35, p. 10.
- BELLIVIER F., BRUNET L., LABRUSSE-RIOU C., « La filiation, la génétique et le juge : où est passée la loi ? », *RTD civ.*, 1999, n° 3, p. 529.
- BÉNÉJAT M., « Les relations du droit pénal et de la bioéthique », *AJ pénal*, 2012, n° 7, p. 392.
- BENSAMOUN A., « La personne de confiance (réflexions sur une institution émergente en matière familiale et médicale) », *RRJ*, 2007, n° 4, p. 1669.
- BERGÉ J.-S., « Tourisme procréatif et droit communautaire des échanges : le cas Blood », in MEULDERS-KLEIN M.-T., DEECH R., VLAARDINGERBROEK P. (Dir.), *Biomedicine, the family and human rights*, La Haye, Kluwer law international, 2002, p. 599.
- BERGÉ J.-S., « La procréation médicalement assistée entre droit national et droit communautaire : qualification et solution », *RGDM*, La recherche sur l'embryon : qualifications et enjeux, Numéro spécial, Octobre 2000, p. 109.
- BERGEL J.-L., « Rapport de synthèse », in B. FEUILLET-LE-MINTIER (Dir.), *Normativité et biomédecine*, Paris, Études juridiques, Economica, 2003, p. 283.
- BERGEL J.-L., « Le divorce », in LANVERSIN J. (de), BLANC A.-P. (Dir.), *Famille et SIDA, Cinquième rencontre médico-juridique sur le SIDA et les infections à virus H. I. V.*, Aix-Marseille, PUAM, 1992, p. 47.
- BERGEL J.-L., « Différence de nature (égale) différence de régime », *RTD civ.*, 1984, n° 2, p. 255.
- BERLAND-BENHAÏM C., « La conservation du sang de cordon : état des lieux en France à l'aune du droit comparé », in BERLAND-BENHAÏM C. (Dir.), *Le don de sang*, Bordeaux, Les cahiers de droit de la santé, LEH, 2013, p. 67.
- BERNAND Y., « La place du tiers géniteur », *Dr. fam.*, 2013, n° 7, Dossier 26.
- BERNHEIM DESVAUX S., « La relation de soins », *Médecine & droit*, 2011, n° 111, p. 217.

- BERTHIAU D., « Redéfinir la place du principe d'autonomie dans le prélèvement d'organes. Propositions de révision de certains aspects de la loi bioéthique du 6 août 2004 en la matière », *Médecine & droit*, 2010, n° 104, p. 150.
- BERTHIAU D., « L'introduction de la personne de confiance dans la loi : quand, pourquoi, comment ? », in CENTRE D'ÉTHIQUE CLINIQUE, *La personne de confiance, quelle pratique, quelles perspectives ?*, Journée de travail, 25 octobre 2007, Paris, Centre d'éthique clinique, Regards croisés, Hôpital Cochin, 2008, p. 11.
- BERTHO P., « Exercice d'une mesure de protection par un professionnel : la famille toujours présente », *AJ famille*, 2012, n° 5, p. 265.
- BETTIO N., « Le droit à l'enfant nouveau droit de l'homme », *Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger*, 2010, n° 2, p. 473.
- BINET J.-R., « Genre et refus de procréation », in ZATTARA-GROS A.-F., *Bioéthique et genre*, LGDJ, Lextenso, 2013, p. 87.
- BINET J.-R., « Circulaire Taubira. Ne pas se plaindre des conséquences dont on chérit les causes », *JCP G*, 2013, n° 7, p. 289.
- BINET J.-R., « La loi du 7 juillet 2011 : une révision mesurée du droit de la bioéthique », *Dr. fam.*, 2011, n° 10, Étude 21.
- BINET J.-R., « La loi relative à la bioéthique – Commentaire de la loi du 6 août 2004 : 3^e partie », *Dr. fam.*, 2004, n° 12, Étude 28.
- BINET J.-R., « La loi relative à la bioéthique – Commentaire de la loi du 6 août 2004 : 2^e partie », *Dr. fam.*, 2004, n° 11, Étude 26.
- BINET J.-R., « L'enfant conçu et le projet parental devant le juge administratif », *Dr. fam.*, 2006, n° 3, Étude 14.
- BIOY X., RIAL-SEBBAG E., « Les ressources biologiques devant le Conseil constitutionnel », *Constitutions*, 2012, n° 3, p. 474.
- BIOY X., « Le régime de l'hospitalisation sur demande d'un tiers », *Constitutions*, 2011, n° 1, p. 108.
- BIOY X., « La judiciarisation accrue de l'hospitalisation sous contrainte », *AJDA*, 2011, n° 3, p. 174.
- BIOY X., « L'identité de la personne devant le Conseil constitutionnel », *RFDC*, 2006, n° 65, p. 73.
- BIOY X., « Le libre développement de la personnalité en droit constitutionnel : essai de comparaison (Allemagne, Espagne, France, Italie, Suisse) », *RIDC*, 2003, Vol. 55, n° 1, p. 123.
- BOLLÉE S., « L'extension du domaine de la reconnaissance unilatérale », *RCDIP*, 2007, n° 2, p. 307.
- BONFILS P., « Le discernement en droit pénal », in *Mélanges offerts à Raymond Gassin*, Aix-en-Provence, PUAM, 2007, p. 97.
- BONNEAU J., « L'accès au dossier médical. Décret n° 2002-637 du 29 avril 2002 », *Gaz. Pal.*, 10 mai 2003, n° 130, p. 3.
- BONNET V., « Réflexions sur la présomption de paternité du XXI^e siècle dans ses rapports avec le mariage », *D.*, 2013, n° 2, p. 107.
- BONNET V., « Expertises *post mortem* : la vérité ensevelie », *D.*, 2008, n° 30, p. 2121.
- BOTTEAU A., « Empreintes génétiques et droit de la filiation », *D.*, 1989, 39^e cahier, Chron. XLIII, p. 271.
- BOUDIER F., *et al.*, « L'émergence du patient-expert : une perturbation innovante », *Innovations*, 2012-3, n° 39, p. 13.
- BOULANGER F., « Modernisation ou utopie ? La réforme de l'autorité parentale par la loi du 4 mars 2002 », *D.*, 2002, n° 20, p. 1571.
- BOULANGER F., « Conformité à l'ordre public international dans son effet atténué de l'abandon par une mère naturelle de ses droits sur l'enfant et de leur transfert au père naturel, en vue de l'adoption plénière par l'épouse de ce dernier (maternité de substitution) », *D.*, 1990, n° 38, p. 540.
- BOUMAZA A., « La stérilisation contraceptive et le « handicap mental » après la loi du 4 juillet 2001 », *RDSS*, 2002, n° 2, p. 233.
- BOURMEAU A., « La stérilisation masculine volontaire à but contraceptif. Expérience du Centre de planification et d'éducation familiale de l'hôpital Saint-Jacques à Nantes (1975-1997) », in GAMI A., LERIDON H., *Les enjeux de la stérilisation*, Paris, Questions en santé publique, INSERM / INED, 2000, p. 183.
- BOURRAT-GUEGUEN A., « La mère porteuse ne peut pas se voir retirer l'autorité parentale en l'absence de danger pour l'enfant », *JCP G*, 2004, n° 16, II, 10058.

- BOYSSON B. (de), « L'assistance médicale à la procréation pour les couples homosexuels : quelles perspectives ? », *Dr. fam.*, 2013, n° 7, Dossier 25.
- BROYER M., « Le paradoxe du don dans les transplantations avec donneur vivant », in CARVAIS R., SASPORTES M., *La greffe humaine. (In)certitudes éthiques : du don de soi à la tolérance de l'autre*, Paris, Science, histoire et société, PUF, 2000, p. 421.
- BRUNET L., « L'adoption au sein des couples de même sexe : une « falsification » de la réalité ? », in THÉRY I., *Mariage de même sexe et filiation*, Paris, Cas de figure, Éditions EHESS, 2013, p. 97.
- BRUNET L., BERTHIAU D., « L'ordre public au préjudice de l'enfant », *D.*, 2011, n° 22, p. 1522.
- BRUNET L., « Des usages protéiformes de la nature : essai de relecture du droit français de la filiation », in BONTE P., PORQUERES I GENE E., WILGAUX J. (Dir.), *L'argument de la filiation. Aux fondements des sociétés européennes et méditerranéennes*, Paris, Éditions de la maison des sciences de l'homme, 2011, p. 285.
- BRUNET L., « Un arrêt en trompe-l'œil sur la gestation pour autrui : retour du droit ou recul de la raison juridique ? », *D.*, 2009, n° 5, p. 340.
- BRUNETTI-PONS C., « L'égalité en droit de la famille : conséquences de la loi dite mariage pour tous », *RLDC*, 2013, n° 105, p. 73.
- BRUNETTI-PONS C. « L'émergence d'une notion juridique de couple en droit civil », *RTD cin.*, 1999, n° 1, p. 27.
- BYK C., « La loi relative au respect du corps humain », *JCP G*, 1994, n° 39, I, 3788.
- CADEAU E., « Sur « l'autonomie » du droit de la santé... publique. À partir d'un texte édifiant du Doyen Jean Carbonnier », in FIALAIRE J., MONDIELLI É., *L'homme, ses territoires, ses cultures. Mélanges offerts à André-Hubert Mesnard*, Paris, Décentralisation et développement local, LGDJ, 2006, p. 309.
- CADIET L., « La notion d'information génétique en droit français », in KNOPPERS B.-M., CADIET L., LABERGE C.-M., *La génétique humaine : de l'information à l'informatisation*, Paris, Thémis, Litec, 1992, p. 43.
- CAILLAVET H., « Prélèvements et greffes », *RTDH*, 2003, n° 54, p. 567.
- CAISSE DES DÉPÔTS, NOTAIRES DE FRANCE, « Les personnes vulnérables », Sondage CSA, Avril 2006, n° 0600460D.
- CALLU M.-F., « Le « bébé médicament » : histoire et périmètre juridique de l'article L 2131-4-1 du Code de la santé publique », *Éthique et santé*, 2007, Vol. 4, n° 2, p. 95.
- CAPPELLARI A., « Patrimoine génétique familial : entre héritage et responsabilité civile », in NICOLAS G. (Dir.), *Corps et patrimoine*, Les cahiers de droit de la santé, LEH, 2014, p. 469.
- CAPPELLARI A., « L'anonymat, les juges et la loi », *RGDM*, 2013, n° 47, p. 29.
- CARBONNIER J., « Note sous tribunal civil de Lille, 18 mars 1947 », *D.*, 1947, Jurisp., p. 507.
- CASAUX-LABRUNÉE L., « Le droit à la santé », in CABRILLAC R. (Dir.), *Libertés et droits fondamentaux*, Paris, CRFPA Grand oral, Dalloz, 2014, p. 915.
- CASEY J., « Une mère dans l'urne et ses cinq filles au prétoire : une famille en cendres ? », *RJPF*, 2003, n° 9, p. 27.
- CASTAING C., « Fin de vie : que disent les avis ? », *RDSS*, 2014, n° 4, p. 684.
- CATTO M.-X., « Éléments et produits du corps humain (Art. L 1241-1 CSP) : constitutionnalité de l'interdiction de conserver, à titre préventif, le sang de cordon dans le cadre intrafamilial » (PDF), in *Lettre Actualités Droits-Libertés du CREDOF*, 3 juin 2012.
- CAUSSE J.-D., « Filiation et transmission », in CAUSSE J.-D., MÜLLER D. (Dir.), *Introduction à l'éthique : penser, croire, agir*, Genève, Labor et Fidès, 2009, p. 423.
- CAYLA J.-S., HORS CAYLA M.-C., « Progrès et limites du diagnostic prénatal », *RDSS*, 1997, n° 4, p. 722.
- CAYLA J.-S., « La santé et le droit », *RDSS*, 1996, n° 2, p. 278.
- CHABAS F., « L'information en matière de pédiatrie », *Gaz. Pal.*, 6 mai 2004, n° 127, p. 20.
- CHABERT C., « Pour un réexamen de la question de l'applicabilité directe de la convention de New-York du 26 janvier 1990 relative aux droits de l'enfant » *JCP G*, 2003, n° 18, I, 129.
- CHALTIEL F., « La gestation pour autrui : réflexions avant la révision des lois bioéthiques », *LPA*, 1^{er} septembre 2010, n° 174, p. 3.

- CHAMPEIL-DESPLATS V., « Le Code civil, source de principes fondamentaux reconnus par les lois de la République ? », in VERPEAUX M. (Dir.), *Code civil et constitution(s)*, Aix-Marseille, Droit public positif, PUAM, 2005, p. 15.
- CHARTIER Y., « La maternité de substitution constitue un détournement de l'adoption », *D.*, 1994, n° 42, p. 581.
- CHARTIER Y., « L'illicéité de l'adoption plénière de l'enfant né d'une « mère porteuse » », *D.*, 1991, n° 30 p. 417.
- CHAVRIER G., « Bioéthique de gauche, bioéthique de droite ? Les « deux » projets de loi bioéthique », *JCP A*, 2004, n° 9, Étude 1313.
- CHÉNEDÉ F., « Protection et autonomie des personnes vulnérables – entre droit des incapacités et droits de l'incapable », in FULCHIRON H. (Dir.), *Les solidarités entre générations*, Bruxelles, Bruylant, 2013, p. 993.
- CHÉNEDÉ F., « ... Et demain, la gestation pour autrui ? », *Dr. fam.*, 2013, n° 7, Dossier 27.
- CHÉNEDÉ F., « Conventions de mère porteuse : la Cour de cassation met un frein au tourisme procréatif », *AJ famille*, 2011, n° 5, p. 262.
- CHÉNEDÉ F., « Recevabilité de l'action du ministère public en nullité de la transcription des actes d'état civil des enfants nés d'une gestation pour autrui », *AJ famille*, 2009, n° 2, p. 81.
- CHEYNET DE BEAUPRÉ A., « La révision de la loi relative à la bioéthique », *D.*, 2011, n° 32, p. 2217.
- CIMAR L., « Le lien familial en droit médical », in MARIA I., FARGE M. (Dir.), *Le lien familial hors du droit civil de la famille*, Paris, Colloques & essais, Lextenso-Fondation Varenne, 2014, p. 79.
- CIMAR L., « La situation juridique du patient inconscient en fin de vie », *RDSS*, 2006, n° 3, p. 470.
- CLÉMENT J.-L., « L'insémination artificielle avec donneur : les enfants donnent leur avis », in JOUANNET P. et al., *Donner et après... La procréation par don de spermatozoïde avec ou sans anonymat ?*, Paris, L'homme dans tous ses états, Springer, 2010, p. 117.
- CLERCQ G., PONTE C., « Chronique de droit médical n° I (1^{re} partie) », *LPA*, 15 juin 2009, n° 118, p. 7.
- CLUZEL-METAYER L., « Le droit au consentement dans les lois des 2 janvier et 4 mars 2002 », *RDSS*, 2012, n° 3, p. 442.
- CNEH, « L'accès au dossier médical du majeur sous tutelle », *Guide relatif aux modalités d'accès au dossier médical du patient*, 2011, p. 23.
- CNRS, Droit et sciences, *APD*, 1991, Tome 36, p. 5
- COËNT-BOCHARD E., « Qualité pour signer la demande d'hospitalisation d'une personne aliénée », *AJDA*, 2000, n° 3, p. 230.
- COHEN J., « Le tourisme procréatif : un pis-aller », *Gynécologie, obstétrique et fertilité*, 2006, Vol. 34, n° 10, p. 881.
- COLIN A., « La protection de la descendance illégitime au point de vue de la preuve du lien de filiation », *RTD civ.*, 1902, p. 257.
- CORNAVIN T., « Théorie des droits de l'homme et progrès de la biologie », *Droits*, 1985, n° 2, p. 99.
- CORNU G., « L'âge civil », in *Mélanges en l'honneur de Paul Roubier*, Tome 2, Paris, Dalloz, 1961, p. 9.
- CORPART I., « La mort programmée par l'arrêt de l'alimentation d'une personne dans le coma », *RJPF*, 2013, n° 7-8, p. 19.
- CORPART I., « Le mariage pour tous et ses incidences sur le sort des enfants », *AJ famille*, 2013, n° 6, p. 340.
- CORPART I., « La mère qui poursuit une grossesse sans le consentement du père et lui réclame des aliments ne commet pas de faute », *RJPF*, 2007, n° 12, p. 22.
- CORPART I., « La filiation sur ordonnance ou l'abolition des inégalités », *Gaz. Pal.*, 25 août 2005, n° 237, p. 2.
- COUSTET T., « PMA : quand adoption et mariage homosexuel ne font pas bon ménage », *Dalloz actualité*, 9 mai 2014.
- CULIOLI M., « La maladie d'un époux. Idéalisme et réalisme en droit matrimonial français », *RTD civ.*, 1968, p. 253.
- CUNIBERTI G., « Note sous CA Paris, 25 octobre 2007 », *JDI*, 2008, n° 1, Comm. 1.
- DANION-GRILLIAT A., « Un don est-il possible sans pression ? », in THIEL M.-J. (Dir.), *Donner, recevoir un organe. Droit, dû, devoir*, Strasbourg, Presses universitaires de Strasbourg, 2009, p. 101.

- DAVID G., « À propos de la proposition de loi (juin 2006) relative à la possibilité de lever l'anonymat des donneurs de gamètes », *Gynécologie, obstétrique et fertilité*, 2007, Vol. 35, n° 5, p. 487.
- DAVID G., « Don et utilisation du sperme », in *Actes du colloque génétique, procréation et droit*, Paris, Actes sud, 1985, p. 204.
- DEBOST C. *et al.*, « La réforme du Code de déontologie médicale », *RGDM*, 2012, n° 44, p. 243.
- DEBOST C., « Mise en lumière d'une réforme silencieuse du Code de déontologie médicale », *Revue droit & santé*, 2012, n° 48, p. 508.
- DEFLINE A., OBADIA M., EL DJERBI A., PLEVY P., LEPERCQ J., « Refus maternel de césarienne d'indication fœtale, mort-né », *Journal de gynécologie obstétrique et biologie de la reproduction*, 2014, Vol. 43, n° 1, p. 75.
- DEGRÉMONT A.-C., FISCHLER M., « Conduite à tenir en cas de refus de césarienne en urgence », *Annales françaises d'anesthésie et de réanimation*, 2002, Vol. 22, n° 2, p. 146.
- DEKEUWER-DÉFOSSEZ F., « Coparentalité et famille recomposée : une conciliation impossible ? », *RLDC*, 2014, n° 116, p. 74.
- DEKEUWER-DÉFOSSEZ F., « Le mariage des couples de même sexe est le cheval de Troie de leur accès à la parenté », *RLDC*, 2013, n° 105, p. 40.
- DEKEUWER-DÉFOSSEZ F. (entretien réalisé par BOËTON M.), « Le mariage et l'adoption par les couples homosexuels : la question juridique », *Études*, 2012, n° 4175, Tome 417, p. 465.
- DEKEUWER-DÉFOSSEZ F., « L'extension du mariage et de la filiation aux couples de même sexe : tsunami annoncé en droit de la famille », *RLDC*, 2012, n° 98, p. 56.
- DEKEUWER-DÉFOSSEZ F., « Les empreintes génétiques devant la CEDH : avis de coup de vent sur l'ordonnance du 4 juillet 2005 », *RLDC*, 2007, n° 38, p. 41.
- DEKEUWER-DÉFOSSEZ F., « Le nouveau droit de la filiation : pas si simple ! », *RLDC*, 2005, n° 21, p. 35.
- DEKEUWER-DÉFOSSEZ F., « L'autorité parentale à l'épreuve de la loi Kouchner », *RGDM*, 2004, n° 12, p. 99.
- DEKEUWER-DÉFOSSEZ F., « La filiation en cas d'assistance médicale à la procréation », in FEUILLET-LE-MINTIER B. (Dir.), *Les lois « bioéthique » à l'épreuve des faits, Réalités et perspectives*, Paris, Droit et justice, PUF, 1999, p. 209.
- DEKEUWER-DÉFOSSEZ F., « Réflexions sur les mythes fondateurs du droit contemporain de la famille », *RTD civ.*, 1995, n° 2, p. 249.
- DEKEUWER-DÉFOSSEZ F., « Nullité de la convention par laquelle une femme s'engage à concevoir et à porter un enfant pour l'abandonner à sa naissance », *D.*, 1992, n° 7, Somm., p. 59.
- DELOFFRE-VYE F., « Le droit pénal des lois de bioéthique : un droit pénal inhibiteur de la recherche scientifique ? », *RGDM*, 2001, n° 5, p. 91.
- DELYANNI-DIMITRAKOU C., « Les mutations des prémisses philosophiques du droit comparé », in *De tous horizons - Mélanges Xavier Blanc-Jouvan*, Paris, Société de législation comparée, 2005, p. 25.
- DEPADT-SEBAG V., « La place des tiers dans la conception d'un enfant né par AMP avec donneur : un secret d'ordre public », *D.*, 2010, n° 6, p. 330.
- DEPADT-SEBAG V., « Non-lieu dans une affaire de maternité pour autrui », *D.*, 2005, n° 7, p. 476.
- DEVAUX A., « Aspects médico-légaux comparés de l'assistance médicale à la procréation en Europe », in PONCELET C., SIFER C., *Physiologie, Pathologie et thérapie de la reproduction chez l'humain*, Paris, Springer, 2011, p. 141.
- DIONISI-PEYRUSSE A., « Actualités de la bioéthique : refus de l'adoption d'un enfant conçu par PMA », *AJ famille*, 2014, n° 5, p. 267.
- DIONISI-PEYRUSSE A., « Actualité de la bioéthique », *AJ famille*, 2013, n° 5, p. 260.
- DIONISI-PEYRUSSE A., « La loi du 5 mars 2012 relative aux recherches impliquant la personne humaine : à la recherche d'une conciliation entre protection de la personne et développement de la recherche en vue des progrès médicaux », *RJPF*, 2012, n° 7-8, p. 6.
- DOLL P.-J., « L'aspect moral, religieux et juridique des transplantations d'organes », *Gaz. Pal.*, 28 septembre 1974, 2, Doctr., p. 822.
- DOUAY S., « L'interdiction de la libre disposition de son corps par delà la mort ou la conception morale et communautaire de la dignité humaine », *JCP G*, 2003, n° 13, II, 10052.
- DOUCHY-LOUDOT M., « Prédisposition ou existence d'une maladie génétique grave : faut-il informer la famille ? », *D.*, 2004, n° 8, p. 528.

- DOURLLEN-ROLLIER A.-M., « Contexte juridique de la stérilisation volontaire en France et dans les pays développés », in GIAMI A., LERIDON H., *Les enjeux de la stérilisation*, Paris, Questions en santé publique, INSERM / INED, 2000, p. 145.
- DOUTREMEPUICH C., « Les empreintes génétiques en pratique judiciaire », *Bulletin de l'Académie nationale de médecine*, 2012, Vol. 196, n° 6, p. 1118
- DRAPIER M., « La loi relative à l'interruption volontaire de grossesse dix ans après : histoire d'un compromis », *Rev. dr. pub.*, 1985, p. 464.
- DREIFUSS-NETTER F., « Les directives anticipées : de l'autonomie de la volonté à l'autonomie personnelle », *Gaz. Pal.*, 10 juin 2006, n° 161, p. 23.
- DREIFUSS-NETTER F., « La connaissance des origines en droit français », *Archives de pédiatrie*, 2002, n° 9, Supplément 2, p. 277.
- DREIFUSS-NETTER F., « La filiation de l'enfant issu de l'un des partenaires du couple et d'un tiers », *RTD civ.*, 1996, n° 1, p. 1.
- DUBUIS A., « Réflexion sur une éventuelle extension du don de sang aux mineurs de plus de seize ans », in BERLAND-BENHAÏM C. (Dir.), *Le don du sang*, Les cahiers de droit de la santé, LEH, 2013, p. 79.
- DUBUIS A., « La préservation de la santé de l'enfant face à la liberté religieuse des titulaires de l'exercice de l'autorité parentale », in LECA A. (Dir.), *Santé, religion et laïcité*, Bordeaux, Les cahiers de droit de la santé du sud-est, LEH, 2011, p. 87.
- DUPONT M., « L'accès du patient aux documents médicaux personnels. Ses aspects pratiques à l'hôpital », *Gaz. Pal.*, 17 décembre 2002, n° 351, p. 7.
- DUPONT M., « Les soins au mineur : qui décide ? », *Constitutions*, 2010, n° 2, p. 261.
- DUPUY O., « Secret et violences aux personnes : l'extension des hypothèses de signalement par le médecin en l'absence d'accord de la victime par la loi du 5 mars 2007 », *Revue droit & santé*, 2007, n° 20, p. 757.
- DU PUY-MONTBRUN T., « Paternalisme, autonomie et respect de la personne : un dilemme ? », *Le courrier de colo-proctologie*, II, 2001, n° 1, p. 30.
- DUVERT C., « Autorité parentale et circoncision rituelle », *D.*, 2001, n° 20, p. 1585.
- EDEL V., « Le refus de soins », *LPA*, 14 décembre 2007, n° 250, p. 9.
- EDELMAN B., « Sujet de droit et techno-science », *APD*, 1989, Tome 34, p. 165.
- ÉGÉA V., « Gestation pour autrui : épilogue ? », *Dalloz actualité*, 4 mai 2010.
- « Entretien : Frédérique DREIFUSS-NETTER », *RJPF*, 2013, n° 10, p. 9.
- ERLICH M., « Histoire de la stérilisation. Aspects techniques, idéologiques et culturels », in GIAMI A., LERIDON H., *Les enjeux de la stérilisation*, Paris, Questions en santé publique, INSERM / INED, 2000, p. 15.
- EYRAUD B., « Prise en charge thérapeutique et protection des intérêts civils : des institutions aux enjeux imbriqués », in ARVEILLER J. (Dir.), *Psychiatries dans l'histoire*, Caen, Presses universitaires de Caen, 2008, p. 407.
- FARGE M., « Avant-propos », in MARIA I., FARGE M. (Dir.), *Le lien familial hors du droit civil de la famille*, Paris, Colloques & essais, Lextenso-Fondation Varenne, 2014, p. 8.
- FATIN-ROUGE M., « Table ronde : constitution et secret de la vie privée, France », *AIJC*, XVI, 2000, p. 259.
- FAUVARQUE-COSSON B., « Le droit comparé : art d'agrément ou entreprise stratégique ? », in *De tous horizons - Mélanges Xavier Blanc-Jouvan*, Paris, Société de législation comparée, 2005, p. 69.
- FENOUILLET D., « Le détournement d'institution familiale », in *Mélanges Philippe Malaurie Liber amicorum*, Paris, Defrénois, 2005, p. 237.
- FENOUILLET D., « Le droit civil de la famille hors le Code civil », *LPA*, 21 septembre 2005, n° 188, p. 3.
- FENOUILLET D., « La filiation plénière, un modèle en quête d'identité », in *L'avenir du droit. Mélanges en l'honneur de François Terré*, Paris, Dalloz, PUF, Jurisclasseur, 1999, p. 509.
- FEUILLET B., « La levée de l'anonymat une question complexe », *Médecine & droit*, 2011, n° 106, p. 17.
- FEUILLET-LIGER B., « Un droit à l'écoute de la bioéthique ou une bioéthique à l'écoute du droit ? », *RGDM*, 2008, n° 29, p. 63.

- FEUILLET B., « Réflexions d'un privatiste sur l'évolution du droit de la santé », *RGDM*, 2005, n° 15, p. 7.
- FEUILLET-LE-MINTIER B., « La biomédecine, nouvelle branche du droit ? », in FEUILLET-LE-MINTIER B. (Dir.), *Normativité et biomédecine*, Paris, Études juridiques, Economica, 2003, p. 1.
- FEUILLET-LE-MINTIER B., « Les pouvoirs consacrés dans le cadre de l'assistance médicale à la procréation », in B. FEUILLET-LE-MINTIER (Dir.), *Les lois « bioéthique » à l'épreuve des faits, Réalités et perspectives*, Paris, Droit et justice, PUF, 1999, p. 191.
- FLAUSS-DIEM J., « Filiation et accès à l'aide médicale à la procréation : points de vue des droits français et anglais », *LPA*, 16 octobre 1996, n° 125, p. 16.
- FOLLAIN E., « Focus sur les conséquences sur les enfants de la loi n° 2013-404 du 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe », *AJCT*, 2013, n° 11, p. 506.
- FOLLANA-MASSOT M., LASSALLE B., « Le recours aux examens génétiques selon le projet de réforme du Code civil », *RRJ*, 1993, n° 2, p. 349.
- FOSSIER T., VERHEYDE T., « Réforme des tutelles : la protection de la personne », *AJ famille*, 2007, n° 4, p. 160.
- FOSSIER T., « Démocratie sanitaire et personnes vulnérables », *JCP G*, 2003, n° 21, I, 135.
- FOSSIER T., HARICHAUX M., « La tutelle à la personne des incapables majeurs : l'exemple du consentement à l'acte médical », *RDSS*, 1991, n° 1, p. 1.
- FOSSIER T., « Les libertés et le gouvernement de la personne incapable majeur », *JCP G*, 1985, I, 3195.
- FRESNEL F., « La triade : le majeur protégé, la mesure de protection et le mariage. Paradis, purgatoire ou enfer ? », *AJ famille*, 2012, n° 5, p. 250.
- FRESNEL F., « Le rôle de la famille dans le cadre de la nouvelle loi sur la protection des majeurs », *AJ famille*, 2009, n° 1 p. 16.
- FRESNEL F., « La stérilisation volontaire contraceptive », *D.*, 2001, n° 26, p. 1045.
- FRISON-ROCHE M.-A., « La régulation, objet d'une branche du droit », *LPA*, 3 juin 2002, n° 110, p. 3.
- FRISON-ROCHE M.-A., « Le droit de la régulation », *D.*, 2001, n° 7, p. 610.
- FULCHIRON H., « La Cour de cassation, juge des droits de l'homme ? », *D.*, 2014, n° 3, p. 153.
- FULCHIRON H., « Vérité contre stabilité des filiations ? », *D.*, 2013, n° 44, p. 2958.
- FULCHIRON H., « La reconnaissance de la famille homosexuelle : étude d'impact », *D.*, 2013, n° 2, p. 100.
- FULCHIRON H., « Le mariage pour tous. Un enfant pour qui ? Loi n° 2013-404 du 17 mai 2013 », *JCP G*, 2013, n° 23, Doctr. 658.
- FULCHIRON H., « Toute vérité est-elle bonne à dire ? Note à verser au dossier de la ratification de l'ordonnance portant réforme de la filiation », *D.*, 2008, n° 43, p. 3035.
- FULCHIRON H., « Égalité, vérité, stabilité dans le nouveau droit français de la filiation », *Droit et patrimoine*, 2006, n° 146, p. 44.
- FULCHIRON H., GOUTTENOIRE-CORNUT A., « Réformes législatives et permanence des pratiques : à propos de la généralisation de l'exercice en commun par la loi du 8 janvier 1993 », *D.*, 1997, n° 42, p. 363.
- GABOLDE M., HERVÉ C., « Transplantation rénale avec donneur vivant : réflexions à partir de l'étude de la pratique des centres français de greffe », *JIB*, 1998, Vol. 9, n° 4, p. 141.
- GABRIEL A., « Le consentement de l'enfant aux actes médicaux, une autonomie chimérique ? », *Gaz. Pal.*, 24 novembre 2009, n° 328, p. 25.
- GABRIEL A., « L'accès au dossier médical de l'enfant », *Gaz. Pal.*, 7 juin 2008, n° 159, p. 29.
- GALLOUX J.-C., GAUMONT-PRAT H., « Droits et libertés corporels », *D.*, 2005, n° 8, p. 536.
- GALLOUX J.-C., « L'utilisation des matériels biologiques humains : vers un droit de destination ? », *D.*, 1999, n° 2, p. 13.
- GALLOUX J.-C., « L'empreinte génétique : la preuve parfaite ? », *JCP G*, 1991, n° 12, I, 3497.
- GARÉ T., « L'article 16-11, alinéa 2 du Code civil interdisant, sauf accord exprès, les expertises *post mortem* est d'application immédiate », *RJPF*, 2008, n° 7-8, p. 23.
- GARÉ T., « L'expertise biologique n'est pas de droit en matière de constatation de possession d'état », *RJPF*, 2006, n° 3, p. 26.
- GARÉ T., « Réflexions sur la faute cause de divorce, en hommage au Professeur Mouly », *JCP G*,

1997, II, 22869.

- GASSIN R., « Lois spéciales et droit commun », *D.*, 1961, 19^e cahier, Chron. XVIII, p. 91.
- GAUMONT-PRAT H., « Droits et libertés corporels », *D.*, 2006, n° 18, p. 1200.
- GAUMONT-PRAT, « Toute personne doit être présumée capable *a priori* de recevoir des informations et de donner son consentement libre et éclairé à un acte médical », *D.*, 1999, n° 38, p. 346.
- GAUMONT-PRAT H., « Exhumation du père prétendu décédé aux fins de procéder à une analyse génétique sur celui-ci », *D.*, 1998, n° 16, Somm., p. 161.
- GENEVOIS B., « Le Conseil constitutionnel et les principes », in CAUDAL S. (Dir.), *Les principes en droit*, Paris, Études juridiques, Economica, 2008, p. 351.
- GÉNY F., « Le particularisme du droit fiscal », in *Mélanges Raymond Carré de Malberg*, Paris, Librairie du recueil Sirey, 1933, p. 195.
- GEOUFFRE DE LA PRADELLE G. (de), « Gestation pour autrui à l'étranger : annulation de la transcription des actes de naissance constatant une filiation cependant reconnue », *D.*, 2010, n° 26, p. 1683.
- GILL P., JEFFREYS A. J., WERETT D. J., « Forensic application of DNA « fingerprints » », *Nature*, 1985, Vol. 318, p. 577.
- GIOVANNANGELLI C., « Le droit français actuel des prélèvements d'organes », in SÉRIAUX A. (Dir.), *Le droit de la biologie humaine. Vieux débats, nouveaux enjeux*, Paris, Ellipses, Le droit en questions, 2000, p. 117.
- GISQUET E., « Vers une réelle ingérence des profanes ? Le mythe de la décision médicale partagée à travers le cas des décisions d'arrêt de vie en réanimation néonatale », *Recherches familiales*, 2006-1, n° 3, p. 61.
- GISSER F., « Réflexion en vue d'une réforme de la capacité des incapables mineurs. Une institution en cours de formation : la prémajorité », *JCP G*, 1984, I, 3142.
- GIUDICELLI A., « Le droit pénal de la bioéthique », *LPA*, 14 décembre 1994, n° 149, p. 79.
- GOBERT M., « Réflexions sur les sources du droit et les principes d'indisponibilité du corps humain et de l'état des personnes », *RTD civ.*, 1992, n° 3, p. 489.
- GOBERT M., « Les incidences juridiques des progrès des sciences biologique et médicale sur le droit des personnes », in *Génétique, procréation et droit*, Arles, Actes sud, 1985, p. 161.
- GORLA G. « Intérêts et problèmes de la comparaison entre le droit continental et la *common law* », *RIDC*, 1963, Vol. 15, n° 1, p. 5.
- GOUTTENOIRE A., « Filiation d'enfants nées d'une mère porteuse : parents aux États-Unis mais pas en France... », *Lexbase hebdo*, Edition privée générale, n° 389, n° N7217BNM.
- GOUTTENOIRE A., « Le statut juridique de l'enfant », *RLDC*, 2011, Supplément au n° 87, p. 36.
- GOUTTENOIRE A., « Les décisions des parents séparés relatives à l'enfant », *AJ famille*, 2010, n° 1, p. 12.
- GOUTTENOIRE A., « La convention internationale des droits de l'enfant vingt ans après – Commentaire article par article », *Dr. fam.*, 2009, n° 11, Dossier 13.
- GOUTTENOIRE A., « Laurence Francoz-Terminal, la capacité de l'enfant dans les droits français, anglais et écossais », *RTD civ.*, 2009, n° 4, p. 808.
- GOUTTENOIRE-CORNUT A., « Commentaire des dispositions relatives à l'autorité parentale », *AJ famille*, 2002, n° 4, p. 124.
- « GPA : condamnation d'une mère porteuse et de ses clients », *RLDC*, 2013, n° 107, p. 49.
- GRANET-LAMBRECHTS F., « Droit de la filiation », *D.*, 2007, n° 21, p. 1460.
- GRANET-LAMBRECHTS-F., « Les préoccupations dominantes dans les législations européennes actuelles en matière d'autorité parentale », in DEKEUWER-DÉFOSSEZ F., CHOAIN C. (Dir.), *L'autorité parentale en question*, Villeneuve d'Ascq, Droit des personnes et de la famille, Presses universitaires du Septentrion, 2003, p. 189.
- GRANET F., « L'application en matière d'état civil des principes posés par la Convention européenne des droits de l'homme », *RTD eur.*, 1997, n° 3, p. 653.
- GRANET F., « La possession d'état de dix ans n'éteint l'action en contestation de la reconnaissance qu'autant qu'elle sera entièrement accomplie après l'entrée en vigueur de la loi du 3 janvier 1972 », *D.*, 1997, n° 20, p. 157.
- GRANET F., « Secret des origines et promesse de filiation », *LPA*, 2 octobre 1996, n° 119, p. 5.

- GRANET-LAMBRECHTS F., « Rejet de l'action en rétablissement de la paternité légitime du mari qui, s'étant refusé à un examen des sangs, n'apporte aucun élément de nature à rendre vraisemblable sa paternité », *D.*, 1996, n° 16, p. 147.
- GRANET F., « Réflexions sur la preuve scientifique de la filiation », in KHAÏAT L. (Dir.), *Vérité scientifique, vérité psychique et droit de la filiation*, Toulouse, Érés, 1995, p. 123.
- GRANET-LAMBRECHTS F., « Responsabilité civile d'un père naturel d'un enfant qui a demandé une expertise biologique à l'occasion d'une action en contestation de sa reconnaissance », *D.*, 1993, n° 19, p. 163.
- GRANET-LAMBRECHTS F., « La cohabitation d'époux n'établissant que leur réunion de fait pendant la période légale de conception est un élément insuffisant pour rendre vraisemblable la paternité du mari », *D.*, 1993, n° 6, Somm., p. 45.
- GRANET-LAMBRECHTS F., « La femme qui n'apporte pas la preuve de relations stables et continues pendant la période légale de conception doit être déboutée de sa demande en recherche de paternité. Le refus du père prétendu de se soumettre à un examen des sangs ne constitue pas une présomption de paternité », *D.*, 1992, n° 33, p. 317.
- GRENOUILLEAU J.-B., « Commentaire de la loi n° 76-1181 du 22 décembre 1976 relative aux prélèvements d'organes », *D.*, 1977, 30^e cahier, Chron. XXIX, p. 213.
- GRIDEL J.-P., « L'acte éminemment personnel du mineur », *Gaz. Pal.*, 22 mars 2003, n° 81, p. 7.
- GRIDEL J.-P., « L'âge et la capacité civile », *D.*, 1998, n° 10, p. 90.
- GRIDEL J.-P., « Vérité biologique et droit positif de la filiation (1972-1993) », *D.*, 1993, n° 27, p. 191.
- GROSS M., « Ouvrir l'AMP aux couples de femmes ? », in THÉRY I. (Dir.), *Mariage de même sexe et filiation*, Paris, Cas de figure, Édition EHESS, 2013, p. 103.
- GRUA F., « Les divisions du droit », *RTD Civ.*, 1993, n° 1, p. 59.
- GUIBERT J., AZRIA E., « Anonymat du don de gamètes : protection d'un modèle social ou atteinte aux droits de l'homme ? », *Journal de gynécologie, obstétrique et biologie de la reproduction*, 2007, Vol. 36, n° 4, p. 360.
- GUIGUE S., « Présentation du nouveau modèle de mandat de protection future sous seing privé et de sa notice d'information », *Revue droit & santé*, 2010, n° 35, p. 273.
- GUIGUI J., « Révision des lois de bioéthique : le DPI-HLA en questions », *Droit administratif*, 2010, n° 1, Étude 1.
- HAFTEL B., « Gestation pour autrui : éclairage de droit international privé », *AJ famille*, 2011, n° 5, p. 265.
- HAMMJE P., « Maternité pour autrui, possession d'état et état civil », *RCDIP*, 2011, n° 3, p. 722.
- HAUSER J., « Le mariage des couples de même sexe et le notaire : une réforme par prétérition et procrastination », *Dr. fam.*, 2013, n° 1, Dossier 7.
- HAUSER J., « L'externalisation et la délocalisation de la fabrication des enfants : arrêt sur image de la maternité pour autrui », *RTD civ.*, 2011, n° 2, p. 340.
- HAUSER J., « Une théorie générale de la protection du sujet vulnérable », *RLDC*, 2011, n° 83, p. 70.
- HAUSER J., « Des filiations à la filiation », *RJPF*, 2005, n° 9, p. 6.
- HAUSER J., « Le Conseil constitutionnel et le droit de la famille », *Cahiers du Conseil constitutionnel*, 2004, n° 16, p. 104.
- HAUSER J., « L'application de la loi du 4 mars 2002 sur les droits des malades : où en est-on ? (T. enf. Auch, 28 févr. 2003) », *RTD civ.*, 2003, n° 3, p. 493.
- HAUSER J., « Préliminaire : une mère quand elle veut, la maternité purement potestative », *RTD civ.*, 2003, n° 2, p. 276.
- HAUSER J., « Le consentement aux soins des majeurs protégés », *LPA*, 19 mars 2002, n° 56, p. 4.
- HAUSER J., « Encore l'expertise *post mortem* : du principe et de la compétence », *RTD civ.*, 2001, n° 4, p. 863.
- HAUSER J., « Du discernement ou une famille réduite à la procédure ? », *LPA*, 28 avril 1999, n° 84, p. 11.
- HAUSER J., « Le réveil du ministère public », *RTD civ.*, 1999, n° 2, p. 372.
- HAUSER J., « Action en recherche de paternité naturelle : la vérité, la paix des familles et la paix des tombeaux », *RTD civ.*, 1998, n° 1, p. 87.
- HAUSER J., « Couple et différence de sexe », in BRUNETTI-PONS C. (Dir.), *La notion juridique de couple*, Paris, Études juridiques n° 4, Economica, 1998, p. 95.

- HAUSER J., « Préliminaire : le refus d'expertise médicale », *RTD civ.*, 1996, n° 2, p. 373.
- HAUSER J., « Le juge des tutelles peut autoriser un gérant de tutelle à accomplir un acte lié à la personne de l'incapable », *RTD civ.*, 1993, n° 2, p. 326.
- HAUSER J., « L'adoption à tout faire », *D.*, 1987, 30^e cahier, Chron. XXXVII, p. 205.
- HAUSER J., « Réflexions sur la protection de la personne de l'incapable », *Mélanges offerts à Pierre Raynaud*, Paris, Dalloz-Sirey, 1985, p. 227.
- HÉBERT S., « Le mandat de prévention, une nouvelle forme juridique ? », *D.*, 2008, n° 5, p. 307.
- HENNETTE-VAUCHEZ (Stéphanie), « *Hard case* en vue ? L'anonymat du donneur de gamètes en débat devant le Conseil d'État », *AJDA*, 2012, n° 38, p. 2115.
- HENNION-JACQUET P., « Le paradigme de la nécessité médicale », *RDSS*, 2007, n° 6, p. 1038.
- HENNION-JACQUET P., « Diagnostic d'une anomalie génétique grave : vers une immunité civile familiale généralisée en matière de santé ? », *LPA*, 18 février 2005, n° 35, p. 25.
- HENRION P., « À propos de l'accouchement dit sous X », *Bulletin de l'Académie nationale de médecine*, 2000, Tome 184, n° 4, p. 819.
- HENTZ J.-G., « Par-delà le triptyque gratuité, anonymat et consentement présumé dans les dons d'organes », in THIEL M.-J. (Dir.), *Donner, recevoir un organe. Droit, dû, devoir*, Strasbourg, Presses universitaires de Strasbourg, 2009, p. 334.
- HÉRITIER F., « Vers un nouveau rapport des catégories du masculin et du féminin », in BAULIEU É.-É., HÉRITIER F., LERIDON H. (Dir.), *Contraception : contrainte ou liberté ?*, Paris, Odile Jacob, 1999, p. 37.
- HERZOG R., « L'autonomie en droit : trop de sens, trop peu de signification », in *Mélanges Paul Amselek*, Bruxelles, Bruylant, 2005, p. 445.
- HOCQUET-BERG S., « La responsabilité civile : fondement de la vie privée des défunts », *D.*, 2000, n° 39, p. 817.
- HOLLEAUX G., « Remarques sur la preuve de la filiation paternelle en droit allemand, suisse et français », *RIDC*, 1953, Vol. 5, n° 3, p. 473.
- HUET-WEILLER D., « Le rétablissement de la présomption de paternité par application de l'article 313-2 alinéa 2 du Code civil lorsque l'enfant a entre-temps fait l'objet d'une reconnaissance de paternité naturelle », *RTD civ.*, 1992, n° 1, p. 70.
- HUET-WEILLER D., « Expertises sanguines : problème de l'expertise officieuse et de l'expertise sollicitée avant tout procès », *RTD civ.*, 1991, n° 4, p. 720.
- HUET-WEILLER D., « Détournement de l'adoption. L'illicéité de la maternité de substitution et de l'adoption subséquente », *RTD civ.*, 1991, n° 3, p. 517.
- HUET-WEILLER D., « Nature de la responsabilité encourue par l'auteur d'une reconnaissance mensongère en cas d'annulation de celle-ci », *RTD civ.*, 1991, n° 3, p. 512.
- HUET-WEILLER D., « Le droit français », in LABRUSSE-RIOU C., CORNU G. (Dir.), *Droit de la filiation et progrès scientifiques*, Paris, Perspectives économiques et juridiques, Economica, 1982, p. 9.
- IACUB M., « La construction juridique de la nature dans la reproduction hors-nature : les fécondations artificielles dans les lois bioéthique », in RONSIN F., LE BRAS H., ZUCKER-ROUVILLOIS É., *Démographie et politique*, Dijon, Éditions universitaires, 1997, p. 161.
- JACQUINOT C., « Sur le prélèvement d'organes », *Gaz. Pal.*, 10 février 1979, 1, Doctr., p. 57 et 248.
- JALUZOT B., « Méthodologie du droit comparé, bilan et prospective », *RIDC*, 2005, Vol. 57, n° 1, p. 29.
- JAUNAIT A., « Comment peut-on être paternaliste ? Confiance et consentement dans la relation médecin-patient », *Raisons politiques*, 2003-3, n° 11, p. 59.
- JEFFREYS A.-J., WILSON V., THEIN S. L., « Hypervariable « minisatellite » regions in human DNA », *Nature*, 1985, Vol. 314, p. 67.
- JESTAZ P., « Faux et détournement d'institution en droit français de la famille », in KASIRER N., *Le faux en droit privé*, Montréal, Thémis, 2000, p. 1.
- JOUET E. *et al.*, « Construction et reconnaissance des savoirs expérientiels des patients », in JOUET E. *et al.*, *Usagers-experts : la part du savoir des malades dans le système de santé*, Pratiques de formation, Analyses, 2010, n° 58-59, 94 p.
- JOURDAIN-FORTIER C., « Les « enfants de la nature » aux XXI^e siècle : la possession d'état à l'épreuve de l'expertise biologique », *Dr. fam.*, 2003, n°7, Chron. 23.

- JUSTON M., « De la puissance paternelle aux droits de l'enfant : l'évolution, les enjeux et les risques en cas de séparation », *Gaz. Pal.*, 12 août 2006, Rec., p. 2398.
- KERNAGUELEN F., « Adolescent et acte médical en droit français : l'effacement de l'autorité parentale ? », in FEUILLET-LIGIER B., RYUICHI I., (Dir.), *Adolescent et acte médical, regards croisés. Approche internationale et pluridisciplinaire*, Bruxelles, Droit, bioéthique et société, Bruylant, 2011, p. 5.
- KERNALEGUEN F., « La diffusion intra et inter-familiale de l'information génétique », in KNOPPERS B.-M., CADIET L., LABERGE C.-M. (Dir.), *La génétique humaine : de l'information à l'informatisation*, Paris, Thémis, Litec, 1992, p. 258.
- KESSLER G., ZALEWSKI V., « Le principe de primauté de la famille après la réforme des incapacités par la loi du 5 mars 2007 », *RLDC*, 2007, n° 41, p. 34.
- KIMMEL-ALCOVER A., « L'autorité parentale à l'épreuve de la santé des mineurs », *RDSS*, 2005, n° 2, p. 265.
- KUHN C., « Droit et transsexualisme : la consécration d'une métamorphose », in ZATTARA-GROS A.-F., *Bioéthique et genre*, LGDJ, Lextenso, 2013, p. 201.
- LABBÉE X., « La gestation pour autrui devant la Cour de cassation », *D.*, 2011, n° 15, p. 1064.
- LABBÉE X., « L'enfant de la mère porteuse et la filiation interdite », *D.*, 2007, n° 18, p. 1251.
- LABRUSSE-RIOU C., « Code civil et Code de la santé publique », *RDSS*, 2008, n° 3, p. 427.
- LABRUSSE-RIOU C., « L'anonymat du donneur : étude critique du droit positif français » in LABRUSSE-RIOU C., *Écrits de bioéthique*, Paris, Quadrige, PUF, 2007, p. 196.
- LABRUSSE-RIOU C., EDELMAN B., « Note sous CA Paris, 15 juin 1990 », *JCP G.*, 1991, II, 21653.
- LABRUSSE-RIOU C., « La filiation et la médecine moderne », *RIDC*, 1986, Vol. 38, n° 2, p. 419.
- LAGARDE P., « Annulation de la transcription d'un acte de naissance californien résultant d'une convention de gestation pour autrui », *RCDIP*, 2009, n° 2, p. 320.
- LAMAZOU F. *et al.*, « Diagnostic préimplantatoire avec typage HLA : naissance du premier enfant double espoir en France », *Journal de gynécologie, obstétrique et biologie de la reproduction*, 2011, Vol. 40, n° 7, p. 682.
- LARRIBAU-TERNEYRE V., « La question prioritaire de constitutionnalité en droit civil, quels risques ? », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Jean Hauser*, Paris, Dalloz, Lexis-Nexis, 2012, p. 259.
- LARRIBAU-TERNEYRE V., « La disparition du certificat prénuptial », *Dr. fam.*, 2008, n° 1, Comm. 3.
- LARRIBAU-TERNEYRE V., « Feu les enfants légitimes et naturels ! Vive la présomption de paternité... légitime ! (Ordonnance du 4 juillet 2005 sur la filiation) », *Dr. fam.*, 2005, n° 10, Repère 9.
- LARRIBAU-TERNEYRE V., « Le mythe du sang en droit de la filiation », *LPA*, 16 mars 1994, n° 32, p. 15.
- LARRIBAU-TERNEYRE V., « La nullité d'une convention de mère porteuse n'interdit pas de prononcer l'adoption plénière de l'enfant », *D.*, 1991, n° 26, p. 380.
- LAUDE A., « Le Code de déontologie médicale enfin modifié ! », *D.*, 2012, n° 26, p. 1694.
- LAUDE A., « Les nouvelles problématiques du droit de la santé », *Droit et patrimoine*, 2003, n° 1, p. 52.
- LAURENT-MERLE I., « La connaissance de ses origines familiales depuis la loi du 5 juillet 1996 », *D.*, 1998, n° 39, p. 373.
- LEBEL A., « Le mariage, le couple de même sexe et l'historien du droit », *AJ famille*, 2013, n° 2, p. 122.
- LE BOURSICOT M.-C., « Le principe de l'intérêt de l'enfant à être adopté après la promulgation de la loi mariage pour tous », *RLDC*, 2013, Supplément au n° 110, p. 47.
- LE BOURSICOT M.-C., « Nouveaux mariés de même sexe : l'adoption de l'enfant du conjoint plus aisée que l'adoption conjointe », *RJPF*, 2013, n° 7-8, p. 31.
- LEBLOIS-HAPPE J., « L'appréhension par le droit pénal de la solidarité au sein du couple », *AJ famille*, 2004, n° 1, p. 17.
- LEBORGNE A., « Le ministère public partie principale à un contentieux de la filiation : réflexion sur la montée d'un ordre public de direction ? », in WICKER G. (Dir.), *Mélanges en l'honneur du professeur Jean Hauser*, Paris, Lexis-Nexis, Dalloz, 2012, p. 311.
- LECA A., « Corpus id est persona ? Réflexions à propos de la situation juridique du corps humain », in THOLOZAN O. (Dir.), *De jure corporis ou la réification du corps humain*, Bordeaux, Les cahiers de droit de la santé du sud est, LEH, 2004, p. 37.
- LÉCUYER H., « Rapport introductif », in BRUNETTI-PONS C. (Dir.), *La notion juridique de couple*, Paris, Études juridiques n° 4, Economica, 1998, p. 1.

- LEGRAND P., « À propos d'une réflexion sur la comparaison juridique », *RIDC*, 1993, Vol. 45, n° 4, p. 879.
- LEGRAND V., « Reconnaissance d'une convention de gestation pour le compte d'autrui réalisée à l'étranger : la Cour de cassation durcit le ton... », *LPA*, 1^{er} octobre 2013, n° 196, p. 7.
- LEMENNICIER B., « Le corps humain : propriété de l'État ou propriété de soi », *Droits*, 1991, n° 13, p. 111.
- LEMOULAND J.-J., « Le couple en droit civil », *Dr. fam.*, 2003, n° 7, Chron. 22.
- LEMOULAND J.-J., « Le tourisme procréatif », *LPA*, 28 mars 2001, n° 62, p. 24.
- LEMOULAND J.-J., « Le pluralisme et le droit de la famille, post-modernité ou pré-déclin ? », *D.*, 1997, n° 18, p. 133.
- LEMOULAND J.-J., « L'assistance au mineur, une voie possible entre l'autonomie et la représentation », *RTD civ.*, 1997, n° 1, p. 1.
- LEMOULAND J.-J., « Le refus de se soumettre à un examen de sang permet au juge de déterminer la filiation la plus vraisemblable », *D.*, 1996, n° 37, p. 529.
- LEMOULAND J.-J., « Procréation médicalement assistée et droit de la filiation », *Actualités législatives Dalloz*, 1995, p. 15.
- LEMOYNE DE FORGES J., « Qu'est-ce que le droit de la santé ? », *RGDM*, 2005, n° 15, p. 15.
- LENOIR N., « La contraception dans les pays développés : une pratique sociale devenue liberté fondamentale », in BAULIEU É.-É., HÉRITIER F., LERIDON H. (Dir), *Contraception : contrainte ou liberté ?*, Paris, Odile Jacob, 1999, p. 119.
- « Le nouveau droit de la filiation a été promulgué », *RJPF*, 2005, Actualités, 007/008.
- LEPROVAUX J., « La place de la famille dans la mise en œuvre du mandat de protection future et du mandat à effet posthume », *RJPF*, 2006, n° 9, p. 6.
- LEQUETTE Y., « Marc PICHARD, Le droit à, Étude de législation française », *RTD civ.*, 2009, n° 2, p. 404.
- LERIDON H., « Une révolution démographique encore mal comprise », in BAULIEU É.-É., HÉRITIER F., LERIDON H. (Dir), *Contraception : contrainte ou liberté ?*, Paris, Odile Jacob, 1999, p. 65.
- LEROYER A.-M., « La loi n° 2013-404 du 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux couples de même sexe. Au passé, présent et futur », *D.*, 2013, n° 25, p. 1697.
- LEROYER A.-M., « Loi n° 2011-814 du 7 juillet 2011 relative à la bioéthique », *RTD civ.*, 2011, n° 3, p. 603.
- LEROYER A.-M., « Réforme de la filiation », *RTD civ.*, 2005, n° 4, p. 836.
- LESAULNIER F., « L'enfant né d'une procréation médicalement assistée et le secret de l'identité de l'auteur du don », *Médecine & droit*, 1998, n° 30, p. 16.
- LETUR H., « État des pratiques du don d'ovocytes en France et en Europe », *Journal de gynécologie obstétrique et biologie de la reproduction*, 2007, Vol 36, n° 8, p. 727.
- LEVENEUR L., « Renforcer l'autorité parentale et promouvoir des droits de l'enfant ? », in DEKEUWER-DÉFOSSEZ F., CHOAIN C. (Dir.), *L'autorité parentale en question*, Villeneuve d'Ascq, Droit des personnes et de la famille, Presses universitaires du Septentrion, 2003, p. 43.
- LÉVINET M., « Le principe de libre disposition de son corps », in LARRALDE J.-M. (Dir.), *La libre disposition de son corps*, Bruxelles, Droit & justice, Nemesis, Bruylant, 2009, p. 71.
- LÉVINET M., « La notion d'autonomie personnelle dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », *Droits*, 2009, n° 49, p. 3.
- LOISEAU G., « La protection posthume de la personnalité », *JCP G*, 2010, n° 39, p. 1778.
- LOKIEC P., « La personne de confiance. Contribution à l'élaboration d'une théorie de la décision en droit médical », *RDSS*, 2006, n° 5, p. 865.
- LOKIEC P., « La décision médicale », *RTD civ.*, 2004, n° 4, p. 641.
- LONGO A., « Le droit pénal entre autonomie et ouverture », in DUPRAT J.-P. (Dir.), *Jeux de normes dans la recherche biomédicale*, Paris, Publications de la Sorbonne, 2002, p. 57.
- M J.-M., « L'autre DPI : une AMP pour que vive la fratrie », *Revue française des laboratoires*, 2002, n° 348, p. 12.
- MALAURIE P., BORREGO-BORREGO J., KOUBI-FLOTTE P.-O., « L'angle mort du projet de loi », *Dossier de synthèse*, Février 2013, p. 1.
- MALAURIE P., « Couple, procréation et parenté », *D.*, 1998, n° 12, p. 127.

- MALAURIE P., « La preuve scientifique *post mortem* de la paternité et l'exhumation », *D.*, 1998, n° 9, Jurisp., p. 122.
- MANGIN P., « La preuve de l'engendrement : la technique des empreintes génétiques », in EUROPEAN COMMISSION, *Studies on the socio-economic impact of biotechnology ? Genetic fingerprints : scientific truth and filiation law*, Luxembourg, Office for official publications of the european communities, 1996, p. 77.
- MARADIEGUE A., « Minor's rights versus parental rights : review of the légal issues in adolescent health care », *Journal of midwifery and women's health*, 2003, Vol. 48, n° 3, p. 170.
- MARAIS A., « La maternité pour autrui et le genre », in ZATTARA-GROS A.-F., *Bioéthique et genre*, LGDJ, Lextenso, 2013, p. 151.
- MARAIS A., « Maladies génétiques : apparition d'une nouvelle responsabilité civile familiale ? », *D.*, 2003, n° 34, p. 2315.
- MARCIL-GRATTON N., « De l'interdiction à la libéralisation : les paradoxes entourant le recours à la stérilisation en Amérique du Nord », in GIAMI A., LERIDON H., *Les enjeux de la stérilisation*, Paris, Questions en santé publique, INSERM / INED, 2000, p. 225.
- MARGUÉNAUD J.-P., « L'ADN se ramasse à la pelle », *RTD civ.*, 2006, n° 4, p. 727.
- MARRAUD DES GROTTE G., « Loi famille : de report en report », *Lamy actualités du droit*, 19 juin 2014.
- MARRAUD DES GROTTE G., « Ordonnance portant réforme de la filiation », *RLDC*, 2005, n° 19, p. 39.
- MARTIN R., « Le droit en branches », *D.*, 2002, n° 21, p. 1703.
- MASSIP J., « Les règles applicables aux actes personnels et médicaux concernant un majeur en tutelle », *Dr. fam.*, 2010, n° 7/8, Étude 18.
- MASSIP J., « Le caractère obligatoire de l'expertise biologique en matière de filiation et les conséquences du refus de s'y soumettre », *D.*, 2004, n° 10, p. 659.
- MASSIP J., « Interrogation sur la jurisprudence relative aux expertises biologiques en matière de filiation », *D.*, 1999, n° 41, p. 651.
- MASSIP J., « La preuve scientifique de la filiation et la pratique judiciaire », in LABRUSSE-RIOU C., CORNU G. (Dir.), *Droit de la filiation et progrès scientifiques*, Paris, Perspectives économiques et juridiques, Economica, 1982, p. 51.
- MATHIEU B., « La dignité, principe fondateur du droit », *JIB*, 2010, Vol. 21, n° 3, p. 77.
- MATHIEU B., « La bioéthique et les droits fondamentaux constitutionnels : enjeux et perspectives », in BYK C. (Dir.), *La Constitution face au défi de la bioéthique*, Les cahiers du droit de la santé du sud-est, LEH, 2008, n° 9, p. 15.
- MATHIEU B., « Les droits des personnes malades », *LPA*, 19 juin 2002, n° 122, p. 10.
- MATHIEU B., « La vie en droit constitutionnel comparé, éléments de réflexions sur un droit constitutionnel incertain », *RIDC*, 1998, Vol. 50, n° 4, p. 1031.
- MATHIEU B., « Conformité à la Constitution des lois relatives au respect du corps humain et au don et à l'utilisation des éléments et produits du corps humain, à l'assistance médicale à la procréation et au diagnostic prénatal », *D.*, 1995, n° 16, p. 237.
- MATHIEU B., « Bioéthique : un juge constitutionnel réservé face aux défis de la science », *RFDA*, 1994, n° 5, p. 1019.
- MAZANCOURT P. (de), PFITZINGER H., « ADN et recherche en paternité », *Gynécologie, obstétrique et fertilité*, 2005, Vol. 33, n° 7-8, p. 461.
- MAZEAUD H., « Le droit de la famille face aux progrès de la science médicale », in *Aspects du droit privé en fin du 20^e siècle : Études réunies en l'honneur de Michel de Juglart*, Paris, Montchrestien, Techniques, LGDJ, 1986, p. 45.
- MAZIAU N., « Le consentement dans le champ de l'éthique biomédicale française », *RDSS*, 1999, n° 3, p. 469.
- MEADEL C., AKRICH M., « Internet : intrus ou médiateur de la relation patient/médecin ? », *Santé, société et solidarité*, 2009, Vol. 8, n° 2, p. 87.
- MÉCARY C., « Adoption plénière de l'enfant du conjoint au sein d'un couple de femmes », *AJ famille*, 2014, n° 6, p. 368.

- MÉLIN F., « La personne de confiance de l'article L 1111-6 du Code de la santé publique », in FAURÉ G. (Dir.), *La loi du 4 mars 2002 : continuité ou nouveauté en droit médical ?*, CEPRISCA, PUF, 2003, p. 111.
- MELLAC A., « L'influence de l'urgence sur le recueil du consentement à l'acte médical », in AFDS, LAUDE A. (Dir.), *Consentement et santé*, Paris, Thèmes et commentaires, Dalloz, 2014, p. 89.
- MÉMETEAU G., « Une vision du droit médical, une parmi d'autres... », *RGDM*, n° 15, 2005, p. 21.
- MÉMETEAU G., « L'utilité du droit médical », *RRJ*, 2004, n° 4, p. 2113.
- MÉMETEAU G., « Remarques sur la stérilisation non thérapeutique après les lois de bioéthique », *JCP G*, 1995, n° 15, I, 3838.
- MÉMETEAU G., « À l'abordage (de l'article 16-3 du Code civil) », *LPA*, 14 décembre 1994, n° 149, p. 41.
- MÉMETEAU G., « Le droit médical de la famille », in *Le droit non civil de la famille*, Paris, Publications de la Faculté de droit et des sciences sociales de Poitiers, PUF, 1983, p. 231.
- MENVIELLE L., MENVIELLE W., « Le tourisme médical : une nouvelle façon de voyager », *Téoros*, 2010, Vol. 29, n° 1, p. 109.
- MERLE R., « Une pratique dangereuse : la recherche clandestine des preuves scientifiques de la paternité », *D.*, 1952, 40^e cahier, Chron. XXXIV, p. 165.
- MERLET F., SÉNÉMAUD B., « Prise en charge du don d'ovocytes : réglementation du don : la face cachée du tourisme procréatif », *Gynécologie, obstétrique et fertilité*, 2010, Vol. 38, n° 1, p. 36.
- MEULDERS-KLEIN M.-T., « Les concubinages : diversités et symboliques », in *Des concubinages. Études offertes à Jacqueline Rubellin-Devichi*, Paris, Litec, 2002, p. 603.
- MICHAELIDES-NOUAROS G., « La preuve de la paternité et les progrès de la science », *RIDC*, 1957, Vol. 9, n° 1, p. 43.
- MIGNOT M., « L'accès à la preuve scientifique dans le droit de la filiation », *RRJ*, 2003, Vol. 1, n° 2, p. 667.
- MILLARD É., « Les premières QPC en droit civil », in PHILIPPE X., STEFANINI M., *Questions prioritaires de constitutionnalité : premiers bilans*, Aix-Marseille, PUAM, Les cahiers de l'institut Louis Favoreu, 2011, p. 43.
- MILLER H., « La difficile genèse de la procédure relative à l'information médicale à caractère familiale », *Gaz. Pal.*, 7 juin 2008, n° 159, p. 24.
- MILLET F., « La vérité affective ou le nouveau dogme de la filiation », *JCP G*, 2006, n° 7, I, 112.
- MIRABAIL S., « Les obstacles juridiques à la recherche de la vérité biologique en matière de filiation : discordances et anachronismes », *D.*, 2000, n° 9, p. 146.
- MIRKOVIC A., « Les dommages pour tous du mariage pour quelques-uns », *Dr. fam.*, 2013, n° 1, Dossier 5.
- MIRKOVIC A., « Consultation : assistance médicale à la procréation et responsabilité », in BINET J.-R., *Droit médical*, Paris, Cours, Montchrestien, Lextenso éditions, 2010, p. 482.
- MISTRETTA P., « La loi n° 2002-303 du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé – Réflexions critiques sur un droit en pleine mutation », *JCP G*, 2002, n° 24, I, 141.
- MOLE A., DAUBA D., « Informatique et libertés : de nouveaux droits pour les malades », *Gaz. Pal.*, 24 octobre 2002, n° 297, p. 8.
- MONÉGER F., « Contrat de mère porteuse. Nullité. Impossibilité de prononcer l'adoption de l'enfant pour détournement de l'institution », *RDSS*, 1995, n° 2, p. 377.
- MONNIER S., « La reconnaissance constitutionnelle du droit au consentement en matière médicale », *RIDC*, 2001, Vol. 53, n° 2, p. 383.
- MORACCHINI-ZEIDENBERG S., « L'acte personnel de la personne vulnérable », *RTD civ.*, 2012, n° 1, p. 21.
- MORET BAILLY J., « La déontologie médicale, de la résistance à la contre-offensive », *RDSS*, 2012, n° 6, p. 1074.
- MORGAND V., « La loi n° 93-22 du 8 janvier 1993 modifiant les articles 340 et suivants du Code civil relatifs à l'action en recherche de paternité est d'application immédiate », *D.*, 1996, n° 27, Somm., p. 233.
- MUIR-WATT H., « La fonction subversive du droit comparé », *RIDC*, 2000, Vol. 52, n° 3, p. 503.
- MULON-MONTERAN E., « La nouvelle autorité parentale », *RJPF*, 2002, n° 4, p. 6.

- MURAT P., « Le lien familial hors du droit civil de la famille : brèves remarques de synthèse », in MARIA I., FARGE M. (Dir.), *Le lien familial hors du droit civil de la famille*, Paris, Colloques & essais, Lextenso-Fondation Varenne, 2014, p. 199.
- MURAT P., « Prolégomènes à une hypothétique restructuration du droit des filiations », in WICKER G. (Dir.), *Mélanges en l'honneur du professeur Jean Hauser*, Paris, Lexis-Nexis, Dalloz, 2012, p. 405.
- MURAT P., « L'application dans le temps de la prohibition d'une identification par empreintes génétiques *post mortem* », *Dr. Fam.*, 2008, n° 6, Comm. 86.
- MURAT P., « Filiation et génétique : deux poids, deux mesures ? », *Dr. fam.*, 2007, n° 10, Repère 9.
- MURAT P., « Procréation assistée et droits de l'enfant », *RDSS*, 1991, n° 3, p. 387
- NAÏDITCH M., LETOURMY A., « L'émergence de la démocratie sanitaire en France », *Santé, société et solidarité*, 2009, Vol. 8, n° 2, p. 15.
- NEIRINCK C., « Première adoption plénière par l'épouse de la mère », *Dr. fam.*, 2014, n° 1, Comm. 4.
- NEIRINCK C., « Accorder le mariage aux personnes de même sexe, oui. Reconnaître un droit à l'enfant, non ! Pourquoi ? », *Dr. fam.*, 2013, n° 1, Dossier 2.
- NEIRINCK C., « La gestation pour autrui pratiquée à l'étranger et l'état civil de l'enfant qui en est né », *Dr. fam.*, 2011, n° 5, Étude 14.
- NEIRINCK C., « Le couple et l'assistance médicale à la procréation », *LPA*, 13 août 1999, n° 161, p. 3.
- NEIRINCK C., « Le droit pour l'enfant de connaître ses origines », in A. SÉRIAUX (Dir.) *Le droit, la médecine et l'être humain, propos hétérodoxes sur quelques enjeux vitaux du XXI^e siècle*, Aix-Marseille, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 1996, p. 29.
- NEIRINCK C., « Le droit de la filiation et la procréation médicalement assistée », *LPA*, 14 décembre 1994, n° 149, p. 54.
- NEIRINCK C., « Le statut juridique des mineurs de 7 à 13 ans », *LPA*, 13 avril 1994, n° 44, p. 11.
- NERSON R., « Le respect par le médecin de la volonté du malade », in *Mélanges dédiés à Gabriel Marty*, Toulouse, Université des sciences sociales de Toulouse, 1978, p. 853.
- NERSON R., « L'influence de la biologie et de la médecine modernes sur le droit civil », *RTD civ.*, 1970, p. 661.
- NERSON R., « Les progrès scientifiques et l'évolution du droit familial » in *Le droit privé français au milieu du XX^e siècle. Études offertes à Georges Ripert*, Tome 1, Paris, LGDJ, 1950, p. 403.
- NEVEJANS N., « Exhumation du corps du père prétendu aux fins d'analyse génétique dans une recherche en paternité naturelle », *D.*, 1998, n° 32, Somm., p. 296.
- NICOLAS G., « La Constitution, instrument de régulation du droit et de la bioéthique ? », in BYK C. (Dir.), *La Constitution face au défi de la bioéthique*, Bordeaux, Les cahiers du droit de la santé du sud-est, LEH, 2008, n° 9, p. 21.
- NICOLAS G., « L'agence de la biomédecine : un nouveau modèle de sécurité sanitaire ? », *LPA*, 18 février 2005, n° 35, p. 15.
- NIVELON-CHEVALLIER A., « Le test génétique chez le sujet mineur », in AP-HP, *Espace éthique. La lettre, Les tests génétiques : grandeur et servitude*, Automne-hiver 2000, HS n° 2, p. 32.
- NOËL-HUREAUX E., « Quels savoirs « en jeu » (enjeux) autour de la maladie chronique », in JOUET E. et al., *Usagers-experts : la part du savoir des malades dans le système de santé*, Pratiques de formation, Analyses, 2010, n° 58-59, p. 86.
- NOGUÉRO D., « Sélection des risques. Discrimination, assurance et protection des personnes vulnérables », *Revue générale du droit des assurances*, 2010, n° 3, p. 633.
- NOGUÉRO D., « Les sanctions des actes juridiques irréguliers des majeurs protégés. Première partie : les sanctions hors mesures de protection organisée », *LPA*, 23 décembre 2009, n° 255, p. 6.
- NORMAND J., « Rapport de synthèse », in BRUNETTI-PONS C. (Dir.), *La notion juridique de couple*, Paris, Études juridiques n° 4, Economica, 1998, p. 141.
- ORFALI K., « L'ingérence profane dans la décision médicale : le malade, la famille et l'éthique », *Revue française des affaires sociales*, 2002-3, n° 3, p. 103.
- PALPACUER J., « La personne de confiance : vers un consentement substitué ? », *RLDC*, 2011, n° 83, p. 87.
- PAMBOUKIS C., « Note sous CA Paris, 2 avr. 1998 », *RCDIP*, 1999, n° 1, p. 102.
- PARICARD S., « Mariage homosexuel et filiation. Quelques éléments de droit comparé », *Dr. fam.*, 2013, n° 1, Dossier 8.

- PARIENTE A., « La liberté personnelle dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », in *Mélanges en l'honneur de Dmitri Georges Lavroff. La Constitution et les valeurs*, Paris, Dalloz, 2005, p. 267.
- PASCAL A., TRAPERO M., « Vérité biologique et filiation dans la jurisprudence récente de la Cour de cassation », in *La vérité. Rapport annuel 2004 de la Cour de cassation*, Paris, La documentation française, Avril 2005, p. 89.
- PASCAL O., « Empreintes génétiques : pourquoi et pour qui ? », *Médecine & droit*, 1998, n° 32, p. 1.
- PAUVERT B., « Le droit des éléments et produits du corps humain ou les enjeux d'une réification silencieuse », in NICOLAS G. (Dir.), *Les éléments et produits du corps humain*, Bordeaux, Les cahiers du droit de la santé du sud est, LEH, 2011, p. 11.
- PÉCAUT-RIVOLIER L., « Gestion contraire aux intérêts de l'enfant : que peut faire la famille ? », *AJ famille*, 2012, n° 5, p. 269.
- PÉCAUT-RIVOLIER, « Le recours à un tiers pour exercer les mesures de protection : net assouplissement de la jurisprudence », *AJ famille*, 2010, n° 1, p. 44.
- PÉDROT P., « Les prélèvements d'organes *post mortem* », in SÉRIAUX A. (Dir.), *Le droit, la médecine et l'être humain*, Aix-Marseille, PUAM, 1996, p. 165.
- PENA-SOLER A., « À la recherche de la liberté personnelle désespérément... », in *Renouveau du droit constitutionnel, Mélanges en l'honneur de Louis Favoreu*, Paris, Dalloz, 2007, p. 1675.
- PENNEC S., MONNIER A., PONTONE S., AUBRY R., « Les décisions médicales en fin de vie en France », *Population & sociétés*, 2012, n° 494, p. 1.
- PETERKA N., « La Cour de cassation contrôle la dévolution des mesures de protection judiciaire à l'aune des sentiments exprimés par la personne protégée », *JCP G*, 2013, n° 5, p. 180.
- PETERKA N., « Les dispositifs alternatifs de protection de la personne mariée », *AJ famille*, 2012, n° 5, p. 253.
- PETERKA N., « La famille dans la réforme de la protection juridique des majeurs », *JCP G*, 2010, n° 1, Doctr. 33.
- PFERSMANN O., « Le droit comparé comme interprétation et comme théorie du droit », *RIDC*, 2001, Vol. 53, n° 2, p. 275.
- PHILIPPE C., « Régimes matrimoniaux et altération des facultés mentales », *Dr. fam.*, 2006, n° 5, Étude 24.
- PHILIPPE C., « Réflexion sur le nouvel article 16-3 du Code civil », *RGDM*, 2005, n° 17, p. 337.
- PHILIPPE C., « Volonté, responsabilité et filiation », *D.*, 1991, n° 7, p. 47.
- PICARD E., « L'état du droit comparé en France, en 1999 », *RIDC*, 1999, Vol. 51, n° 4, p. 885.
- PIERRE-CAPS S., « La Constitution comme ordre de valeurs », in *La Constitution et les valeurs, Mélanges en l'honneur de Dmitri Georges Lavroff*, Paris, Dalloz, 2005, p. 283.
- PIGNARRE G., « Les frontières du consentement : de la confrontation du pouvoir aux marges de l'autonomie », *RDC*, 2011, n° 2, p. 611.
- PIN X., « Les âges du mineur : réflexions sur l'imputabilité et la capacité pénale du mineur », *Gaz. Pal.*, 12 juillet 2012, n° 194, p. 5.
- POIVEY-LECLERQ H., « Auditions au Sénat », *Dossier de synthèse*, Février 2013, p. 10.
- POMART C., « Délits de simulation et de dissimulation d'enfant : conflit de lois pénales dans le temps », *D.*, 2001, n° 34, p. 2791.
- PONTTHOREAU M.-C., « Le droit comparé en question(s) entre pragmatisme et outil épistémologique », *RIDC*, 2005, Vol. 57, n° 1, p. 7.
- POTENTIER P., « Le domaine du mandat de protection future », *JCP N*, 2007, n° 42, p. 1262.
- POUMARÈDE J., « De l'enfant-objet à l'enfant sujet de droits : une tardive révolution », *LPA*, 9 mars 2012, n° 50, p. 13.
- POUSSON-PETIT J., « Procréation artificielle dans les pays romanistes », in MEULDERS-KLEIN M.-T., DEECH R., VLAARDINGERBROEK (Dir.), *Biomedicine, the family and human rights*, La Haye, Kluwer law international, 2002, p. 515.
- PRIÉTO N., VÉDRINNE J., FULCHIRON H., « Vers l'évolution d'un droit à l'avortement ? À propos du délit d'entrave à l'IVG », *Journal de médecine légale*, 1997, Vol. 40, n° 4, p. 295.
- PRIEUR S., « Les droits des patients dans la loi du 4 mars 2002 », *RGDM*, 2002, n° 8, p. 119.
- PRIEUR S., « La répression judiciaire du délit d'entrave à l'IVG : réflexions à propos de quatre années d'application jurisprudentielle de l'article L 162-15 du Code de la santé publique », *LPA*, 5 novembre 1997, n° 133, p. 12.

- PROTHAIS A., « Un droit pénal pour les besoins de la bioéthique », *RSC*, 2000, n° 1, p. 39.
- PROTHAIS A., « Tribulations d'un pénaliste au royaume de l'éthique médicale », *JCP G*, 1999, n° 15, I, 129.
- PROTHAIS A., « Les paradoxes de la pénalisation : enquête en matière d'assistance médicale à la procréation et d'adoption », *JCP G*, 1997, n° 42, I, 4055.
- R. V., « Preuve et atteinte à la personne », *JCP G*, 1949, 758.
- RAIMBAULT P., « Le corps humain après la mort. Quand les juristes jouent au « cadavre exquis » », *Droit et société*, 2005, n° 61, p. 817.
- RAMEIX S., « La procédure d'information familiale sur le risque génétique », *Responsabilité*, 2005, Vol. 5, n° 18, p. 29.
- RAMEIX S., « Du paternalisme des soignants à l'autonomie des patients ? », in LOUZOUN C., SALAS D. (Dir.), *Justice et psychiatrie : normes, responsabilité, éthique*, Toulouse, Erès, Études, recherches, actions en santé mentale en Europe, 1997, p. 65.
- RAOUL-CORMEIL G., « Remèdes à l'éclatement du régime juridique des actes médicaux portant sur la personne des majeurs protégés », in RAOUL-CORMEIL G. (Dir.), *Nouveau droit des majeurs protégés*, Paris, Thèmes et commentaires, Dalloz, 2012, p. 151.
- RAOUL-CORMEIL G., « La santé dans le Code civil », *RGDM*, Numéro spécial santé et droit, 2010, p. 29.
- RAOUL-CORMEIL G., « L'exclusion de la famille dans la protection d'une personne majeure », *LPA*, 10 mars 2010, n° 49, p. 6.
- RASSAT M.-L., « Le respect de la vie dans le nouveau Code pénal », in ONORIO J.-B. (d') (Dir.), *Le respect de la vie en droit français*, Paris, Publication de la Confédération des juristes catholiques de France, 1997, p. 147.
- RASSAT M.-L., « L'autorité parentale à l'épreuve de l'adolescence : les perspectives législatives », in FOYER J., LABRUSSE-RIOU C., *L'autorité parentale à l'épreuve*, Paris, Economica, 1983, p. 41.
- RAYMOND G., « L'assistance médicale à la procréation (Après la promulgation des « lois bioéthiques ») », *JCP G*, 1994, n° 43, I, 3796.
- RAYMOND G., « De la réalité de l'absence de couple conjugal à la fiction de l'unité du couple parental. Commentaire de la loi n° 87-570 du 22 juillet 1987 », *JCP G*, 1987, I, 3299.
- RAYMOND G., « La procréation artificielle et le droit français », *JCP G*, 1983, I, 3114.
- REBECQ G., « Le rôle de la personne de confiance en fin de vie », in LECA A., DE CACQUERAY S., ROUX A. (Dir.), *La fin de vie et l'euthanasie*, Bordeaux, Collection du centre de droit de la santé d'Aix-Marseille, LEH, 2008, p. 297.
- REBOURG M., « Filiation et autorité parentale à l'épreuve des nouvelles configurations familiales », *Recherches familiales*, 2010, n° 7, p. 29.
- REBOURG M., « Les principes directeurs de la loi du 5 mars 2007 réformant la protection juridique des majeurs », *Dr. fam.*, 2007, n° 5, Étude 16.
- « Réforme de la filiation : suppression des concepts de filiation légitime et naturelle », *JCP N*, 2005, n° 28, Act. 369.
- RENAUD B., « Anonymat, un mal nécessaire », *JCP N*, 2000, n° 21, p. 919.
- RENAUT M.-H., « L'évolution de l'acte médical », *RDSS*, 1999, n° 1, p. 45.
- REVET T., « Loi n° 96-604 du 5 juillet 1996 relative à l'adoption », *RTD civ.*, 1996, n° 4, p. 999.
- REY-SALMON C., « Secret médical et personnes vulnérables : le cas du mineur », *D.*, 2009, n° 39, p. 2651.
- RIVES N., « Peut-on se prononcer pour ou contre la levée de l'anonymat du don de gamètes », *Gynécologie, obstétrique et fertilité*, 2007, n° 35, p. 695.
- ROBERT J., « La biologie et la génétique face aux incertitudes du droit », *Rev. dr. publ.*, 1984, n° 5, p. 1255.
- ROBERT J., « La femme mariée est seule juge de la décision de recourir à l'interruption volontaire de grossesse », *Rev. dr. pub.*, 1981, n° 1, p. 216.
- ROCHE-DAHAN J., « L'accès du majeur protégé à la procréation et à la filiation », *RLDC*, 2011, n° 83, p. 80.
- ROCHFELD J., « Loi n° 2002-305 du 4 mars 2002 relative à l'autorité parentale », *RTD civ.*, 2002, n° 2, p. 377.

- ROMAN D., « La constitutionnalité de la procédure d'accouchement sous X : une décision attendue et prévisible », *RDSS*, 2012, n° 4, p. 750.
- ROMAN D., « Libre disposition de son corps et protection de la santé », in LARRALDE J.-M. (Dir.), *La libre disposition de son corps*, Bruxelles, Droit & justice, Nemesis, Bruylant, 2009, p. 199.
- ROMAN D., « Le respect de la volonté du malade : une obligation limitée ? », *RDSS*, 2005, n° 3, p. 423.
- ROQUE J., « La prémajorité », *Dr. fam.*, 2009, n° 4, Étude 20.
- ROUJOU DE BOUBBÉE G., « L'interruption volontaire de la grossesse (Commentaire de la loi n° 75-17 du 17 janvier 1975) », *D.*, 1975, Chron. XXXV, p. 209.
- ROZÉE V., « L'AMP sans frontière », *Bulletin épidémiologique hebdomadaire*, 14 juin 2011, n° 23-24, p. 270.
- ROZÉE V., TAIN L., « Le recours aux techniques procréatives : des disparités nationales aux circuits transnationaux », in CHASLES V. (Dir.), *Santé et Mondialisation*, Lyon, Service édition de l'université Lyon III, 2010, p. 297.
- ROZÉE V., ROCHEBROCHARD E. de la, « L'accès à l'assistance médicale à la procréation en France : reflet de la norme sociale procréative ? », *Santé, société et solidarité*, 2010, Vol. 9, n° 2, p. 109.
- RUBELLIN-DEVICHI J., « Droit de la famille », *JCP G*, 2002, n° 1, I, 101.
- RUBELLIN-DEVICHI J., « Réflexions sur la réforme attendue du droit de la filiation », in *Mélanges offerts à André Colomer*, Paris, Litec, 1993, p. 397.
- RUBELLIN-DEVICHI J., « Mère porteuse et filiation », *RTD civ.*, 1990, n° 3, p. 457.
- RUBELLIN-DEVICHI J., « Le recours à une mère porteuse et l'utilisation de l'adoption de l'enfant du conjoint », *RTD civ.*, 1990, n° 2, p. 254.
- RUBELLIN-DEVICHI J., « Jurisprudence française en matière de droit civil », *RTD civ.*, 1987, n° 4, p. 729.
- SACAZE A., « La capacité des personnes physiques », *LPA*, 1^{er} juillet 2004, n° 131, p. 46.
- SAGAUT J.-F., « Couples au XXI^e siècle : le nécessaire état des lieux de la conjugalité », *LPA*, 21 mai 2010, n° 101, p. 11.
- SAINTE-ROSE J., « Vers une reconnaissance de l'homoparentalité ? », *AJ famille*, 2006, n° 11, p. 695.
- SAVATIER R., « Impérialisme médical sur le terrain du droit », *D.*, 1952, Chron., p. 157.
- SAVATIER R., « Le droit civil de la famille et les conquêtes de la biologie », *D.*, 1948, Chron., p. 33.
- SCHOETTL J.-E., « La nouvelle législation relative à l'interruption volontaire de grossesse », *LPA*, 10 juillet 2001, n° 136, p. 25.
- SEFTON-GREEN R., « La procréation médicalement assistée entre droit national et droit communautaire. La controverse devant les cours anglaises », *RGDM*, La recherche sur l'embryon : qualifications et enjeux, Numéro spécial, Octobre 2000, p. 101.
- SÉRIAUX A., « Le mariage », in LANVERSIN J. (de), BLANC A.-P. (Dir.), *Famille et SIDA, Cinquième rencontre médico-juridique sur le SIDA et les infections à virus H. I. V.*, Aix-Marseille, PUAM, 1992, p. 39.
- SERMET L., « Le droit de l'enfant à naître et la Convention européenne des droits de l'homme », in ONORIO J.-B. (d') (Dir.), *Le respect de la vie en droit français*, Paris, Publication de la Confédération des juristes catholiques de France, 1997, p. 169.
- SERVERIN E., « De l'avortement à l'interruption volontaire de grossesse : l'histoire d'une requalification sociale », *Déviance et société*, 1980, Vol. 4, n° 1, p. 1.
- SIFFREIN-BLANC C., « Mère porteuse : refus de transcription à l'état civil », *AJCT*, 2011, n° 6, p. 301.
- SOUTOUL J.-H., « Les origines, la préparation et le vote de la loi Veil », *Conséquences d'une loi. Avortement an II*, Paris, La table ronde, 1977, p. 21.
- STEFFANN J., FRYDMAN N. et al., « Le diagnostic préimplantatoire couplé au typage HLA : l'expérience parisienne », *Gynécologie, obstétrique et fertilité*, 2005, Vol. 33, n° 10, p. 824.
- SUREAU C., « La vie après la mort. De l'incertitude juridique à l'interrogation éthique », *Médecine & droit*, 2011, n° 106, p. 12.
- TAGLIONE C., « La protection des acteurs de l'assistance médicale à la procréation et la révision des lois de bioéthique », *LPA*, 1^{er} juillet 2003, n° 130, p. 4.
- TAORMINA G., « Le droit de la famille à l'épreuve du progrès scientifique », *D.*, 2006, n° 16, p. 1071.

- THOUVENIN D., « Les avatars de l'article 16-3, alinéa 1^{er}, du Code civil », *D.*, 2000, n° 32, Chron., p. 485.
- THOUVENIN D., « Les lois n° 94-548 du 1^{er} juillet 1994, n° 94-653 et n° 94-654 du 29 juillet 1994 ou comment construire un droit de la bioéthique », *D.*, 1990, n° 18, p. 149.
- TISSIER D., « La procréation assistée à travers le prisme du genre », in ZATTARA-GROS A.-F., *Bioéthique et genre*, LGDJ, Lextenso, 2013, p. 73.
- THÉRY I., « Mariage de même sexe et filiation : rupture anthropologique ou réforme de la civilisation ? », *Dr. fam.*, 2013, n° 7, Dossier 17.
- THÉRY I., « Du don de gamètes au don d'engendrement », *Revue du Mauss*, 2012, n° 39, p. 155.
- THIERRY J.-B., « Quelle place pour la bioéthique en droit pénal », *RGDM*, 2005, n° 17, p. 167.
- THOURET S., « La loi n° 2002-305 du 4 mars 2002 relative à l'autorité parentale ou la recherche d'une véritable coparentalité », *Procédures*, 2002, n° 5, Chron. 7.
- TOPALL-RABANES F., « Cinq positions subjectives chez les donneurs de moelle adultes de la fratrie », in CARVAIS R., SASPORTES M., *La greffe humaine. (In)certitudes éthiques : du don de soi à la tolérance de l'autre*, Paris, Science, histoire et société, PUF, 2000, p. 445.
- TRÉBULLE F.-G., « Place et domaine d'un droit privé de l'environnement », *Bulletin du droit de l'environnement industriel*, 2009, Supplément au n° 19, p. 15.
- TROCHU M., « L'impuissance », *D.*, 1965, Chron., p. 153.
- TRUCHET D., « La décision médicale et le droit », *AJDA*, 1995, n° 9, p. 611.
- TURPIN D., « France. L'interruption volontaire de grossesse dans la jurisprudence constitutionnelle française », *AJJC*, 1986, Vol. II, p. 145.
- VACARIE I., « Du bon et du mauvais usage des caractéristiques génétiques », *RDSS*, 2005, n° 2, p. 195.
- VASSAUX J., « Premières vues sur la réforme du droit de la filiation », *JCP N*, 25 novembre 2005, n° 47, p. 1458.
- VASSAUX-VANOVERSCHELDE J., « Le droit de l'enfant à sa famille dans la loi n° 93-22 du 8 janvier 1993 », *D.*, 1994, n° 1, p. 4.
- VASSAUX-VANOVERSCHELDE J., « Maternité de substitution : le consentement à l'adoption plénière de l'enfant par l'épouse du père », *D.*, 1993, n° 15, p. 119.
- VASSEUR-LAMBRY F., « Le statut civil du majeur protégé et le droit supranational des droits de l'homme », *Dr. fam.*, 2011, n° 2, Dossier 3.
- VEDEL G., « Le droit économique existe-t-il ? », in *Mélanges offerts à Pierre Vigreux*, Toulouse, Travaux et recherches de l'IPA-IAE de Toulouse, IPA-IAE, 1981, p. 767.
- VEDEL G., « La juridiction compétente pour prévenir, faire cesser ou réparer la voie de fait », *JCP G*, 1950, I, 851.
- VERDIER P., « La loi du 22 janvier 2002 constitue-t-elle une avancée pour le droit à la connaissance de ses origines ? », *AJ famille*, 2003, n° 4, p. 92.
- VERHEYDE T., « L'atteinte illicite à l'intimité de la vie privée d'adultes handicapés par la diffusion d'un film sans l'autorisation de leurs représentants légaux et la nécessité de l'autorisation du juge des tutelles pour la reproduction de l'image de ces handicapés », *D.*, 1993, n° 44, p. 614.
- VERLINSKY Y., RECHITSKY S., SCHOOLCRAFT W., STROM C., KULIEV A., « Preimplantation diagnosis for Fanconi anemia combined with HLA matching », *JAMA*, 2001, Vol. 285, n° 24, pp. 3130.
- VIALLA F., « La réforme discrète du Code de déontologie médicale », *JCP G*, 2012, n° 23, p. 663.
- VIALLA F., « Refus par un mineur de la communication de son dossier médical », *Revue droit & santé*, 2007, n° 16, p. 245.
- VIENNOIS J.-P., « La représentation de l'enfant dans le contrat médical », *RGDM*, 2005, n° 17, p. 37.
- VIGNAL T., « Ordre public et reconnaissance », in *Le droit entre tradition et modernité. Mélanges à la mémoire de Patrick Courbe*, Paris, Études, mélanges, travaux, Dalloz, 2012, p. 527.
- VIGNEAU D., « L'autonomie du mineur en matière de santé », in LEMOULAND J.-J., *La condition juridique du mineur, Aspects internes et internationaux, Questions d'actualité*, Carré droit, Litec 2004, p. 41.
- VIGNEAU D., « Génétique et procréation assistée en France », in MEULDERS-KLEIN M.-T., DEECH R., VLAARDINGERBROEK P. (Dir.), *Biomedicine, the family and human rights*, La Haye, Kluwer law international, 2002, p. 135.

- VIGNEAU D., « Les imperfections des lois du 29 juillet 1994 en matière de filiation », in DEKEUWER-DÉFOSSEZ (Dir.), *Les filiations par greffe : adoption et procréation médicalement assistée*, Paris, Colloques LERADP, LGDJ, 1997, p. 89.
- VIGNEAU D., « Observations sur le nouveau droit pénal de l'« avortement » », in *Mélanges dédiés à Louis Boyer*, Toulouse, Presses de l'université des sciences sociales, 1996, p. 755.
- VINEY G., « La doctrine de la faute dans l'œuvre de Henri, Léon et Jean Mazeaud », *LPA*, 31 août 2006, n° 174, p. 17.
- VIOUJAS V., « Cinquante nuances de gris. La circoncision rituelle en établissement de santé », in NICOLAS G. (Dir.), *Corps et patrimoine*, Les cahiers de droit de la santé, LEH, 2014, p. 229.
- VOISIN V., « Intérêt de l'enfant contre intérêt public », *LPA*, 2004, n° 71, p. 13.
- WRONA D., « Les empreintes génétiques et le procès civil de la filiation », *LPA*, 11 août 1995, n° 96, p. 24.
- ZABORSKA A., PUPPINCK G., « PMA : la France a déjà voté... », *Dossier de synthèse*, Février 2013, p. 4.

Sitologie :

➤ Pages de sites internet :

- <http://www.adedd.fr/lassociation-des-enfants-du-don/>, Consulté le 2 septembre 2014.
- <http://www.agence-biomedecine.fr/Utilisation-therapeutique-du-sang>, Consulté le 15 décembre 2013.
- http://www.bibleforyou.net/Genesis/Book/Chapter_16_fr.html, Consulté le 26 janvier 2014.
- <http://www.cfef.org/archives/bricabrac/pmaetranger.pdf>, Consulté le 17 février 2014.
- <http://www.dondovocytes.fr/2011/11/lagence-de-la-biomedecine-lance-une-nouvelle-campagne-grand-public-sur-le-don-de-gametes/>, Consulté le 27 janvier 2014.
- <http://www.maia-asso.org/>, Consulté le 2 septembre 2014.
- <http://www.pmanonyme.asso.fr/>, Consulté le 2 septembre 2014.
- <http://www.etatsgenerauxdelabioethique.fr/>, Consulté le 2 septembre 2014.

➤ Articles de presse :

- « CEDH, Affaire Mennesson et Labassée : une porte ouverte à la GPA », Synthèse de presse quotidienne, *Généthique.org*, 27 juin 2014, Disponible sur : <http://www.genethique.org/?q=content/les-flous-juridiques-du-%C2%AB-mariage-pour-tous-%C2%BB-sur-l%E2%80%99adoption-des-enfants-n%C3%A9s-par-pma>, Consulté le 27 juin 2014.
- « Décision du TGI de Niort : 3 adoptions accordées pour des couples homosexuels », Synthèse de presse quotidienne, *Généthique.org*, 18 juin 2014, Disponible sur : <http://www.genethique.org/?q=content/d%C3%A9cision-du-tgi-de-niort-3-adoptions-accord%C3%A9es-pour-des-couples-homosexuels>, Consulté le 20 juin 2014
- « Des chercheurs alertent sur les risques de la FIV à trois parents », Synthèse de presse quotidienne, *Généthique.org*, 24 septembre 2013, Disponible sur : <http://www.genethique.org/?q=content/des-chercheurs-alertent-sur-les-risques-de-la-fiv-%C3%A0-trois-parents>, Consulté le 20 mai 2014.
- « Jean-Claude Ameisen annonce un avis sur la PMA au printemps », *Libération.fr*, 24 octobre 2014, Disponible sur : http://www.liberation.fr/societe/2014/10/24/jean-claude-ameisen-annonce-un-avis-sur-la-pma-au-printemps_1129034, Consulté le 25 octobre 2014.
- « La Cour de cassation va se prononcer sur « l'adoption pour tous » », Synthèse de presse quotidienne, *Généthique.org*, 26 juin 2014, Disponible sur : <http://www.genethique.org/?q=en/node/16580>, Consulté le 26 juin 2014.
- « La FIV à trois parents dénoncée par le Conseil de l'Europe », Synthèse de presse quotidienne, *Généthique.org*, 15 octobre 2013, Disponible sur : <http://www.genethique.org/?q=content/la-fiv-%C3%A0-trois-parents-d%C3%A9nonc%C3%A9e-au-conseil-de-leurope>, Consulté le 15 octobre 2013.

- « La polémique sur le dépistage de la trisomie au Sénat », *Lefigaro.fr*, 7 avril 2011, Disponible sur : <http://www.lefigaro.fr/actualite-france/2011/04/06/01016-20110406ARTFIG00708-la-polemique-sur-le-depistage-de-la-trisomie-au-senat.php>, Consulté le 2 septembre 2014.
- « Le gouvernement renonce à présenter son projet sur la famille cette année », *Lefigaro.fr*, 3 février 2014, Disponible sur : <http://www.lefigaro.fr/politique/2014/02/03/01002-20140203ARTFIG00068-bras-de-fer-entre-manuels-valls-et-le-groupe-ps-sur-la-loi-famille.php>, Consulté le 20 juin 2014.
- « Le terrifiant passé de la mère porteuse », *Leparisien.fr*, 4 juillet 2013, Disponible sur : <http://www.leparisien.fr/espace-premium/actu/le-terrifiant-passe-de-la-mere-porteuse-04-07-2013-2952499.php>, Consulté le 16 février 2014.
- « Les flous juridiques du « mariage pour tous » sur l'adoption des enfants nés par PMA », Synthèse de presse quotidienne, *Génétique.org*, 26 février 2014, Disponible sur : <http://www.genethique.org/?q=content/les-flous-juridiques-du-%C2%AB-mariage-pour-tous-%C2%BB-sur-l%E2%80%99adoption-des-enfants-n%C3%A9s-par-pma>, Consulté le 20 juin 2014.
- « Mère porteuse soupçonnée d'escroquerie », *Lefigaro.fr*, 21 juin 2013, Disponible sur : <http://www.lefigaro.fr/flash-actu/2013/06/21/97001-20130621FILWWW00764-mere-porteuse-soupconnee-d-escroquerie.php>, Consulté le 16 février 2014.
- « Royaume-Uni : une consultation publique sur la « FIV à trois parents » », Synthèse de presse quotidienne, *Génétique.org*, 1^{er} février 2012, Disponible sur : <http://www.genethique.org/?q=node/11348&dateyear=201202>, Consulté le 2 février 2012.
- « Sous pression, le gouvernement recule sur le projet de loi famille », *Lefigaro.fr*, 3 février 2014, Disponible sur : <http://www.lefigaro.fr/politique/2014/02/03/01002-20140203ARTFIG00360-sous-pression-le-gouvernement-recule-sur-la-famille.php>, Consulté le 20 juin 2014.
- « Trois parents pour un bébé, le débat s'ouvre au Royaume-Uni », Synthèse de presse quotidienne, *Génétique.org*, 1^{er} juillet 2013, Disponible sur : <http://www.genethique.org/?q=content/trois-parents-pour-un-b%C3%A9b%C3%A9-le-d%C3%A9bat-souvre-au-royaume-uni>, Consulté le 20 mai 2014.
- « Un autre cas exemplaire en Seine-et-Marne », *Lanouvellerépublique.fr*, 21 juin 2013, Disponible sur : <http://www.lanouvellerépublique.fr/France-Monde/Actualite/Faits-divers-justice/n/Contenus/Articles/2013/06/21/Un-autre-cas-exemplaire-en-Seine-et-Marne-1519108>, Consulté le 16 février 2014.
- « Une mère porteuse soupçonnée d'escroquerie envers un couple d'homosexuels », *Lexpress.fr*, 22 juin 2006, Disponible sur : http://www.lexpress.fr/actualite/societe/une-mere-porteuse-soupconnee-d-escroquerie-envers-un-couple-d-homosexuels_1259885.html, Consulté le 16 février 2014.
- « Vincent Lambert : des proches demandent à la CEDH de déclarer irrecevable le recours des parents », *LeMonde.fr*, 24 juillet 2014, Disponible sur : http://www.lemonde.fr/societe/article/2014/07/24/des-proches-de-vincent-lambert-adressent-une-tribune-a-la-cedh_4462353_3224.html, Consulté le 2 août 2014.
- AFP, « Condamnation d'un couple et d'une mère porteuse à Saint-Brieuc », *Libération.fr*, 4 juillet 2013, Disponible sur : http://www.liberation.fr/societe/2013/07/04/condamnation-d-un-couple-et-d-une-mere-porteuse-a-saint-brieuc_915931, Consulté le 16 février 2014.
- AFP, « Le Comité d'éthique se prononcera vers octobre sur la PMA », *Libération.fr*, 6 février 2013, Disponible sur : http://www.liberation.fr/societe/2013/02/06/le-comite-d-ethique-se-prononcera-vers-octobre-sur-la-pma_879688, Consulté le 20 juin 2014.
- AFP, « PMA : le conseil d'éthique pourrait se prononcer avant la fin de l'année », *Libération.fr*, 5 février 2014, Disponible sur : http://www.liberation.fr/societe/2014/02/05/pma-le-conseil-d-ethique-pourrait-se-prononcer-avant-la-fin-de-l-annee_978057, Consulté le 20 mai 2014.
- ARDUIN P.-O., « Convoitises autour des ovules », *Libertépolitique.com*, 7 février 2011, Disponible sur : <http://www.libertépolitique.com/Actions/Argumenter/Dossiers-thematiques/Bioethique-la-revision-de-la-loi-de-2004/Convoitises-autour-des-ovules>, Consulté le 2 septembre 2014.
- BÉGUIN F., « Refus de vacciner ses enfants : le Conseil constitutionnel tranchera », *Lemonde.fr*, 9 octobre 2014, Disponible sur : http://www.lemonde.fr/sante/article/2014/10/09/le-vaccin-obligatoire-en-proces_4503054_1651302.html, Consulté le 10 octobre 2014.
- BERGOUGNOUX C., « PMA : une femme autorisée à adopter l'enfant de son épouse », *Lamontagne.fr*, 20 mai 2014, Disponible sur : http://www.lamontagne.fr/auvergne/actualite/2014/05/20/pma-une-femme-autorisee-a-adopter-les-enfants-de-son-epouse_11009827.html, Consulté le 20 juin 2014.

- BINET J.-R., « Après la loi Taubira, la PMA et la GPA sont-elles inéluctables ? », *Lefigaro.fr*, 7 mai 2014, Disponible sur : <http://www.lefigaro.fr/vox/societe/2014/05/06/31003-20140506ARTFIG00344-apres-la-loi-taubira-la-pma-et-de-la-gpa-sont-elles-ineluctables.php?pagination=3>, Consulté le 20 mai 2014.
- BOLLÉE S., LEROYER A.-M., PATAUT E., « L'État dans les chambres à coucher ? », *Huffingtonpost.fr*, 7 mars 2014, Disponible sur : http://www.huffingtonpost.fr/sylvain-bollee/adoption-couple-lesbiennes_b_4919680.html, Consulté le 20 mai 2014.
- CHABAS F., « Couples cherchent ovocytes désespérément », *Le Monde.fr*, 11 janvier 2013, Mis à jour le 15 janvier 2013, Disponible sur : http://www.lemonde.fr/societe/article/2013/01/11/couples-cherchent-ovocytes-desesperement_1815367_3224.html, Consulté le 27 janvier 2014.
- CLAVREUL L., « Don d'ovocytes à l'étranger : le ministère de la santé s'inquiète des dérives », *Le Monde.fr*, 6 février 2013, Disponible sur : http://www.lemonde.fr/societe/article/2013/02/06/dons-d-ovocytes-a-l-etranger-le-ministere-de-la-sante-s-inquiete-de-derives_1827870_3224.html, Consulté le 27 janvier 2014.
- COLNET C., « De plus en plus de couples de lesbiennes se tournent vers le don de sperme sauvage », *Lemonde.fr*, 19 août 2013, Disponible sur : http://www.lemonde.fr/societe/article/2013/08/19/de-plus-en-plus-de-couples-de-lesbiennes-se-tournent-vers-le-don-de-sperme-sauvage_3463160_3224.html#xtor=AL-32280539, Consulté le 10 juin 2014.
- DUPONT G., « Adoption par des couples homosexuels : grande disparité dans les pratiques des tribunaux », *Lemonde.fr*, 24 février 2014, Disponible sur : http://www.lemonde.fr/societe/article/2014/02/24/adoption-par-des-couples-homosexuels-une-tres-grande-disparite-dans-les-pratiques-des-tribunaux_4372119_3224.html, Consulté le 20 juin 2014.
- EUDES Y., « La clinique des bébés sur mesure », *Lemonde.fr*, 31 juillet 2010, Disponible sur : http://www.lemonde.fr/societe/article/2010/07/31/la-clinique-des-bebes-sur-mesure_1393699_3224.html, Consulté le 30 août 2014.
- FRÉMONT A.-L., « Le Royaume-Uni pourrait autoriser les « bébés à trois parents », *Lefigaro.fr*, Santé, 9 septembre 2014, Disponible sur : <http://sante.lefigaro.fr/actualite/2014/09/09/22760-royaume-uni-pourrait-autoriser-bebes-trois-parents>, Consulté le 10 décembre 2014.
- LECLAIR A., « Le TGI de Marseille valide l'adoption d'un enfant conçu par PMA pour couple de femmes », *Lefigaro*, 11 juin 2014, Disponible sur : <http://www.lefigaro.fr/actualite-france/2014/06/11/01016-20140611ARTFIG00255-le-tgi-de-marseille-validate-l-adoption-d-un-enfant-concu-par-pma-pour-un-couple-de-femmes.php>, Consulté le 20 juin 2014.
- OGER L., DOMENICI R., « Une mère porteuse soupçonnée d'escroquerie », *Lanouvellerépublique.fr*, 21 juillet 2013, Disponible sur : <http://www.lanouvellerépublique.fr/Loir-et-Cher/Actualite/Faits-divers-justice/n/Contenus/Articles/2013/06/21/Une-mere-porteuse-soupconnee-d-escroquerie-1519063>, Consulté le 16 février 2014.
- SIPA MEDIA AVEC AFP, « Un bébé vendu en Seine-et-Marne recherché », *Bfmtv.fr*, 20 juin 2014, Disponible sur : <http://www.bfmtv.com/societe/un-bebe-vendu-recherche-541938.html>, Consulté le 16 février 2014.
- THOMASSET F., « De nombreux tribunaux valident les adoptions d'enfants nés par PMA », *La Croix.com*, 12 juin 2014, Disponible sur : <http://www.la-croix.com/Actualite/France/De-nombreux-tribunaux-valident-les-adoptions-d-enfants-nes-par-PMA-2014-06-12-1163628>, Consulté le 20 juin 2014.
- V. D., « Saint-Brieuc : un couple et une mère porteuse condamnés », *bfmtv*, 5 juillet 2013, Disponible sur : <http://www.bfmtv.com/societe/saint-brieuc-un-couple-une-mere-porteuse-condamnees-553080.html>, Consulté le 16 février 2014.
- VINCENT C., « Biologie humaine : les nouvelles manipulations », in *Journal de l'année, Édition 1990*, p. 377, Disponible sur : <http://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k12005523/f375.image.r>, Consulté le 6 avril 2014.

➤ Commentaire, articles de revues et colloques en ligne :

- « Commentaire de la décision n° 2004-498 DC du 29 juillet 1994 », Disponible sur : http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank/download/2004498DCccc_498dc.pdf, Consulté le 2 septembre 2014.
- « Commentaire de la décision n° 2010-92 QPC du 28 janvier 2010 », Disponible sur : http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank/download/201092QPCccc_92qpc.pdf, Consulté le 25 avril 2013.
- « Commentaire de la décision n° 2011-173 QPC du 30 septembre 2011 », Disponible sur : http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank/download/2011173QPCccc_173qpc.pdf, Consulté le 2 septembre 2014.
- « Commentaire de la décision n° 2012-248 QPC du 16 mai 2012 », Disponible sur : http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank/download/2012248QPCccc_248qpc.pdf, Consulté le 21 décembre 2012.
- « Commentaire de la décision n° 2012-249 », Disponible sur : http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank/download/2012249QPCccc_249qpc.pdf, Consulté le 2 septembre 2014.
- ALTON A. (d'), « La notion d'autonomie personnelle en droit européen des droits de l'homme approche de philosophie du droit », Disponible sur : http://www.philosophiedudroit.org/alon,%20autonomie%20personnelle%20et%20droits%20de%20l%27homme.htm#_ftn1, Consulté le 3 septembre 2013.
- BIBLIOTHEQUE DROIT PRIVÉ, UNIVERSITÉ MONTESQUIEU BORDEAUX IV, « Dossier thématique : QPC et droit de la famille », Disponible sur : http://bib-droit-prive.u-bordeaux4.fr/sites/bib-droit-prive/IMG/pdf/sommaire_QPC_et_droit_de_la_famille.pdf, Consulté le 4 août 2013.
- CNGOF, Texte diffusé par le CNGOF à ses membres, suite à la séance du conseil d'administration du 12 mars 1983 (sur un rapport de M. LERAT), Disponible sur : http://www.cngof.asso.fr/D_PAGES/MDIR_03.HTM, Consulté le 25 mai 2014.
- CNOM, Communiqué du 17 juin 2009, Disponible sur : <http://www.conseil-national.medecin.fr/article/ivg-hors-dela-dons-d-ovocytes-gpa-racorage-et-dichotomie-le-cnom-met-en-garde-657>, Consulté le 17 février 2014.
- CNOM, Stérilisation volontaire, Résolution du 28 janvier 1983, Disponible sur : http://www.cngof.asso.fr/D_PAGES/MDIR_03.HTM, Consulté le 25 mai 2014.
- DUMORTIER T., « La loi IVG : l'effectivité de quel droit ? », in CHAMPEIL-DESPLATS V., LOCHAK D. (Dir.), *À la recherche de l'effectivité des droits de l'homme*, Nanterre, Presses universitaires de Paris Ouest, 2008, Disponible sur : <http://books.openedition.org/pupo/1168>, Consulté le 29 mai 2014.
- GRANET F., *L'établissement de la filiation maternelle et les maternités de substitution dans les États de la CIEC*, 20 février 2003, 12 p., Disponible sur : <http://www.ciec1.org/Documentation/NotePMA.pdf>, Consulté le 6 mars 2014.
- MARTINACHE I., « Christian Baudelot, Olga Baudelot, *Une promenade de santé. L'histoire de notre greffe* », *Lectures* [En ligne], Les comptes rendus, 2008, mis en ligne le 19 mai 2008, Disponible sur : <http://lectures.revues.org/596>, Consulté le 04 septembre 2014.
- MEHL D., « Les exclus de l'assistance médicale à la procréation », *Raison-publique.fr*, 15 mai 2012, Disponible sur : <http://www.raison-publique.fr/article527.html>, Consulté le 30 décembre 2013.
- MILLARD É., BRUNET P., HENNETTE-VAUCHEZ S., CHAMPEIL-DESPLATS V., « Mariage pour tous : juristes, taisons-nous ! », *Raison-publique.fr*, 20 mars 2013, Disponible sur : <http://www.raison-publique.fr/article601.html>, Consulté le 21 mai 2014.
- MURAT P., « L'accouchement dans l'anonymat et ses incidences juridiques », in CIEC, *Questions d'actualité en droit des personnes dans les États membres de la CIEC*, Colloque organisé à Strasbourg pour marquer les 50 ans d'existence de la CIEC, p. 63, Disponible sur : <http://ciec1.org/CadrEtudeColloque.htm>, Consulté le 31 mars 2014.
- ROZÉE V., « L'homomaternité issue de l'assistance médicale à la procréation en France : état des lieux d'un recours transnational », *Raison-publique.fr*, 15 mai 2012, Disponible sur : <http://www.raison-publique.fr/article531.html>, Consulté le 8 janvier 2013

DROIT SUISSE :

Ouvrages généraux :

- AUER A., MALINVERNI G., HOTTELIER M., *Droit constitutionnel suisse, L'État*, Vol I, Berne, Stämpfli, 2013, 833 p.
- AUER A., MALINVERNI G., HOTTELIER M., *Droit constitutionnel suisse, Les droits fondamentaux*, Vol II, Berne, Stämpfli, 2013, 700 p.
- BUCHER A., *Loi sur le droit international privé. Convention de Lugano*, Bâle, Commentaire romand, Helbing & Lichtenhahn, 2011, 2135 p.
- BUCHER A., *Personnes physiques et protection de la personnalité*, Bâle, Helbing & Lichtenhahn, 2009, 214 p.
- COPMA, *Droit de la protection de l'adulte. Guide pratique (avec modèles)*, Zurich, Saint-gall, Dike, 2012, 420 p.
- CORBOZ B., *Les infractions en droit suisse*, Vol. I, Berne, Stämpfli, 2010, 1078 p.
- CORBOZ B., *Les infractions en droit suisse*, Vol. II, Berne, Stämpfli, 2010, 1112 p.
- DESCHENAUX H., STEINAUER P.-H., *Personnes physiques et tutelle*, Berne, Stämpfli, 2001, 566 p.
- DUTOIT B., *Droit international privé Suisse : commentaire de la loi fédérale du 18 décembre 1987*, Bâle, 2005, Helbing & Lichtenhahn, 728 p.
- GUILLOD O., *Droit des familles*, Bâle, Les abrégés, Unine, Helbing & Lichtenhahn, 2014, 345 p.
- GUILLOD O., *Droit des personnes*, Bâle, Les abrégés, Unine, Helbing & Lichtenhahn, 2012, 265 p.
- HURTADO-POZO J., *Droit pénal général*, Genève, Zurich, Bâle, Abrégé, Schulthess, 2013, 542 p.
- HURTADO-POZO J., *Droit pénal partie spéciale*, Zurich, Schulthess, 2009, 1158 p.
- LEUBA A., STETTLER M., BÜCHLER A., HÄFELI C., *Protection de l'adulte*, Berne, Commentaire du droit de la famille, Stämpfli, 2013, 1400 p.
- MAHON P., *Droit constitutionnel : institutions, juridiction constitutionnelle et procédure*, Bâle, Les abrégés, Unine, Helbing & Lichtenhahn, 2014, 320 p.
- MANAÏ D., *Droits du patient et biomédecine*, Berne, Stämpfli, 2013, 545 p.
- MANAÏ D., *Les droits du patient face à la biomédecine*, Berne, Stämpfli, 2006, 568 p.
- MEIER P., LUZE E. (de), *Droit des personnes*, Genève, Zurich, Bâle, Schulthess, 2014, 834 p.
- MEIER P., LUKIC S., *Introduction au nouveau droit de la protection de l'adulte*, Zurich, Droit civil suisse, Schulthess, 2011, 476 p.
- MEIER P., STETTLER M., *Droit de la filiation*, Zurich, Schulthess, 2014, 1099 p.
- MÜLLER C., *Contrats de droit suisse*, Berne, Stämpfli, 2012, 816 p.
- PICHONNAZ P., FOËX B., *Code civil I, Commentaire Romand*, Bâle, Helbing & Lichtenhahn, 2010, 2183 p.
- QUELOZ N., *Droit pénal suisse, Partie générale, Guide pour les études*, Genève, Zurich, Bâle, Schulthess, 2013, 224 p.
- ROSSEL V., *Code civil. Édition annotée précédée d'une introduction à l'étude du Code civil suisse*, Lausanne, Payot, 1908, 394 p.
- STEINAUER P.-H., FOUNTOULAKIS C., *Droit des personnes physiques et de la protection de l'adulte*, Berne, Stämpfli, 2014, 760 p.
- STEINAUER P.-H., DESCHENAUX H., BADDELEY M., *Les effets du mariage*, Zurich, Stämpfli, 2009, 858 p.
- WERRO F., *Concubinage, mariage et démariage*, Berne, Stämpfli, 2000, 252 p.

Ouvrages spécialisés :

- BABAÏANTZ O., *Les directives anticipées et la représentation thérapeutique*, Neuchâtel, IDS, Cahier n° 6, 1998, 77 p.
- BARBEY M. A., *Des cigognes à la santé sexuelle. Que devient le planning familial ?*, Lausanne, Santé sexuelle suisse, Réalités sociales, 2012, 92 p.
- BIEDERMANN J., *Chartes, pactes et traités de la Suisse*, Lausanne, 1915, 122 p.
- CHENAUX J.-P., *Transplantation d'organes : sauver des vies. Histoire, coûts, résultats, éthique, législations, menaces centralisatrices*, Lausanne, Études et enquêtes, Centre patronal, 2000, 193 p.
- DONDÉNAZ M., *Avortement, Interruption de grossesse. Le cas de la Suisse*, Lausanne, Réalités sociales, Politique sociale, 1987, 133 p.
- DUBOIS-ARBER F., HAOUR-KNIPE M., *Identification des discriminations institutionnelles à l'encontre des personnes vivant avec le VIH en Suisse*, Lausanne, Raisons de santé, Institut universitaire de médecine sociale et préventive, 145 p.
- DUMOULIN J.-F., *Transplantation d'organes en Suisse : le droit au carrefour de la vie et de la mort*, Neuchâtel, Cahiers de l'IDS, Hors série I, 1997, 131 p.
- ELGER B., *Le paternalisme médical : mythe ou réalité ? Aspects philosophiques et empiriques d'un phénomène persistant*, Chêne-Bourg, Médecine et hygiène, 2010, 359 p.
- ENGELI I., *Les politiques de la reproduction : les politiques de l'avortement et de la procréation médicalement assistée en France et en Suisse*, Paris, Logiques politiques, L'Harmattan, 2010, 312 p.
- GODET M., *Dernières nouvelles d'il y a cent ans. La Suisse et l'Europe en 1840*, Neuchâtel, 1940, 92 p.
- GUILLOD O., KUNZ K.-L., ZENGER C. A., *Trois expertises sur des questions juridiques en relation avec le SIDA*, Berne, Stämpfli, 1991, 395 p.
- HILTY C., *Les Constitutions fédérales de la Suisse*, Neuchâtel, Attinger, 1891, 479 p.
- KOCHER G., OGIER W., *Système de santé suisse 2010-2012. Survol de la situation actuelle*, Berne, Hans Huber, 2011, 477 p.
- MANAÏ D., *Le juge entre la loi et l'équité, essai sur le pouvoir d'appréciation du juge en droit suisse*, Lausanne, Payot, 1985, 317 p.
- SALAMIN M., *Documents d'Histoire suisse 1798-1847*, Sierre, Collection Recueils de textes d'Histoire suisse, 1969, 135 p.

Colloques :

- INSTITUT SUISSE DE DROIT COMPARÉ, *Procréation artificielle, génétique et droit*, Colloque de Lausanne des 29 et 30 novembre 1985, Zurich, Schulthess, 1986, 407 p.

Rapports, avis, recommandations :

- ACHTERMANN W., Berset C., *Les politiques suisses de santé – potentiel pour une politique nationale, Vol. 1 : analyse et perspective*, Berne, OFSP, 2006, 208 p.
- ASSM, *Directives et recommandations médico-éthiques. Mesures de soins intensifs*, 2013.
- ASSM, *Directives et recommandations médico-éthiques. Décisions de réanimation*, 2008 (adaptées au droit de la protection de l'adulte au 1^{er} janvier 2013).
- ASSM, *Directives et recommandations médico-éthiques. Soins palliatifs*, 2006 (adaptées au droit de la protection de l'adulte au 1^{er} janvier 2013).
- ASSM, *Droit des patientes et patients à l'autodétermination, Principes médico-éthiques*, 2005.
- ASSM, *Directives médico-éthiques, Prise en charge des patientes et patients en fin de vie*, 2004.
- ASSM, *Directives d'éthique médicale pour les transplantations d'organes*, 1995.
- ASSM, *Directives médico-éthiques pour la procréation médicalement assistée*, 1990.
- ASSM, *Directives médico-éthiques pour le traitement de la stérilité par fécondation in vitro et transfert d'embryons*, 1985.

- ASSM, *Directives d'éthique médicale pour la stérilisation*, 1981.
- ASSM, *Directives d'éthique médicale pour les transplantations d'organes*, 1981.
- ASSM, *Recommandations d'éthique médicale sur l'insémination artificielle*, 1981.
- COMMISSION FÉDÉRALE D'EXPERTS POUR LA GÉNÉTIQUE HUMAINE ET LA MÉDECINE DE LA REPRODUCTION, *Rapport au département fédéral de l'intérieur et au département fédéral de justice et police*, Berne, 19 août 1988, FF 1989 III 986.
- CONSEIL FÉDÉRAL, *Rapport sur la maternité de substitution*, Rapport du Conseil fédéral du 29 novembre 2013 en exécution du postulat 12.3917 du 28 septembre 2012.
- CONSEIL FÉDÉRAL, Avis du Conseil fédéral en réponse à la motion de la CSEC-N, Admission du diagnostic préimplantatoire, Déposée au Conseil national, 2 septembre 2004, n° 04.3439.
- DFI, *Politique de la santé : les priorités du Conseil fédéral*, Santé 2020, Berne, OFSP, Janvier 2013, 25 p.
- DFI, *Rapport relatif aux résultats de l'audition concernant les ordonnances d'exécution de la loi sur la transplantation*, Juin 2006, p. 8, Disponible sur : <http://www.admin.ch/ch/f/gg/pc/documents/1261/Ergebnis.pdf>, Consulté le 1er décembre 2013.
- KUNZ D., *Document établissant les bases d'une éducation sexuelle à l'école. Base pour une harmonisation et un ancrage au niveau national de l'éducation sexuelle à l'école et réflexions sur la formation et la formation continue des enseignants dans les hautes écoles pédagogiques*, Lucerne, Centre de compétences pour l'éducation sexuelle à l'école, 2008, 53 p.
- KUNZ D., BÜRGISSER T., *L'éducation sexuelle à l'école – Analyse de la situation*, Lucerne, Centre de compétences pour l'éducation sexuelle à l'école, 2007, 36 p.
- NEK-CNE, *La procréation médicalement assistée. Considérations éthiques et propositions pour l'avenir*, Prise de position n° 22/2013, Berne, Décembre 2013, 60 p.
- NEK-CNE, *Le consentement présumé en matière de don d'organes. Considérations éthiques*, Prise de position n° 19/2012, Berne, Octobre 2012, 20 p.
- NEK-CNE, *Sur le régime du délai*, Prise de position n° 2/2002, Berne, Mai 2002, 8 p.
- OFJ, *L'entrée en vigueur de la révision du droit de l'autorité parentale*, Rapport, Berne, Mai 2014, 16 p.
- PRÉPOSÉ FÉDÉRAL À LA PROTECTION DES DONNÉES, *Rapport d'activités 2009/2010*, 167 p.
- PRÉPOSÉ FÉDÉRAL À LA PROTECTION DES DONNÉES, *Rapport d'activités 2002/2003*, 114 p.
- PRÉPOSÉ FÉDÉRAL À LA PROTECTION DES DONNÉES, « Nouveau test de paternité douteux : le PFPD demande leur retrait du marché », 28 janvier 2003, Disponible sur : <http://www.edoeb.admin.ch/dokumentation/00526/00529/00563/00565/index.html?lang=fr>, Consulté le 14 avril 2014.
- PRÉPOSÉ FÉDÉRAL À LA PROTECTION DES DONNÉES, « Tests de paternité douteux : le PFPD demande leur retrait du marché », 18 octobre 2002, Disponible sur : <http://www.edoeb.admin.ch/dokumentation/00526/00529/00570/00574/index.html?lang=fr>, Consulté le 14 avril 2014.
- Rapport explicatif de l'avant-projet relatif à une loi fédérale concernant l'analyse génétique humaine, Septembre 1998, 76 p., Disponible sur : <http://www.ejpd.admin.ch/content/dam/data/bj/gesellschaft/gesetzgebung/archiv/genuntersuchungen/vn-ber-f.pdf>, Consulté le 2 septembre 2014.
- Rapport explicatif relatif à l'avant-projet de modification du Code civil (Droit de l'adoption), Disponible sur : http://www.admin.ch/ch/f/gg/pc/documents/2365/CC_Adoption_Rapport-expl_fr.pdf, Consulté le 14 juin 2014.
- Rapport explicatif sur le projet concernant la modification de la loi fédérale sur la procréation médicalement assistée (Admission et réglementation du diagnostic préimplantatoire), 18 février 2009, 73 p., Disponible sur : <http://www.admin.ch/ch/f/gg/pc/documents/1635/Bericht.pdf>, Consulté le 30 mai 2014.
- STAUB R (Dir.), *Programme national. VIH et autres infections sexuellement transmissibles (PNVI) 2011-2017*, Berne, OFSP, Décembre 2010.

Messages :

- Message concernant la modification du Code civil (droit de l'adoption), Disponible sur : <https://www.bj.admin.ch/dam/data/bj/gesellschaft/gesetzgebung/adoptionsrecht/bot-f.pdf>, Consulté le 10 décembre 2014.
- Message concernant la modification de la loi sur la transplantation, 8 mars 2013, FF 2013 2097.
- Message concernant la modification de l'article constitutionnel relatif à la procréation médicalement assistée et au génie génétique dans le domaine humain (art. 119 Cst.) et de la loi fédérale sur la procréation médicalement assistée (diagnostic préimplantatoire), 7 juin 2013, FF 2013 5253.
- Message concernant la révision de la loi fédérale sur la lutte contre les maladies transmissibles de l'homme, 3 décembre 2010, FF 2011 291.
- Message concernant une modification du Code civil suisse (autorité parentale), 16 novembre 2011, FF 2011 8315.
- Message sur la loi fédérale relative à la recherche sur l'être humain, 21 octobre 2009, FF 2009 7259.
- Message portant approbation du protocole additionnel à la Convention sur les droits de l'homme et la biomédecine relatif à la transplantation d'organes et de tissus d'origine humaine, 10 septembre 2008, FF 2008 7229.
- Message relatif à l'article constitutionnel concernant la recherche sur l'être humain, 12 septembre 2007, FF 2007 6345.
- Message relatif au Code de procédure civile suisse (CPC), 28 juin 2006, FF 2006 6841.
- Message concernant la révision du Code civil suisse (protection de l'adulte, droit des personnes et droit de la filiation), 28 juin 2006, FF 2006 6635.
- Message relatif à la loi sur le partenariat enregistré entre personnes de même sexe, 29 novembre 2002, FF 2003 1192.
- Message sur la loi fédérale relative à la recherche sur les embryons surnuméraires et sur les cellules souches embryonnaires (loi relative à la recherche sur les embryons, LRE), 20 novembre 2002, FF 2003 1065.
- Message relatif à la loi fédérale sur l'analyse génétique humaine, 11 septembre 2002, FF 2002 6841.
- Message concernant la loi fédérale sur la transplantation d'organes, de tissus et de cellules, 12 septembre 2001, FF 2002 19.
- Message relatif à l'initiative populaire « pour la mère et l'enfant – pour la protection de l'enfant à naître et pour l'aide à sa mère dans la détresse » (initiative « pour la mère et l'enfant »), 15 novembre 2000, FF 2001 633.
- Message concernant la modification du Code pénal suisse (dispositions générales, entrée en vigueur et application du Code pénal) et du Code pénal militaire ainsi qu'une loi fédérale régissant la condition pénale des mineurs, 21 septembre 1998, FF 1999 1799-1800.
- Message concernant la révision du Code civil suisse (état civil, conclusion du mariage, divorce, droit de la filiation, dette alimentaire, asiles de famille, tutelle et courtoisie matrimonial), 15 novembre 1995, FF 1996 I 1.
- Message relatif à l'initiative populaire « pour la protection de l'être humain contre les techniques de reproduction artificielle (initiative pour une procréation respectant la dignité humaine, PPD) » et à la loi fédérale sur la procréation médicalement assistée (LPMA), 26 juin 1996, FF 1996 III 197.
- Message concernant les initiatives populaires « pour une politique d'asile raisonnable » et « contre l'immigration clandestine », 22 juin 1994, FF 1994 III 1471.
- Message relatif à l'approbation de l'accord sur l'espace économique européen, 18 mai 1992, FF 1992 IV.
- Message concernant l'initiative populaire « contre l'application abusive des techniques de reproduction et de manipulation génétique à l'espèce humaine », 18 septembre 1989, FF 1989 III 945.
- Message du Conseil fédéral à l'Assemblée fédérale concernant la modification du Code civil suisse (filiation), 5 juin 1974, FF 1974 II 1.
- Message du Conseil fédéral à l'Assemblée fédérale concernant la révision du Code civil suisse, 12 mai 1971, FF 1971 I 1222.
- Message du Conseil fédéral à l'Assemblée fédérale concernant le projet de loi fédérale sur la lutte contre les maladies transmissibles de l'homme, 11 février 1970, FF 1970 I 389.

- Message du Conseil fédéral à l'Assemblée fédérale concernant le projet de Code civil suisse, 28 mai 1904, FF 1904 IV 1.

Étude de législation comparée :

- INSTITUT SUISSE DE DROIT COMPARÉ, *Étude comparative sur les régimes juridiques de protection des majeurs incapables*, Étude demandée par la Commission des affaires juridiques du Parlement européen, 315 p.

Thèses et mémoires :

- AUBERT J.-F., *Les actions de la filiation en droit civil suisse. Essai de classification*, Neuchâtel, Imprimerie H. Messeiller, 1955, 219 p.
- BERSIER R., *Contribution à l'étude de la liberté personnelle. L'internement des aliénés et des asociaux. La stérilisation des aliénés*, Lausanne, Cremines, 1968, 253 p.
- BRICOD N., *Une interdiction de la circoncision pour des raisons non médicales est-elle envisageable en Suisse ?*, Sion, Institut universitaire Kurt Bösch, 2014, 75 p.
- CROCETTA C., *I diritti e l'autonomia decisionale del minore in ospedale*, Bâle, Helbing & Lichtenhahn, 2014, 438 p.
- CORPATAUX V., *L'utilisation du sang à des fins thérapeutiques. Étude de droit suisse dans une perspective européenne*, Bâle, Collection neuchâteloise, Helbing & Lichtenhahn, 2012, 475 p.
- DEVAUD C., *L'information en droit médical : étude de droit suisse*, Genève, Bâle, Zurich, Schulthess, 2009, 374 p.
- DUBLER-NÜSS H., *Les nouveaux modes de procréation artificielle et le droit suisse de la filiation*, Berne, Peter Lang, 1988, 305 p.
- EVRARD A. *et al.*, *Tourisme médical, Immersion en communauté*, Université de Genève, Faculté de médecine, Mai-juin 2011, 116 p. , Disponible sur : http://www.medecine.unige.ch/enseignement/apprentissage/module4/immersion/archives/2010_2011/travaux/11_r_tourisme.pdf, Consulté le 29 décembre 2013
- GERMOND-BURNIER M., *L'établissement et la contestation de la filiation de l'enfant né dans le mariage en droits suisse, français et anglais*, Sion, Université de Lausanne, 1986, 161 p.
- GRAFFENRIED A.-M., *L'enfant au regard des droits français et suisse*, Lausanne, Éditions René Thonney-Dupraz, 1984, 291 p.
- GUILLOD O., *Le consentement éclairé du patient, autodétermination ou paternalisme*, Neuchâtel, Ides et Calendes, 1986, 285 p.
- ISSENHUTH-SCHARLY G., *Autonomie individuelle et biobanques. Étude de droit comparé (droit européen, droit français, droit suisse)*, Genève, Collection genevoise, Schulthess, 2009, 380 p.
- KOHLER-VAUDAUX M., *Le début de la personnalité juridique et la situation juridique de l'enfant à naître. Étude de droit suisse et aperçu des droits français et allemand*, Genève, Zurich, Bâle, Schulthess, 2006, 347 p.
- LUMBRERAS M., MARTIN LLUESMA S., RODRIGUEZ B., *Infertilité, FIV, ovodonation : parcours d'une vie*, Immersion en communauté, Université de Genève, Faculté de Médecine, 2011 44 p., Disponible sur : http://www.medecine.unige.ch/enseignement/apprentissage/module4/immersion/archives/2010_2011/travaux/11_r_infertilite.pdf, Consulté le 13 janvier 2014.
- MANDOFIA-BERNEY M. , *Vérités de la filiation et procréation assistée. Étude des droits suisse et français*, Bâle et Francfort-sur-le-Main, Collection Genevoise, Helbing & Lichtenhahn, 1993, 209 p.
- MÜLLER A., *Le Sida et le droit pénal*, Mémoire de master, Unine, 2007, 79 p.
- OTHENIN-GIRARD S., *La réserve d'ordre public en droit international privé suisse. Personnes – famille – successions*, Neuchâtel, Thèse en droit, 1999, 644 p.
- PAPAUX VAN DELDEN M.-L., *L'influence des droits de l'homme sur l'osmose des modèles familiaux*, Genève, Helbing & Lichtenhahn, 2002, 626 p.
- PELET O., *Organes, tissus, cellules : loin du corps, loin de la personne ?*, Berne, Stämpfli, 2002, 512 p.

- ROHMER S., *Spécificité des données génétiques et protection de la sphère privée. Les exemples des profils d'ADN dans la procédure pénale et du diagnostic génétique*, Zurich, Schulthess, 2006, 376 p.
- ROSSINELLI M., *Les libertés non écrites : contribution à l'étude du pouvoir créateur du juge constitutionnel*, Genève, Collection juridique romande, 1986, 296 p.
- SPRUMONT D., *La protection des sujets de recherche notamment dans le domaine biomédical*, Berne, Stämpfli, 1993, 292 p.
- STEFFEN G., *Droit aux soins et rationnement*, Berne, IDS, n° 6, Stämpfli, 2002, 347 p.
- THÉVENAZ A., *La protection contre soi-même : étude de l'article 27 alinéa 2 CC*, Berne, Stämpfli, 1997, 318 p.

Articles et contributions à des ouvrages :

- « Actualités : embryons surnuméraires et cellules souches embryonnaires », *RSDS*, 2004, n° 2, p. 3.
- « Droit de la filiation. Nr. 57 Tribunal fédéral, 1^{re} cour de droit public. Arrêt du 22 décembre 1999 en la cause X contre Cour de justice du canton de Genève – 1P.600/1999 », *Fampra.ch*, 2000, n° 4, p. 702.
- « Pas de reconnaissance possible quand l'officier de l'état civil sait avec certitude que celui qui veut reconnaître l'enfant n'est pas son père », *Revue de l'état civil*, 1981, p. 56.
- ALBERTI A., « Des parents à tout prix », *Revue de l'état civil*, 1985, n° 7/8, p. 228.
- AUBERT J.-F., « Article 119 Procréation médicalement assistée et génie génétique dans le domaine humain », in *Petit commentaire de la constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999*, Genève, Schulthess, 2003, p. 933.
- BÉGUIN J.-C., « La situation paradoxale des droits fondamentaux dans la nouvelle Constitution suisse (issue de la révision totale ouverte en 1996) », in *Les droits individuels et le juge en Europe*, Strasbourg, Presses universitaires de Strasbourg, 2001, p. 45.
- BERNEY M., UMMEL M., MAURON A., « Le partage de l'information médicale dans la relation thérapeutique », *CMS*, 1995, Vol. 39, n° 4, p. 343.
- BLANCHARD N., « La jurisprudence récente de la commission genevoise de surveillance des professions de santé », *Médecine et hygiène*, 5 mai 1999, Vol. 57, p. 978.
- BLEICKER O., « Analyse de l'arrêt de la Cour EDH B. c. Suisse du 27 mai 2014 », *Newsletter droit matrimonial.ch*, Juin 2014.
- BONDOLFI A., « Quelques aspects éthiques de la transplantation d'organes à partir de donneurs vivants », in MALACRIDA R., MARTINOLI S., THIEL G., WULLSCHLEGER R. (Dir.), *Donazioni e trapianti d'organo. I trapianti dai vivi*, Corbaro, Edizioni Alice, 1999, p. 81.
- BORGHI M., « Pour une réglementation constitutionnelle fédérale des transplantations d'organes en Suisse », in BORGHI M., SPRUMONT D. (Dir.), *La transplantation d'organes : repères pour une législation fédérale*, Fribourg, Publications de l'institut du fédéralisme, 1995, p. 3.
- BORGHI M., « Transplantation d'organes et de tissus. Aspects juridiques », in BONDOLFI A., MALACRIDA R., ROHNER A., *Éthique et transplantation*, Comano, Corbaro, Edizioni Alice, 1993, p. 163.
- BOURRIT B. F., « Procréation médicalement assistée », in BERTRAND D., DUMOULIN J.-F., LA HARPE R., HUMMEL M., *Médecin et droit médical*, Genève, Médecine et hygiène, 2009, p. 248.
- BURGAT S., « Le secret médical – Interférences et interdépendances entre droit privé et droit public », in DUNAND J.-P., MAHON P., « *Le droit décloisonné* », *interférences et interdépendances entre droit privé et droit public*, Zurich, Enseignement de 3^e cycle de droit, Schulthess, 2009, p. 225.
- BURGAT S., GUILLIOD O., « Les actions tendant à la destruction du lien de filiation spécialement l'action en désaveu de paternité », in BOHNET F., *Quelques actions en annulation*, Neuchâtel, Unine, 2007, p. 1.
- CEREGHETTI A., « Autour de la pénalisation de la transmission du SIDA », *Plädoyer*, 2005, n° 5, p. 56.
- CLÉMENT T., HÄNNI C., « La protection des droits des patients dans les législations cantonales », in SPRUMONT D. (Dir.), *La relation médecin patient : état des lieux*, Neuchâtel, Rapport IDS, n° 1, Chêne-Bourg, 2003, p. 50.

- COMMENT A., « Les actions du droit de la famille non expressément prévues », *Revue de la société suisse des juristes bernois*, 1935, 71, p. 534.
- COPUR E., « Homoparentalité », in ZIEGLER A. et al. (Dir.), *Droits des gays et lesbiennes en Suisse*, Berne, Stämpfli, 2006, p. 283.
- CYRUS-ROEDER F., « Le tourisme médical est en marche en Asie », *Courrier du médecin vaudois*, 2011, n° 8, p. 7.
- DE VRIES REILINGH J., « Le droit fondamental de l'enfant à connaître son ascendance », *PJA*, 2003, n° 4, p. 363.
- DEGOUMOIS V., « Le concept d'éducation dans le nouveau droit de la filiation », *RDT*, 1979, n° 1, p. 1.
- DUCOR P., « L'accès du patient au dossier médical », in LA HARPE R., UMMEL M., DUMOULIN J.-F., *Droit de la santé et médecine légale*, Chêne-Bourg, Médecine et hygiène, 2014, p. 377.
- DUTOIT B., « L'ordre public : caméléon du droit international privé », in *Mélanges Guy Flattet*, Lausanne, Payot, 1985, p. 455.
- EMERY D.-M., MEGALO A., « Procréation médicalement assistée. Une question éthique, personnelle et... légale », *Courrier du médecin vaudois*, 2011, n° 8, p. 11.
- FAVRE L., « Nouveau droit de la protection de l'adulte. Le mandat pour cause d'incapacité », *Revue suisse du notariat et du registre foncier*, 2013, n° 3, p. 145.
- FLATTET, « Le droit suisse de la filiation », in PAUWELS J.-M. (Dir.), *La réforme du droit de la filiation. Perspectives européennes*, Bruxelles, Bruylant, 1981, p. 135.
- FLATTET G., « Le nouveau droit suisse de la filiation », *RIDC*, 1977, Vol. 29, n° 4, p. 675.
- FOUNTOULAKIS C., « Le mandat pour cause d'incapacité : du mandat « trans-incapacité » au mandat « post-incapacité » », in BORGHI M., FILIPPINI R. (Dir.), *Dal diritto tutorio al diritto della protezione degli adulti*, Bâle, Collection latine, Helbing & Lichtenhahn, 2014, p. 45.
- FOUNTOULAKIS C., « L'impact de la procréation médicalement assistée sur l'établissement et la destruction du lien de filiation », *Fampra.ch*, 2011, n° 2, p. 247.
- FRENCK N., JACCOTTET-TISSOT C., « Exercice des droits strictement personnels du mineur capable de discernement entre liberté et protection : l'exemple de l'accès au planning familial », *Fampra.ch*, n° 3, 2002, p. 503.
- GASQUEZ R., « Pour la dépénalisation de l'exposition au VIH », *Plaidoyer*, 2009, n° 4, p. 52
- GÖTZMANN L., BUDDEBERG C., « Aspects psychosociaux de la loi suisse sur la transplantation », in FNS, *La mise en œuvre de la loi sur la transplantation. Réponses à des questions ouvertes*, Bâle, PNR implants et transplants, Cahier à thèmes 5, 2006, p. 18.
- GRISEL A., « La liberté personnelle et les limites du pouvoir judiciaire », *RIDC*, 1975, Vol. 27, n° 3, p. 551.
- GROSSEN J.-M., « Père de droit et père de fait : sur trois arrêts concernant la filiation paternelle de l'enfant adultérin non désavoué », in *Familie und Recht, Festgabe der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Freiburg für Bernhard Schnyder zum 65. Geburtstag*, Freiburg, Universitätsverlag, 1995, p. 315.
- GROSSEN J.-M., « L'autorité parentale, le secret médical et la contraception. Remarques à partir de l'affaire Gillick », in *Festschrift für Cyril Hegnauer zum 65. Geburtstag*, Berne, Stämpfli, 1986, p. 79.
- GROSSEN J.-M. « La protection de la personnalité en droit privé (Quelques problèmes actuels) », *RDS*, 1960, 79, p. 1 a.
- GROSSEN J.-M., « Liberté individuelle, protection de la personnalité et obligation de collaborer à l'œuvre du juge civil », *JT*, 1957, n° 10, p. 289.
- GUILLOD O., « Le dépoussiérage du droit suisse des familles continue », *Newsletter droit matrimonial.ch*, Février 2014.
- GUILLOD O., MANDOFIA BERNEY M., « Le mineur face au traitement proposé », in LA HARPE R., UMMEL M., DUMOULIN J.-F., *Droit de la santé et médecine légale*, Chêne-Bourg, Médecine et hygiène, 2014, p. 289.
- GUILLOD O., « Le diagnostic préimplantatoire : quelques questions juridiques et éthiques », in WINIGER B., BECCHI P., AVRAMOV P., BACHER M., *Éthique et droit en matière de bioéthique*, Baden-Baden, Franz Steiner, 2013, p. 25.
- GUILLOD O., « Démêlés de filiation : quand les juges ont piteuse mine ; analyse de l'arrêt du Tribunal fédéral 5A_518/2011 », *Newsletter droit matrimonial.ch*, Février 2013.

- GUILLOD O., AMEY L., « Le secret médical est-il en voie d'érosion ? Un regard helvétique », in LECA A. (Dir.), *Le secret médical*, Bordeaux, Les cahiers de droit de la santé du sud-est, LEH, 2012, p. 185.
- GUILLOD O., « Présentation globale de la réforme », in GUILLOD O., BOHNET F., *Le nouveau droit de la protection de l'adulte*, Bâle, CEMAJ, Unine, Helbing & Lichtenhahn, 2012, p. 1.
- GUILLOD O., « Soins et respect de la volonté du patient en fin de vie. Rapport général », in GUILLOD O., WESSNER P. (Dir.), *Le droit de la santé : aspects nouveaux. Rapports des contributeurs suisses aux journées internationales*, 2009, IDS, Unine, 2010, p. 5.
- GUILLOD O., HELLE N., « Les voyages forment la jeunesse ou tourisme et procréation médicalement assistée », in *Mélanges Knoepfler*, Bâle, Helbing & Lichtenhahn, 2005, p. 431.
- GUILLOD O., STAUFFER V., « Le droit de la santé : bilan et perspectives », in *Droit de la santé : fondements et perspectives, Actes de la 10^e journée de droit de la santé*, Neuchâtel, Rapport IDS n° 7, Georg, 2004, p. 43.
- GUILLOD O., HELLE N., « Mandat d'incapacité, directives anticipées et représentation de la personne incapable : porte ouverte à la confusion ? », *RDS*, 2003, I, p. 291.
- GUILLOD O., HELLE N., « La loi sur la procréation médicalement assistée : un tigre de papier ? », in *Privatrecht in Spannungsfeld zwischen gesellschaftlichem Wandel und ethischer Verantwortung*, Berne, Stämpfli, 2002, p. 691.
- GUILLOD O., « La stérilisation de personnes mentalement déficientes », in *Mélanges en l'honneur de Henri-Robert Schüpbach*, Bâle, Collection neuchâteloise, Helbing & Lichtenhahn, 2000, p. 109.
- GUILLOD O., « Lutte contre le SIDA : quel rôle pour le droit pénal ? », *Revue pénale suisse*, 1997, Tome 50, Fasc. 2, p. 130.
- GUILLOD O., SPRUMONT D., « Le droit à la santé : un droit en émergence », in *De la Constitution : études en l'honneur de Jean-François AUBERT*, Bâle, Helbing & Lichtenhahn, 1996, p. 337.
- GUILLOD O., « Suisse », in EUROPEAN COMMISSION, *Studies on the socio-economic impact of biotechnology ? Genetic fingerprints : scientific truth and filiation law*, Luxembourg, Office for official publications of the European communities, 1996, p. 225.
- GUILLOD O., MEIER P., « Représentation privée, mesures tutélaires et soins médicaux », in *Familie und Recht, Festgabe der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Freiburg für Bernhardt Schnyder zum 65. Geburtstag*, Freiburg, Universitätsverlag, 1995, p. 325.
- GUILLOD O., « Switzerland : abused children, HIV-positive sexual partners and family reunion », *Journal of family law*, 1991, Vol. 30, n° 2, p. 417.
- GUILLOD O., « Des cigognes aux éprouvettes: les méthodes changent, l'amour reste », in *Journées de la Société de législation comparée*, Paris, Société de législation comparée, 1989, Vol. 11, n° spécial, p. 639.
- GUILLOD O., « Implications juridiques de certains progrès scientifiques dans le domaine de la procréation et du génie génétique aspects du droit de la personnalité », *Semaine judiciaire*, 1986, n° 8, p. 113.
- GUINAND J., « Les nouvelles techniques médicales de procréation et le droit », in ACADÉMIE DES SCIENCES, BELLES-LETTRES ET ARTS DE BESANÇON, *Procès verbaux et mémoires*, 1984-1985, Vol. 186, p. 303.
- HARDING T. W., « Pluralité de patients dans une prise en charge singulière : problèmes de secret professionnel et partage de l'information », *CMS*, 1995, Vol. 39, p. 417.
- HEGNAUER C., « Family relations and modern medicine under Swiss law », in *Rapports suisses présentés au XII^{ème} Congrès international de droit comparé*, Zurich, Schulthess, 1987, p. 111.
- HELLE N., « Renouvellement de la garde-robe du curateur : l'habit fait-il toujours le moine ? État des lieux à l'occasion de l'entrée en vigueur du droit de la protection de l'adulte », in GUILLOD O., BOHNET F., *Le nouveau droit de la protection de l'adulte*, Bâle, CEMAJ, Unine, Helbing & Lichtenhahn, 2012, p. 167.
- HELLE N., « La capacité de discernement, un critère juridique en voie de disparition pour les patients psychiques placés à des fins d'assistance », *RSDS*, 2004, n° 3, p. 9.
- HERTZ N., « Couples de même sexe non enregistrés », in ZIEGLER A. et al. (Dir.), *Droit des gays et lesbiennes en Suisse*, Berne, Stämpfli, 2006, p. 73.
- HITZIG W., « Position de la commission d'éthique de l'académie suisse des sciences médicales », *CMS*, 1993, Vol 37, n° 2, p. 121.

- HÜBNER F., « Faut-il encore pénaliser la transmission du VIH en Suisse ? », *Plädoyer*, 1996, n° 6, p. 46.
- JACQUIERY V., « La protection de l'enfant en cas de maltraitance. Aperçu de droit international et de droit suisse », in CHAPPUIS C., KADNER GRAZIANO T., FOËX B. (Dir.), *L'harmonisation internationale du droit*, Genève, Schulthess, 2007, p. 147.
- JAVAUX VENA M., SCHNICKEL-KÜNG J., « Liens de filiation étrangers et leur réception en droit suisse », in FOUNTOLAKIS C., RUMO-JUNGO A., *La famille dans les relations transfrontalières*, Genève, Zurich, Bâle, Schulthess, 2013, p. 131.
- JEGGE G., « L'éducation sexuelle à l'école », in CFEJ, *La sexualité des jeunes au fil du temps. Évolution, influences et perspectives*, Berne, Octobre 2009, p. 73.
- JOYE C., « Les limites juridiques du diagnostic préimplantatoire en Suisse : de l'interdiction de principe à l'autorisation limitée », in JOYE C., *Handicap et diagnostic à l'aube de la vie : espoir ou dérive ? Regards croisés sur le diagnostic préimplantatoire*, Chêne-Bourg, Médecine et hygiène, 2012, p. 27.
- JUNOD V., « La procréation médicalement assistée », in LA HARPE R., UMMEL M., DUMOULIN J.-F., *Droit de la santé et médecine légale*, Chêne-Bourg, Médecine et hygiène, 2014, p. 424.
- JUNOD V., SPRUMONT D., « Non au remboursement de la fécondation *in vitro* : il est temps de changer d'avis », *RSAS*, 2014, Fasc. 5, p. 387.
- KNOPPERS B.-M., GRIMAUD M.-A., CHOQUETTE C., LE BRIS S., « Les tests génétiques à des fins d'identification », in INSTITUT SUISSE DE DROIT DE LA SANTÉ, *Analyse génétique humaine et protection de la personnalité*, Zurich, Schulthess, 1994, p. 57.
- KRAUS D., SCHMIDT A., « Le « droit à la santé » : quelques considérations de droit constitutionnel suisse à la lumière du droit international », *RSDS*, 2006, n° 2, p. 85.
- LA HARPE R., BURKHARDT S., FIORE D., BERTRAND D., « Recherche en paternité : aspects légaux », in LA HARPE R., UMMEL M., DUMOULIN J.-F., *Droit de la santé et médecine légale*, Chêne-Bourg, Médecine et hygiène, 2014, p. 773.
- LACHENMEIER P., « Aspects juridiques du don entre vivants », in FNS, *La médecine de transplantation à l'avenir. Contributions à des questions ouvertes*, Bâle, PNR implants et transplants, Cahiers à thèmes 4, 2005, p. 19.
- LEUBA A., « Santé et incapacité de discernement dans l'avant-projet de révision du droit de la tutelle », *Actes des journées juridiques turco-suisse des 20 et 22 mai 2004*, Istanbul, Galatasaray Universitesi yayınlari, 2005, p. 21.
- LEUBA A., MEIER P., SANDOZ S., « Quelle famille pour le XXI^e siècle ? », in *Rapports suisses présentés au XVI^e Congrès international de droit comparé de Brisbane*, Zurich, Bâle, Genève, Schulthess, 2002, p. 149.
- LOB J., « SIDA et droit pénal », *RSJ*, 1987, n° 10, p. 163.
- LÜCKER-BABEL M.-F., ARBEX F., « L'influence des droits de l'enfant sur la pratique médicale », in BERTRAND D., DUMOULIN J.-F., LE HARPE R., HUMMEL M., *Médecin et droit médical*, Chêne-Bourg, Médecine et hygiène, 2009, p. 333.
- LÜCKER-BABEL M.-F., « Les tests de paternité hors procédure sont en passe de bousculer les enfants et leurs droits », *Bulletin défense des enfants international*, 2002, Vol. 8, n° 4, p. 13.
- MAHON P., « Quatrième table ronde : les aspects de droit comparé » in BIOY X., ROUSSILLON H. (Dir.), *La liberté personnelle. Une autre vision de la liberté ?*, Actes de la journée d'études, 7 mai 2005, Toulouse, IFR-mutation des normes juridiques n° 1, Presses de l'Université des sciences sociales, 2006, p. 111.
- MANAÏ D., « Le droit suisse à l'aune de l'individualisation de la parentalité », in FEUILLET-LIGER B. (Dir.), *Les incidences de la biomédecine sur la parenté*, Bruxelles, Droit, bioéthique et société, Bruylant, 2014, p. 173.
- MANAÏ D., « Le droit des proches dans la décision médicale », in LA HARPE R., UMMEL M., DUMOULIN J.-F., *Droit de la santé et médecine légale*, Chêne-Bourg, Médecine et hygiène, 2014, p. 309.
- MANAÏ D., « Les droits du patient adolescent en Suisse », in FEUILLET-LIGER B. (Dir.), *Adolescents et acte médical, approche internationale et pluridisciplinaire*, Bruxelles, Droit bioéthique et société, Bruylant, 2011, p. 257.
- MANAÏ D., « Promouvoir le don d'organes : l'efficacité à tout prix ? Le point de vue juridique », in FLÜCKIGER A. (Dir.), *Émouvoir et persuader pour promouvoir le don d'organes ? L'efficacité entre éthique et droit*, Genève, Zurich, Bâle, Collection genevoise, Schulthess, 2010, p. 2177.

- MANAÏ D., « Soins et respect de la volonté de la personne en fin de vie : droit suisse », in GUILLOD O., WESSNER P., *Le droit de la santé : aspects nouveaux. Rapports des contributeurs suisses aux journées internationales 2009*, IDS, Unine, 2010, p. 67.
- MANAÏ D., « La Suisse : une synthèse ? », in THIEL M.-J. (Dir.), *Donner, recevoir un organe. Droit, dû, devoir*, Strasbourg, Presses universitaires de Strasbourg, 2009, p. 68.
- MANAÏ D., « L'embryon face au droit : une entité polymorphe à géométrie variable », *Jusletter*, 19 janvier 2009, p. 105.
- MANAÏ D., « Pouvoir parental et droit médical », *Fampra.ch*, 2002, Vol. 3, n° 2, p. 197.
- MANAÏ D., « L'accès au dossier médical », *Cahiers genevois et romands de sécurité sociale*, 2002, n° 28, p. 69.
- MANAÏ D., « Prendre les droits de l'enfant au sérieux : le nouveau droit du divorce », in PFISTER-LIECHTI R., *De l'ancien au nouveau droit du divorce*, Berne, Stämpfli, 1999, p. 99.
- MANDOFIA-BERNEY M., « Mineur et conflit parental quant au traitement proposé », in BERTRAND D., DUMOULIN J.-F., LE HARPE R., HUMMEL M., *Médecin et droit médical*, Chêne-Bourg, Médecine et hygiène, 2009, p. 119.
- MANDOFIA BERNEY M., « L'expertise en paternité sur demande privée », *RDT*, 1998, n° 4, p. 129.
- MANDOFIA BERNEY M., CAMPANA A., « Introduction aux méthodes de procréation assistée », *CMS*, 1993, Vol. 37, n° 2, p. 107.
- MANDOFIA BERNEY M., GUILLOD O., « Liberté personnelle et procréation assistée : quelques réflexions », *RSJ*, 1993, n° 12, p. 205.
- MANGIN P., « L'expert et la preuve génétique ADN : le rapport analytique est-il encore suffisant ? », *RSJ*, 1998, n° 23, p. 505.
- MANGIN P., TARONI F., « L'interprétation de la preuve scientifique : les juristes, les scientifiques et les probabilités », *Médecine & droit*, 1998, n° 30, p. 6.
- MARESCOTTI K., DUMOULIN J.-F., « Transplantation d'organes », in LA HARPE R., UMMEL M., DUMOULIN J.-F., *Droit de la santé et médecine légale*, Chêne-Bourg, Médecine et hygiène, 2014, p. 454.
- MARTIN J., « À propos des césariennes. Des interrogations éthiques qui laissent perplexe », *Bulletin des médecins suisses*, 2011, n° 6, p. 218.
- MARTIN J., GUILLOD O., « Secret médical. Quelle attitude du praticien quand des instances ou personnes extérieures demandent des renseignements à propos d'un patient », *Bulletin des médecins suisses*, 2000, Vol. 81, n° 37, p. 2052.
- MEIER P., « Les nouvelles curatelles : systématique, conditions et effets », in GUILLOD O., BOHNET F., *Le nouveau droit de la protection de l'adulte*, Bâle, Unine, Helbing & Lichtenhhan, 2012, p. 95.
- MEIER P., « Les curatelles du nouveau droit de la protection de l'adulte : quelques notions/dispositions-pièges pour la pratique », *Fampra.ch*, 2012, n° 4, p. 927.
- MEIER P., « L'enfant en droit suisse : quelques apports de la jurisprudence récente de la Cour européenne des droits de l'homme », *Fampra.ch*, 2012, n° 2, p. 255.
- MEIER P., *RM4*, 2010, n° 3, p. 246.
- MEIER P., « L'avant-projet de révision du droit de la tutelle », *RDT*, 2003, n° 5, p. 207.
- MEIER P., « Génétique et procréation assistées en Suisse », in MEULDERS-KLEIN M.-T., DEECH R., PAUL VLAARDINGERBROEK (Dir.), *Biomedicine, the family and human rights*, La Haye, Kluwer law international, 2002, p. 331.
- MEIER P., « La confidentialité des informations médicales dans le cadre des activités tutélaires », *RDT*, 1996, n° 51, p. 205.
- MOLINARI P. A., « Émergence et structuration du droit de la santé : du colloque singulier à la théorie des droits sociaux », in *Droit de la santé : fondements et perspectives, Actes de la 10^e journée de droit de la santé*, Neuchâtel, Rapport IDS n° 7, Georg, 2004, p. 9.
- MOREILLON L., « Droit du vivant et principe de la territorialité : Où allons-nous ? », in MOREILLON L., KUHN A., et al., *Aspects pénaux du droit du vivant*, Bruxelles, Collection latine, Bruylant, 2004, p. 335.
- MUZNY P., « L'autonomie du patient mineur : entre certitudes et incertitudes », *Bulletin des médecins suisses*, 2009, Vol. 90, n° 3, p. 79.
- NAU J.-Y., « En Europe, souvent le droit à se reproduire varie », *Revue médicale suisse*, 10 avril 2013, n° 381, p. 788.

- NAU J.-Y., « Trisomie : diagnostiquer ou éradiquer ? », *Revue médicale suisse*, 5 septembre 2012, n° 352, p. 1682.
- NORDMANN P., « Droit de l'enfant de demander son propre désaveu (CCS 253) », *RSJ*, 1963, n° 20, p. 302.
- OSSHARD G., HURST S., « L'assistance au suicide en Suisse : un défi pour la Confédération », *Bulletin ASSM*, 2010, n° 1, p. 1.
- PAPADOPOULOS I., « Des origines aux transformations de la démocratie de concordance en Suisse », *Association suisse des professeurs d'université*, Novembre 2003, Bulletin n° 4, p. 17.
- PAPAUX VAN DELDEN M.-L., « Le droit au mariage et à la famille. Contours et implications en droit civil (Première partie) », *Fampra.ch*, 2011, n° 2, p. 321.
- PEETERS A., « Mon expérience », *CMS*, 1993, Vol. 37, n° 2, p. 187.
- PELET O., « La capacité de discernement est-elle expertisable ? », *Douleur et analgésie*, 2011, Vol. 24, Supplément n° 1, p. 14.
- PELET O., CEREGHETTI A., « Nul n'est sensé ignorer... comment réagir lorsqu'un mineur s'oppose à des soins », *Revue médicale suisse*, 4 mars 2009, n° 5, p. 539.
- PELET L., « Le droit du vivant sous l'angle constitutionnel », in MOREILLON L., KUHN A., *et al.*, *Aspects pénaux du droit du vivant*, Bruxelles, Collection latine, Bruylant, 2004, p. 3.
- PELET O., « Pourquoi interdire le don d'ovule ? », *Plaidoyer*, 2003, n° 5, p. 70.
- PICHONNAZ P., FOUNTOLAKIS C., « Droit de la famille, procédure et exécution : un panorama des nouveautés », in PICHONNAZ P., FOUNTOLAKIS C., RUMO-JUNGO A. (Dir.), *Droit de la famille et nouvelle procédure*, Genève, Université de Fribourg, Schulthess, 2012, p. 1.
- PICHONNAZ P., « Contribution d'entretien des enfants et nouvelles structures familiales », in PICHONNAZ P., RUMO-JUNGO (Dir.), *Enfant et divorce. Symposium en droit de la famille 2005*, Genève, Zurich, Bâle, Université de Fribourg, 2006, p. 1.
- POK J. *et al.*, « Guide pour l'entretien médical d'information », *Bulletin des médecins suisses*, Vol. 88, n° 7, p. 266.
- PREMAND V., « Le droit de l'enfant à l'accès aux données relatives à ses parents biologiques dans les cas d'adoption et de don de sperme », in BORD M., PREMAND V. *et al.*, *Le droit à la connaissance de ses origines*, Genève, Schulthess, 2006, p. 1.
- RIEG A., « C. HEGNAUER, Grundriss des Kindesrechts », *RIDC*, 1978, Vol. 30, n° 3, p. 903.
- ROBERT C.-N., « Notes sur le jugement du Tribunal de police de Genève du 29 août 1994 », *Plaidoyer*, 1994, n° 5, p. 53.
- RUTISHAUSER C., « Contradiction entre relation adaptée au patient adolescent et aspects légaux ? », *Paediatrica*, Vol. 17, n° 12, p. 31.
- SANDOZ S., « Quelques problèmes de filiation en relation avec la procréation médicalement assistée », *RDT*, 2001, n° 1/2, p. 90.
- SANDOZ S., MEXIN O., « Liberté personnelle et procréation médicalement assistée : quelles limites au pouvoir créateur du juge constitutionnel ? », *RDS*, 1995, n° 4/5, p. 453.
- SANDOZ S., « Attribution conjointe de l'autorité parentale aux parents divorcés ? », in *Mélanges Paul Piotet*, Berne, Stämpfli, 1990, p. 107.
- SCHARLY G., « De la nécessité d'une législation spécifique aux biobanques : l'exemple du consentement », *RSDS*, 2005, n° 5, p. 19.
- SCHMIDT A., « Le droit de l'enfant à connaître ses origines génétiques », in P. ZEN-RUFFINEN, *Les secrets et le droit*, Bâle, Genève, Zurich, Schulthess, 2004, p. 139.
- SCHUBARTH M., « Therapiefreiheit des Arztes und Selbstbestimmungsrecht des Patienten », *PJA*, 2007, n° 9, p. 1092.
- SCHWEIZER R. J., SALADIN P., « Article 24^{novies} », in *Commentaire de la Constitution Fédérale de la Confédération Suisse du 29 mai 1874*, Berne, Stämpfli, 1996, p. 1..
- SOCIÉTÉ SUISSE DE NÉPHROLOGIE, COMMISSION DE TRANSPLANTATION, « Recommandations éthiques concernant la transplantation rénale en Suisse », in BONDOLFI A., MALACRIDA R., ROHNER A., *Éthique et transplantation*, Comano, Corbaro, Edizioni Alice, 1993, p. 193.
- SPRUMONT D., « Le système de santé suisse : présentation générale », in LA HARPE R., UMMEL M., DUMOULIN J.-F., *Droit de la santé et médecine légale*, Chêne-Bourg, Médecine et hygiène, 2014, p. 95.

- SPRUMONT D., « Le service public et les services d'intérêt public : l'exemple de la santé », in TANQUEREL T, BELLANGER F., *Le service public*, Genève, Schulthess, 2006, p. 161.
- SPRUMONT D., « Le droit de la santé, fondements et perspectives », in *Droit de la santé : fondements et perspectives, Actes de la 10^e journée de droit de la santé*, Neuchâtel, Rapport IDS n° 7, Georg, 2004, p. 1.
- SPRUMONT D., QUELOZ N., BENOIT A., SCHALLER F., « Conditions de licéité des tests de paternité par analyse d'ADN en dehors du cadre judiciaire », *PJA*, 2003, n° 11, p. 1280.
- STAGNO D., BENAROYO L., « Transplantation avec donneurs vivants : enjeux éthiques », *Revue médicale suisse*, 14 février 2007, n° 98, p. 408.
- STEFFEN G., « Psychiatrie : le poids accordé à la décision du patient », *RSDS*, 2004, n° 4, p. 35.
- STEINAUER P.-H., « La jurisprudence de la Commission fédérale de la protection des données et de la transparence au sujet du traitement des données par une personne privée », in *Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Verwaltungsrecht*, 2007, p. 354.
- STEINAUER P.-H., « Le droit de la famille », in *La famille, un défi face à l'avenir*, Fribourg, Éditions universitaires, 1982, p. 219.
- STETTLER M., « Les décisions relatives à l'autorité parentale et aux mesures de protection de l'enfant liées au divorce », in PICHONNAZ P., RUMO-JUNGO A. (Dir.), *Enfant et divorce*, Genève, Universitas Friburgensis, Schulthess, 2006, p. 47.
- STETTLER M., « La référence aux proches dans le droit actuel et futur de la protection des adultes », in *Pour un droit pluriel : études offertes au Professeur Jean-François Perrin*, Genève, Bâle, Helbing & Lichtenhahn, Collection genevoise, 2002, p. 109.
- STETTLER M., « La notion de discernement confrontée à l'exercice des droits fondamentaux de la personne très âgée », in DE SAUSSURE C. (Dir.), *L'homme très âgé. Quelles libertés ?*, Genève, Médecine et hygiène, 1992, p. 143.
- STETTLER M., « L'impact du principe de proportionnalité sur la gradation et le champ d'application des mesures tutélaires », *RDT*, 1984, n° 2, p. 41.
- TARONI F., AITKEN C., « Probabilités et preuve par l'ADN dans les affaires civiles et criminelles. Questions de la cour et réponses fallacieuses des experts », *Revue pénale suisse*, 1998, Fasc. 3, p. 291.
- TERCIER P., « Qui sont nos proches ? », in *Familie und Recht, Festgabe der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Freiburg für Bernhardt Schnyder zum 65. Geburtstag*, Freiburg, Universitätsverlag, 1995, p. 799.
- TERCIER P., « L'action en paternité selon le nouveau droit de la filiation », *Revue suisse des juristes bernois*, 1978, Vol. 114, p. 377.
- THÉLIN M.-H., « L'incidence de la biologie et de la médecine moderne sur le droit civil », in *Recueil de travaux suisses présentés au VII^e congrès international de droit comparé*, Bâle, Helbing & Lichtenhahn, 1970, p. 123.
- THÉVOZ J.-M., « La France et la Suisse opposées à propos de la protection de l'anonymat des donneurs de gamètes », *JIB*, 1996, Vol. 7, n° 1, p. 23.
- THIEL G., « Le don d'organes entre vivants en Suisse : un compte-rendu d'expérience », in FNS, *L'allocation d'organes. Un défi pour la politique et pour la société*, Bâle, PNR implants et transplants, Cahier à thèmes 3, 2003, p. 44.
- TROYON B., HAENNI C., « Suisse », Table ronde sur l'interruption volontaire de grossesse, *AIJC*, 1986, Vol. II, p. 201.
- UMMEL M., TOLEDO VERA A.-G., « L'interruption de grossesse », in LA HARPE R., UMMEL M., DUMOULIN J.-F., *Droit de la santé et médecine légale*, Chêne-Bourg, Médecine et hygiène, 2014, p. 436.
- UMMEL M., RESTELLINI J.-P., « Les instances de levée du secret médical en Suisse », *RSJ*, 1994, n° 21, p. 361.
- WASSERFALLEN J.-B. *et al.*, « Appréciation de la capacité de discernement des patients : procédure d'aide à l'usage des médecins », *Bulletin des médecins suisses*, Volume 85, n° 32/33, p. 1701.
- WERRO, « La définition des biens de la personnalité : une prérogative du juge », in GAUCH P., WERRO F., ZUFFEREY J.-B. (Dir.), *La protection de la personnalité : bilan et perspectives d'un nouveau droit : contributions en l'honneur de Pierre Tercier*, Fribourg, Éditions universitaires de Fribourg, 1993, p. 15.
- WIDMER P., « Procréation artificielle, génétique et droit », *Revue de l'état civil*, Année 55, 1987, n° 11, p. 352.
- ZERMATTEN J., « Protection versus participation de l'enfant ? », *RDT*, 2009, n° 5, p. 297.

Sitologie :

➤ Pages de sites internet :

- <http://www.artanes.ch/>, Consulté le 17 août 2014.
- <http://www.babyfenster.ch/fr/villes/>, Consulté le 23 mars 2014.
- <http://www.bag.admin.ch/themen/medizin/03878/06152/index.html?lang=fr>, Consulté le 12 septembre 2014.
- <http://www.bildungundgesundheit.ch>, Consulté le 17 août 2014.
- <http://ch.cryo-save.com/fr-ch/overview/cssly/what-are-stem-cells/overview>, Consulté le 11 novembre 2013.
- <http://planning-familial.hug-ge.ch/nous/historique.html>, Consulté le 22 mai 2014.
- <http://www.procrea-stem-cells.ch/>, Consulté le 11 novembre 2013.
- <http://www.stembank.ch/>, Consulté le 11 novembre 2013.
- <http://www.nationalegesundheits.ch/fr/index.html>, Consulté le 16 août 2014.

➤ Articles de presse :

- « Ces cellules souches qui attirent les italiens au Tessin », *Swissinfo.ch*, Disponible sur : http://www.swissinfo.ch/fre/A_La_une/Archive/Ces_cellules_souches_qui_attirent_les_Italiens_au_Tessin.html?cid=6275868, Consulté le 11 novembre 2013.
- « Création d'une banque de sang de cordon ombilical », *La liberté.ch*, Disponible sur : <http://www.laliberte.ch/canton/creation-dune-banque-de-cellules-souches-de-cordon-ombilical>, Consulté le 11 novembre 2013.
- « L'éducation sexuelle conforme à la Constitution », *20minutes.ch*, Disponible sur : <http://www.20min.ch/ro/news/suisse/story/13126842>, Consulté le 17 août 2014.
- « Le canton de Zurich pourrait accueillir une fenêtre à bébé », *Le matin.ch*, Disponible sur : <http://www.lematin.ch/suisse/Le-canton-de-Zurich-pourrait-accueillir-une-fenetre-a-bebe/story/13666836>, Consulté le 23 mars 2014.
- « Trisomie. L'âge de la mère n'est pas la seule cause de la hausse des cas », *Letemps.ch*, Disponible sur : http://www.letemps.ch/Page/Uuid/e279aed0-0b6f-11e4-8015-d2f7a06c82fb/L%C3%A2ge_de_la_m%C3%A8re_nest_pas_la_seule_cause_de_la_hausse_des_cas, Consulté le 30 août 2014.
- « Un bébé né d'une mère porteuse aura deux papas », *Lematin.ch*, Disponible sur : <http://www.lematin.ch/suisse/faits-divers/Un-bebe-ne-d-une-mere-porteuse-aura-deux-papas/story/24901728>, Consulté le 30 août 2014.
- « Une banque de sang de cordon ombilical lancée en Valais », *Lematin.ch*, Disponible sur : <http://www.lematin.ch/suisse/Une-banque-de-sang-de-cordon-ombilical-lancee-en-Valais/story/13751530>, Consulté le 11 novembre 2013.
- BOURGEOIS L., « Éducation sexuelle : des partis crient au porno », *Tribune de Genève*, 18-19 juin 2011, p. 6.
- MASMEJAN D., « Homoparentalité et mères porteuses devant le Tribunal fédéral », *Letemps.ch*, Disponible sur : http://www.letemps.ch/Page/Uuid/6fe4c9b0-4565-11e4-80ff-d339e46abe52/Homoparentalit%C3%A9_et_m%C3%A8res_porteuses_devant_le_Tribunal_f%C3%A9d%C3%A9ral, Consulté le 5 octobre 2014.
- MASMEJAN D., « Homoparentalité : « On oublie les possibilités qui existent déjà » (Interview du Professeur Philippe MEIER), *Letemps.ch*, Disponible sur : http://www.letemps.ch/Page/Uuid/31936c2c-4385-11e2-ac7c-f1e9d2f47a83/Homoparentalit%C3%A9_On_oublie_les_possibilit%C3%A9s_qui_existent_d%C3%A9j%C3%A0, Consulté le 13 juin 2014.

➤ Commentaire, articles de revues et colloques en ligne :

- AYER A., « Nul n'est censé ignorer... que les patients circulent librement en Europe, *Revue médicale suisse*, 2006, Vol. 2, n° 64, Disponible sur : <http://revue.medhyg.ch/infos/article.php3?sid=2143>, Consulté le 9 janvier 2013
- HENNINGER S. *et al.*, « Capacité de discernement des adolescents mineurs : étude qualitative sur les représentations en Suisse romande », *Revue médicale suisse*, 16 juin 2010, n° 253, Disponible sur : revue.medhyg.ch/article.php3?sid=34920, Consulté le 20 juin 2013.
- JACOT-DESCOMBES C., « Éducation sexuelle et mise en œuvre locale : efficacité des modèles retenus en Suisse au regard du droit international », in *Colloque international : Comment l'État fait-il notre lit ? La régulation des sexualités en Europe*, Université libre de Bruxelles, 25 et 26 mars 2010, p. 2, Disponible sur : <http://normes-genre-sexualites.ulb.ac.be/fr/agenda-des-activites/colloque-international-comment-letat-fait-il-notre-lit-la-regulation-des-sexualites-en-europe/>, Consulté le 17 août 2014.
- LE GOFF J.-M., « Diffusion de la pilule en Suisse (1961-1997) », Disponible sur : <http://iussp2005.princeton.edu/papers/51394>, Consulté le 22 mai 2014.
- MONOD S., OLMARI-EBBING M., « Comment appliquer les nouvelles « règles du jeu » médecin-patient ? L'exemple des directives anticipées et du représentant thérapeutique », *Revue médicale suisse*, 13 octobre 2004, n° 2500, Disponible sur : revue.medhyg.ch/article.php3?sid=24066, Consulté le 26 juillet 2014.
- MONTINI M., « La fraude en matière d'état civil », Séminaire de perfectionnement DFAE-DFJP, Giswil, 6-8 septembre 2000, Disponible sur : <https://www.bj.admin.ch/content/dam/data/gesellschaft/eazw/dokumentation/referate/ref20000906-fraude.pdf>, Consulté le 15 janvier 2014.
- NAU J.-Y., « Greffe de foie et donneur vivant : problématiques actuelles (2) », *Revue médicale suisse*, 2004, n° 2502, Disponible sur : <http://www.revmed.ch/rms/2004/RMS-2502/1514>, Consulté le 4 septembre 2014.
- REINHARD R., « Entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2000 de la révision du Code civil du 26 juin 1998 : aperçu des modifications dans le domaine de l'état civil et de la procédure préparatoire du mariage », *Conférence des autorités cantonales de surveillance de l'état civil, 68^{me} assemblée annuelle des 23/24 septembre 1999 à Schaffhouse*, 20 p., Disponible sur : <http://www.ejpd.admin.ch/content/dam/data/bj/gesellschaft/zivilstand/dokumentation/referate/ref19990923-revision-f.pdf>, Consulté le 2 septembre 2014.
- ROBERT C.-N., « Le droit de savoir », *Revue médicale suisse*, Mai 2005, n° 19, Disponible sur : <http://titan.medhyg.ch/mh/infos/article.php3?sid=1717>, Consulté le 5 août 2014.
- SPRUMONT D., « Les droits des patients dans la législation cantonale romande », *Revue médicale suisse*, 11 octobre 2000, n° 683, Disponible sur : revue.medhyg.ch/article.php3?sid=20810, Consulté le 25 février 2011.

➤ Communiqués :

- « Clarification des aspects juridiques de la « boîte à bébés » - Un avis de droit reproche aux responsables de faite une « publicité fallacieuse » en faveur de cette nouvelle institution », Disponible sur : http://www.admin.ch/aktuell/00089/index.html?lang=fr&print_style=yes&msg-id=22933, Consulté le 23 mars 2014.
- « Diagnostic préimplantatoire. Modification de la Constitution et de la loi sur la procréation médicalement assistée », Disponible sur : http://www.parlament.ch/f/suche/pages/legislaturrueckblick.aspx?rb_id=20130051, Consulté le 10 décembre 2014.
- « Dissolution du centre de compétence pour l'éducation sexuelle à l'école », Lucerne, 28 mars 2013, Disponible sur : http://www.amorix.ch/fileadmin/media/amorix.ch/Aktuell/Information_dissolution_centre_education_sexuelle_Version_F.pdf, Consulté le 2 septembre 2014.

- « Éducation sexuelle dans le canton du Valais », Disponible sur : http://www.amorix.ch/fileadmin/media/amorix.ch/EScantonValais_Newsletter_gvc.pdf, Consulté le 17 août 2014.
- « Le cours d'éducation sexuelle doit rester une compétence cantonale », Disponible sur : <https://www.news.admin.ch/message/index.html?lang=fr&msg-id=52609>, Consulté le 17 août 2014.
- « Maternité de substitution en Ukraine », Juillet 2011, Disponible sur : http://www.eda.admin.ch/etc/medialib/downloads/edactr/ukr.Par.0138.File.tmp/Leihmutterschaft%20in%20der%20Ukraine_fr.pdf, Consulté le 6 mars 2014.
- OFEC, MÉGEVAND N., « IG donor meeting. Transmission des données relatives au don de sperme à l'Office fédéral de l'état civil OFEC », Disponible sur : <https://www.bj.admin.ch/content/dam/data/gesellschaft/eazw/dokumentation/referate/ref20081127-f.pdf>, Consulté le 20 juin 2014.
- OFJ, « Maternité de substitution : l'office fédéral de la justice dépose un recours devant le Tribunal fédéral », Disponible sur : <http://www.admin.ch/aktuell/00089/?lang=fr&msg-id=54606>, Consulté le 5 octobre 2014.
- OFSP, « Origine des cellules souches sanguines et risques encourus par le donneur », Disponible sur : <http://www.bag.admin.ch/transplantation/00697/01681/02858/03306/index.html?lang=fr>, Consulté le 11 novembre 2013.
- OFSP, « Transplantation allogène de cellules souches hématopoïétiques », Disponible sur : <http://www.bag.admin.ch/transplantation/00697/01681/02858/03224/index.html?lang=fr>, Consulté le 11 novembre 2013.

DROITS ÉTRANGERS ET INTERNATIONAL :

Avis et rapports :

- PARLEMENT EUROPÉEN, Policy department C : citizens' rights and constitutional affairs, Legal affairs, *A comparative study on the regime of surrogacy in EU member states*, 2013, 382 p.
- GROUPE EUROPEEN D'ÉTHIQUE, Avis n° 19, « Les aspects éthiques des banques de sang de cordon ombilical », 16 mars 2004.

Ouvrages :

- KUBIAK S.-A., *Les aspects juridiques de la gestation pour autrui en droit comparé*, Sarrebruck, Éditions universitaires européennes, 2011, 64 p.
- SCHAMPS G., SOSSON J. (Dir.), *La gestation pour autrui : vers un encadrement ?*, Bruxelles, Bruylant, 2013, 466 p.

Articles :

- ABECASSIS M. *et al.*, « Consensus statement on the live organ donor », *JAMA*, 2000, Vol. 284, n° 22, p. 2919.
- COLETTE-BASECQZ N., DEMARS S., VERHAEGEN M.-N., « L'enfant mineur d'âge dans le contexte de l'activité médicale », *Revue de droit de la santé*, 1997-1998, p. 166.
- CORTEZ N., « Patients without borders : the emerging global market for patients and the evolution of modern health care », *Indiana law journal*, 2008, Vol. 83, Issue 1, Article 3, p. 71.
- CROCKIN S.-L., « Growing families in a shrinking world : legal and ethical challenges in cross-border surrogacy », *Reproductive biomedicine online*, 2013, Vol. 27, n° 6, p. 733.
- DEONANDAN R., « An introduction to the ethical dimensions of reproductive medical tourism », in INSTITUTE OF POPULATION HEALTH, *Travelling well : essays in medical tourism*, Transdisciplinary studies in population health series, 2013, Vol. 4 (1), p. 152.
- FERRARETTI A.-P., PENNINGS G., GIANAROLI L., NATALI F., MAGLI M.-C., « Cross-border reproductive care : a phenomenon expressing the controversial aspects of reproductive technologies », *Reproductive biomedicine online*, 2010, Vol. 20, n° 2, p. 261.
- FRANCK R., « La signification différente attachée à la filiation par le sang en droit allemand et français de la famille », *RIDC*, 1993, Vol. 45, n° 3, p. 635.
- FRANCK R., « Observations comparatives sur la contestation de paternité », *RIDC*, 2005, Vol. 57, n° 1, p. 85.
- FRANCK R., « Qu'est-ce qu'être un père ou une mère aujourd'hui ? » in FULCHIRON H. (Dir.), *Mariage-conjugalité, parenté-parentalité*, Paris, Thèmes et commentaires, Dalloz, 2009, p. 111.
- FRANCK R., « L'examen biologique sous contrainte dans le cadre de l'établissement de la filiation en droit allemand », *RIDC*, 1995, Vol. 47, n° 4, p. 905.
- FURKEL F., « L'identification par empreintes génétiques en matière civile en République fédérale d'Allemagne », *RIDC*, 2004, Vol. 56, n° 2, p. 389.
- FURKEL F., « L'identification possible des donneurs de gamètes en République fédérale d'Allemagne. Un principe controversé aux effets dérangeants », in FEUILLET-LIGER B. (Dir.), *Procréation médicalement assistée et anonymat, Panorama international*, Bruxelles, Collection droit bioéthique et société, Bruylant, 2008, p. 95.
- GORAR M., « Not sympathy but justice : Nathalie Evans v. Human Fertilisation and Embryology Act 1990 », *Hertfordshire Law Journal*, 2006, Vol. 4, n° 1, p. 44.

- HENNAU-HUBLET C., KNOPPERS B.-M., « La preuve génétique et les droits de l'homme : des points de médiation ? », in HENNAU-HUBLET C., KNOPPERS B.-M., *L'analyse génétique à des fins de preuve et les droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 1997, p. 437.
- INHORN M. C., PATRIZIO P., « Rethinking « reproductive tourism » as « reproductive exile » », *Fertility and sterility*, 2009, Vol. 92, n° 3, p. 904.
- KNOPPERS B.-M., LEBRIS S., « Recent advances in medically assisted conception : legal, ethical and social issues », *American journal of law and medicine*, 1991, n° 17, p. 329.
- MATORRAS R., « Reproductive exile versus reproductive tourism », Letters to the editor, *Human reproduction*, 2005, Vol. 20, n° 12, p. 3571.
- MEULDERS-KLEIN M.-T., « Les empreintes génétiques et la filiation : la fin d'une énigme ou la fin des dilemmes », in HENNAU-HUBLET C., KNOPPERS B.-M., *L'analyse génétique à des fins de preuve et les droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 1997, p. 397.
- NYGREN K., MOUZON M.-D., « Cross-border fertility care – international committee monitoring assisted reproductive technologies global survey : 2006 data and estimates », *Fertility and sterility*, 2010, Vol. 94, n° 1, p. e4.
- PENNINGS G., « Reproductive tourism as moral pluralism in motion », *Journal of medical ethics*, 2002, Vol. 28, n° 6, p. 338.
- SHENFIELD F., DE MOUZON J., PENNINGS G., FERRARETTI A.-P., NYBOE ANDERSEN A., DE WERT G., GOOSSENS V. the ESHRE taskforce on cross border reproductive care, « Cross border reproductive care in six european countries », *Human reproduction*, 2010, Vol. 25, n° 6, p. 1361.
- STORROW R. F., « Quests for conception : fertility tourists, globalization and feminist legal theory, *Hastings law journal*, 2006, Vol. 57, p. 295.
- WILLEMS G., SOSSON J., « Légiférer en matière de gestation pour autrui : quelques repères de droit comparé et de droit international », in SCHAMPS G. (Dir.), *La gestation pour autrui : vers un encadrement*, Bruxelles, Bruylant, 2013, p. 239.

TABLE DES ANNEXES :

1. La méthode en droit comparé
2. Liste des articles du CSP susceptibles d'englober les liens familiaux
3. Le processus législatif en droit fédéral suisse
4. Les occurrences du terme « couple » dans le CSP
5. La structure du droit de la filiation par PMA en France et en Suisse
6. L'expression du consentement à l'acte médical en France et en Suisse
7. La révision de la LPMA : admission et réglementation du DPI
8. Délais d'attente pour un don d'ovules en France
9. L'absence d'homogénéité du vocabulaire dans le CSP
10. Les quatre utilisations du terme de « proches » en droit fédéral suisse
11. Les actes médicaux sur le mineur en droit français et en droit suisse
12. Le questionnaire de Silberfeld
13. Les références au projet parental dans le CSP
14. Le consentement du majeur protégé dans les textes spéciaux de droit de la santé
15. Concrétisation des propositions de thèse

ANNEXE 1 : LA MÉTHODE EN DROIT COMPARÉ

Reprise textuelle, sous forme de tableau de l'article de :

DELYANNI-DIMITRAKOU C., « Les mutations des prémisses philosophiques du droit comparé », in *De tous horizons - Mélanges Xavier Blanc-Jouvan*, Paris, Société de législation comparée, 2005, pp. 25-47.

JALUZOT B., « Méthodologie du droit comparé, bilan et prospective », *RIDC*, 2005, Vol. 57, n° 1, pp. 29-48.

NOM DE LA MÉTHODE	MÉTHODE DESCRIPTIVE OU LÉGISLATIVE	MÉTHODE ÉVOLUTIONNISTE	MÉTHODE CONCEPTUELLE
COURANT HISTORIQUE	Approche moderniste	Approche moderniste	Approche moderniste
PRINCIPALES CARACTÉRISTIQUES	L'objet principal est de faire connaître les lois adoptées à l'étranger. Il n'y a pas d'étude de la jurisprudence et des concepts.	Cette méthode, inspirée des théories de Darwin, partait de l'idée selon laquelle les sociétés connaissent une évolution similaire. Ainsi, il y aurait des sociétés à l'état primitif et d'autres plus avancées.	Il s'agit de comparer des institutions ou des notions de différents pays.
CRITIQUES	Critique par : • Saleilles : selon lui, il est nécessaire que le juriste analyse lui-même la jurisprudence et soit familiarisé avec les concepts étrangers. • Constantinesco : il estime que cette démarche repose sur un postulat erroné aux termes duquel « le droit est conçu comme une élaboration logique faite selon une typologie de concepts à caractère universel ».	Le postulat de départ était erroné.	• Certaines notions peuvent exister dans certains pays et pas dans d'autres. • Il n'y a pas nécessairement de concordance entre les notions existant dans les divers pays. • Ne prend pas suffisamment en compte les spécificités locales.

NOM DE LA MÉTHODE	MÉTHODE FONCTIONNELLE	LA COMPARAISON EN TANT QU'ENTREPRISE HERMÉNEUTIQUE.
COURANT HISTORIQUE	Approche moderniste	Approche post moderniste (rejet de l'universalisme)
PRINCIPALES CARACTÉRISTIQUES	Cette méthode part de l'idée selon laquelle seules les choses ayant la même fonction sont comparables. Il faut donc analyser dans un système les fonctions d'une règle et rechercher son pendant dans l'autre système. Il s'agit de déterminer dans les droits étudiés des problèmes à résoudre ; puis de comparer les solutions apportées à ces problèmes dans les différents pays. Ex : au lieu de comparer l'institution de l'exécuteur testamentaire, on va étudier la question de savoir comment les droits nationaux satisfont aux besoins de la personne de charger, après son décès, un tiers de l'administration de son patrimoine. Cela va permettre de montrer qu'au-delà des différences de procédés techniques, les solutions sont en réalité équivalentes.	La méthode herméneutique (théorie de l'interprétation des signes comme éléments symboliques d'une culture) va analyser les éléments historiques, socio-économiques, politiques et culturels qui sous-tendent les règles juridiques. Cette méthode s'appuie sur une présomption de différence. Elle étudie le particularisme des droits et aboutit, pour cette raison, à des analyses plus poussées. Tend à découvrir la mentalité d'une culture juridique.
CRITIQUES	• En accordant une place première aux solutions juridiques, cette méthode tend à éloigner les solutions de leur environnement conceptuel. Cette vision altère la physionomie des ordres juridiques et n'explique pas les raisons profondes de cette physionomie. • Une même question peut poser problème dans une société et être réglée juridiquement, être réglée par les faits dans une autre, voire ne pas poser de problème dans une troisième. • Cette approche s'obstine en ce qui concerne la présomption de similitude (idée que tous les systèmes tendent à régler les problèmes de la même manière et que les solutions proposées se ressemblent plus ou moins entre elles). Elle conduit les chercheurs à ignorer les particularités des droits en estimant que les solutions sont équivalentes. Rend les démonstrations stéréotypées et superficielles.	

NOM DE LA MÉTHODE	ANALYSE STRUCTURALE	PENSÉE DIALECTIQUE
COURANT HISTORIQUE	Post-modernisme	Post-modernisme
PRINCIPALES CARACTÉRISTIQUES	Par le biais de cette analyse, on peut voir comment les divers ordres juridiques répartissent leur matériel en branches et en catégories juridiques, si le contenu des concepts qu'ils utilisent est strictement défini ou si les frontières entre concepts sont perméables ou confuses, comment se forment les diverses traditions juridiques...	Permet de trouver une solution à partir de cultures juridiques antithétiques. Pour atteindre cet objectif, on va avoir recours à la pensée polyvalente qui consiste à combiner les points de vue opposés à l'aide de solutions flexibles (directives, marge d'appréciation...)
CRITIQUES		La méthodologie dialectique risque de devenir descriptive.

ANNEXE 2 : LISTE DES ARTICLES DU CSP SUSCEPTIBLES D'ENGLOBER LES LIENS FAMILIAUX

Personne de confiance :

Art. L 1110-4 CSP – L 1110-5 CSP – L 1111-4 CSP – L 1111-6 CSP – L 1111-12 CSP – L 1111-13 CSP – L 1122-1-2 – L 1131-1 CSP – L 3211-11-1 CSP

Proches :

Art. L 1110-4 CSP – L 1110-5 CSP – L 1110-11 CSP – L 1111-4 CSP – L 1111-6 CSP – L 1111-13 CSP – L 1112-3 CSP – L 1131-1 CSP – L 1161-5 CSP – L 1232-1 CSP

Ayants droit :

Art. L 1110-4 CSP – L 1111-7 CSP – L 1111-18 CSP – L 1112-3 CSP – L 1121-10 CSP – L 1142-1 CSP – L 1142-4 CSP – L 1142-7 CSP – L 1142-24-2 CSP – L 1112-7 CSP – L 3111-9 CSP – L 3122-2 CSP – L 3131-4 CSP

Entourage :

Art. L 1110-10 CSP - L 1110-11 CSP – L 1161-1 CSP – L 1161-3 CSP.

Tiers :

Art. L 1111-2 CSP – L 1111-7 CSP – L 1122-1-1 CSP

Autorité parentale :

Art. L 1111-2 CSP – L 1111-4 CSP – L 1111-5 CSP – L 1111-7 CSP – L 1111-21 CSP – L 1121-14 CSP – L 1122-2 CSP – L 1131-1-2 CSP – L 1142-4 CSP – L 1142-7 CSP – L 1142-24-2 CSP – L 1161-5 CSP – L 1211-2 CSP – L 1221-5 CSP – L 1232-2 CSP – L 12335-2 CSP – L 1241-3 CSP – L 1245-2 CSP – L 1334-1 CSP – L 2132-1 CSP – L 2132-4 CSP – L 2141-11 CSP – L 2212-4 CSP – L 2212-7 CSP – L 2312-2 CSP – L 2321-2 CSP – L 2325-1 CSP – L 3111-2 CSP – L 3111-3 CSP – L 3112-1 CSP – L 3116-4 CSP – L 3211-1 CSP – L 3211-10 CSP – L 3211-12 CSP – L 3213-9 CSP – L 3342-3 CSP – L 3353-3 CSP – L 5134-1 CSP

Tutelle, représentant légal :

L 1111-2 CSP – L 1111-4 CSP – L 1111-16 CSP – L 1111-21 CSP – L 1113-8 CSP – L 1131-1-2 CSP – L 1142-4 CSP – L 1142-7 CSP – L 1142-24-2 CSP – L 1161-5 CSP – L 1211-2 CSP – L 1232-2 CSP – L 12335-2 CSP – L 1241-3 CSP – L 1241-4 CSP – L 1245-2 CSP – L 2123-2 CSP – L 2141-11 CSP – L 2212-4 CSP – L 2325-1 CSP – L 3211-1 CSP – L 3211-10 CSP – L 3212-1 CSP – L 3212-2 CSP – L 3212-3 CSP – L 3213-9 CSP – L 3342-3 CSP – L 5134-1 CSP

Famille, membres de la famille, liens de famille :

L 1110-4 CSP – L 1110-5 CSP - L 1111-4 CSP – L 1111-13 CSP – L 1122-1-2 – L 1131-1 CSP – L 3211-11-1 CSP – L 1111-5 CSP – L 1131-1-2 CSP – L 1321-7 CSP – L 1334-1 CSP – L 1418-4 CSP – L 1423-1 CSP – L 2112-6 CSP – L 2131-1 CSP – L 2132-2-1 CSP – L 2132-4 CSP – L 2211-2 CSP – L 2325-1 CSP – L 2325-7 CSP – L 3211-1 CSP – L 3212-1 CSP – L 3213-9 CSP – L 3223-2 CSP – L 3311-2 CSP – L 3355-3 CSP – L 3412-1 CSP – L 6152-5-2 CSP

Parent :

L 1111-6 CSP – L 2132-1 CSP – L 2325-1 CSP – L 3211-3 CSP – L 3211-12 CSP – L 3212-1 CSP – L 3336-4 CSP – L 2111-1 CSP

Aidant naturel, aidants familiaux

L 1111-6-1 CSP – L 1431-2 CSP

Personne de son choix :

L 1111-6-1 CSP – L 1142-4 CSP

Héritier :

L 1113-8 CSP

Ascendant, descendant, collatéral :

L 1133-3 CSP – L 2131-4 CSP – L 6145-10-1 CSP – L 6145-11 CSP – L 6145-12 CSP – L 6162-2 CSP

Autres divers :

L 1231-1 CSP

Frères, sœurs, fils, filles, grands-parents, oncles, tantes, cousins germains, cousines germaines, conjoint de son père ou de sa mère, toute personne apportant la preuve d'une vie commune d'au moins deux ans, toute personne pouvant apporter la preuve d'un lien affectif étroit et stable depuis au moins deux ans.

L 1241-1 CSP

Frères, sœurs

L 1241-3 CSP

Frère, sœur, cousin germain, cousine germaine, oncle, tante, neveu, nièce.

L 1241-4 CSP

Cousin germain, cousine germaine, oncle, tante, neveu, nièce.

L 3336-4 CSP

Conjoint, parents, alliés jusqu'au quatrième degré..

L 6145-11 CSP

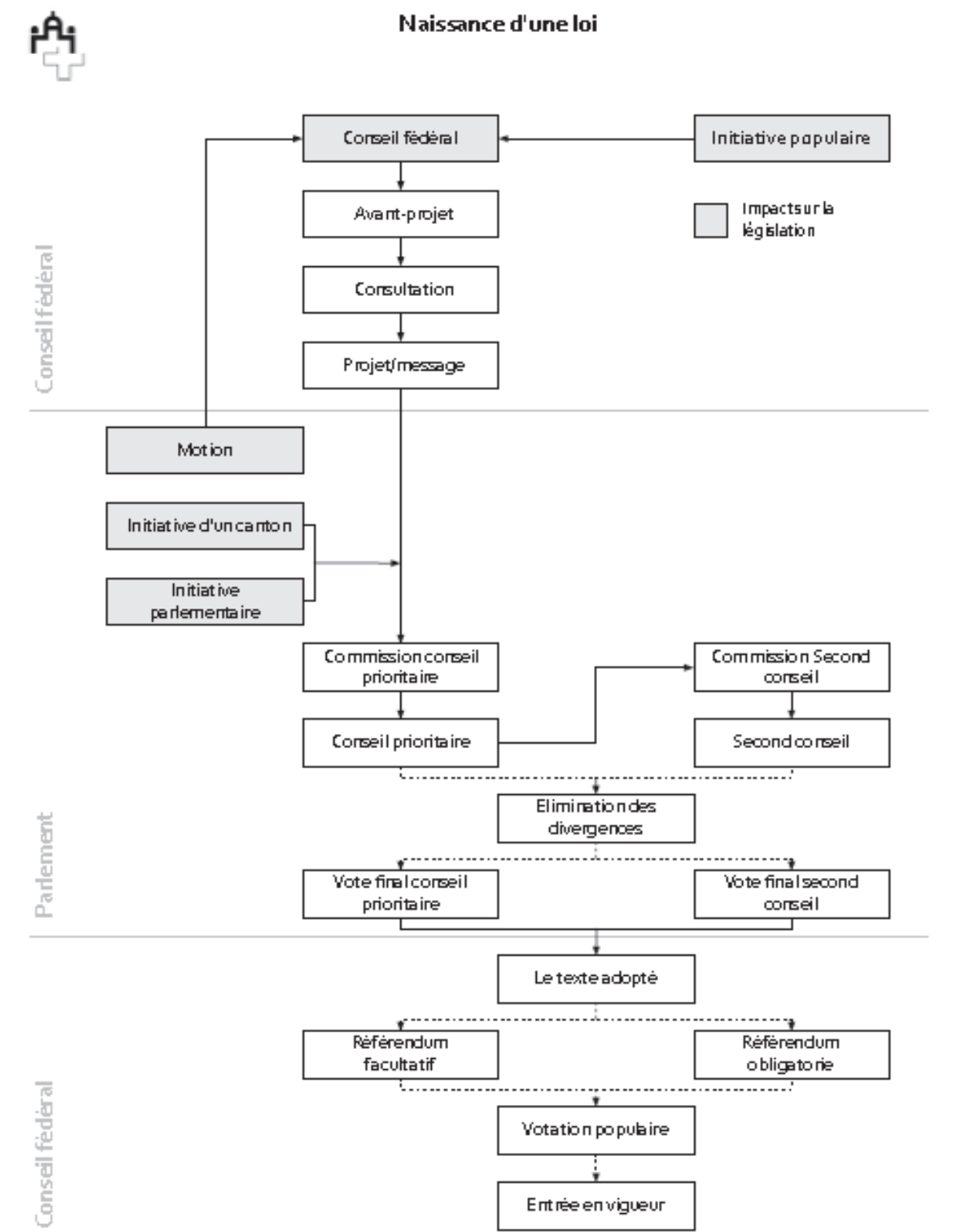
Les personnes désignées par les articles 205, 206, 207 et 212 du code civil.

Femme, couple

Voir l'annexe sur cette question

ANNEXE 3 : LE PROCESSUS LÉGISLATIF EN DROIT FÉDÉRAL SUISSE

Sources : <http://www.parlament.ch/f/dokumentation/dossiers/Documents/Schema-f.pdf>
<http://www.parlament.ch/f/wissen/parlamentswissen/Documents/kurzpraesentation-parlament-f.pdf>





La procédure parlementaire

Le référendum et l'initiative

Référendum facultatif

Pour les lois et arrêts fédéraux

Peut être demandé par 50 000 citoyens ayant le droit de vote ou par huit cantons

Référendum obligatoire

Pour toute modification de la Constitution

Peut être proposée par voie d'initiative populaire (100 000 signatures) ou par voie d'arrêté fédéral (Parlement)

Impérativement soumise à l'approbation du peuple et des cantons



La procédure parlementaire

Les interventions parlementaires

L'initiative parlementaire

Permet au député de proposer l'adoption d'un article constitutionnel, d'une loi ou d'un arrêté fédéral

La motion

Charge le Conseil fédéral de présenter au Parlement un projet d'acte ou de prendre une mesure donnée

Déposée par un député, un groupe parlementaire ou une commission parlementaire

Doit être approuvée par les deux conseils



La procédure parlementaire

Les interventions parlementaires

La question

Charge le Conseil fédéral de fournir des renseignements sur une affaire touchant la Confédération

Le Conseil fédéral doit répondre par écrit avant la session suivante



La procédure parlementaire

Les interventions parlementaires

Le postulat

Charge le Conseil fédéral d'examiner l'opportunité de déposer un projet de loi ou d'arrêté ou de prendre une mesure

Doit seulement être approuvé par le conseil de l'auteur du postulat

L'interpellation

Charge le Conseil fédéral de fournir des renseignements sur un événement ou un problème d'importance majeure

Peut être déclarée urgente

ANNEXE 4 : OCCURRENCES DU TERME « COUPLE » DANS LE CSP

Domaine concerné	N° de l'article	Article
Information médicale à caractère familial	L 1131-1-2 al 6	Lorsqu'est diagnostiquée une anomalie génétique grave dont les conséquences sont susceptibles de mesures de prévention, y compris de conseil génétique, ou de soins chez une personne qui a fait un don de gamètes ayant abouti à la conception d'un ou plusieurs enfants ou chez l'un des membres d'un couple ayant effectué un don d'embryon, cette personne peut autoriser le médecin prescripteur à saisir le responsable du centre d'assistance médicale à la procréation afin qu'il procède à l'information des enfants issus du don dans les conditions prévues au quatrième alinéa.
AMP	L 1244-2 al 1, al 2	Le donneur doit avoir procréé. Le consentement des donneurs et, s'ils font partie d'un couple , celui de l'autre membre du couple sont recueillis par écrit et peuvent être révoqués à tout moment jusqu'à l'utilisation des gamètes. Il en est de même du consentement des deux membres du couple receveur.
AMP	L 1244-6 al 2	En application de la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés, toute personne, autorité publique, service ou organisme, et notamment les centres d'études et de conservation des œufs et du sperme humains, qui recueille et conserve des données à caractère personnel relatives aux donneurs de gamètes ou d'embryons, aux couples receveurs ou aux personnes issues des techniques d'assistance médicale à la procréation avec tiers donneur est soumis au contrôle de la Commission nationale de l'informatique et des libertés.
AMP	L 1244-7 al 1	Le bénéfice d'un don de gamètes ne peut en aucune manière être subordonné à la désignation par le couple receveur d'une personne ayant volontairement accepté de procéder à un tel don en faveur d'un couple tiers anonyme.
AMP	L 1273-3	Comme il est dit à l'article 511-10 du code pénal ci-après reproduit : " Le fait de divulguer une information permettant à la fois d'identifier une personne ou un couple qui a fait don de gamètes et le couple qui les a reçus est puni de deux ans d'emprisonnement et de 30 000 euros d'amende. "
AMP	L 1273-6	Comme il est dit à l'article 511-13 du code pénal ci-après reproduit : " Le fait de subordonner le bénéfice d'un don de gamètes à la désignation par le couple receveur d'une personne ayant volontairement accepté de procéder à un tel don en faveur d'un couple tiers en violation de l'article L. 1244-7 du code de la santé publique est puni de deux ans d'emprisonnement et de 30 000 euros d'amende. "
AMP	L 1517-13	Comme il est dit à l'article 726-7 du code pénal ci-après reproduit : " L'article 511-13 est ainsi rédigé : Le fait de subordonner le bénéfice d'un don de gamètes à la désignation par le couple receveur d'une personne ayant volontairement accepté de procéder à un tel don en faveur d'un couple tiers anonyme est puni de deux ans d'emprisonnement et de 30 000 euros d'amende. "
DPN	L 1231-1 III	Le prescripteur, médecin ou sage-femme, communique les résultats de ces examens à la femme enceinte et lui donne toute l'information nécessaire à leur compréhension. En cas de risque avéré, la femme enceinte et, si elle le souhaite, l'autre membre du couple sont pris en charge par un médecin et, le cas échéant ou à sa demande, orientés vers un centre pluridisciplinaire de diagnostic prénatal. Ils reçoivent, sauf opposition de leur part, des informations sur les caractéristiques de l'affection suspectée, les moyens de la détecter et les possibilités de prévention, de soin ou de prise en charge adaptée du fœtus ou de l'enfant né. Une liste des associations spécialisées et agréées dans l'accompagnement des patients atteints de l'affection suspectée et de leur famille leur est proposée.

DPI	L 2131-4	On entend par diagnostic préimplantatoire le diagnostic biologique réalisé à partir de cellules prélevées sur l'embryon in vitro. Le diagnostic préimplantatoire n'est autorisé qu'à titre exceptionnel dans les conditions suivantes : Un médecin exerçant son activité dans un centre pluridisciplinaire de diagnostic prénatal tel que défini par l'article L. 2131-1 doit attester que le couple, du fait de sa situation familiale, a une forte probabilité de donner naissance à un enfant atteint d'une maladie génétique d'une particulière gravité reconnue comme incurable au moment du diagnostic. Le diagnostic ne peut être effectué que lorsqu'a été préalablement et précisément identifiée, chez l'un des parents ou l'un de ses ascendants immédiats dans le cas d'une maladie gravement invalidante, à révélation tardive et mettant prématurément en jeu le pronostic vital, l'anomalie ou les anomalies responsables d'une telle maladie. Les deux membres du couple expriment par écrit leur consentement à la réalisation du diagnostic. Le diagnostic ne peut avoir d'autre objet que de rechercher cette affection ainsi que les moyens de la prévenir et de la traiter. Il ne peut être réalisé, à certaines conditions, que dans un établissement spécifiquement autorisé à cet effet par l'Agence de la biomédecine instituée à l'article L. 1418-1. En cas de diagnostic sur un embryon de l'anomalie ou des anomalies responsables d'une des maladies mentionnées au deuxième alinéa, les deux membres du couple, s'ils confirment leur intention de ne pas poursuivre leur projet parental en ce qui concerne cet embryon, peuvent consentir à ce que celui-ci fasse l'objet d'une recherche dans les conditions prévues à l'article L. 2151-5. Par dérogation au deuxième alinéa de l'article L. 1111-2 et à l'article L. 1111-7, seul le médecin prescripteur des examens de biologie médicale destinés à établir un diagnostic prénatal est habilité à en communiquer les résultats à la femme enceinte.
DPI (bébé médicament)	L 2131-4-1	Par dérogation au sixième alinéa de l'article L. 2131-4, et sous réserve d'avoir épuisé toutes les possibilités offertes par les articles L. 1241-1 à L. 1241-7, le diagnostic préimplantatoire peut également être autorisé lorsque les conditions suivantes sont réunies : -le couple a donné naissance à un enfant atteint d'une maladie génétique entraînant la mort dès les premières années de la vie et reconnue comme incurable au moment du diagnostic ; -le pronostic vital de cet enfant peut être amélioré, de façon décisive, par l'application sur celui-ci d'une thérapeutique ne portant pas atteinte à l'intégrité du corps de l'enfant né du transfert de l'embryon in utero, conformément à l'article 16-3 du code civil ; -le diagnostic mentionné au premier alinéa a pour seuls objets de rechercher la maladie génétique ainsi que les moyens de la prévenir et de la traiter, d'une part, et de permettre l'application de la thérapeutique mentionnée au troisième alinéa, d'autre part. Les deux membres du couple expriment par écrit leur consentement à la réalisation du diagnostic.
AMP	L 2141-1-2	L'assistance médicale à la procréation a pour objet de remédier à l'infertilité d'un couple ou d'éviter la transmission à l'enfant ou à un membre du couple d'une maladie d'une particulière gravité. Le caractère pathologique de l'infertilité doit être médicalement diagnostiqué. L'homme et la femme formant le couple doivent être vivants, en âge de procréer et consentir préalablement au transfert des embryons ou à l'insémination. 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, ainsi que la révocation par écrit du consentement par l'homme ou la femme auprès du médecin chargé de mettre en œuvre l'assistance médicale à la procréation.
AMP	L 2141-3	Un embryon ne peut être conçu in vitro que dans le cadre et selon les objectifs d'une assistance médicale à la procréation telle que définie à l'article L. 2141-1. Il ne peut être conçu avec des gamètes ne provenant pas d'un au moins des membres du couple.

		Compte tenu de l'état des techniques médicales, les membres du couple peuvent consentir par écrit à ce que soit tentée la fécondation d'un nombre d'ovocytes pouvant rendre nécessaire la conservation d'embryons, dans l'intention de réaliser ultérieurement leur projet parental. Dans ce cas, ce nombre est limité à ce qui est strictement nécessaire à la réussite de l'assistance médicale à la procréation, compte tenu du procédé mis en œuvre. Une information détaillée est remise aux membres du couple sur les possibilités de devenir de leurs embryons conservés qui ne feraient plus l'objet d'un projet parental. Les membres du couple peuvent consentir par écrit à ce que les embryons, non susceptibles d'être transférés ou conservés, fassent l'objet d'une recherche dans les conditions prévues à l'article L. 2151-5. Un couple dont des embryons ont été conservés ne peut bénéficier d'une nouvelle tentative de fécondation in vitro avant le transfert de ceux-ci sauf si un problème de qualité affecte ces embryons.
AMP	L 2141-4	I. - Les deux membres du couple dont des embryons sont conservés sont consultés chaque année par écrit sur le point de savoir s'ils maintiennent leur projet parental. II. - S'ils n'ont plus de projet parental ou en cas de décès de l'un d'entre eux, les deux membres d'un couple, ou le membre survivant, peuvent consentir à ce que : 1° Leurs embryons soient accueillis par un autre couple dans les conditions fixées aux articles L. 2141-5 et L. 2141-6 ; 2° Leurs embryons fassent l'objet d'une recherche dans les conditions prévues à l'article L. 2151-5 ou, dans les conditions fixées par cet article et l'article L. 1125-1, à ce que les cellules dérivées à partir de ceux-ci entrent dans une préparation de thérapie cellulaire à des fins exclusivement thérapeutiques ; 3° Il soit mis fin à la conservation de leurs embryons. Dans tous les cas, le consentement ou la demande est exprimé par écrit et fait l'objet d'une confirmation par écrit après un délai de réflexion de trois mois. En cas de décès de l'un des membres du couple, le membre survivant ne peut être consulté avant l'expiration d'un délai d'un an à compter du décès, sauf initiative anticipée de sa part. III. - Dans le cas où l'un des deux membres du couple consultés à plusieurs reprises ne répond pas sur le point de savoir s'il maintient ou non son projet parental, il est mis fin à la conservation des embryons si la durée de celle-ci est au moins égale à cinq ans. Il en est de même en cas de désaccord des membres du couple sur le maintien du projet parental ou sur le devenir des embryons. IV. - Lorsque les deux membres d'un couple, ou le membre survivant, ont consenti, dans les conditions prévues aux articles L. 2141-5 et L. 2141-6, à l'accueil de leurs embryons et que ceux-ci n'ont pas été accueillis dans un délai de cinq ans à compter du jour où ce consentement a été exprimé par écrit, il est mis fin à la conservation de ces embryons.
AMP	L 2141-5	Les deux membres du couple peuvent consentir par écrit à ce que les embryons conservés soient accueillis par un autre couple dans les conditions prévues à l'article L. 2141-6. 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. 2141-6.
Accueil d'embryon	L 2141-6	Un couple répondant aux conditions prévues à l'article L. 2141-2 peut accueillir un embryon lorsque les techniques d'assistance médicale à la procréation au sein du couple ne peuvent aboutir ou lorsque le couple, dûment informé dans les conditions prévues à l'article L. 2141-10, y renonce. L'accueil de l'embryon est subordonné à une décision de l'autorité judiciaire, qui reçoit préalablement le consentement écrit du couple à l'origine de sa conception. Le juge s'assure que le couple demandeur remplit les conditions prévues à l'article L. 2141-2 et fait procéder à toutes investigations permettant d'apprécier les conditions d'accueil que ce couple est susceptible d'offrir à l'enfant à naître sur les plans familial, éducatif et psychologique. L'autorisation d'accueil est délivrée pour une durée de trois ans renouvelable. Le couple accueillant l'embryon et celui y ayant renoncé ne peuvent connaître leurs identités respectives.

		Toutefois, en cas de nécessité thérapeutique, un médecin pourra accéder aux informations médicales non identifiantes concernant le couple ayant renoncé à l'embryon. Aucun paiement, quelle qu'en soit la forme, ne peut être alloué au couple ayant renoncé à l'embryon. L'accueil de l'embryon est subordonné à des règles de sécurité sanitaire. Ces règles comprennent notamment des tests de dépistage des maladies infectieuses. Seuls les établissements publics ou privés à but non lucratif autorisés à cet effet peuvent conserver les embryons destinés à être accueillis et mettre en œuvre la procédure d'accueil.
AMP	L.2141-7	L'assistance médicale à la procréation avec tiers donneur peut être mise en œuvre lorsqu'il existe un risque de transmission d'une maladie d'une particulière gravité à l'enfant ou à un membre du couple, lorsque les techniques d'assistance médicale à la procréation au sein du couple ne peuvent aboutir ou lorsque le couple, dûment informé dans les conditions prévues à l'article L. 2141-10, renonce à une assistance médicale à la procréation au sein du couple.
AMP	L 2141-9	Seuls les embryons conçus avec les gamètes de l'un au moins des membres d'un couple et dans le respect des principes fondamentaux prévus par les articles 16 à 16-8 du code civil peuvent entrer sur le territoire où s'applique le présent code ou en sortir. Ces déplacements d'embryons sont exclusivement destinés à permettre la poursuite du projet parental de ce couple ; ils sont soumis à l'autorisation de l'Agence de la biomédecine.
AMP	L 2141-10	La mise en œuvre de l'assistance médicale à la procréation doit être précédée d'entretiens particuliers des demandeurs avec les membres de l'équipe médicale clinicobiologique pluridisciplinaire du centre, qui peut faire appel, en tant que de besoin, au service social institué au titre VI du code de la famille et de l'aide sociale. Ils doivent notamment : 1° Vérifier la motivation de l'homme et de la femme formant le couple et leur rappeler les possibilités ouvertes par la loi en matière d'adoption ; 2° Informer ceux-ci des possibilités de réussite et d'échec des techniques d'assistance médicale à la procréation, de leurs effets secondaires et de leurs risques à court et à long terme, ainsi que de leur pénibilité et des contraintes qu'elles peuvent entraîner ; 2° bis Informer ceux-ci de l'impossibilité de réaliser un transfert des embryons conservés en cas de rupture du couple ou de décès d'un de ses membres ; 3° Leur remettre un dossier-guide comportant notamment : a) Le rappel des dispositions législatives et réglementaires relatives à l'assistance médicale à la procréation ; b) Un descriptif de ces techniques ; c) Le rappel des dispositions législatives et réglementaires relatives à l'adoption, ainsi que l'adresse des associations et organismes susceptibles de compléter leur information à ce sujet. La demande ne peut être confirmée qu'à l'expiration d'un délai de réflexion d'un mois à l'issue du dernier entretien. La confirmation de la demande est faite par écrit. L'assistance médicale à la procréation est subordonnée à des règles de sécurité sanitaire. Elle ne peut être mise en œuvre par le médecin lorsque les demandeurs ne remplissent pas les conditions prévues par le présent titre ou lorsque le médecin, après concertation au sein de l'équipe clinicobiologique pluridisciplinaire, estime qu'un délai de réflexion supplémentaire est nécessaire aux demandeurs dans l'intérêt de l'enfant à naître. Les époux, les partenaires liés par un pacte civil de solidarité ou les concubins qui, pour procréer, recourent à une assistance médicale nécessitant l'intervention d'un tiers donneur doivent préalablement donner, dans les conditions prévues par le code civil, leur consentement au juge ou au notaire.
Recherche embryonnaire	L 2151-5 III et VI	III.-Une recherche ne peut être menée qu'à partir d'embryons conçus in vitro dans le cadre d'une assistance médicale à la procréation et qui ne font plus l'objet d'un projet parental. La recherche ne peut être effectuée qu'avec le consentement écrit préalable du couple dont les embryons sont issus, ou du

		membre survivant de ce couple, par ailleurs dûment informés des possibilités d'accueil des embryons par un autre couple ou d'arrêt de leur conservation. Dans le cas où le couple ou le membre survivant du couple consent à ce que ses embryons surnuméraires fassent l'objet de recherches, il est informé de la nature des recherches projetées afin de lui permettre de donner un consentement libre et éclairé. A l'exception des situations mentionnées au dernier alinéa de l'article L. 2131-4 et au troisième alinéa de l'article L. 2141-3, le consentement doit être confirmé à l'issue d'un délai de réflexion de trois mois. Dans tous les cas, le consentement des deux membres du couple ou du membre survivant du couple est révocable sans motif tant que les recherches n'ont pas débuté. VI.-A titre exceptionnel, des études sur les embryons visant notamment à développer les soins au bénéfice de l'embryon et à améliorer les techniques d'assistance médicale à la procréation ne portant pas atteinte à l'embryon peuvent être conduites avant et après leur transfert à des fins de gestation si le couple y consent, dans les conditions fixées au IV.
Accueil d'embryon	L 2162-6 II	II Est puni des mêmes peines le fait de divulguer une information nominative permettant d'identifier à la fois le couple qui a renoncé à l'embryon et le couple qui l'a accueilli. "
IVG	L 2212-4	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.
IMG	L 2213-1	L'interruption volontaire d'une grossesse peut, à toute époque, être pratiquée si deux médecins membres d'une équipe pluridisciplinaire attestent, après que cette équipe a rendu son avis consultatif, soit que la poursuite de la grossesse met en péril grave la santé de la femme, soit qu'il existe une forte probabilité que l'enfant à naître soit atteint d'une affection d'une particulière gravité reconnue comme incurable au moment du diagnostic. Lorsque l'interruption de grossesse est envisagée au motif que la poursuite de la grossesse met en péril grave la santé de la femme, l'équipe pluridisciplinaire chargée d'examiner la demande de la femme comprend au moins quatre personnes qui sont un médecin qualifié en gynécologie-obstétrique, membre d'un centre pluridisciplinaire de diagnostic prénatal, un praticien spécialiste de l'affection dont la femme est atteinte, un médecin choisi par la femme et une personne qualifiée tenue au secret professionnel qui peut être un assistant social ou un psychologue. Le médecin qualifié en gynécologie-obstétrique et le médecin qualifié dans le traitement de l'affection dont la femme est atteinte doivent exercer leur activité dans un établissement de santé. Lorsque l'interruption de grossesse est envisagée au motif qu'il existe une forte probabilité que l'enfant à naître soit atteint d'une affection d'une particulière gravité reconnue comme incurable au moment du diagnostic, l'équipe pluridisciplinaire chargée d'examiner la demande de la femme est celle d'un centre pluridisciplinaire de diagnostic prénatal. Lorsque l'équipe de centre précité se réunit, un médecin choisi par la femme peut, à la demande de celle-ci, être associé à la concertation.

		Hors urgence médicale, la femme se voit proposer un délai de réflexion d'au moins une semaine avant de décider d'interrompre ou de poursuivre sa grossesse. Dans les deux cas, préalablement à la réunion de l'équipe pluridisciplinaire compétente, la femme concernée ou le couple peut, à sa demande, être entendu par tout ou partie des membres de ladite équipe.
Conseil supérieur de l'information sexuelle, de la régulation des naissances et de l'éducation familiale.	L 2312-2	Un conseil supérieur de l'information sexuelle, de la régulation des naissances et de l'éducation familiale assure la liaison entre les associations et organismes qui contribuent à ces missions d'information et d'éducation et dont il soutient et coordonne les actions dans le respect des convictions de chacun. Il effectue, fait effectuer et centralise les études et recherches en matière d'information sexuelle, de régulation des naissances, d'éducation familiale, de formation et de perfectionnement d'éducateurs qualifiés. Cette documentation est mise à la disposition des associations et organismes intéressés. Il propose aux pouvoirs publics les mesures à prendre en vue de : - favoriser l'information des jeunes et des adultes sur les problèmes de l'éducation familiale et sexuelle, de la régulation des naissances, de l'adoption et de la responsabilité des couples.

ANNEXE 5 : LA STRUCTURE DU DROIT DE LA FILIATION PAR PMA EN FRANCE ET EN SUISSE

CODE CIVIL SUISSE

Livre 2 droit de la famille

Deuxième partie des parents

Titre 7 : de l'établissement de la filiation

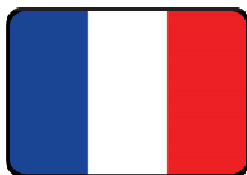


- CHAPITRE 1er : dispositions générales
- CHAPITRE 2 : de la paternité du mari
- Article 256 A : présomption
- **Article 256 B** , Désaveu, qualité pour agir
 - al 1 : la présomption de paternité peut être attaquée devant le juge par le mari ; par l'enfant si la vie commune des époux a pris fin pendant sa minorité.
 - al 2 : L'action du mari est intentée contre l'enfant et la mère, celle de l'enfant contre le mari et la mère.
 - **al 3 : le mari ne peut pas intenter l'action s'il a consenti à la conception par un tiers. La loi fédérale du 18 décembre 1998 sur la procréation médicalement assistée est réservée en ce qui concerne l'action en désaveu de l'enfant.**
- CHAPITRE 3 : de la reconnaissance et du jugement de paternité
- CHAPITRE 4 : de l'adoption

CODE CIVIL FRANCAIS

Livre 1 : des personnes

Titre 7 : de la filiation



- CHAPITRE 1 : dispositions générales
 - Section 1 : des preuves et présomptions
 - Section 2 : du conflit des lois relatives à la filiation
 - Section 3 : de l'assistance médicale à la procréation
 - **Article 311-19** : En cas de procréation médicalement assistée avec tiers donneur, aucun lien de filiation ne peut être établi entre l'auteur du don et l'enfant issu de la procréation. Aucune action en responsabilité ne peut être exercée à l'encontre du donneur.
 - **Article 311-20** : (a1) Les époux ou les concubins qui, pour procréer, recourent à une assistance médicale nécessitant l'intervention d'un tiers donneur, doivent préalablement donner, dans des conditions garantissant le secret, leur consentement au juge ou au notaire, qui les informe des conséquences de leur acte au regard de la filiation. (a2) Le consentement donné à une procréation médicalement assistée interdit toute action aux fins d'établissement ou de contestation de la filiation à moins qu'il ne soit soutenu que l'enfant n'est pas issu de la procréation médicalement assistée ou que le consentement a été privé d'effet. (a3) Le consentement est privé d'effet en cas de décès, de dépôt d'une requête en divorce ou en séparation de corps ou de cessation de la communauté de vie, survenant avant la réalisation de la procréation médicalement assistée. Il est également privé d'effet lorsque l'homme ou la femme le révoque, par écrit et avant la réalisation de la procréation médicalement assistée, auprès du médecin chargé de mettre en oeuvre cette assistance. (a4) Celui qui, après avoir consenti à l'assistance médicale à la procréation, ne reconnaît pas l'enfant qui en est issu engage sa responsabilité envers la mère et envers l'enfant. (a5) En outre, sa paternité est judiciairement déclarée. L'action obéit aux dispositions des articles 328 et 331.
 - Section 4 : des règles de dévolution du nom de famille
- CHAPITRE 2 : de l'établissement de la filiation
- CHAPITRE 3 : des actions relatives à la filiation
- CHAPITRE 4 : de l'action à des fins de subsides
- Titre 8 : de la filiation adoptive

ANNEXE 6 : L'EXPRESSION DU CONSENTEMENT À L'ACTE MÉDICAL EN FRANCE ET EN SUISSE

Acte concerné	France	Suisse
Acte médical à caractère thérapeutique	Art. 16-3 CC : il ne peut être porté atteinte à l'intégrité du corps humain qu'en cas de nécessité médicale pour la personne ou à titre exceptionnel dans l'intérêt thérapeutique d'autrui. 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. Art. L 1111-4 al 3 CSP : 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.	Art 27 et 28 CC : consentement libre et éclairé.
Analyse génétique présymptomatique, filiation, prénatale, identité, planning familial, travail responsabilité civile, dépistage.	Art. 16-10 CC : L'examen des caractéristiques génétiques d'une personne ne peut être entrepris qu'à des fins médicales ou de recherche scientifique. Le consentement exprès de la personne doit être recueilli par écrit préalablement à la réalisation de l'examen, après qu'elle a été dûment informée de sa nature et de sa finalité. Le consentement mentionne la finalité de l'examen. Il est révocable sans forme et à tout moment. Art. 16-11 CC : En matière civile, cette identification ne peut être recherchée qu'en exécution d'une mesure d'instruction ordonnée par le juge saisi d'une action tendant soit à l'établissement ou la contestation d'un lien de filiation, soit à l'obtention ou la suppression de subsides. Le consentement de l'intéressé doit être préalablement et expressément recueilli. Sauf accord exprès de la personne manifesté de son vivant, aucune identification par empreintes génétiques ne peut être réalisée après sa mort. Lorsque l'identification est effectuée à des fins médicales ou de recherche scientifique, le consentement exprès de la personne doit être recueilli par écrit préalablement à la réalisation de l'identification, après qu'elle a été dûment informée de sa nature et de	Art 5 LAGH : Consentement écrit Pour la filiation et l'identité possibilité pour le juge de l'ordonner Exception au consentement également dans le domaine pénal. Consentement écrit, oral, tacite pour le dépistage. Pas de forme particulière dans la mesure où il n'est autorisé que s'il existe un traitement prophylactique

	sa finalité. Le consentement mentionne la finalité de l'identification. Il est révocable sans forme et à tout moment. Art. L 1131-1 CSP : Toutefois, lorsqu'il est impossible de recueillir le consentement de cette personne ou, le cas échéant, de consulter la personne de confiance mentionnée à <u>l'article L. 1111-6</u>, la famille ou, à défaut, un de ses proches, l'examen ou l'identification peuvent être entrepris à des fins médicales, dans l'intérêt de la personne.	
Réutilisation des tissus prélevés lors d'une opération	Art. L1211-2 CSP : L'utilisation d'éléments et de produits du corps humain à une fin médicale ou scientifique autre que celle pour laquelle ils ont été prélevés ou collectés est possible, sauf opposition exprimée par la personne sur laquelle a été opéré ce prélèvement ou cette collecte, dûment informée au préalable de cette autre fin. Lorsque cette personne est un mineur ou un majeur sous tutelle, l'opposition est exercée par les titulaires de l'autorité parentale ou le tuteur. Il peut être dérogé à l'obligation d'information lorsque celle-ci se heurte à l'impossibilité de retrouver la personne concernée, ou lorsqu'un des comités consultatifs de protection des personnes mentionnés à l'article <u>L. 1123-1</u>, consulté par le responsable de la recherche, n'estime pas cette information nécessaire. Toutefois, ces dérogations ne sont pas admises lorsque les éléments initialement prélevés consistent en des tissus ou cellules germinaux. Dans ce dernier cas, toute utilisation pour une fin autre que celle du prélèvement initial est interdite en cas de décès de l'intéressé.	Art 5 L. Trans. : Le fait de consentir à subir une opération n'implique pas que l'on consente à une réutilisation des tissus prélevés lors de cette opération à des fins de transplantation. Il faut le consentement de la personne
Don d'organe par une personne décédée	Art. L 1232-1 CSP : Le prélèvement d'organes sur une personne dont la mort a été dûment constatée ne peut être effectué qu'à des fins thérapeutiques ou scientifiques. Ce prélèvement peut être pratiqué dès lors que la personne n'a pas fait connaître, de son vivant, son refus d'un tel prélèvement. Ce refus peut être exprimé par tout moyen, notamment par l'inscription sur un registre national automatisé prévu à	Art 8 L. Trans. : modèle du consentement au sens large. Le consentement de la personne est nécessaire. A défaut il faut demander aux proches l'opinion du défunt. A défaut pouvoir subsidiaire de décision des proches. A défaut de pouvoir les joindre pas de prélèvement.

	cet effet. Il est révocable à tout moment. Si le médecin n'a pas directement connaissance de la volonté du défunt, il doit s'efforcer de recueillir auprès des proches l'opposition au don d'organes éventuellement exprimée de son vivant par le défunt, par tout moyen, et il les informe de la finalité des prélèvements envisagés. Les proches sont informés de leur droit à connaître les prélèvements effectués.	
Mesures médicales préliminaires au prélèvement		Art 10 L. Trans. : avant le décès le consentement est nécessaire. Après le décès, possibilité de mettre en place des mesures jusqu'à connaissance de l'opinion de la personne.
Don d'organe par une personne vivante	Art. L 1231-1 CSP : Le prélèvement d'organes sur une personne vivante, qui en fait le don, ne peut être opéré que dans l'intérêt thérapeutique direct d'un receveur. Le donneur doit avoir la qualité de père ou mère du receveur. Par dérogation au premier alinéa, peuvent être autorisés à se prêter à un prélèvement d'organe dans l'intérêt thérapeutique direct d'un receveur son conjoint, ses frères ou soeurs, ses fils ou filles, ses grands-parents, ses oncles ou tantes, ses cousins germains et cousines germaines ainsi que le conjoint de son père ou de sa mère. Le donneur peut également être toute personne apportant la preuve d'une vie commune d'au moins deux ans avec le receveur ainsi que toute personne pouvant apporter la preuve d'un lien affectif étroit et stable depuis au moins deux ans avec le receveur. En cas d'incompatibilité entre la personne ayant exprimé l'intention de don et la personne dans l'intérêt de laquelle le prélèvement peut être opéré en vertu des premier ou deuxième alinéas, rendant impossible la greffe, le donneur et le receveur potentiels peuvent se voir proposer le recours à un don croisé d'organes.	Art 12 L. Trans. : exigence d'un consentement exprès et écrit. Découle de la liberté personnelle et constitue un fait justificatif. Il y a des restrictions liées à la nécessité de préserver la dignité la santé et la personnalité du donneur. Notamment l'intervention ne doit pas entrainer de risque sérieux pour sa vie ou sa santé, il ne doit pas exister, pour le receveur de méthode thérapeutique ayant une efficacité comparable. La personne doit être majeure et capable de discernement.

	Celui-ci consiste pour le receveur potentiel à bénéficier du don d'une autre personne ayant exprimé l'intention de don et également placée dans une situation d'incompatibilité à l'égard de la personne dans l'intérêt de laquelle le prélèvement peut être opéré en vertu des premier ou deuxième alinéas, tandis que cette dernière bénéficie du don du premier donneur. En cas de mise en œuvre d'un don croisé, les actes de prélèvement et de greffe sont engagés de façon simultanée respectivement sur les deux donneurs et sur les deux receveurs. L'anonymat entre donneur et receveur est respecté. Le donneur, préalablement informé par le comité d'experts mentionné à <u>l'article L. 1231-3</u> des risques qu'il encourt, des conséquences éventuelles du prélèvement et, le cas échéant, des modalités du don croisé, doit exprimer son consentement au don et, le cas échéant, au don croisé devant le président du tribunal de grande instance ou le magistrat désigné par lui, qui s'assure au préalable que le consentement est libre et éclairé et que le don est conforme aux conditions prévues aux premier, deuxième et, le cas échéant, troisième alinéas. En cas d'urgence vitale, le consentement est recueilli, par tout moyen, par le procureur de la République. Le consentement est révocable sans forme et à tout moment. L'autorisation de prélèvement sur une personne mentionnée au deuxième alinéa est délivrée, postérieurement à l'expression du consentement, par le comité d'experts mentionné à l'article L. 1231-3. Les prélèvements sur les personnes mentionnées au premier alinéa peuvent également, sauf en cas d'urgence vitale, être soumis à l'autorisation de ce comité lorsque le magistrat chargé de recueillir le consentement l'estime nécessaire. L'Agence de la biomédecine est informée, préalablement à sa réalisation, de tout prélèvement	

	d'organes à fins thérapeutiques sur une personne vivante. Le Gouvernement remet au Parlement tous les quatre ans un rapport sur l'application du présent article, et notamment les dérogations autorisées au titre de son deuxième alinéa.	
Don d'embryon surnuméraire	Art. L2151-5 CSP : Une recherche ne peut être menée qu'à partir d'embryons conçus in vitro dans le cadre d'une assistance médicale à la procréation et qui ne font plus l'objet d'un projet parental. La recherche ne peut être effectuée qu'avec le consentement écrit préalable du couple dont les embryons sont issus, ou du membre survivant de ce couple, par ailleurs dûment informés des possibilités d'accueil des embryons par un autre couple ou d'arrêt de leur conservation. A l'exception des situations mentionnées au dernier alinéa de l'article L. 2131-4 et au troisième alinéa de l'article L. 2141-3, le consentement doit être confirmé à l'issue d'un délai de réflexion de trois mois. Le consentement des deux membres du couple ou du membre survivant du couple est révocable sans motif tant que les recherches n'ont pas débuté	Art 40 L. Trans. : le consentement libre et éclairé du couple doit être donné par écrit (à des fins de transplantation)
Recherche sur l'être humain	Art. L 1122-1-1 CSP : consentement libre, éclairé et écrit pour les recherches interventionnelles Recherches interventionnelles avec risques et contraintes minimales consentement libre éclairé exprès Recherches observationnelles : simple droit d'opposition.	Art 7 LRH et 16 LRH : Consentement libre et éclairé. Le droit de refuser de participer et de retirer son consentement découlent du droit à l'autodétermination. En principe le consentement doit être formulé par écrit. Le Conseil fédéral a compétence pour prévoir des exceptions au principe du consentement écrit. La personne bénéficie d'un délai de réflexion déterminé selon le projet de recherche. Limites au principe du consentement libre et éclairé : - Art 18 LRH : consentement après information partielle si trois conditions sont réunies : des raisons méthodologiques l'imposent ; les risques et contraintes sont minimaux ; la personne est informée a posteriori de manière suffisante ; elle peut a posteriori consentir ou refuser son consentement. Si elle

		refuse les données ou le matériel ne peuvent être utilisés. - Art 30 LRH : recherche en situation d'urgence. Nécessité de respecter la volonté présumée de la personne. - Art 31 LRH : Consentement a posteriori ou par substitution (notamment en cas d'urgence ou de personne incapable de discernement). Dès lors que la personne est à nouveau en mesure de donner son consentement, elle doit consentir ou refuser. Si elle refuse, les données ou le matériel biologiques ne peuvent plus être utilisés.
Recherche sur le corps d'une personne décédée	Art. L 1121-14 CSP : Aucune recherche biomédicale ne peut être effectuée sur une personne décédée, en état de mort cérébrale, sans son consentement exprimé de son vivant ou par le témoignage de sa famille. Toutefois, lorsque la personne décédée est un mineur, ce consentement est exprimé par chacun des titulaires de l'autorité parentale. En cas d'impossibilité de consulter l'un des titulaires de l'autorité parentale, la recherche peut être effectuée à condition que l'autre titulaire y consente. <u>Les dispositions de l'article 225-17 du code pénal</u> ne sont pas applicables à ces recherches.	Art 36 LRH : modèle du consentement au sens large. La recherche sur le corps d'une personne décédée nécessite son consentement donné de son vivant. Cela découle de son droit à l'autodétermination. Si aucun document n'atteste de son consentement le consentement peut être donné de manière subsidiaire par les proches ou la personne de confiance. Si la personne est décédée depuis plus de 70 ans, la recherche est possible sans le consentement sauf si les proches manifestent leur désaccord.
Recherche dans le cadre d'une autopsie ou d'une transplantation	Art. L 1211-2 CSP : Les autopsies sont dites médicales lorsqu'elles sont pratiquées, en dehors du cadre de mesures d'enquête ou d'instruction diligentées lors d'une procédure judiciaire, dans le but d'obtenir un diagnostic sur les causes du décès. Elles doivent être pratiquées conformément aux exigences de recherche du consentement ainsi qu'aux autres conditions prévues au chapitre II du titre III du présent livre. Toutefois, à titre exceptionnel, elles peuvent être réalisées malgré l'opposition de la personne décédée, en cas de nécessité impérieuse pour la santé publique et en l'absence d'autres procédés permettant d'obtenir une certitude diagnostique sur les causes de la mort. Un arrêté du ministre chargé de la santé précise les pathologies et les situations	Art 38 LRH : si dans le cadre d'une autopsie ou d'une transplantation des substances sont prélevées, une quantité minimale peut être utilisée sous forme anonymisée à des fins de recherche sans qu'un consentement soit nécessaire. Toutefois, aucun document ne doit attester du refus de la personne concernée.

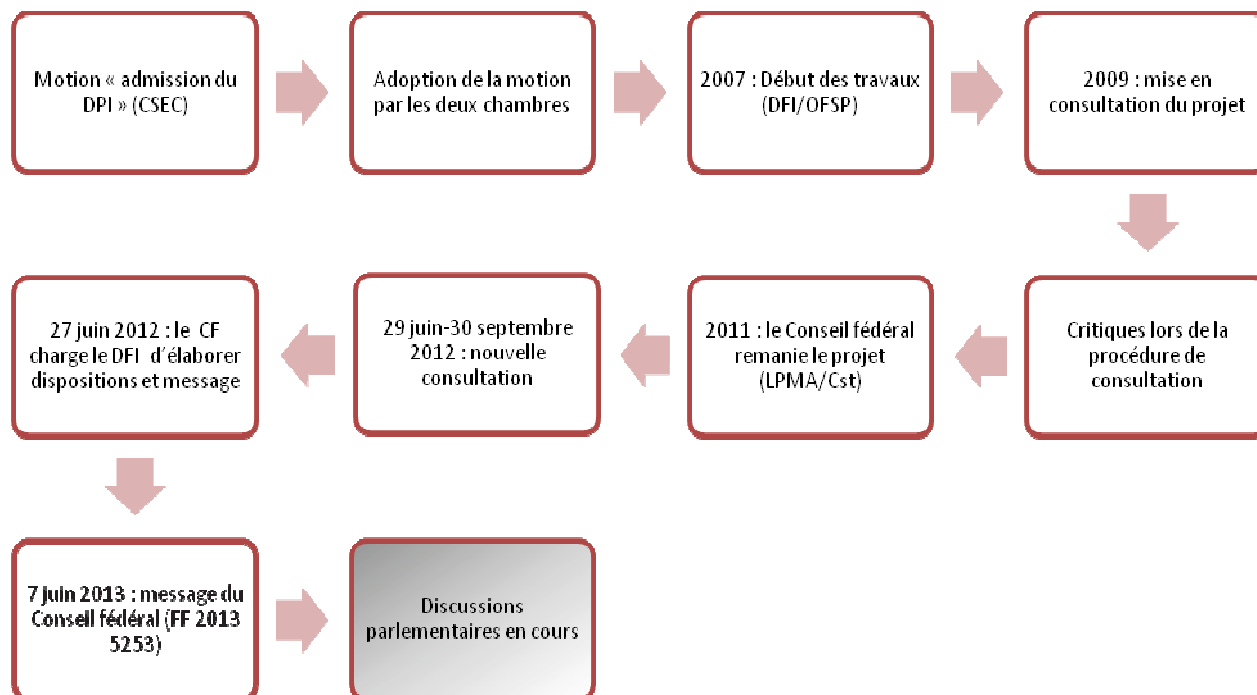
	justifiant la réalisation des autopsies médicales dans ces conditions.	
Procréation médicalement assistée (accès)	Art. L 2141-2 CSP L'homme et la femme formant le couple doivent être vivants, en âge de procréer et consentir préalablement au transfert des embryons ou à l'insémination. Font obstacle à 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, ainsi que la révocation par écrit du consentement par l'homme ou la femme auprès du médecin chargé de mettre en oeuvre l'assistance médicale à la procréation.	Art 7 LPMA : consentement écrit du couple.
Conservation des embryons en vue d'une PMA	Art. L 2141-3 CSP : Un embryon ne peut être conçu in vitro que dans le cadre et selon les objectifs d'une assistance médicale à la procréation telle que définie à <u>l'article L. 2141-1</u>. Il ne peut être conçu avec des gamètes ne provenant pas d'un au moins des membres du couple. Compte tenu de l'état des techniques médicales, les membres du couple peuvent consentir par écrit à ce que soit tentée la fécondation d'un nombre d'ovocytes pouvant rendre nécessaire la conservation d'embryons, dans l'intention de réaliser ultérieurement leur projet parental. Dans ce cas, ce nombre est limité à ce qui est strictement nécessaire à la réussite de l'assistance médicale à la procréation, compte tenu du procédé mis en œuvre. Une information détaillée est remise aux membres du couple sur les possibilités de devenir de leurs embryons conservés qui ne feraient plus l'objet d'un projet parental. Les membres du couple peuvent consentir par écrit à ce que les embryons, non susceptibles d'être transférés ou conservés, fassent l'objet d'une recherche dans les conditions prévues à <u>l'article L. 2151-5</u>. Un couple dont des embryons ont été conservés ne peut bénéficier d'une nouvelle tentative de fécondation in vitro avant le transfert de ceux-ci sauf si un problème de qualité affecte ces	Art 17 LPMA : actuellement interdite

	embryons. 2141-4 : I.-Les deux membres du couple dont des embryons sont conservés sont consultés chaque année par écrit sur le point de savoir s'ils maintiennent leur projet parental. II.-S'ils n'ont plus de projet parental ou en cas de décès de l'un d'entre eux, les deux membres d'un couple, ou le membre survivant, peuvent consentir à ce que : 1° Leurs embryons soient accueillis par un autre couple dans les conditions fixées aux <u>articles L. 2141-5 et L. 2141-6</u> ; 2° Leurs embryons fassent l'objet d'une recherche dans les conditions prévues à <u>l'article L. 2151-5</u> ou, dans les conditions fixées par cet article et <u>l'article L. 1125-1</u>, à ce que les cellules dérivées à partir de ceux-ci entrent dans une préparation de thérapie cellulaire à des fins exclusivement thérapeutiques ; 3° Il soit mis fin à la conservation de leurs embryons. Dans tous les cas, le consentement ou la demande est exprimé par écrit et fait l'objet d'une confirmation par écrit après un délai de réflexion de trois mois. En cas de décès de l'un des membres du couple, le membre survivant ne peut être consulté avant l'expiration d'un délai d'un an à compter du décès, sauf initiative anticipée de sa part. III.-Dans le cas où l'un des deux membres du couple consultés à plusieurs reprises ne répond pas sur le point de savoir s'il maintient ou non son projet parental, il est mis fin à la conservation des embryons si la durée de celle-ci est au moins égale à cinq ans. Il en est de même en cas de désaccord des membres du couple sur le maintien du projet parental ou sur le devenir des embryons. IV.-Lorsque les deux membres d'un couple, ou le membre survivant, ont consenti, dans les conditions prévues aux articles L. 2141-5 et L. 2141-6, à	

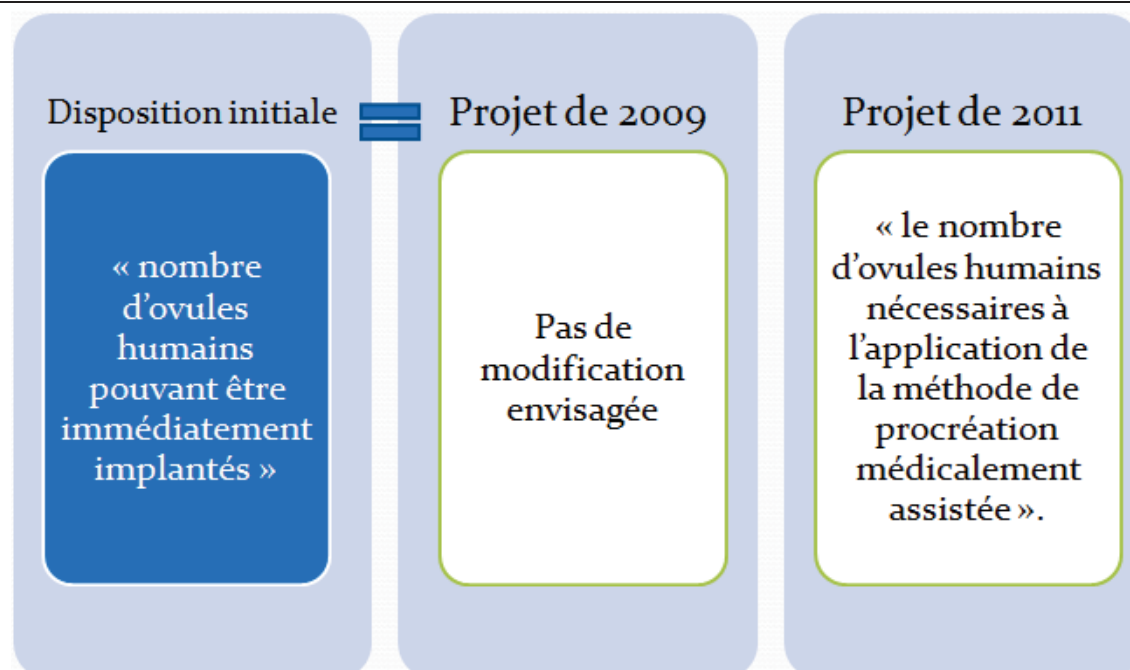
	l'accueil de leurs embryons et que ceux-ci n'ont pas été accueillis dans un délai de cinq ans à compter du jour où ce consentement a été exprimé par écrit, il est mis fin à la conservation de ces embryons.	
Don de gamètes	Art. L 1244-2 CSP : Le donneur doit avoir procréé. Le consentement des donneurs et, s'ils font partie d'un couple, celui de l'autre membre du couple sont recueillis par écrit et peuvent être révoqués à tout moment jusqu'à l'utilisation des gamètes. Il en est de même du consentement des deux membres du couple receveur. Lorsqu'il est majeur, le donneur peut ne pas avoir procréé. Il se voit alors proposer le recueil et la conservation d'une partie de ses gamètes ou de ses tissus germinaux en vue d'une éventuelle réalisation ultérieure, à son bénéfice, d'une assistance médicale à la procréation, dans les conditions prévues au titre IV du livre Ier de la deuxième partie. Ce recueil et cette conservation sont subordonnés au consentement du donneur.	Art. 18 LPMA : don de sperme uniquement, consentement écrit.

ANNEXE 7 : LA RÉVISION DE LA LPMA : ADMISSION ET RÉGLEMENTATION DU DPI

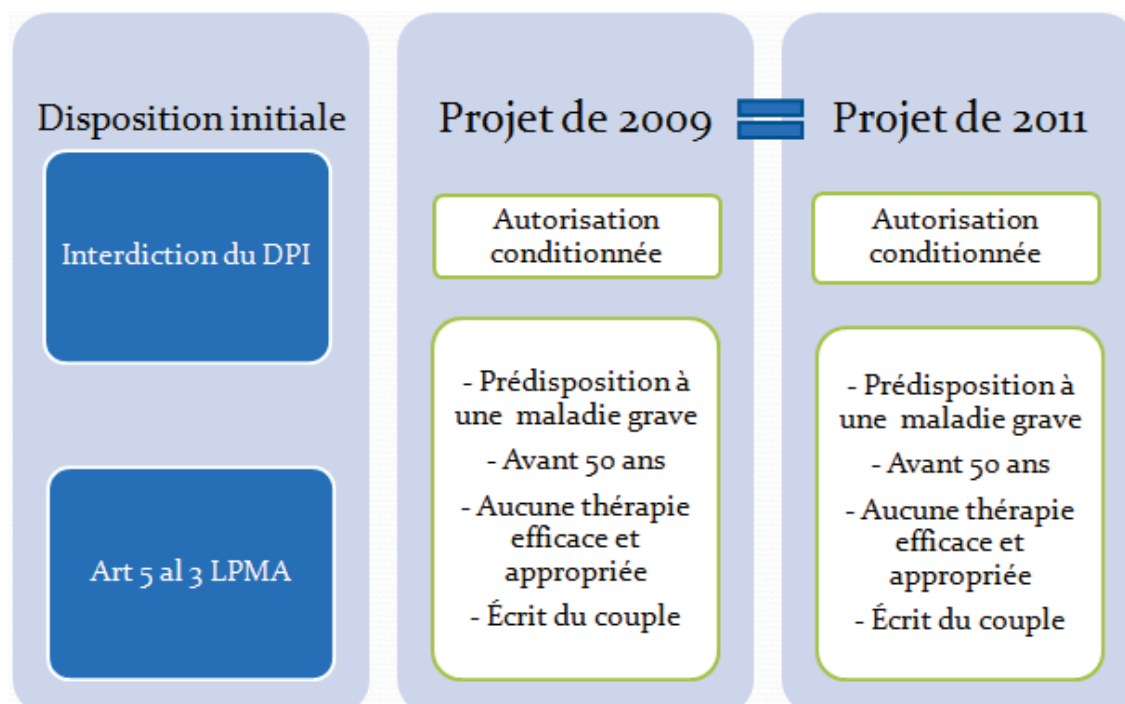
Chronologie des travaux parlementaires relatifs à la révision de la LPMA



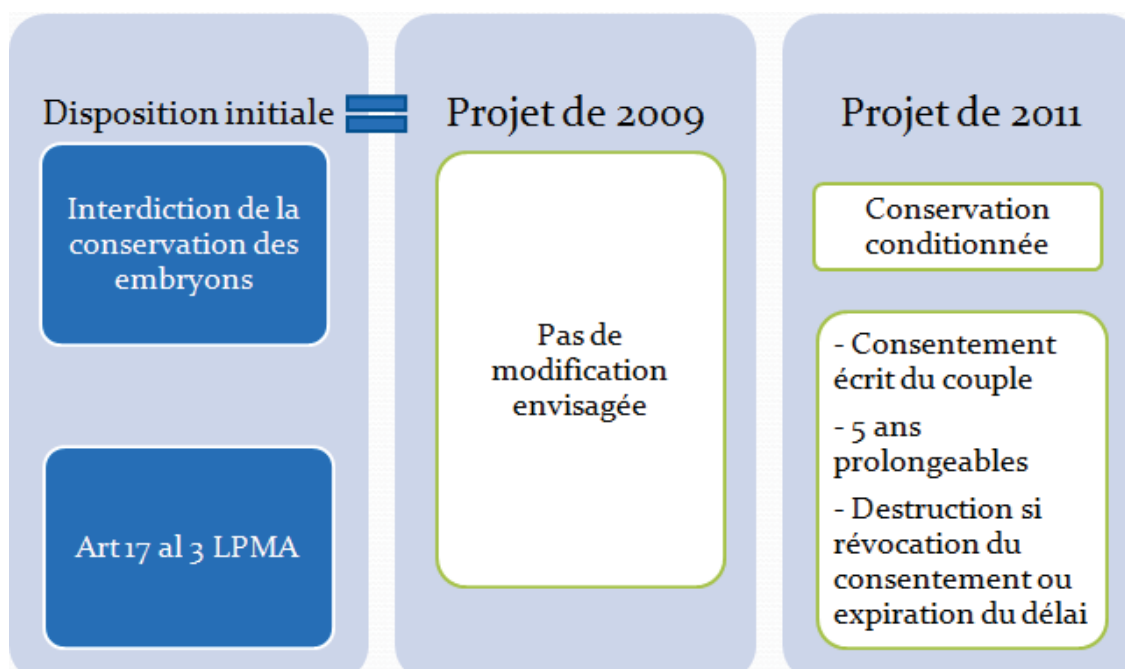
Modification de l'art. 119 Cst féd. : comparaison entre le projet de 2009 et le projet de 2011



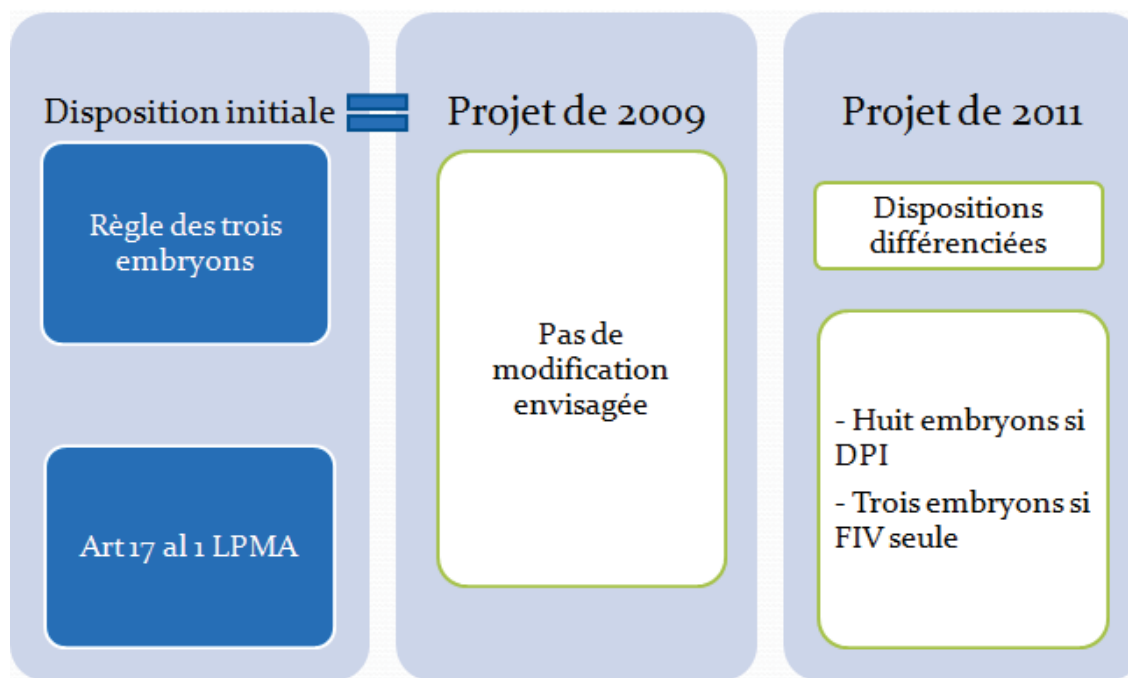
Les indications du DPI dans la LPMA : comparaison du projet de 2009 et du projet de 2011



La conservation des embryons : comparaison du projet de 2009 et du projet de 2011



Nombre d'ovules pouvant être développés au stade d'embryons : comparaison du projet de 2009 et du projet de 2011



ANNEXE 8 : DÉLAIS D'ATTENTE POUR UN DON D'OVULES EN FRANCE

Source : IGAS, *État des lieux et perspectives du don d'ovocytes en France*, Par MM. Pierre ABALLEA, Jérôme GUEDJ et Mme Anne BURSTIN, Tome II, Février 2011, p. 24.

Tableau 3 : Délais d'attente d'une FIV, déclarés par les centres de la fédération des CECOS selon la présence ou l'absence de donneuse présentée par le couple receveur

Région	Centres	délai d'attente sans donneuse	délai d'attente avec donneuse
Alsace	Strasbourg	3 ans	24 mois
Aquitaine	Bordeaux	18 à 20 mois	idem
Auvergne	Clermont	20 mois	14 mois
Bourgogne	DIJON		
Bretagne	Rennes	18 mois	12 mois
Centre	TOURS	12 à 36 mois	12 à 18 mois
Champagne - Ardennes	Reims	Nd.	Nd.
Franche-Comté	Besançon	Nd.	Nd.
Ile de France	Cochin-Saint-Vincent de Paul	2,5 ans	12 mois
Ile de France	Jean Verdier	2 ans	12 mois
Ile de France	Tenon	4 ans	12 mois
Ile de France	Sèvres	2 ans	1 an
Midi -Pyrénées	Montpellier	3-4 ans	1 an
Nord-Pas de Calais	Lille	2 ans	6 mois
PACA	Nice	5 ans	16 mois
Picardie	Amiens	3ans	1 an
Rhône-Alpes	Grenoble	18 mois	18 mois

Source : Fédération des CECOS, données sur 17 centres année 2009

ANNEXE 9 : L'ABSENCE D'HOMOGENÉITÉ DU VOCABULAIRE DANS LE CSP

L 1110-4 CSP : En cas de diagnostic ou de pronostic grave, le secret médical ne s'oppose pas à ce que la famille ou les proches de la personne malade ou la personne de confiance définie à l'article L. 1111-6 reçoivent les informations nécessaires destinées à leur permettre d'apporter un soutien direct à celle-ci, sauf opposition de sa part. Seul un médecin est habilité à délivrer, ou à faire délivrer sous sa responsabilité, ces informations.

L 1110-5 CSP : 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.

L 1111-13 CSP : 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.

L 1131-1 CSP (issu de la loi du 7 juillet 2011) : Toutefois, lorsqu'il est impossible de recueillir le consentement de cette personne ou, le cas échéant, de consulter la personne de confiance mentionnée à l'article L. 1111-6, la famille ou, à défaut, un de ses proches, l'examen ou l'identification peuvent être entrepris à des fins médicales, dans l'intérêt de la personne.

L 1131-1 CSP (issu de la loi Jardé) : Lorsque la personne est un mineur ou un majeur en tutelle, l'opposition est exprimée par les titulaires de l'autorité parentale ou le tuteur. Lorsque la personne est un majeur hors d'état d'exprimer son consentement et ne faisant pas l'objet d'une tutelle, l'opposition est exprimée par la personne de confiance prévue à l'article L. 1111-6, à défaut de celle-ci, par la famille ou, à défaut, par une personne entretenant avec l'intéressé des liens étroits et stables.

L 1111-4 CSP : Lorsque la personne est hors d'état d'exprimer sa volonté, aucune intervention ou investigation ne peut être réalisée, sauf urgence ou impossibilité, sans que la personne de confiance prévue à l'article L. 1111-6, ou la famille, ou à défaut, un de ses proches ait été consulté.

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.

L 1111-12 CSP : 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

L 1122-1-2 CSP : En cas de recherches biomédicales à mettre en œuvre dans des situations d'urgence qui ne permettent pas de recueillir le consentement préalable de la personne qui y sera soumise, le protocole présenté à l'avis du comité mentionné à l'article L. 1123-1 peut prévoir que le consentement de cette personne n'est pas recherché et que seul est sollicité celui des membres de sa famille ou celui de la personne de confiance mentionnée à l'article L. 1111-6 dans les conditions prévues à l'article L. 1122-1-1, s'ils sont présents. L'intéressé est informé dès que possible et son consentement lui est demandé pour la poursuite éventuelle de cette recherche. Il peut également s'opposer à l'utilisation des données le concernant dans le cadre de cette recherche.

L 3211-11-1 CSP : 1° Sous la forme de sorties accompagnées n'excédant pas douze heures. Les personnes malades

sont accompagnées par un ou plusieurs membres du personnel de l'établissement d'accueil, par un membre de leur famille [ou] par la personne de confiance qu'elles ont désignée en application de l'article L. 1111-6 du présent code, pendant toute la durée de la sortie

L 1110-11 CSP : Des bénévoles, formés à l'accompagnement de la fin de vie et appartenant à des associations qui les sélectionnent, peuvent, avec l'accord de la personne malade ou de ses proches et sans interférer avec la pratique des soins médicaux et paramédicaux, apporter leur concours à l'équipe de soins en participant à l'ultime accompagnement du malade et en confortant l'environnement psychologique et social de la personne malade et de son entourage.

L 1161-1 CSP : Dans le cadre des programmes ou actions définis aux articles L. 1161-2 et L. 1161-3, tout contact direct entre un malade et son entourage et une entreprise se livrant à l'exploitation d'un médicament ou une personne responsable de la mise sur le marché d'un dispositif médical ou d'un dispositif médical de diagnostic in vitro est interdit.

L 1161-5 CSP : Il ne peut y avoir de contact direct entre l'entreprise et le patient ou, le cas échéant, ses proches ou ses représentants légaux.

La mise en œuvre du programme d'apprentissage est subordonnée au consentement écrit du patient ou de ses représentants légaux.

ANNEXE 10 : LES QUATRE UTILISATIONS DU TERME DE « PROCHES » EN DROIT FÉDÉRAL SUISSE

Les « proches » dans le Code civil

Type d'utilisation du terme de « proches »	Articles correspondants
Les proches sont mentionnés seuls, sans qu'il ne soit fait référence à la famille	Art. 368 CCS : « Si les intérêts du mandant sont compromis ou risquent de l'être, l'autorité de protection de l'adulte prend les mesures nécessaires d'office ou sur requête d'un proche du mandant » ; Art. 373 CCS : « Tout proche du patient peut en appeler par écrit à l'autorité de protection de l'adulte (...) » ; Art. 376 CCS : « Si les intérêts de la personne incapable de discernement sont compromis ou risquent de l'être, l'autorité de protection de l'adulte retire, en tout ou en partie, le pouvoir de représentation au conjoint ou au partenaire enregistré ou institue une curatelle, d'office ou sur requête d'un proche » ; Art. 381 CCS : « Elle agit d'office (l'autorité de protection de l'adulte) ou à la demande du médecin ou d'une autre personne proche de la personne incapable de discernement » ; Art. 385 CCS : « La personne concernée ou l'un de ses proches peut, en tout temps, en appeler par écrit à l'autorité de protection de l'adulte au siège de l'institution contre la mesure limitant la liberté de mouvement » ; Art. 390 CCS : « Elle institue une curatelle d'office ou à la requête de la personne concernée ou d'un proche » ; Art. 399 CCS : « L'autorité de protection de l'adulte lève la curatelle si elle n'est plus justifiée, d'office ou à la requête de la personne concernée ou de l'un de ses proches » ; Art. 419 CCS : « La personne concernée, l'un de ses proches ou toute personne qui a un intérêt juridique peut en appeler à l'autorité de protection de l'adulte contre les actes ou les omissions du curateur, ou ceux du tiers ou de l'office mandatés par l'autorité de protection de l'adulte » ; Art. 423 CCS : « La personne concernée ou l'un de ses proches peut demander que le curateur soit libéré de ses fonctions » ; Art. 426 CCS : « La personne concernée ou l'un de ses proches peut demander sa libération en tout temps » ; Art. 430 CCS : « Dans la mesure du possible, le médecin communique par écrit la décision de placer la personne dans une institution à l'un de ses proches et l'informe de la possibilité de recourir contre cette décision » ; Art. 450 CCS : « Ont qualité pour recourir (...) les proches de la personne concernée ».
Il est fait référence à « la famille ou d'autres proches »	Art. 389 CCS : « L'autorité de protection de l'adulte ordonne une mesure : (...) lorsque l'appui fourni à la personne ayant besoin d'aide par les membres de sa famille ou par d'autres proches ou par des services privés ou publics ne suffit pas ou semble a priori insuffisant » ; Art. 401 CCS : « L'autorité de protection de l'adulte prend autant que possible en considération les souhaits des membres de la famille ou d'autres proches ».
Les « proches » sont mentionnés par opposition aux « tiers »	Art. 390 CCS : « L'autorité de protection de l'adulte prend en considération la charge que la personne concernée représente pour ses proches et pour les tiers ainsi que leur besoin de protection » ; Art. 426 CCS : « La charge que la personne concernée représente pour ses proches et pour des tiers ainsi que leur protection sont prises en considération ».
Le terme de « proches » englobe à la fois des rapports de faits et de droit	Art. 420 CCS : « Lorsque la curatelle est confiée au conjoint, au partenaire enregistré, aux père et mère, à un descendant, à un frère ou une sœur de la personne concernée ou à la personne menant de fait une vie de couple avec elle, l'autorité de protection de l'adulte peut, si les circonstances le justifient, les dispenser en totalité ou en partie de l'obligation de remettre un inventaire, d'établir des rapports et des comptes périodiques et de requérir son consentement pour certains actes ». Cet article est inséré dans un chapitre VIII intitulé : « De la curatelle confiée à des proches ».

Les « proches » dans les lois fédérales suisses relatives à la santé

Les proches sont mentionnés seuls sans qu'il ne soit fait référence à la famille	Art. 24 al. 1 let. b LRH : « Un projet de recherche avec bénéfice direct escompté ne peut être réalisé sur des adultes incapables de discernement qu'aux conditions suivantes : (...) en l'absence de document attestant le consentement de la personne concernée, son représentant légal, une personne de confiance ou ses proches ont donné leur consentement éclairé par écrit » ; Art. 32 al. 1 LRH : « Le matériel biologique et les données génétiques peuvent être réutilisées pour un projet de recherche sous une forme non codée lorsque la personne concernée ou, le cas échéant, son représentant légal ou ses proches ont donné leur consentement éclairé » ; Art. 32 al. 2 LRH : « Le matériel biologique et les données génétiques peuvent être réutilisés à des fins de recherche sous une forme codée lorsque la personne concernée ou, le cas échéant, son représentant légal ou ses proches ont donné leur consentement éclairé » ; Art. 32 al. 3 LRH : « Le matériel biologique et les données génétiques peuvent être anonymisées à des fins de recherche lorsque la personne concernée ou, le cas échéant, son représentant légal ou ses proches ne s'y sont pas opposés après avoir été informés » ; Art. 33 al. 1 LRH : « Les données personnelles non génétiques liées à la santé peuvent être réutilisées à des fins de recherche sous une forme non codée lorsque la personne ou, le cas échéant, son représentant légal ou ses proches ont donné leur consentement éclairé » ; Art. 33 al. 2 LRH : « Les données personnelles non génétiques liées à la santé peuvent être réutilisées à des fins de recherche sous une forme codée lorsque la personne concernée ou, le cas échéant, son représentant légal ou ses proches ne s'y sont pas opposés après avoir été informés » ; Art. 36 al. 2 LRH : « En l'absence de document attestant le consentement ou le refus de la personne décédée, le corps ou des parties de celui-ci peuvent être utilisées à des fins de recherche avec le consentement des proches ou d'une personne de confiance désignée, de son vivant, par la personne décédée » ; Art. 36 al. 3 LRH : « Le consentement donné par les proches ou la personne de confiance est régi par l'art. 8 de la loi du 8 octobre 2004 sur la transplantation » ; Art. 36 al. 4 LRH : « La recherche sur le corps d'une personne décédée plus de 70 ans auparavant peut être pratiquée sans le consentement visé à l'al. 2. Cependant, elle ne peut pas être pratiquée si des proches manifestent leur désaccord » ; Art. 8 al. 2 LTrans : « En l'absence de tout document attestant le consentement ou le refus de la personne décédée, il est demandé aux proches s'ils ont connaissance d'une déclaration de don » ; Art. 8 al. 3 LTrans : « Si les proches n'ont pas connaissance d'une telle déclaration, un prélèvement d'organes, de tissus ou de cellules ne peut être effectué que s'ils y consentent » ; Art. 8 al. 4 LTrans : « Si la personne décédée n'a pas de proches ou qu'il n'est pas possible de se mettre en rapport avec eux, il est interdit de procéder à un prélèvement » ; Art. 8 al. 5 LTrans : « La volonté de la personne décédée prime celle des proches » ; Art. 8 al. 6 LTrans : « S'il est prouvé que la personne décédée a délégué à une personne de confiance la compétence de prendre une décision concernant un prélèvement d'organes, de tissus ou de cellules, cette dernière agit en lieu et place des proches » ; Art. 8 al. 8 LTrans : « Le Conseil fédéral définit le cercle des proches » ; Art. 10 al. 3 LTrans : « En l'absence d'une telle déclaration de don, de telles mesures (mesures médicales préliminaires) peuvent être prises après le décès du patient en attendant que la décision des proches soit connue » ; Art. 53 LTrans : « La Confédération peut organiser ou soutenir des programmes de perfectionnement professionnel et de formation continue préparant le personnel médical à prendre en charge de manière appropriée les donneurs ainsi que leurs proches » ; Art. 56 al. 3 LTrans : « Le coordinateur local veille notamment à ce que : les donneurs et leurs proches soient pris en charge de manière appropriée » ; Art. 8 let. g LPMéd : « Les personnes ayant terminé leurs études de médecine humaine, de médecine dentaire ou de chiropratique doivent : (...) comprendre les patients en tant qu'individus ainsi que leur environnement social et accéder à leurs requêtes ainsi qu'à celles de leurs proches » ; Art. 17 al. 2 let. b LPMéd : « Elle (la formation postgrade) doit notamment les (les personnes ayant suivi la formation) rendre aptes à : (...) respecter la dignité humaine dans le traitement des patients comme dans le contact avec les proches de ce dernier » ; Art. 3 c al. 1 let. b LStup : « Les services de l'administration et les professionnels œuvrant dans le domaine de l'éducation, de l'action sociale, de la santé, de la justice et de la police peuvent annoncer aux institutions de traitement ou aux services d'aide sociale compétents les cas de personnes souffrant de troubles liés à l'addiction ou présentant des risques de troubles, notamment s'il s'agit d'enfants ou de jeunes, lorsque les conditions suivantes sont remplies : (...) un danger considérable menace la personne concernée, ses proches ou la collectivité ».

ANNEXE 11 : LES ACTES MÉDICAUX SUR LE MINEUR EN DROIT FRANÇAIS ET EN DROIT SUISSE

Domaine concerné	France		Suisse	
	Source	Texte	Source	Texte
Information	L 1111-2 CSP	Les droits des mineurs ou des majeurs sous tutelle mentionnés au présent article sont exercés, selon les cas, par les titulaires de l'autorité parentale ou par le tuteur. Ceux-ci reçoivent l'information prévue par le présent article, sous réserve des dispositions de l'article <u>L. 1111-5</u> . Les intéressés ont le droit de recevoir eux-mêmes une information et de participer à la prise de décision les concernant, d'une manière adaptée soit à leur degré de maturité s'agissant des mineurs, soit à leurs facultés de discernement s'agissant des majeurs sous tutelle.	CCS - protection de la personnalité	Si l'enfant a la capacité de discernement il est seul destinataire de l'information et il est le maître du secret. (l'influence des droits de l'enfant sur la pratique médicale) Les parents ont un droit à l'information mais ce droit est limité par le secret médical lorsque le mineur est capable de discernement.
Accès au dossier médical	L 1111-7 CSP	Sous réserve de l'opposition prévue à l'article <u>L. 1111-5</u> , dans le cas d'une personne mineure, le droit d'accès est exercé par le ou les titulaires de l'autorité parentale. A la demande du mineur, cet accès a lieu par l'intermédiaire d'un médecin.	8 LPD	Le maître du fichier peut communiquer à la personne concernée des données sur sa santé par l'intermédiaire d'un médecin qu'elle a désigné. Si mineur capable de discernement il faut le consentement pour que ses parents y accèdent. Si le mineur est capable de discernement il accède seul au dossier médical
Secret médical	L 1111-5 CSP	Par dérogation à l'article <u>371-2 du code civil</u> , le médecin peut se dispenser d'obtenir le consentement du ou des titulaires de l'autorité parentale sur les décisions médicales à prendre lorsque le traitement ou l'intervention s'impose pour sauvegarder la santé d'une personne mineure, dans le cas où cette dernière s'oppose expressément à la consultation du ou des titulaires de l'autorité parentale afin de garder le secret sur son état de santé.	CCS - protection de la personnalité	Le secret médical est garanti même vis-à-vis des parents lorsque le mineur est capable de discernement.
Consentement aux soins	L 1111-4 CSP	Le consentement du mineur ou du majeur sous tutelle doit être systématiquement recherché s'il est apte à exprimer sa volonté et à participer à la décision.	CCS - protection de la personnalité	Le consentement fait partie des droits strictement personnels que le patient exerce lui-même s'il est capable de discernement.
	L 1111-5 CSP	Par dérogation à l'article <u>371-2 du code civil</u> , le médecin peut se		

		dispenser d'obtenir le consentement du ou des titulaires de l'autorité parentale sur les décisions médicales à prendre lorsque le traitement ou l'intervention s'impose pour sauvegarder la santé d'une personne mineure, dans le cas où cette dernière s'oppose expressément à la consultation du ou des titulaires de l'autorité parentale afin de garder le secret sur son état de santé. Toutefois, le médecin doit dans un premier temps s'efforcer d'obtenir le consentement du mineur à cette consultation. Dans le cas où le mineur maintient son opposition, le médecin peut mettre en oeuvre le traitement ou l'intervention. Dans ce cas, le mineur se fait accompagner d'une personne majeure de son choix. Lorsqu'une personne mineure, dont les liens de famille sont rompus, bénéficie à titre personnel du remboursement des prestations en nature de l'assurance maladie et maternité et de la couverture complémentaire mise en place par la <u>loi n° 99-641 du 27 juillet 1999</u> portant création d'une couverture maladie universelle, son seul consentement est requis.		
IVG	L. 2212-4 CSP	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.	119 CP	Le consentement du représentant légal de la femme enceinte est requis si elle est incapable de discernement.
IMG	L. 2213-1 CSP	L'interruption volontaire d'une grossesse peut, à toute époque, être pratiquée si deux médecins membres d'une équipe pluridisciplinaire attestent, après que cette équipe a rendu son avis consultatif, soit que la poursuite de la grossesse met en péril grave la santé de la femme, soit qu'il existe une forte probabilité que l'enfant à naître soit atteint d'une affection d'une particulière gravité reconnue comme incurable au moment du diagnostic.	119 CP	Le consentement du représentant légal de la femme enceinte est requis si elle est incapable de discernement.

		Aucune précision sur la mineure		
Contraception	L 2311-4 CSP	Les centres de planification ou d'éducation familiale sont autorisés à délivrer, à titre gratuit, des médicaments, produits ou objets contraceptifs, aux mineurs désirant garder le secret ainsi qu'aux personnes ne bénéficiant pas de prestations maladie, assurées par un régime légal ou réglementaire. Dans ces cas, les frais d'examens de biologie médicale ordonnés en vue de prescriptions contraceptives sont supportés par les centres de planification ou d'éducation familiale.	CCS - protection de la personnalité et 120 ch 1 CP	La mineure capable de discernement peut recourir au planning familial et se voir remettre des moyens anticonceptionnels.
	L 5134-1 CSP	I.-Le consentement des titulaires de l'autorité parentale ou, le cas échéant, du représentant légal n'est pas requis pour la prescription, la délivrance ou l'administration de contraceptifs aux personnes mineures. La délivrance aux mineures des médicaments ayant pour but la contraception d'urgence et qui ne sont pas soumis à prescription médicale obligatoire s'effectue à titre gratuit dans les pharmacies selon des conditions définies par décret. Dans les établissements d'enseignement du second degré, si un médecin, une sage-femme ou un centre de planification ou d'éducation familiale n'est pas immédiatement accessible, les infirmiers peuvent, à titre exceptionnel et en application d'un protocole national déterminé par décret, dans les cas d'urgence et de détresse caractérisés, administrer aux élèves mineures et majeures une contraception d'urgence. Ils s'assurent de l'accompagnement psychologique de l'élève et veillent à la mise en œuvre d'un suivi médical. II.-Les contraceptifs intra-utérins ainsi que les diaphragmes et les capes ne peuvent être délivrés que sur prescription d'un médecin ou d'une sage-femme et uniquement en pharmacie ou dans les centres de planification ou d'éducation familiale mentionnés à l'article <u>L. 2311-4</u>. La première pose du diaphragme ou de la cape doit être faite par un médecin ou une sage-		

		femme. L'insertion des contraceptifs intra-utérins ne peut être pratiquée que par un médecin ou une sage-femme. Elle est faite soit au lieu d'exercice du praticien, soit dans un établissement de santé ou dans un centre de soins agréé. III.-Les sages-femmes sont habilitées à prescrire les contraceptifs locaux et les contraceptifs hormonaux. Dans les services de médecine de prévention des universités, la délivrance de médicaments ayant pour but la contraception d'urgence, s'effectue dans des conditions définies par décret. Les infirmiers exerçant dans ces services peuvent procéder à la délivrance et l'administration de ces médicaments. Ces services s'assurent de l'accompagnement psychologique de l'étudiant et veillent à la mise en œuvre d'un suivi médical.		
Stérilisation	L 2123-1 CSP	La ligature des trompes ou des canaux déférents à visée contraceptive ne peut être pratiquée sur une personne mineure.	3 L. Ster.	La stérilisation d'une personne âgée de moins de 18 ans est interdite. L'art. 7 est réservé.
			7 L. Ster.	1 La stérilisation d'une personne âgée de plus de 16 ans et durablement incapable de discernement est interdite, sous réserve des conditions prévues à l'al. 2. 2 Elle est exceptionnellement autorisée aux conditions suivantes: a. elle est pratiquée, toutes circonstances considérées, dans l'intérêt de la personne concernée; b. la conception et la naissance d'un enfant ne peuvent pas être empêchées par d'autres méthodes de contraception appropriées ou la stérilisation volontaire du partenaire capable de discernement; c. la conception et la naissance d'un enfant sont à prévoir; d. la séparation d'avec l'enfant après la naissance est inévitable parce que les responsabilités parentales ne peuvent pas être exercées ou parce qu'une

				grossesse mettrait sérieusement en danger la santé de la femme; e. la personne concernée n'a aucune chance d'acquiescer la capacité de discernement; f. le mode d'opération choisi est celui dont la probabilité de réversibilité est la plus élevée; g. l'autorité tutélaire de surveillance a donné son autorisation conformément à l'art. 8.
Don d'organes vivo	L 1231-2 CSP	Aucun prélèvement d'organes, en vue d'un don, ne peut avoir lieu sur une personne vivante mineure	13 L. Trans.	1 Il ne peut être prélevé d'organes, de tissus ou de cellules sur des personnes mineures ou incapables de discernement.
Don d'organes <i>post mortem</i>	L 1232-2 CSP	Si la personne décédée était un mineur ou un majeur sous tutelle, le prélèvement à l'une ou plusieurs des fins mentionnées à l'article <u>L. 1232-1</u> ne peut avoir lieu qu'à la condition que chacun des titulaires de l'autorité parentale ou le tuteur y consente par écrit. Toutefois, en cas d'impossibilité de consulter l'un des titulaires de l'autorité parentale, le prélèvement peut avoir lieu à condition que l'autre titulaire y consente par écrit.	8 L. Trans.	Toute personne âgée de 16 ans est habilitée à faire une déclaration de don.
Don de tissus	L1241-2 CSP	Aucun prélèvement de tissus ou de cellules, aucune collecte de produits du corps humain en vue de don ne peut avoir lieu sur une personne vivante mineure ou sur une personne vivante majeure faisant l'objet d'une mesure de protection légale.	13 L. Trans.	1 Il ne peut être prélevé d'organes, de tissus ou de cellules sur des personnes mineures ou incapables de discernement. 2 A titre exceptionnel, des tissus ou des cellules qui se régénèrent peuvent être prélevés sur des personnes mineures ou incapables de discernement si: a. ce prélèvement ne représente qu'un risque minimal et un fardeau minimal pour le donneur; b. le receveur ne peut pas être traité par une autre méthode thérapeutique ayant une efficacité comparable; c. il n'y a aucun donneur majeur et capable de discernement à disposition; d. le receveur est le père, la mère, un enfant, un frère ou une sœur du donneur; e. le don peut sauver la vie du receveur; f. le représentant légal a donné son consentement libre et éclairé, par écrit;

				g. le donneur, capable de discernement mais encore mineur, a donné son consentement libre et éclairé, par écrit; h. aucun indice ne donne à penser que la personne incapable de discernement s'opposerait à un prélèvement; i. une autorité indépendante a donné son autorisation. 3 Les donneurs incapables de discernement sont associés dans toute la mesure du possible au processus d'information et à la procédure visant à requérir leur consentement. 4 Les cantons instituent une autorité indépendante au sens de l'al. 2, let. i, et règlent la procédure.
Don de cellules	L 1241-2 et 3 CSP	Aucun prélèvement de tissus ou de cellules, aucune collecte de produits du corps humain en vue de don ne peut avoir lieu sur une personne vivante mineure ou sur une personne vivante majeure faisant l'objet d'une mesure de protection légale. Par dérogation aux dispositions de l'article L. 1241-2, en l'absence d'autre solution thérapeutique, un prélèvement de cellules hématopoïétiques recueillies par prélèvement dans la moelle osseuse ou dans le sang périphérique peut être fait sur un mineur au bénéfice de son frère ou de sa sœur. Lorsqu'un tel prélèvement n'est pas possible et en l'absence d'autre solution thérapeutique appropriée, le prélèvement de cellules hématopoïétiques issues de la moelle osseuse peut, à titre exceptionnel, être fait sur un mineur au bénéfice de son cousin germain ou de sa cousine germaine, de son oncle ou de sa tante, de son neveu ou de sa nièce. Dans tous les cas, ce prélèvement ne peut être pratiqué que sous réserve du consentement de chacun des titulaires de l'autorité parentale ou du représentant légal du mineur informés des risques encourus par le mineur et des conséquences	13 L. Trans.	1 Il ne peut être prélevé d'organes, de tissus ou de cellules sur des personnes mineures ou incapables de discernement. 2 A titre exceptionnel, des tissus ou des cellules qui se régénèrent peuvent être prélevés sur des personnes mineures ou incapables de discernement si: a. ce prélèvement ne représente qu'un risque minimal et un fardeau minimal pour le donneur; b. le receveur ne peut pas être traité par une autre méthode thérapeutique ayant une efficacité comparable; c. il n'y a aucun donneur majeur et capable de discernement à disposition; d. le receveur est le père, la mère, un enfant, un frère ou une sœur du donneur; e. le don peut sauver la vie du receveur; f. le représentant légal a donné son consentement libre et éclairé, par écrit; g. le donneur, capable de discernement mais encore mineur, a donné son consentement libre et éclairé, par écrit; h. aucun indice ne donne à penser que la personne incapable de discernement s'opposerait à un prélèvement;

		éventuelles du prélèvement par le praticien qui a posé l'indication de greffe ou par tout autre praticien de leur choix. Le consentement est exprimé devant le président du tribunal de grande instance ou le magistrat désigné par lui, qui s'assure au préalable que le consentement est libre et éclairé. En cas d'urgence vitale, le consentement est recueilli, par tout moyen, par le procureur de la République. Le consentement est révocable sans forme et à tout moment. L'autorisation d'effectuer le prélèvement est accordée par le comité d'experts mentionné à l'article L. 1231-3 qui s'assure au préalable que, notamment au regard des règles de bonnes pratiques mentionnées à l'article L. 1245-6, les conditions de réalisation du prélèvement ne comportent aucun risque pour le mineur compte tenu de son âge ou de son développement, que tous les moyens ont été mis en oeuvre pour trouver un donneur majeur suffisamment compatible pour le receveur et que le mineur a été informé du prélèvement envisagé en vue d'exprimer sa volonté, s'il y est apte. En ce cas, le refus du mineur fait obstacle au prélèvement.		i. une autorité indépendante a donné son autorisation. 3 Les donneurs incapables de discernement sont associés dans toute la mesure du possible au processus d'information et à la procédure visant à requérir leur consentement. 4 Les cantons instituent une autorité indépendante au sens de l'al. 2, let. i, et règlent la procédure.
Changement de finalité	L 1211-2 CSP	Lorsque cette personne est un mineur ou un majeur sous tutelle, l'opposition est exercée par les titulaires de l'autorité parentale ou le tuteur.	17 LRH	Le consentement de la personne doit être recueilli et la personne concernée doit être informée qu'elle a le droit de s'y opposer.
Don de sang	L 1221-5 CSP	Aucun prélèvement de sang ou de ses composants en vue d'une utilisation thérapeutique pour autrui ne peut avoir lieu sur une personne mineure. Toutefois, s'agissant des mineurs, un prélèvement peut être effectué à titre exceptionnel, lorsque des motifs tirés de l'urgence thérapeutique l'exigent ou lorsqu'il n'a pu être trouvé de donneur majeur immunologiquement compatible. Le prélèvement ne peut alors être opéré qu'à la condition que chacun des titulaires de l'autorité parentale y consente expressément par écrit. Le refus de la personne mineure fait obstacle au prélèvement.	36 LPTh	¹ Le détenteur de l'autorisation visée à l'art. 34, al. 1, doit vérifier l'aptitude de la personne à donner son sang. ² Doivent être exclus des donneurs les personnes: a. dont la santé pourrait être altérée par le prélèvement de sang; b. dont le sang pourrait transmettre des agents pathogènes. ³ Le Conseil fédéral fixe les exigences relatives à l'aptitude à donner son sang, la compétence d'établir cette aptitude et les données qui doivent être relevées lors du don de sang.

Don de gamètes	L 1241-2 et L 1244-2 CSP	Aucun prélèvement de tissus ou de cellules, aucune collecte de produits du corps humain en vue de don ne peut avoir lieu sur une personne vivante mineure ou sur une personne vivante majeure faisant l'objet d'une mesure de protection légale. Le donneur doit avoir procréé. Le consentement des donneurs et, s'ils font partie d'un couple, celui de l'autre membre du couple sont recueillis par écrit et peuvent être révoqués à tout moment jusqu'à l'utilisation des gamètes. Il en est de même du consentement des deux membres du couple receveur. Lorsqu'il est majeur, le donneur peut ne pas avoir procréé. Il se voit alors proposer le recueil et la conservation d'une partie de ses gamètes ou de ses tissus germinaux en vue d'une éventuelle réalisation ultérieure, à son bénéfice, d'une assistance médicale à la procréation, dans les conditions prévues au titre IV du livre Ier de la deuxième partie. Ce recueil et cette conservation sont subordonnés au consentement du donneur.	18 LPMA	1 Le sperme provenant d'un don peut être utilisé uniquement pour la procréation médicalement assistée et aux fins auxquelles le donneur a consenti par écrit. 2 Le donneur doit, avant le don, être informé par écrit sur la situation juridique, en particulier sur le droit de l'enfant de prendre connaissance du dossier du donneur (art. 27).
			19 LPMA	1 Les donneurs doivent être choisis avec soin selon des critères médicaux, à l'exclusion de tout autre critère; en particulier, tout risque pour la santé de la femme qui reçoit le sperme doit être écarté autant que possible. 2 Un homme ne peut donner son sperme qu'à un seul centre; il doit en être expressément informé avant le don.
PMA	L2141-2 CSP	L'homme et la femme formant le couple doivent être vivants, en âge de procréer et consentir préalablement au transfert des embryons ou à l'insémination.	3 LPMA	1 La procréation médicalement assistée est subordonnée au bien de l'enfant. 2 Elle est réservée aux couples: a. à l'égard desquels un rapport de filiation peut être établi (au sens des art. 252 à 263 du code civil, CC3), et b. qui, en considération de leur âge et de leur situation personnelle, paraissent être à même d'élever l'enfant jusqu'à sa majorité. 3 Seul un couple marié peut recourir à un don de sperme.

Recherche biomédicale	L 1122-2 CSP	I.-Les mineurs non émancipés reçoivent, lorsque leur participation à une recherche biomédicale est envisagée, l'information prévue à l'article <u>L. 1122-1</u> adaptée à leur capacité de compréhension, tant de la part de l'investigateur que des personnes, organes ou autorités chargés de les assister, de les représenter ou d'autoriser la recherche, eux-mêmes informés par l'investigateur. Ils sont consultés dans la mesure où leur état le permet. Leur adhésion personnelle en vue de leur participation à la recherche biomédicale est recherchée. En toute hypothèse, il ne peut être passé outre à leur refus ou à la révocation de leur acceptation. II.-Lorsqu'une recherche biomédicale est effectuée sur un mineur non émancipé, l'autorisation est donnée par les titulaires de l'exercice de l'autorité parentale. Toutefois, cette autorisation peut être donnée par le seul titulaire de l'exercice de l'autorité parentale présent, sous réserve du respect des conditions suivantes : -la recherche ne comporte que des risques et des contraintes négligeables et n'a aucune influence sur la prise en charge médicale du mineur qui s'y prête ; -la recherche est réalisée à l'occasion d'actes de soins -l'autre titulaire de l'exercice de l'autorité parentale ne peut donner son autorisation dans des délais compatibles avec les exigences méthodologiques propres à la réalisation de la recherche au regard de ses	22 LRH	Projets de recherche sur des enfants (mineur âgé de moins de <u>14 ans</u>) 1 Un projet de recherche <u>avec bénéfice direct</u> escompté ne peut impliquer un enfant capable de discernement qu'aux conditions suivantes: a. il a donné son consentement éclairé; b. son représentant légal a donné son consentement éclairé par écrit. 2 Un projet de recherche <u>sans bénéfice direct</u> escompté ne peut être réalisé sur des enfants capables de <u>discernement</u> que s'il remplit les conditions fixées à l'al. 1 et que les conditions suivantes sont réunies: a. les risques et les contraintes inhérents au projet sont minimaux; b. le projet permet d'escompter des résultats essentiels pouvant apporter un bénéfice à long terme aux personnes atteintes de la même maladie ou du même trouble, ou dont l'état de santé est comparable. 3 Un projet de recherche <u>avec bénéfice direct</u> escompté ne peut être réalisé sur un enfant <u>incapable de discernement</u> qu'aux conditions suivantes: a. son représentant légal a donné son consentement éclairé par écrit; b. l'enfant n'exprime pas de manière identifiable, verbalement ou par un comportement particulier, son refus du traitement lié au projet de recherche. Un projet de recherche <u>sans bénéfice direct</u> escompté ne peut être réalisé sur des enfants <u>incapables de discernement</u> que si les exigences visées aux al. 2 et 3 sont remplies.

		finalités.	23 LRH	Projets de recherche sur des adolescents (plus de 14A) 1 Un projet de recherche <u>avec ou sans bénéfice direct</u> escompté ne peut être réalisé sur <u>des adolescents capables de discernement</u> qu'aux conditions suivantes: a. l'adolescent concerné a donné son consentement éclairé par écrit; b. le représentant légal de l'adolescent concerné a donné son consentement éclairé par écrit, dès lors que les risques et les contraintes inhérents au projet ne sont pas minimaux. 2 Un projet de recherche <u>avec bénéfice direct</u> escompté ne peut être réalisé sur des <u>adolescents incapables de discernement</u> qu'aux conditions suivantes: a. le représentant légal de l'adolescent concerné a donné son consentement éclairé par écrit; b. l'adolescent n'exprime pas de manière identifiable, verbalement ou par un comportement particulier, son refus du traitement lié au projet de recherche. 3 Un projet de recherche <u>sans bénéfice direct</u> escompté ne peut être réalisé sur des adolescents <u>incapables de discernement</u> que s'il remplit les conditions fixées à l'al. 2 et que les conditions suivantes sont réunies: a. les risques et les contraintes inhérents au projet sont minimaux; b. le projet permet d'escompter des résultats essentiels pouvant apporter un bénéfice à long terme aux personnes atteintes de la même maladie ou du même trouble, ou dont l'état de santé est comparable.
Fin de vie	L 1111-10 CSP	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		Lorsque le refus d'un traitement met gravement en danger le patient, si l'adolescent en comprend les enjeux, le traitement ne doit pas lui être administré.

		médical. Rien de prévu pour le mineur		
Directives anticipées	L 1111-11 CSP	Le mineur ne peut pas rédiger de directives anticipées.	370 CC	1 Toute personne capable de discernement peut déterminer, dans des directives anticipées, les traitements médicaux auxquels elle consent ou non au cas où elle deviendrait incapable de discernement.
Personne de confiance/ Représentant	L 1111-6 CS-P	Le mineur ne peut pas désigner de personne de confiance.	370 CC	2 Toute personne capable de discernement peut également désigner une personne physique qui sera appelée à s'entretenir avec le médecin sur les soins médicaux à lui administrer et à décider en son nom au cas où elle deviendrait incapable de discernement. Elle peut donner des instructions à cette personne.
Refus de soins	L 1111-4 CSP	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 ses choix. Si la volonté de la personne de refuser ou d'interrompre tout traitement met sa vie en danger, le médecin doit tout mettre en oeuvre pour la convaincre d'accepter les soins indispensables. 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 <u>L. 1110-10</u> .		Le droit à l'autodétermination de l'adolescent capable de discernement inclut le droit de refuser un traitement même si cela va à l'encontre de son intérêt thérapeutique. Lorsque le refus d'un traitement met gravement en danger le patient, si l'adolescent en comprend les enjeux, le traitement ne doit pas lui être administré. Droit à l'autodétermination très vaste consacré par le TF et les directives éthiques. Le droit cantonal permet de recourir à un traitement forcé dans certains cas.
Tests génétiques			5 LAGH	Lorsque la personne concernée est incapable de discernement, le consentement est donné par son représentant légal. Dans le domaine médical, le consentement est donné dans le respect des conditions prévues à l'art. 10, al. 2.

ANNEXE 12 : LE QUESTIONNAIRE DE SILBERFELD

Source : WASSERFALLEN J.-B. *et al.*, « Appréciation de la capacité de discernement des patients : procédure d'aide à l'usage des médecins », *Bulletin des médecins suisses*, Vol. 85, n° 32/33, p. 1702.

Tableau 1

Le questionnaire de Silberfeld.

Questions	Réponses
1. Pouvez-vous donner un résumé de la situation?	Problème chronique (1) ou Problème aigu (1)
2. Quel traitement souhaiteriez-vous si vous vous trouviez dans cette situation?	Réponse claire (1)
3. Pouvez-vous nommer un autre choix possible pour vous?	Un autre choix de traitement (1)
4. Quelles sont les raisons de votre choix?	Une raison valable (1)
5. Quels sont les problèmes associés à votre choix de traitement?	Un problème (1)
6. Que signifiera votre décision pour vous et votre famille?	Pour le patient (1) Pour la famille (1)
7. Quel effet à court terme aura le traitement?	Effet à court terme (1)
8. Pouvez-vous penser à un effet à long terme?	Effet à long terme (1)
9. Pouvez-vous répéter quel traitement vous souhaitez?	Répétition de la réponse à la question 2 (1)

ANNEXE 13 : LES RÉFÉRENCES AU PROJET PARENTAL DANS LE CSP

Article L2131-4

On entend par diagnostic préimplantatoire le diagnostic biologique réalisé à partir de cellules prélevées sur l'embryon in vitro.

Le diagnostic préimplantatoire n'est autorisé qu'à titre exceptionnel dans les conditions suivantes :

Un médecin exerçant son activité dans un centre pluridisciplinaire de diagnostic prénatal tel que défini par l'article L. 2131-1 doit attester que le couple, du fait de sa situation familiale, a une forte probabilité de donner naissance à un enfant atteint d'une maladie génétique d'une particulière gravité reconnue comme incurable au moment du diagnostic.

Le diagnostic ne peut être effectué que lorsqu'a été préalablement et précisément identifiée, chez l'un des parents ou l'un de ses ascendants immédiats dans le cas d'une maladie gravement invalidante, à révélation tardive et mettant prématurément en jeu le pronostic vital, l'anomalie ou les anomalies responsables d'une telle maladie.

Les deux membres du couple expriment par écrit leur consentement à la réalisation du diagnostic.

Le diagnostic ne peut avoir d'autre objet que de rechercher cette affection ainsi que les moyens de la prévenir et de la traiter.

Il ne peut être réalisé, à certaines conditions, que dans un établissement spécifiquement autorisé à cet effet par l'Agence de la biomédecine instituée à l'article L. 1418-1.

En cas de diagnostic sur un embryon de l'anomalie ou des anomalies responsables d'une des maladies mentionnées au deuxième alinéa, les deux membres du couple, s'ils confirment leur intention de ne pas poursuivre leur **projet parental** en ce qui concerne cet embryon, peuvent consentir à ce que celui-ci fasse l'objet d'une recherche dans les conditions prévues à l'article L. 2151-5. Par dérogation au deuxième alinéa de l'article L. 1111-2 et à l'article L. 1111-7, seul le médecin prescripteur des examens de biologie médicale destinés à établir un diagnostic prénatal est habilité à en communiquer les résultats à la femme enceinte.

Article L2141-3

Un embryon ne peut être conçu in vitro que dans le cadre et selon les objectifs d'une assistance médicale à la procréation telle que définie à l'article L. 2141-1. Il ne peut être conçu avec des gamètes ne provenant pas d'un au moins des membres du couple.

Compte tenu de l'état des techniques médicales, les membres du couple peuvent consentir par écrit à ce que soit tentée la fécondation d'un nombre d'ovocytes pouvant rendre nécessaire la conservation d'embryons, dans l'intention de réaliser ultérieurement leur **projet parental**. Dans ce cas, ce nombre est limité à ce qui est strictement nécessaire à la réussite de l'assistance médicale à la procréation, compte tenu du procédé mis en œuvre. Une information détaillée est remise aux membres du couple sur les possibilités de devenir de leurs embryons conservés qui ne feraient plus l'objet d'un **projet parental**.

Les membres du couple peuvent consentir par écrit à ce que les embryons, non susceptibles d'être transférés ou conservés, fassent l'objet d'une recherche dans les conditions prévues à l'article L. 2151-5.

Un couple dont des embryons ont été conservés ne peut bénéficier d'une nouvelle tentative de fécondation in vitro avant le transfert de ceux-ci sauf si un problème de qualité affecte ces embryons.

Article L2141-4

I.-Les deux membres du couple dont des embryons sont conservés sont consultés chaque année par écrit sur le point de savoir s'ils maintiennent leur **projet parental**.

II.-S'ils n'ont plus de **projet parental** ou en cas de décès de l'un d'entre eux, les deux membres d'un couple, ou le membre survivant, peuvent consentir à ce que :

1° Leurs embryons soient accueillis par un autre couple dans les conditions fixées aux articles L. 2141-5 et L. 2141-6 ;

2° Leurs embryons fassent l'objet d'une recherche dans les conditions prévues à l'article L. 2151-5 ou, dans les conditions fixées par cet article et l'article L. 1125-1, à ce que les cellules dérivées à partir de ceux-ci entrent dans une préparation de thérapie cellulaire à des fins exclusivement thérapeutiques ;

3° Il soit mis fin à la conservation de leurs embryons.

Dans tous les cas, le consentement ou la demande est exprimé par écrit et fait l'objet d'une confirmation par écrit après un délai de réflexion de trois mois. En cas de décès de l'un des membres du couple, le membre survivant ne peut être consulté avant l'expiration d'un délai d'un an à compter du décès, sauf initiative anticipée de sa part.

III.-Dans le cas où l'un des deux membres du couple consultés à plusieurs reprises ne répond pas sur le point de savoir s'il maintient ou non son **projet parental**, il est mis fin à la conservation des embryons si la durée de celle-ci est au moins égale à cinq ans. Il en est de même en cas de désaccord des membres du couple sur le maintien du **projet parental** ou sur le devenir des embryons.

IV.-Lorsque les deux membres d'un couple, ou le membre survivant, ont consenti, dans les conditions prévues aux articles L. 2141-5 et L. 2141-6, à l'accueil de leurs embryons et que ceux-ci n'ont pas été accueillis dans un délai de cinq ans à compter du jour où ce consentement a été exprimé par écrit, il est mis fin à la conservation de ces embryons.

Article L2141-5

Les deux membres du couple peuvent consentir par écrit à ce que les embryons conservés soient accueillis par un autre couple dans les conditions prévues à l'article L. 2141-6.

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. 2141-6.

Article L2141-6

Un couple répondant aux conditions prévues à l'article L. 2141-2 peut accueillir un embryon lorsque les techniques d'assistance médicale à la procréation au sein du couple ne peuvent aboutir ou lorsque le couple, dûment informé dans les conditions prévues à l'article L. 2141-10, y renonce.

L'accueil de l'embryon est subordonné à une décision de l'autorité judiciaire, qui reçoit préalablement le consentement écrit du couple à l'origine de sa conception. Le juge s'assure que le couple demandeur remplit les conditions prévues à l'article L. 2141-2 et fait procéder à toutes investigations permettant d'apprécier les conditions d'accueil que ce couple est susceptible d'offrir à l'enfant à naître sur les plans familial, éducatif et psychologique. L'autorisation d'accueil est délivrée pour une durée de trois ans renouvelable.

Le couple accueillant l'embryon et celui y ayant renoncé ne peuvent connaître leurs identités respectives.

Toutefois, en cas de nécessité thérapeutique, un médecin pourra accéder aux informations médicales non identifiantes concernant le couple ayant renoncé à l'embryon.

Aucun paiement, quelle qu'en soit la forme, ne peut être alloué au couple ayant renoncé à l'embryon.

L'accueil de l'embryon est subordonné à des règles de sécurité sanitaire. Ces règles comprennent notamment des tests de dépistage des maladies infectieuses.

Seuls les établissements publics ou privés à but non lucratif autorisés à cet effet peuvent conserver les embryons destinés à être accueillis et mettre en œuvre la procédure d'accueil.

Article L2141-9

Seuls les embryons conçus avec les gamètes de l'un au moins des membres d'un couple et dans le respect des principes fondamentaux prévus par les articles 16 à 16-8 du code civil peuvent entrer sur le territoire où s'applique le présent code ou en sortir. Ces déplacements d'embryons sont exclusivement destinés à permettre la poursuite du **projet parental** de ce couple ; ils sont soumis à l'autorisation de l'Agence de la biomédecine.

Article L2151-5

I.-Aucune recherche sur l'embryon humain ni sur les cellules souches embryonnaires ne peut être entreprise sans autorisation. Un protocole de recherche conduit sur un embryon humain ou sur des cellules souches embryonnaires issues d'un embryon humain ne peut être autorisé que si :

1° La pertinence scientifique de la recherche est établie ;

2° La recherche, fondamentale ou appliquée, s'inscrit dans une finalité médicale ;

3° En l'état des connaissances scientifiques, cette recherche ne peut être menée sans recourir à ces embryons ou ces cellules souches embryonnaires ;

4° Le projet et les conditions de mise en œuvre du protocole respectent les principes éthiques relatifs à la recherche sur l'embryon et les cellules souches embryonnaires.

II.-Une recherche ne peut être menée qu'à partir d'embryons conçus in vitro dans le cadre d'une assistance médicale à la procréation et qui ne font plus l'objet d'un **projet parental**. La recherche ne peut être effectuée qu'avec le consentement écrit préalable du couple dont les embryons sont issus, ou du membre survivant de ce couple, par ailleurs dûment informés des possibilités d'accueil des embryons par un autre couple ou d'arrêt de leur conservation. A l'exception des situations mentionnées au dernier alinéa de l'article L. 2131-4 et au troisième alinéa de l'article L. 2141-3, le consentement doit être confirmé à l'issue d'un délai de réflexion de trois mois. Le consentement des deux membres du couple ou du membre survivant du couple est révocable sans motif tant que les recherches n'ont pas débuté.

III.-Les protocoles de recherche sont autorisés par l'Agence de la biomédecine après vérification que les conditions posées au I du présent article sont satisfaites. La décision de l'agence, assortie de l'avis du conseil d'orientation, est communiquée aux ministres chargés de la santé et de la recherche qui peuvent, dans un délai d'un mois et conjointement, demander un nouvel examen du dossier ayant servi de fondement à la décision :

1° En cas de doute sur le respect des principes éthiques ou sur la pertinence scientifique d'un protocole autorisé. L'agence procède à ce nouvel examen dans un délai de trente jours. En cas de confirmation de la décision, la validation du protocole est réputée acquise ;

2° Dans l'intérêt de la santé publique ou de la recherche scientifique, lorsque le protocole a été refusé. L'agence procède à ce nouvel examen dans un délai de trente jours. En cas de confirmation de la décision, le refus du protocole est réputé acquis.

En cas de violation des prescriptions législatives et réglementaires ou de celles fixées par l'autorisation, l'agence suspend l'autorisation de la recherche ou la retire. L'agence diligente des inspections comprenant un ou des experts n'ayant aucun lien avec l'équipe de recherche, dans les conditions fixées à l'article L. 1418-2.

IV.-Les embryons sur lesquels une recherche a été conduite ne peuvent être transférés à des fins de gestation.

Article R1131-20-1

I. Préalablement à la prescription, dans les conditions fixées par l'article R. 1131-5, d'un examen des caractéristiques génétiques susceptible d'identifier une anomalie génétique pouvant être responsable d'une affection grave justifiant de mesures de prévention, y compris de conseil génétique, ou de soins, le médecin prescripteur informe la personne qu'elle est tenue, si le diagnostic de cette anomalie est confirmé, d'informer les membres de sa famille potentiellement concernés dont elle ou, le cas échéant, son représentant légal possède ou peut raisonnablement obtenir les coordonnées.

Conformément aux dispositions prévues par l'article L. 1131-1-2, ce médecin informe également la personne que, dans l'hypothèse où cette dernière exprimerait par écrit sa volonté d'être tenue dans l'ignorance du diagnostic ou ne souhaiterait pas informer elle-même les intéressés ou certains d'entre eux, elle peut l'autoriser à procéder à cette information dans les conditions prévues par la loi et par la présente sous-section.

Ce médecin l'informe, en outre, des conséquences d'un éventuel refus de sa part de transmettre, soit elle-même, soit par son intermédiaire, l'information aux membres de sa famille potentiellement concernés dans les conditions prévues par l'article L. 1131-1-2.

Lorsqu'il existe une forte probabilité que l'information de la parentèle n'aura pour objet que le conseil génétique donné dans le cadre d'un **projet parental**, le médecin, initialement envisagé comme prescripteur, oriente la personne vers un médecin œuvrant au sein d'une équipe pluridisciplinaire mentionnée au deuxième alinéa de l'article R. 1131-5. Dans cette circonstance, la prescription de l'examen des caractéristiques génétiques et la mise en œuvre de la procédure d'information de la parentèle prévue par la présente sous-section sont dévolues à ce médecin.

II. Lors de l'établissement du document d'information écrit mentionné au premier alinéa de l'article L. 1131-1-2 ayant pour objet de définir l'objet et les modalités de l'information destinée aux membres de la famille, le médecin prescripteur détermine, en fonction des éléments médicaux dont il dispose à ce stade et conformément aux bonnes pratiques définies par l'article R. 1131-20-5, les catégories de membres de la famille potentiellement concernés par l'information, eu égard au lien de parenté avec la personne et à la nature de l'anomalie recherchée.

III. Si la personne exprime son souhait d'informer elle-même les intéressés ou certains d'entre eux, le médecin prescripteur mentionne cette information au dossier médical et précise l'identité des tiers qui seront informés directement par la personne. Outre la réalisation du document écrit mentionné à l'alinéa précédent, le médecin peut, à la demande de la personne et conformément aux bonnes pratiques définies par l'article R. 1131-20-5, proposer des mesures d'accompagnement relatives à la préparation et à la délivrance de l'information aux membres de la famille potentiellement concernés désignés par la personne.

IV. Si la personne exprime son souhait de ne pas informer elle-même les intéressés ou certains d'entre eux, ou a exprimé par écrit sa volonté d'être tenue dans l'ignorance du diagnostic, elle indique par une demande écrite au médecin prescripteur si elle consent à ce qu'il soit procédé par son intermédiaire à l'information des membres de sa famille potentiellement concernés qu'elle n'entend pas informer elle-même dans les conditions prévues au quatrième alinéa de l'article L. 1131-1-2.

Lorsque cette demande écrite est réalisée, le médecin prescripteur en accuse réception. Elle doit être accompagnée de la communication des coordonnées des membres de la famille préalablement identifiés que la personne ne souhaite pas informer personnellement.

Article R1131-20-5

Sont définies par arrêté du ministre chargé de la santé, pris sur proposition de l'Agence de la biomédecine et de la Haute Autorité de santé, les règles de bonnes pratiques relatives :

1° Aux critères permettant d'identifier les affections graves causées par des anomalies génétiques ;

2° Aux critères permettant d'identifier les affections graves pour lesquelles il existe une forte probabilité qu'aucune mesure de prévention ou de soin n'existe et que l'information à la parentèle se limitera à permettre des choix en matière de conseil génétique dans le cadre d'un **projet parental** ;

3° Aux critères médicaux permettant de faciliter, en fonction du type d'anomalie, l'identification des tiers potentiellement concernés ;

4° Aux informations que le médecin doit délivrer à la personne, relatives aux conséquences d'un éventuel refus de sa part de transmettre l'information aux membres de sa famille potentiellement concernés ;

5° Aux éléments susceptibles de figurer dans le document écrit mentionné au premier alinéa de l'article L. 1131-1-2 ;

6° A l'accompagnement de la personne s'étant engagée à délivrer elle-même l'information aux membres de sa famille potentiellement concernés afin de l'aider dans sa démarche, notamment dans la préparation de la délivrance de l'information.

Article R2141-14

Le couple qui souhaite faire entrer des embryons sur le territoire national aux fins de poursuite de son **projet parental** doit transmettre un dossier de demande d'autorisation à l'Agence de la biomédecine. Ce dossier comprend les documents suivants :

1° Un formulaire rempli par l'organisme où sont conservés les embryons. L'organisme signale, grâce à ce formulaire, les cas où les embryons ont été conçus avec le recours aux gamètes d'un tiers. Ce signalement permet de vérifier que ceux-ci ont été conçus avec les gamètes de l'un au moins des membres du couple, conformément aux principes fondamentaux prévus par les articles 16 à 16-8 du code civil et dans le respect des dispositions relatives à la mise en œuvre et à l'accès à l'assistance médicale à la procréation fixées au premier alinéa de l'article L. 2141-1 et à l'article L. 2141-2 ;

2° Les résultats des tests de sécurité sanitaire tels que prévus par l'arrêté pris en application des articles R. 2142-24 et R. 2142-27 et, le cas échéant, par les articles R. 1211-25 et R. 1211-26 ;

3° L'accord de l'établissement de santé ou du laboratoire d'analyses de biologie médicale qui accepte de recevoir et de conserver ces embryons sur le territoire national ;

4° Une attestation signée par les deux membres du couple, dans laquelle ceux-ci déclarent avoir été informés que, dans le cas où la fécondation des embryons a nécessité le recours aux gamètes d'un tiers, leur **projet parental** ne pourra se poursuivre en France qu'une fois accomplie la formalité de déclaration conjointe prévue aux articles 311-20 du code civil et 1157-2 du code de procédure civile.

5° Le cas échéant, l'autorisation de déplacement hors du territoire des embryons, établie par les autorités compétentes du pays où ils ont été conçus.

Le modèle du formulaire mentionné au 1° est établi par l'Agence de la biomédecine.

Article R2141-15

Le couple qui souhaite faire sortir des embryons du territoire national aux fins de poursuite de son **projet parental** doit faire parvenir à l'Agence de la biomédecine un dossier de demande d'autorisation comportant l'accord de l'établissement de santé ou du laboratoire d'analyses de biologie médicale où sont conservés ces embryons et de l'organisme qui accepte de les recevoir hors du territoire national.

Article R2141-27

La demande d'autorisation est adressée au directeur général de l'Agence de la biomédecine sous pli recommandé avec demande d'avis de réception ou déposée contre récépissé auprès de l'agence. Le directeur général accuse réception du dossier de demande d'autorisation.

La demande est accompagnée d'un dossier permettant de vérifier que le recueil, le prélèvement, la préparation, la conservation, la mise à disposition et le transport des gamètes ou des tissus germinaux sont conformes aux règles de bonnes pratiques cliniques et biologiques d'assistance médicale à la procréation.

Ce dossier comprend les documents suivants

1° La copie de l'autorisation délivrée au titre de l'article L. 2142-1 ;

2° La désignation des gamètes ou des tissus germinaux concernés ;

3° L'accord écrit de l'organisme, établissement de santé ou laboratoire d'analyses de biologie médicale qui fournit les gamètes ou les tissus germinaux et l'accord écrit de l'organisme, établissement de santé ou laboratoire d'analyses de biologie médicale qui accepte de les recevoir ;

4° La description des procédés mis en œuvre en matière de recueil, prélèvement, préparation et conservation des gamètes ou des tissus germinaux ;

5° La description des moyens mis en œuvre pour assurer la traçabilité des gamètes ou des tissus germinaux depuis leur recueil ou leur prélèvement jusqu'à leur mise à disposition ;

6° Les modalités de transport des gamètes ou des tissus germinaux ;

7° Les recommandations en vue du déconditionnement des gamètes ou des tissus germinaux ;

8° Le cas échéant, la convention passée entre le demandeur de l'autorisation et la structure qui reçoit ou fournit les gamètes ou tissus germinaux.

Selon la nature de la demande, le dossier de demande d'autorisation comprend, en outre, les pièces suivantes :

A.-Lorsque l'autorisation d'importation ou d'exportation de gamètes ou de tissus germinaux est demandée en vue de conservation à usage autologue ou d'une assistance médicale à la procréation en intraconjugal :

1° Les éléments d'identification et le consentement écrit soit des deux membres du couple à la mise en œuvre d'une assistance médicale à la procréation, soit de la personne à la conservation de ses gamètes ou de ses tissus germinaux en application de l'article L. 2141-11 ;

2° Les résultats des analyses de biologie médicale prévues par les règles de bonnes pratiques cliniques et biologiques d'assistance médicale à la procréation.

B.-Lorsque l'autorisation d'importation ou d'exportation de gamètes est demandée en vue d'une assistance médicale à la procréation avec tiers donneur :

1° Un document attestant du respect des conditions fixées à l'article R. 2141-26 et notamment du recueil du consentement par écrit du donneur et qu'aucun paiement, quelle qu'en soit la forme, ne lui a été alloué ;

2° En cas d'importation, les éléments d'identification des deux membres du couple receveur et leur consentement à la mise en œuvre d'une assistance médicale à la procréation ;

3° En cas d'importation, une attestation signée par les deux membres du couple receveur dans laquelle ceux-ci déclarent avoir été informés que leur **projet parental** ne pourra se poursuivre en France qu'une fois accomplie la formalité de déclaration conjointe prévue aux articles 311-20 du code civil et 1157-2 du code de procédure civile ;

4° Les résultats des analyses de biologie médicale du donneur de gamètes prévues aux articles R. 1211-25 et R. 1211-26 ;

5° Le code unique mentionné à l'article R. 2142-21-1 permettant de garantir la traçabilité des gamètes.

Le modèle de formulaire de dossier d'autorisation d'importer ou d'exporter des gamètes ou des tissus germinaux est fixé par décision du directeur général de l'Agence de la biomédecine.

Article R2142-1

Les activités cliniques et biologiques d'assistance médicale à la procréation mentionnées à l'article L. 2142-1 comprennent :

1° Les activités cliniques suivantes :

- a) Prélèvement d'ovocytes en vue d'une assistance médicale à la procréation ;
- b) Prélèvement de spermatozoïdes ;
- c) Transfert des embryons en vue de leur implantation ;
- d) Prélèvement d'ovocytes en vue d'un don ;
- e) Mise en œuvre de l'accueil des embryons ;

2° Les activités biologiques suivantes :

- a) Préparation et conservation du sperme en vue d'une insémination artificielle ;
- b) Activités relatives à la fécondation in vitro sans ou avec micromanipulation, comprenant notamment :
 - le recueil, la préparation et la conservation du sperme ;
 - la préparation des ovocytes et la fécondation in vitro sans ou avec micromanipulation ;
- c) Recueil, préparation, conservation et mise à disposition du sperme en vue d'un don ;
- d) Préparation, conservation et mise à disposition d'ovocytes en vue d'un don ;
- e) Conservation à usage autologue des gamètes et tissus germinaux en application de l'article L. 2141-11 ;
- f) Conservation des embryons en vue d'un **projet parental** ;
- g) Conservation des embryons en vue de leur accueil et mise en œuvre de celui-ci.

On entend par :

-recueil : le processus naturel permettant l'obtention des spermatozoïdes ;

-prélèvement : le processus interventionnel permettant l'obtention des gamètes ou tissus germinaux ;

-préparation : toute activité liée au traitement, à la manipulation, au conditionnement et à la congélation des gamètes, des tissus germinaux ou des embryons ainsi que le fait d'utiliser des agents chimiques, de modifier le milieu ambiant ou d'utiliser d'autres procédés afin d'empêcher ou de retarder la détérioration biologique ou physique des gamètes, des tissus germinaux et des embryons ;

-conservation : le maintien des gamètes, des tissus germinaux et des embryons sous conditions contrôlées et appropriées jusqu'à leur mise à disposition ;

-mise à disposition : la remise à un praticien agréé des gamètes, des tissus germinaux ou des embryons.

Article R2142-34

Le registre d'embryons que doit tenir tout établissement de santé, tout organisme ou tout laboratoire autorisé à conserver des embryons doit mentionner :

1° L'identité du couple qui est à l'origine de l'embryon et, le cas échéant, le code d'identification du donneur de gamètes ;

- 2° Le nombre d'embryons conservés pour chaque couple ;
- 3° Le lieu et les dates de fécondation et de congélation ;
- 4° Les indications précises du lieu de conservation des embryons dans la pièce affectée à cet effet ;
- 5° Le cas échéant, les lieux de conservation antérieure ;
- 6° Les informations relatives au devenir de chaque embryon, notamment les dates et résultats de la consultation annuelle des membres du couple sur le maintien de leur **projet parental** et la date de décongélation de chaque embryon.

Article R2151-13

Tout organisme qui importe ou exporte des cellules souches embryonnaires doit être en mesure de justifier qu'elles ont été obtenues dans le respect des principes mentionnés aux articles 16 à 16-8 du code civil, avec le consentement préalable du couple géniteur de l'embryon qui a été conçu dans le cadre d'une assistance médicale à la procréation et ne fait plus l'objet d'un **projet parental**, et sans qu'aucun paiement, quelle qu'en soit la forme, n'ait été alloué au couple.

Article R2151-18

Tout organisme qui conserve des embryons et des cellules souches embryonnaires à des fins de recherche doit être en mesure de justifier du recueil des consentements mentionnés à l'article R. 2151-4.

Lorsque les cellules souches embryonnaires ont été importées, l'organisme doit être en mesure de justifier qu'elles ont été obtenues dans le respect des principes mentionnés aux articles 16 à 16-8 du code civil, avec le consentement préalable du couple géniteur de l'embryon qui a été conçu dans le cadre d'une assistance médicale à la procréation et ne fait plus l'objet d'un **projet parental**, et sans qu'aucun paiement, quelle qu'en soit la forme, n'ait été alloué au couple.

ANNEXE 14 : LE CONSENTEMENT DU MAJEUR PROTÉGÉ DANS LES TEXTES SPÉCIAUX DE DROIT DE LA SANTÉ

Acte concernés	France				Suisse	
	Tutelle	Curatelle	Sauvegarde de justice	Majeur non protégé hors d'état d'exprimer sa volonté	Absence de discernement	Discernement
Prélèvement d'organes	Aucun prélèvement d'organes, en vue d'un don, ne peut avoir lieu sur une personne vivante mineure ou sur une personne vivante majeure faisant l'objet d'une mesure de protection légale. (Art L. 1231-2 CSP)				Il ne peut être prélevé d'organes sur une personne incapable de discernement (art 13 LTrans.)	Le prélèvement d'organes sur une personne vivante est possible à condition qu'elle soit majeure et capable de discernement, qu'elle ait donné son consentement libre et éclairé par écrit, qu'il n'en résulte pas de risque sérieux pour sa vie ou sa santé et que le receveur ne puisse pas être traité par une autre méthode d'efficacité comparable (art 12 LTrans.)
Prélèvement de tissus	Aucun prélèvement de tissus ou de cellules, aucune collecte de produits du corps humain en vue de don ne peut avoir lieu sur une personne vivante mineure ou sur une personne vivante majeure faisant l'objet d'une mesure de protection légale. (L. 1241-2 CSP)				<u>Principe</u> : il ne peut être prélevé de tissus sur une personne majeure incapable de discernement (art 13 LTrans.) <u>Exception</u> : à	Des tissus peuvent être prélevés sur une personne vivante à condition qu'elle soit majeure et capable de

			titre exceptionnel les tissus qui se régénèrent peuvent être prélevés sur des personnes incapables de discernement si différentes conditions sont remplies : a. ce prélèvement ne représente qu'un risque minimal et un fardeau minimal pour le donneur; b. le receveur ne peut pas être traité par une autre méthode thérapeutique ayant une efficacité comparable; c. il n'y a aucun donneur majeur et capable de discernement à disposition; d. le receveur est le père, la mère, un enfant, un frère ou une sœur du donneur; e. le don peut sauver la vie du receveur; f. le représentant légal a donné son consentement libre et éclairé, par écrit; h. aucun indice ne donne à penser que la personne incapable de discernement s'opposerait à un prélèvement; i. une autorité indépendante a donné son	discernement, qu'elle ait donné son consentement libre et éclairé par écrit, qu'il n'en résulte pas de risque sérieux pour sa vie ou sa santé et que le receveur ne puisse pas être traité par une autre méthode d'efficacité comparable (art 12 LTrans.)

					autorisation. Les donneurs incapables de discernement sont associés dans toute la mesure du possible au processus d'information et à la procédure visant à requérir leur consentement. (Art 13 LTrans.)	
Prélèvement de cellules	<u>Principe</u> : Aucun prélèvement de tissus ou de cellules, aucune collecte de produits du corps humain en vue de don ne peut avoir lieu sur une personne vivante mineure ou sur une personne vivante majeure faisant l'objet d'une mesure de protection légale. (L 1241-2 CSP) <u>Exception</u> : Par dérogation aux dispositions de l'article L. 1241-2, en l'absence d'autre solution thérapeutique, un prélèvement de cellules hématopoïétiques recueillies par prélèvement dans la moelle osseuse ou dans le sang périphérique peut être fait sur une personne vivante majeure faisant l'objet d'une mesure de protection légale au bénéfice de son frère ou de	<u>Principe</u> : Aucun prélèvement de tissus ou de cellules, aucune collecte de produits du corps humain en vue de don ne peut avoir lieu sur une personne vivante mineure ou sur une personne vivante majeure faisant l'objet d'une mesure de protection légale. (L 1241-2 CSP) <u>Exception</u> : Par dérogation aux dispositions de l'article L. 1241-2, en l'absence d'autre solution thérapeutique, un prélèvement de cellules hématopoïétiques recueillies par prélèvement	<u>Principe</u> : Aucun prélèvement de tissus ou de cellules, aucune collecte de produits du corps humain en vue de don ne peut avoir lieu sur une personne vivante mineure ou sur une personne vivante majeure faisant l'objet d'une mesure de protection légale. (L 1241-2 CSP) <u>Exception</u> : Par dérogation aux dispositions de l'article L. 1241-2, en l'absence d'autre solution thérapeutique, un prélèvement de cellules hématopoïétiques recueillies par prélèvement dans la moelle		<u>Principe</u> : il ne peut être prélevé de cellules sur une personne majeure incapable de discernement (art 13 LTrans.) <u>Exception</u> : à titre exceptionnel les cellules qui se régénèrent peuvent être prélevées sur des personnes incapables de discernement si différentes conditions sont remplies : a. ce prélèvement ne représente qu'un risque minimal et un fardeau minimal pour le donneur; b. le receveur ne peut pas être traité par une autre méthode thérapeutique ayant une efficacité comparable; c. il n'y a aucun donneur majeur et capable de	Des cellules peuvent être prélevées sur une personne vivante à condition qu'elle soit majeure et capable de discernement, qu'elle ait donné son consentement libre et éclairé par écrit, qu'il n'en résulte pas de risque sérieux pour sa vie ou sa santé et que le receveur ne puisse pas être traité par une autre méthode d'efficacité comparable (art 12 LTrans.)

	sa sœur. Si la personne protégée fait l'objet d'une mesure de tutelle, ce prélèvement est subordonné à une décision du juge des tutelles compétent qui se prononce après avoir recueilli l'avis de la personne concernée lorsque cela est possible, du tuteur et du comité d'experts mentionné à l'article L. 1231-3. (L1241-4 CSP)	dans la moelle osseuse ou dans le sang périphérique peut être fait sur une personne vivante majeure faisant l'objet d'une mesure de protection légale au bénéfice de son frère ou de sa sœur. Si la personne protégée fait l'objet d'une mesure de curatelle ou de sauvegarde de justice et si le juge des tutelles compétent estime, après l'avoir entendue, que la personne protégée a la faculté de consentir au prélèvement, celui-ci est subordonné à une autorisation du comité d'experts mentionné à l'article L. 1231-3, après recueil du consentement de l'intéressé dans les conditions prévues à l'article L. 1241-3. Hors les cas où la personne protégée a la faculté de consentir au prélèvement, celui-ci ne peut être pratiqué que	osseuse ou dans le sang périphérique peut être fait sur une personne vivante majeure faisant l'objet d'une mesure de protection légale au bénéfice de son frère ou de sa sœur. Si la personne protégée fait l'objet d'une mesure de curatelle ou de sauvegarde de justice et si le juge des tutelles compétent estime, après l'avoir entendue, que la personne protégée a la faculté de consentir au prélèvement, celui-ci est subordonné à une autorisation du comité d'experts mentionné à l'article L. 1231-3, après recueil du consentement de l'intéressé dans les conditions prévues à l'article L. 1241-3. Hors les cas où la personne protégée a la faculté de consentir au prélèvement, celui-ci ne peut être pratiqué que dans les		discernement à disposition; d. le receveur est le père, la mère, un enfant, un frère ou une sœur du donneur; e. le don peut sauver la vie du receveur; f. le représentant légal a donné son consentement libre et éclairé, par écrit; h. aucun indice ne donne à penser que la personne incapable de discernement s'opposerait à un prélèvement; i. une autorité indépendante a donné son autorisation. Les donneurs incapables de discernement sont associés dans toute la mesure du possible au processus d'information et à la procédure visant à requérir leur consentement. (Art 13 LTrans.)	

		dans les conditions prévues au deuxième alinéa du présent article. (L 1241-4 CSP)	conditions prévues au deuxième alinéa du présent article. (L 1241-4 CSP)			
Stérilisation	Elle ne peut être pratiquée sur une personne majeure dont l'altération des facultés mentales constitue un handicap et a justifié son placement sous tutelle ou sous curatelle que lorsqu'il existe une contre-indication médicale absolue aux méthodes de contraception ou une impossibilité avérée de les mettre en œuvre efficacement. L'intervention est subordonnée à une décision du juge des tutelles saisi par la personne concernée, les père et mère ou le représentant légal de la personne concernée. Le juge se prononce après avoir entendu la personne concernée. Si elle est apte à exprimer sa volonté, son consentement doit être systématiquement recherché et pris en compte après que lui a été donnée une information adaptée à son degré de compréhension. Il ne peut être passé outre à son refus ou à la révocation de son consentement. Le juge entend les père et mère de la personne concernée ou son représentant légal ainsi que toute personne dont l'audition lui paraît utile. Il recueille l'avis d'un comité d'experts composé de personnes qualifiées sur le plan médical et de représentants d'associations de personnes handicapées. Ce comité apprécie la justification médicale de l'intervention, ses risques ainsi que ses conséquences normalement prévisibles sur les plans physique et psychologique. (L 2123-2 CSP)			<u>Si la personne est passagèrement incapable de discernement</u> : La stérilisation d'une personne âgée de plus de 18 ans et passagèrement incapable de discernement est interdite. (Art 4 LStér.) <u>Si la personne est durablement incapable de discernement</u> : <u>Principe.</u>: La stérilisation d'une personne âgée de plus de 16 ans et durablement incapable de discernement est interdite. <u>Exception</u> : Elle est exceptionnelle ment autorisée aux conditions suivantes: a. elle est pratiquée, toutes circonstances considérées, dans l'intérêt de la personne concernée; b. la conception et la naissance d'un enfant ne peuvent pas être empêchées par d'autres méthodes de contraception	<u>Capacité de discernement et absence de mesure de protection</u> : La stérilisation d'une personne âgée de plus de 18 ans et capable de discernement ne peut être pratiquée qu'avec son consentement libre et éclairé, donné par écrit. (Art 5 LStér.) Le médecin qui pratique l'intervention doit consigner dans le dossier médical les éléments qui ont fondé son appréciation de la capacité de discernement de la personne concernée. (Art 5 LStér.) <u>Capacité de discernement en présence d'une mesure de protection</u> :	

				appropriées ou la stérilisation volontaire du partenaire capable de discernement; c. la conception et la naissance d'un enfant sont à prévoir; d. la séparation d'avec l'enfant après la naissance est inévitable parce que les responsabilités parentales ne peuvent pas être exercées ou parce qu'une grossesse mettrait sérieusement en danger la santé de la femme; e. la personne concernée n'a aucune chance d'acquérir la capacité de discernement; f. le mode d'opération choisi est celui dont la probabilité de réversibilité est la plus élevée; g. l'autorité de protection de l'adulte a donné son autorisation conformément à l'art. 8. (Art 7 LStér.)	La stérilisation d'une personne âgée de 18 ans capable de discernement et sous curatelle de portée générale ne peut être pratiquée qu'avec son consentement libre et éclairé donné par écrit. Le représentant légal doit également donner son consentement. Il doit consigner dans le dossier médical les éléments qui ont fondé son appréciation de la capacité de discernement de la personne concernée, et demander l'approbation de l'autorité de protection de l'adulte avant l'intervention. L'autorité tutélaire de surveillance doit demander un second avis médical. Elle ordonne, si nécessaire,

						une expertise psychiatrique sur la capacité de discernement de la personne concernée et donne, le cas échéant, son accord à l'intervention. (Art 6 LStér.)
Recherche	Les mineurs non émancipés, les majeurs protégés ou les majeurs hors d'état d'exprimer leur consentement et qui ne font pas l'objet d'une mesure de protection juridique reçoivent, lorsque leur participation à une recherche biomédicale est envisagée, l'information prévue à l'article L. 1122-1 adaptée à leur capacité de compréhension, tant de la part de l'investigateur que des personnes, organes ou autorités chargés de les assister, de les représenter	Les mineurs non émancipés, les majeurs protégés ou les majeurs hors d'état d'exprimer leur consentement et qui ne font pas l'objet d'une mesure de protection juridique reçoivent, lorsque leur participation à une recherche biomédicale est envisagée, l'information prévue à l'article L. 1122-1 adaptée à leur capacité de compréhension, tant de la part de l'investigateur que des personnes, organes ou autorités chargés de les assister, de les représenter ou d'autoriser la recherche, eux-mêmes informés par l'investigateur. Ils sont consultés dans la mesure où leur état le permet. Leur adhésion personnelle en vue de leur participation à la recherche biomédicale est recherchée. En	Une personne faisant l'objet d'une mesure de sauvegarde de justice ne peut être sollicitée aux fins de participer à une recherche biomédicale (L1122-2 CSP)	Les mineurs non émancipés, les majeurs protégés ou les majeurs hors d'état d'exprimer leur consentement et qui ne font pas l'objet d'une mesure de protection juridique reçoivent, lorsque leur participation à une recherche biomédicale est envisagée, l'information prévue à l'article L. 1122-1 adaptée à leur capacité de compréhension, tant de la part de l'investigateur que des personnes, organes ou autorités chargés de les assister, de les représenter	<u>Recherche avec bénéfice direct</u> : Un projet de recherche avec bénéfice direct escompté ne peut être réalisé sur des adultes incapables de discernement qu'aux conditions suivantes: a. la personne concernée a donné son consentement avant de perdre sa capacité de discernement et ce consentement est attesté par un document; b. en l'absence de document attestant le consentement de la personne concernée, son représentant légal, une personne de confiance ou ses proches ont donné leur consentement éclairé par écrit; c. la personne concernée n'exprime pas	Une personne ne peut être associée à un projet de recherche que si elle y a consenti après avoir été suffisamment informée (consentement éclairé). Elle doit donner son consentement par écrit; le Conseil fédéral peut prévoir des exceptions. (Art 16 LRH)

	ou d'autoriser la recherche, eux-mêmes informés par l'investigateur. Ils sont consultés dans la mesure où leur état le permet. Leur adhésion personnelle en vue de leur participation à la recherche biomédicale est recherchée. En toute hypothèse, il ne peut être passé outre à leur refus ou à la révocation de leur acceptation. (Art L1122-2 CSP) Lorsqu'une recherche biomédicale est effectuée sur une personne mineure ou majeure sous tutelle, l'autorisation est donnée par son représentant légal et, si le comité mentionné à l'article L. 1123-1 considère que la recherche comporte, par l'importance des	toute hypothèse, il ne peut être passé outre à leur refus ou à la révocation de leur acceptation. (Art L1122-2 CSP) Lorsqu'une recherche biomédicale est effectuée sur une personne majeure sous curatelle, le consentement est donné par l'intéressé assisté par son curateur. Toutefois, si la personne majeure sous curatelle est sollicitée en vue de sa participation à une recherche dont le comité mentionné à l'article L. 1123-1 considère qu'elle comporte, par l'importance des contraintes ou par la spécificité des interventions auxquelles elle conduit, un risque sérieux d'atteinte à la vie privée ou à l'intégrité du corps humain, le juge des tutelles est saisi aux fins de s'assurer de l'aptitude à consentir du majeur. En cas d'incapacité, le juge prend la décision d'autoriser ou non la recherche biomédicale. (Art L1122-2 CSP) + Incapable de discernement.		ou d'autoriser la recherche, eux-mêmes informés par l'investigateur. Ils sont consultés dans la mesure où leur état le permet. Leur adhésion personnelle en vue de leur participation à la recherche biomédicale est recherchée. En toute hypothèse, il ne peut être passé outre à leur refus ou à la révocation de leur acceptation. (Art L1122-2 CSP) Lorsqu'une recherche biomédicale satisfaisant aux conditions édictées par l'article L. 1121-8 est envisagée sur une personne majeure hors d'état d'exprimer son consentement et ne faisant pas l'objet d'une mesure de protection juridique, l'autorisation est donnée par la	de manière identifiable, verbalement ou par un comportement particulier, son refus du traitement lié au projet de recherche. (Art 24 LRH) <u>Recherche sans bénéfice direct</u> : Un projet de recherche sans bénéfice direct escompté ne peut être réalisé sur des adultes incapables de discernement que s'il remplit les conditions fixées à l'al. 1 et que les conditions suivantes sont réunies: a. les risques et les contraintes inhérents au projet sont minimaux; b. le projet permet d'escompter des résultats essentiels pouvant apporter un bénéfice à long terme aux personnes atteintes de la même maladie ou du même trouble, ou dont l'état de santé est comparable. (Art 24 LRH) Les personnes doivent être impliquées autant que possible dans la procédure de consentement (Art 21 LRH)	

	contraintes ou par la spécificité des interventions auxquelles elle conduit, un risque sérieux d'atteinte à la vie privée ou à l'intégrité du corps humain, par le conseil de famille s'il a été institué, ou par le juge des tutelles. (Art L1122-2 CSP)			personne de confiance prévue à l'article L. 1111-6, à défaut de celle-ci, par la famille, ou, à défaut, par une personne entretenant avec l'intéressé des liens étroits et stables. Toutefois, si le comité mentionné à l'article L. 1123-1 considère que la recherche comporte, par l'importance des contraintes ou par la spécificité des interventions auxquelles elle conduit, un risque sérieux d'atteinte à la vie privée ou à l'intégrité du corps humain, l'autorisation est donnée par le juge des tutelles. (Art L 1122-2 CSP)		
Assistance médicale à la procréation	L'article L. 2141-2 CSP mentionne que l'homme et la femme doivent consentir à l'AMP. Aucune référence aux majeurs protégés.					
Don de gamètes	Aucune mention spécifique n'est faite des majeurs protégés. Application par analogie des dispositions relatives aux cellules et produits ?					
Conservation des	L2141-11 CSP : Toute					

gamètes	personne dont la prise en charge médicale est susceptible d'altérer la fertilité, ou dont la fertilité risque d'être prématurément altérée, peut bénéficier du recueil et de la conservation de ses gamètes ou de ses tissus germinaux, en vue de la réalisation ultérieure, à son bénéfice, d'une assistance médicale à la procréation, ou en vue de la préservation et de la restauration de sa fertilité. Ce recueil et cette conservation sont subordonnés au consentement de l'intéressé et, le cas échéant, de celui de l'un des titulaires de l'autorité parentale, ou du tuteur, lorsque l'intéressé, mineur ou majeur, fait l'objet d'une mesure de tutelle.					
Interruption volontaire de grossesse	Les articles L 2211-1 et suivants ne mentionnent pas les majeurs protégés					
Contraception	Les articles L 5134-1 et suivants ne mentionnent pas les majeurs protégés.					

Fin de vie			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. (L1111-10 CSP) 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. (L1111-12 CSP) 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. (L 1111-13 CSP)		
Consentement aux soins en général (L1111-4 CSP)	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. (L 1111-4 al 1) 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. (L1111-4 al 3) Le consentement du mineur ou du majeur sous tutelle doit être systématiquement recherché s'il est apte à exprimer sa volonté et à	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. (L 1111-4 al 1) 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. (L1111-4 al 3) Aucune disposition similaire à celle de l'article L 1111-4 al 6.	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. (L 1111-4 al 1) 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. (L1111-4 al 3) Aucune disposition similaire à celle de l'article L 1111-4 al 6.	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. (L 1111-4 al 1) Lorsque la personne est hors d'état d'exprimer sa volonté, aucune intervention ou investigation ne peut être réalisée, sauf urgence ou impossibilité, sans que la personne de confiance prévue à l'article L. 1111-6, ou la famille, ou à défaut, un de ses proches ait été consulté. (L 1111-4 al 4) Lorsque la		

	participer à la décision. Dans le cas où le refus d'un traitement par la personne titulaire de l'autorité parentale ou par le tuteur risque d'entraîner des conséquences graves pour la santé du mineur ou du majeur sous tutelle, le médecin délivre les soins indispensables. (L 1111-4 al 6)			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. (L111-4 al 5)		

ANNEXE 15 : CONCRÉTISATION DES PROPOSITIONS DE THÈSE

Propositions de thèse et paragraphe(s) de la thèse dans le(s)quel(s) se situe la proposition	Modification(s) proposée(s)
PROPOSITION N° 1 : Supprimer la notion de couple donneur (§ 61-67).	ART. L 1244-2 CSP : « <i>Le donneur doit avoir procréé. Le consentement du donneur est recueilli par écrit et peut être révoqué à tout moment jusqu'à l'utilisation de ses gamètes</i> ».
PROPOSITION N° 2 : Faire des « proches » une notion juridique opérationnelle (§ 280, 293, 599).	➔ Ajout, au sein du Code de la santé publique, d'un article définissant les proches : ART xxx : « Les proches du patient sont dans l'ordre : 1/ La personne de confiance ou la personne désignée dans un mandat de protection future à des fins de protection de la personne du patient. 2/ Le tuteur ou le curateur désigné à des fins de protection de la personne du patient. 3/ Son conjoint, la personne avec laquelle le patient a conclu un pacte civil de solidarité, s'ils mènent une vie commune ou s'il lui fournit une assistance personnelle régulière. 4/ La personne avec laquelle le patient mène une vie commune et qui lui fournit une assistance régulière. 5/ Ses descendants, s'ils lui fournissent une assistance personnelle régulière. 6/ Ses père et mère, s'ils lui fournissent une assistance personnelle régulière. En cas de pluralité de proches, le médecin peut, de bonne foi, présumer que chacun agit avec le consentement des autres ». ♦ ➔ Utilisation généralisée du terme de « proches » au sein du Code de la santé publique : ART. L 1110-4 CSP : « <i>En cas de diagnostic ou de pronostic grave, le secret médical ne s'oppose pas à ce que les proches de la personne malade reçoivent les informations nécessaires destinées à leur permettre d'apporter un soutien direct à celle-ci, sauf opposition de sa part</i> ». ART. L 1110-5 CSP : « <i>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, et ses proches. La procédure suivie est inscrite dans le dossier médical</i> ». ART. L 1111-13 CSP : « <i>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 les proches et, le cas échéant, les directives anticipées de la personne. Sa décision, motivée, est inscrite dans le dossier médical</i> ». ART. L 1131-1 CSP : « <i>Toutefois, lorsqu'il est impossible de recueillir le consentement de cette</i>

	<i>personne ou, le cas échéant, de consulter ses proches, l'examen ou l'identification peuvent être entrepris à des fins médicales, dans l'intérêt de la personne »</i> ART. L 1111-4 CSP : <i>« Lorsque la personne est hors d'état d'exprimer sa volonté, aucune intervention ou investigation ne peut être réalisée, sauf urgence ou impossibilité, sans que les proches aient été consultés ».</i> <i>« 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 les 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 ».</i> ART. L 1111-12 CSP : suppression, la hiérarchie découlant déjà de la définition des proches. ART. L 1122-1-2 CSP : <i>« En cas de recherches biomédicales à mettre en œuvre dans des situations d'urgence qui ne permettent pas de recueillir le consentement préalable de la personne qui y sera soumise, le protocole présenté à l'avis du comité mentionné à l'article L. 1123-1 peut prévoir que le consentement de cette personne n'est pas recherché et que seul est sollicité celui des proches s'ils sont présents. L'intéressé est informé dès que possible et son consentement lui est demandé pour la poursuite éventuelle de cette recherche. Il peut également s'opposer à l'utilisation des données le concernant dans le cadre de cette recherche ».</i> ART. L 3211-11-1 CSP : <i>« 1° Sous la forme de sorties accompagnées n'excédant pas douze heures. Les personnes malades sont accompagnées par un ou plusieurs membres du personnel de l'établissement d'accueil ou par un proche, pendant toute la durée de la sortie ».</i> ART. L 1161-1 CSP : <i>« Dans le cadre des programmes ou actions définis aux articles L. 1161-2 et L. 1161-3, tout contact direct entre un malade et ses proches et une entreprise se livrant à l'exploitation d'un médicament ou une personne responsable de la mise sur le marché d'un dispositif médical ou d'un dispositif médical de diagnostic in vitro est interdit ».</i>
PROPOSITION N° 3 : Modifier le plan du Code civil afin de distinguer plus clairement la filiation fondée sur la volonté et la filiation charnelle (§ 509).	➔ Restructurer le titre relatif à la filiation au sein du Code civil : <u>Code civil :</u> Livre 1^{er} : Des personnes Titre VII : De la filiation Chapitre I^{er} : Dispositions générales Section 1 : Du conflit des lois relatives à la filiation Section 2 : Des règles de dévolution du nom de famille Section 3 : Du droit de l'enfant à connaître ses origines personnelles Chapitre II : De la filiation charnelle Section 1 : Des preuves et présomptions Section 2 : De l'établissement de la filiation Paragraphe 1 : De l'établissement de la filiation par l'effet de la loi A : De la désignation de la mère dans l'acte de naissance B : De la présomption de paternité Paragraphe 2 : De l'établissement de la filiation par la reconnaissance. Paragraphe 3 : De l'établissement de la filiation par la possession d'état Section 3 : Des actions relatives à la filiation Paragraphe 1 : Dispositions générales Paragraphe 2 : Des actions aux fins d'établissement de la filiation Paragraphe 3 : Des actions en contestation de la filiation Section IV : De l'action à fins de subsides

	Chapitre III : De la filiation adoptive Chapitre IV : De la filiation par procréation médicalement assistée Section 1 : De l'établissement de la filiation par procréation médicalement assistée Section 2 : Des actions relatives à la filiation par procréation médicalement assistée
PROPOSITION N° 4 : Modifier les règles applicables à la filiation par PMA afin de : ➔ Distinguer clairement le rôle du médecin et la question de la filiation (§ 482) ; ➔ Prévoir un mode <i>sui generis</i> d'établissement de la filiation par PMA afin de distinguer clairement filiation par PMA et filiation charnelle (§ 481) ; ➔ Sécuriser les règles relatives à la PMA afin d'empêcher le couple de se mettre d'accord pour cacher la PMA et contester la filiation (§ 484).	➔ Fonder la filiation par PMA sur la volonté et garantir son caractère irrévocable en modifiant les dispositions du Code civil relatives à la PMA et celles du Code de la santé publique : <u>Code civil :</u> Livre 1^{er} : Des personnes Titre VII : De la filiation Chapitre IV : De la filiation par procréation médicalement assistée Section 1 : De l'établissement de la filiation par procréation médicalement assistée ART. xxx : « <i>La filiation par procréation médicalement assistée s'établit par une déclaration commune anticipée de volonté réalisée devant le juge ou le notaire, lesquels transmettent cette déclaration au service de l'état civil compétent</i> ». « <i>Le couple est préalablement informé par le notaire ou par le juge du caractère irrévocable de la filiation et du droit de l'enfant à connaître ses origines</i> ». Section 2 : Des actions relatives à la filiation par procréation médicalement assistée ART. xxx : « <i>En cas de procréation médicalement assistée avec tiers donneur réalisée dans les conditions légales, aucun lien de filiation ne peut être établi entre l'auteur du don et l'enfant issu de la procréation</i> ». ART. xxx : « <i>La filiation par procréation médicalement assistée ne peut être contestée. En l'absence de respect des conditions légales, les règles relatives à la filiation charnelle sont applicables</i> ». <u>Code de la santé publique :</u> Deuxième partie : Santé reproductive, droits de la femme et protection de la santé de l'enfant. Livre I^{er} : Protection et promotion de la santé maternelle et infantile Titre IV : Assistance médicale à la procréation ART. xxx : « <i>Avant de mettre en œuvre l'assistance médicale à la procréation avec tiers donneur, le médecin s'assure du consentement du couple à l'acte médical et de la réalisation de la déclaration anticipée de filiation</i> ». ♦ ➔ Définir les bénéficiaires de l'AMP : <u>Code de la santé publique :</u> Deuxième partie : Santé reproductive, droits de la femme et protection de la santé de l'enfant. Livre I^{er} : Protection et promotion de la santé maternelle et infantile Titre IV : Assistance médicale à la procréation

	Variante 1 : ouverture de l'AMP aux couples de même sexe : ART xxx : « <i>L'assistance médicale à la procréation est ouverte aux couples qui expriment leur consentement à l'acte médical.</i> ». Variante 2 : Maintien des règles actuelles concernant les bénéficiaires
PROPOSITION N° 6 : Garantir le droit de l'enfant à la connaissance de ses origines en distinguant clairement origines et filiation (§ 501).	➔ Supprimer l'article 16-8 CC. L'anonymat s'applique au moment du don et concerne l'acte médical, son maintien dans le Code civil est donc inopportun : <u>Code civil :</u> Livre 1^{er} : Des personnes Titre 1^{er} : Des droits civils Chapitre II : Du respect du corps humain ART. 16-8 : suppression ◆ ➔ Inscrire le droit à la connaissance de ses origines personnelles dans les dispositions générales relatives à la filiation afin de distinguer origines et filiation (référence au terme d' « origines personnelles » et non « familiales » pour bien signifier cette distinction) : <u>Code civil :</u> Livre 1^{er} : Des personnes Titre VII : De la filiation Chapitre I^{er} : Dispositions générales (...) Section 3 : Du droit de l'enfant à connaître ses origines personnelles. ART. xxx : « <i>Toute personne a le droit de connaître ses origines personnelles. L'action obéit aux règles posées aux articles 9bis et suivants du Code civil</i> <i>La connaissance de ses origines est sans effet sur les règles applicables à la filiation.</i> ». ◆ ➔ Garantir du droit de l'enfant à connaître ses origines personnelles en tant que droit de la personnalité : <u>Code civil :</u> Livre 1^{er} : Des personnes Titre 1^{er} : Des droits civils ART. 9bis (intégré après l'article 9 du Code civil) : « <i>Toute personne a le droit de connaître ses origines personnelles.</i> ». ART. xxx : « <i>Les personnes issues d'une procréation charnelle bénéficient d'une action en connaissance de leurs origines, sans effet sur les règles relatives à la filiation.</i> ». ART. xxx : « <i>Les personnes adoptées et pupilles de l'État accèdent à leurs origines personnelles dans les conditions fixées par la loi du 22 janvier 2002.</i> ». (Cette loi sort en principe du cadre de ma thèse, toutefois, par souci de

	cohérence, il conviendrait de garantir la conservation de l'identité de la femme et de supprimer son droit de <i>veto</i>. Ainsi, l'enfant qui le souhaite pourrait accéder à son identité à compter de ses 18 ans. Il serait également nécessaire de rétablir la fin de non-recevoir à l'action en recherche de maternité tirée de l'accouchement sous X, afin de ne pas confondre origines et filiation. Ces règles me semblent devoir figurer dans le Code civil). ART. xxx : <i>« La personne issue d'une procréation médicalement assistée âgée de 18 ans révolus peut obtenir les données concernant l'identité du donneur et son aspect physique. Lorsqu'elle peut faire valoir un intérêt légitime, elle a le droit, quel que soit son âge, d'obtenir des informations sur la date du don, les résultats des examens médicaux du donneur, ses liens avec une autre personne issue d'un don ».</i> ART. xxx : <i>« Avant de communiquer à l'enfant les données relatives à l'identité du donneur, le service de l'état civil en informe ce dernier dans la mesure du possible. Si le donneur refuse de rencontrer l'enfant, celui-ci doit en être avisé et doit être informé du droit au respect de la vie privée et familiale du donneur ».</i>
PROPOSITION N° 6 : Garantir la conservation des données relatives au donneur (§ 483).	➔ Informier préalablement le donneur du droit de l'enfant à connaître ses origines personnelles : <u>Code de la santé publique :</u> Première partie : Protection générale de la santé Livre II : Don et utilisation des éléments et produits du corps humain et leurs dérivés Titre IV : Tissus, cellules et produits Chapitre IV : Don et utilisation des gamètes ART. xxx : <i>« Avant la réalisation du don, le donneur de gamètes est informé des règles relatives à la filiation par PMA et des conditions dans lesquelles l'enfant a le droit de connaître ses origines ».</i> ◆ ➔ Garantir de la conservation des données : <u>Code de la santé publique :</u> ART. xxx : <i>« Les organismes et établissements de santé autorisés pour les activités d'assistance médicale à la procréation conservent les données relatives au donneur et aux bénéficiaires du don de gamètes. Les données relatives au donneur sont :</i> 1° <i>Les antécédents médicaux personnels et familiaux ;</i> 2° <i>Les résultats des tests de dépistage sanitaire prévus aux articles R 1211-25 et R 1211-26 ;</i> 3° <i>Le nombre d'enfants issus du don</i> 4° <i>S'il s'agit d'un don de sperme, la date des dons, le nombre de paillettes conservées, la date des mises à disposition et le nombre de paillettes mises à disposition ;</i> 5° <i>S'il s'agit d'un don d'ovocytes, la date de la ponction et le nombre d'ovocytes donnés ;</i> 6° <i>Le consentement du donneur ;</i> 7° <i>L'identité du donneur ;</i> 8° <i>Des renseignements sur son aspect physique ;</i> 9° <i>Si le donneur le souhaite, une photo ou une lettre expliquant ses motivations</i> <i>Les données relatives au couple receveur sont :</i> 1° <i>Les noms et prénoms, les date et lieu de naissance, le domicile</i> 2° <i>La date de l'utilisation des gamètes</i>

	<i>Le dossier est conservé pendant une durée minimale de 100 ans. Le service de l'état civil est informé de la conservation des données relatives au couple receveur et au donneur.</i>
PROPOSITION N° 7 : Interdire à l'auteur d'une reconnaissance sciemment mensongère de revenir sur sa volonté afin de garantir l'indisponibilité de la filiation (§ 485)	➔ Intégrer au sein du Code civil un article interdisant la contestation de la filiation établie par l'auteur de la reconnaissance, en dehors des hypothèses d'erreur : <u>Code civil :</u> Livre 1^{er} : Des personnes Titre VII : De la filiation Chapitre II : De la filiation charnelle Section 3 : Des actions relatives à la filiation Paragraphe 3 : Des actions en contestation de la filiation ART. xxx : « <i>L'action en contestation de la filiation n'est ouverte à l'auteur de la reconnaissance que s'il était dans l'erreur concernant sa paternité.</i> ».
PROPOSITION N° 8 : Assouplir les délais des actions relatives à la filiation afin de garantir la conformité du droit français à la CESDH tout en maintenant l'indisponibilité de la filiation (§ 485).	➔ Prévoir un article autorisant la restitution des délais pour justes motifs : Livre 1^{er} : Des personnes Titre VII : De la filiation Chapitre II : De la filiation charnelle Section 3 : Des actions relatives à la filiation Paragraphe 1 : Dispositions générales ART. xxx : « <i>Les actions peuvent être intentées après l'expiration du délai lorsque de justes motifs rendent le retard excusable.</i> ».
PROPOSITION N° 9 : Recourir à la notion de discernement, notion juridique unifiée, en s'inspirant du droit suisse (§ 585)	➔ Intégrer la notion de discernement au sein du Code civil dans le domaine de la protection de la personne : <u>Code civil :</u> Livre I^{er} : Des personnes Titre XI : De la majorité et des majeurs protégés par la loi Chapitre II : Des mesures de protection juridique des majeurs Section 4 : De la tutelle et de la curatelle Sous-section 4 : Des effets de la curatelle et de la tutelle quant à la protection de la personne ART. 459 CC : supprimer « <i>dans la mesure où son état le permet</i> ». Remplacer « <i>la personne protégée</i> » par « <i>la personne capable de discernement</i> ». Remplacer « <i>lorsque l'état de la personne protégée ne lui permet pas de prendre seule une décision personnelle éclairée</i> » par « <i>lorsque la personne est incapable de discernement</i> ». <u>Code de la santé publique :</u> remplacer la diversité des expressions utilisées par celles de « <i>capable de discernement</i> » et d' « <i>incapable de discernement</i> ».
PROPOSITION N° 10 : Harmoniser les dispositions du Code civil et le droit commun de l'acte médical concernant les majeurs protégés (§ 583)	➔ Supprimer les dispositions prévues par le droit commun de l'acte médical concernant les majeurs protégés. Renvoyer aux dispositions du Code civil : <u>Code de la santé publique :</u>

	Première partie : protection générale de la santé Livre Ier : Protection des personnes en matière de santé Titre Ier : Droits des personnes malades et des usagers du système de santé Chapitre préliminaire : Droits des personnes protégées ART. xxx : l'acte médical réalisé sur un majeur protégé obéit aux dispositions des articles 457-1 et suivants du Code civil. Chapitre Ier : Information des usagers du système de santé et expression de leur volonté ART. L 1111-2 CSP : Supprimer l'alinéa 5. ART. L 1111-4 al. 5 CSP : Supprimer la première phrase. ◆ ➔ Supprimer le caractère dérogatoire du Code de la santé publique : <u>Code civil :</u> Livre Ier : Des personnes Titre XI : De la majorité et des majeurs protégés par la loi Chapitre II : Des mesures de protection juridique des majeurs Section 4 : De la tutelle et de la curatelle Sous-section 4 : Des effets de la curatelle et de la tutelle quant à la protection de la personne ART. 459-1 : supprimer l'alinéa 1. ➔ Articuler les dispositions spéciales du Code de la santé publique avec l'article 459 CC, tout en garantissant l'absence de conflits d'intérêts : <u>Code de la santé publique :</u> Pour l'ensemble des actes médicaux particuliers qui ne sont pas réalisés dans l'intérêt thérapeutique direct du patient (prélèvement de cellules : L 1241-2 CSP ; stérilisation : L 2123-2 CSP ; recherche : L 1122-2 CSP), prévoir une procédure unique : intégrer la disposition suivante dans la partie correspondante du CSP. <i>« Lorsque la personne est incapable de discernement, l'acte est autorisé par le juge qui peut, le cas échéant, consulter un comité d'experts ».</i> NB : conformément aux dispositions générales, le majeur protégé capable de discernement consent dans les mêmes conditions que les majeurs non protégés capables de discernement.
PROPOSITION N° 11 : Garantir l'équilibre entre autorité parentale et autonomie du mineur capable de discernement (§ 549 ; § 615 ; § 274).	➔ Fonder l'acte médical sur le patient mineur capable de discernement sur la codécision du mineur et des titulaires de l'exercice de l'autorité parentale : <u>Code de la santé publique :</u> Première partie : protection générale de la santé Livre Ier : Protection des personnes en matière de santé Titre Ier : Droits des personnes malades et des usagers du système de santé Chapitre préliminaire : Droits des personnes protégées ART. xxx : « Les droits des mineurs incapables de discernement sont exercés par les titulaires de l'exercice de l'autorité parentale, lesquels associent l'enfant de manière adaptée ». « Les mineurs capables de discernement exercent leurs droits avec les titulaires de l'exercice de l'autorité parentale. En cas de désaccord, la volonté du mineur capable de discernement prime sur

	<i>celle des titulaires de l'exercice de l'autorité parentale ».</i> Par conséquent, supprimer l'ensemble des dispositions dérogatoires aux règles relatives à l'autorité parentale et l'ensemble des dispositions spécifiques. ➔ Conformément aux principes du droit civil, utiliser la notion de « titulaires de l'exercice de l'autorité parentale » : <u>Code de la santé publique :</u> Remplacer l'ensemble des dispositions du CSP faisant référence aux « <i>titulaires de l'autorité parentale</i> » par l'expression « <i>les titulaires de l'exercice de l'autorité parentale</i> ». ➔Garantir les droits du mineur lorsque l'acte médical ne correspond pas directement à son intérêt : <u>Code de la santé publique :</u> Pour l'ensemble des actes médicaux particuliers qui ne sont pas réalisés dans l'intérêt thérapeutique du patient (prélèvement de cellules ; recherche), prévoir une procédure unique : intégrer la disposition suivante dans la partie correspondante du CSP. <i>« Lorsque la personne mineure est incapable de discernement, l'acte est autorisé par le juge qui peut, le cas échéant, consulter un comité d'experts ».</i>

INDEX

Les numéros renvoient aux pages de la thèse

A

Accouchement sous X, 115, 139, **141-142**, **150-152**, **186-187**, 367, 379, 409, **412**, 413, 417, 418, **419-421**, 445, 466, **468**, 515, 518

Actes personnels, **219**, **221-222**, 545, 560, **562-563**, **570**, 572, 573, 575, 577

Adoption, 53, 60, 92, 103, 130, 144, 145, 178, 179, 277, 349, 362, 366, 377, **386-390**, 391, 395, 397, 398, 399, **400-401**, 409, 418, 419, 421, 429, 430, **431-434**, 435, 437, 438, **439-442**, 446, 447, 448, 449, 451, 455, 458, 459, 460, 465, 470, 478, 483, 484, **485**, 486, **487-490**, 491, **495-496**, 498, 510, **511-512**, 515, 518, 519, 562.

Âge, **52**, 56, 58, 62, 95, 98, 112, 128, 148, 217, 218, 222, 223, 227, 228, 230, 238, 310, 330, 331, 336, 369, **370**, 440, 454, 469, 475, 486, 508, 512, 523, 540, 541, 544, 545, 546, **547**, **550-551**, 552, 553, 567, 610

Agence de la biomédecine, 20, 100, 103, 269, 309, 372, 499, 500, 604, 609, 611, 612, 616, 619, 622, 628, 631, 633

AMP, 17, 29, 32, 35, 39, 40, 41, 43, **44-66**, 67, 68, 69, 70, 71, 72, 73, 74, 75, **83-84**, 89, 98, **99-114**, 115, 116, 141, 150, 151, **169-188**, 211, 212, 214, 215, 224, 225, 241, 320, 342, 347, 348, 349, 350, 351, 355, 356, **357-359**, 361, 362, 363, 365, 366, 367, 369, **370-372**, 405, 406, 408, 414, 422, **423-427**, 429, 431, 432, 441, 442, **443-450**, 460, 464, 465, 466, 467, 468, 469, 470, 471, 477, 479, **483-492**, 495, **496-501**, 502, 508, 510, 511, 512, **513**, 519, 637, 638, 640, 641, 643, 647, 648, 650, 651, 652, 653, 654, 655

Anonymat, 30, 71, 73, 150, 369, **370**, 403, 404, **405-423**, 462, 465, **466-470**, 471, 507, **508**, 510, 512, 631

Autodétermination, 78, **83-98**, 121, **200-210**, 215, 253, 282, 286, 287, 307, 310, 312, 313, 342, 343, 467, **507-508**, 528, 529, **534-535**, 550, **566**, **586-587**, 606, 607, 624, 626, 638

Autorité parentale, 22, 32, 63, **217-218**, 220, **227-236**, 248, 251, 256, 257, **264-269**, 271, 272, **275-278**, 286, 287, **290-293**, 295, 296, 299, 300, 301, 302, **305-306**, 313, 314, 324, 328, 329, 331, 337, 339, **341**, 433, 434, 448, 451, 477, **492-495**, 521, 523, 525, 527, 529, 530, 531, 532, 533, 536, 537, 538, 539, 540, 541, 542, 543, 544, 545, 546, 547, 550, **553**, 578, **591-594**, **598-599**, 600, 638, 641

B

Biologisation, 118, 137, 140, 149, 166, 188, 411, 451, 453, 472, 514, 518, 641

Branche du droit, **17-21**, 22, 30, 217, 525, 577, 634, **639-642**

C

CCNE, 48, 57, 58, 80, 96, 132, 138, 192, 260, 303, 309, 311, 356, 362, 364, 365, 366, 486, 490, 604, 609, 611, 621, 622

Césarienne, 96, 306, **311-313**

Circoncision, **291-293**

Concubinage, 22, 23, 39, 40, 45, 46, 54, 55, **58-65**, 67, 68, 72, 74, 75, 77, 80, 81, 82, 114, **177**, **180-183**, 255, 266, 267, 281, 283, 325, 326, **347**, 357, 369, 424, 427, 431, 434, 435, 437, 440, 442, 447, 493, 495, 496, 498, 638

Consentement, 21, 68, 69, 70, 71, 72, 73, 74, 75, 77, 78, 80, 82, 83, 84, 86, 93, 94, 96, 98, 99, **101**, 102, **103-105**, 108, 109, 121, 122, 123, 124, **125-130**, **132-139**, 171, 172, 182, 183, 192, 195, **197-215**, 217, 218, 220, 221, 222, 223, 224, 225, 226, 227, 228, 229, 230, 232, 233, 234, 235, 240, 241, 242, 243, 245, 246, 247, 248, 253, 258, 259, 268, 274, 291, 292, 294, 295, 300, 301, 302, 305, 306, 307, 312, 313, 328, 329, 332, 333, 339, 342, 389, 390, 527, **528-532**, 533, 534, 535, 537, 538, 539, 541, 542, 545, 546, 550, 551, 552, 553, 557, 558, 559, 560, 562, 567, 568, 570, 571, 573, 574, 576, 583, 584, 588, 593, 594, 601, 602, 603, 604, 605, 606, 607, 608, 615, 616, 618, 620, 623, 625, 626, 627, 628, 629, 631, 632, 637

Contraception, 68, 69, 72, **76-78**, 86, 100, 225, **229-233**, 239, 241, 242, 289, 330, 523, 530, **540-541**, 598

Couple, 22, 32, 36, 37, **39-41**, 43, 44, 45, 46, 47, 49, 50, **51**, 52, 53, 54, 55, 56, 57, 58, 59, 60, **61**, 62, **63-64**, 65, 67, 68, 69, **70-73**, 74, 75, 76, 77, 79, 80, 81, 83, 84, 96, 99, 100, 101, 102, 103, 104, 105, 106, 107, 108, 109, 110, 111, 112, 113, 114, 115, 162, 169, 170, 171, 173, 174, 175, 176, 177, 179, 180, 181, 182, 185, 188, 214, 255, 265, 267, 268, 277, 279, 284, 291, 306, 309, 310, 311, 318, 319, 326, 330, 332, 342, 347, 348, 349, 351, 357, 358, 360, 363, 364, 365, 366, 367, 369, 370, 371, 372, 373, 374, 375, 376, 377, 378, 379, 380, 382, 383, 384, 387, 390, 391, 393, 394, 404, 407, 408, 409, 412, 423, 424, 425, 426, 429, 431, 432, 433, 434, 435, 436, 437, 438, 439, 440, 441, 442, 443, 445, 446, 447, 448, 449, 451, 465, 470, 480, 483, 485, 486, 487, 488, 489, 490,

491, 492, 493, 494, 495, 496, 497, 498, 499, 500, 501, 502, 513, 515, 519, 583, 599, 609, 615, 618, 637, 638, 641

Curatelle, 127, 221, 226, 238, 239, 240, 241, 242, 243, 245, 246, 247, 251, 252, 253, 254, 256, 258, 259, 269, 271, 272, 273, 275, 276, 287, 289, 294, 295, 299, 301, 302, 322, 477, 557, 558, 559, 561, 563, 564, 565, 569, 571, **573**, 575, 576, 584, 591, 592

D

Décision médicale, 191, 192, 193, 225, 235, 249, 256, 257, 258, 260, 264, 270, 271, 272, 273, 276, 285, 293, **294-295**, 296, 327, 341, 571, 572, 573, 575, 576, 581, **585**, 586, **587**, 588, 589, 593, 633

Devoirs, 32, 33, 153, 191, **193**, 208, 217, 228, **249-250**, 251, 268, 285, 286, 295, 297, 298, **313-326**, 340, 341, 342, 346, 432, 521, 591, 606, 617, 618, 622, 623, 634, 635

Diagnostic préimplantatoire, 57, **106-108**, 109, 110, 302, 303, 304, 306, **309-311**, 358, 427

Diagnostic prénatal, 36, 50, 51, 106, 107, 201, 281, 282, 283, 304, **306-309**, 310, 313, 405, 410, 411, 602, 603, 615

Dignité, 18, 45, 48, 49, 52, 53, 54, 57, 60, 68, 73, 74, 102, 103, 104, 107, 109, 122, 174, 185, **200-201**, 206, 212, 245, 286, 294, 306, 310, 311, 355, 358, 359, 362, 365, 366, 374, 398, 404, 411, 444, 487, 489, 507, 516, 561, 567, 587, 614, 629

Directives anticipées, 224, 247, 259, 260, **261**, 262, 263, 269, 271, 285, 287, 293, 529, 547, 584, 586, **587**, 589, 590, 637

Discernement, 82, 83, 94, 191, 192, 213, 219, 220, 221, **222-226**, 243, 259, 261, 262, 271, 273, 274, 275, 276, 284, 286, 288, 289, 294, 299, 300, 302, 323, 328, 335, 343, 429, 481, 482, 511, 523, 524, 527, **528-530**, 532, 533, 534, 535, 536, 537, 538, 539, 540, 543, 544, 546, **547-553**, 555, 561, **567-570**, 571, 572, 574, 576, 577, 582, 583, 584, 593, 594, 637, 638, 641

Don d'embryons, 74, 75, 107, 110, 112, 214, 357, 359

Don d'organes, 75, 174, 213, 214, 215, 241, 260, 261, 269, 270, 271, 280, 282, 283, **299-300**, 322, 324, 326, **332-333**, 341, 363, 407, 408, 558, 593, **601-607**, 610, 615, 616, **623-633**, 634, 642

Don d'ovocytes, 46, 47, 48, 49, **50**, 51, **71**, 72, 75, 141, **172**, 180, 185, 187, 350, **357-359**, 366, 367, 369, 370, **371-372**, 374, 375, 431, **444-446**, 449, 470, 492

Don de sang de cordon, 207, 303, 304, 323, 332, **333-334**, 339, **340**, 601, **607-612**, **614-615**

Don de sperme, 46, 48, 54, 60, 75, 170, 173, 175, 177, 180, 181, 351, 357, 358, 364, 369, 371, 403, 433, 444, 447, 465, 468, 477, 485, 499

DPI-HLA, 302-304

Droit cantonal, 82, 126, 127, 205, 209, 211, 226, 261, 288, 335, 336, 338, 339, 343, 411, 443, 509, 528, 535, 574, 598, 605, 618, 638

Droit comparé, **23-29**, 30, 31, 32, 33, 39, 40, 43, 44, 51, 53, 64, 67, 69, 75, 84, 99, 100, 113, 114, 115, 118, 119, 122, 124, 134, 139, 140, 157, 158, 160, 169, 170, 177, 178, 180, 187, 188, 195, 198, 204, 205, 206, 219, 227, 237, 250, 251, 257, 273, 275, 278, 295, 299, 307, 317, 318, 327, 334, 340, 341, 342, 343, **345**, 346, 348, 356, 385, 389, 390, 402, 403, 405, 407, 409, 413, 422, 423, 426, 429, 431, 444, 445, 449, 450, 456, 464, 471, 472, 474, 475, 476, 483, 484, 485, 492, 495, 498, 500, 501, 503, 509, 510, 511, 515, 518, 519, 521, 523, 525, 527, 540, 547, 548, 551, 553, 555, 559, 566, 571, 574, 576, 577, 579, 581, 582, 586, 590, 591, 594, 595, 597, 600, 601, 603, 607, 608, 611, 612, 615, 616, 617, 620, 623, 626, 627, 633, 634, **637**, 638, 640, 641

Droit de la famille, 15, **21-23**, 29, 30, 31, 32, 33, 35, 40, 41, 43, 54, 58, 59, 60, 61, 62, 63, 68, 76, 89, 98, 101, 113, 118, 122, 142, 169, 173, 174, 185, 188, 193, 195, **217**, 231, 249, 255, 264, 270, 271, 272, 273, 277, 286, 287, 290, 291, 295, 305, 314, 317, 318, 320, 321, 322, 326, 327, 329, 331, 341, 342, 343, 345, 348, 349, 410, 411, 413, 419, 426, 437, 444, 446, 471, 472, 473, 474, 484, 485, 489, 491, 494, 497, 503, 520, 521, 523, 525, 546, 547, 555, 570, 577, 579, 584, 585, 588, 590, 591, 592, 613, 617, 633, 634, 635, 637, 638, 639, 640, 641

Droit de la santé, **15-21**, 22, 23, 29, 30, 31, 32, 33, **35-36**, 37, 39, 41, 43, 44, **50**, 51, 58, 59, 60, 61, 62, 63, 64, 66, 67, 68, 69, 76, 83, 89, 95, 96, 98, 99, 113, 114, 115, 118, 119, **120**, 142, 143, 145, 147, 149, 155, 166, 169, 173, 188, 191, 193, 195, 197, 198, 202, 206, 211, 212, 214, 215, 217, 218, 219, 227, 236, 237, 239, 248, 249, 250, 256, 257, 258, 260, 262, 264, 270, 273, 274, 275, 276, 278, 280, 283, 285, 286, 287, 289, 290, 291, 295, 296, **298**, 299, 302, 305, 306, 313, 314, 317, 318, 319, 320, 321, 323, 325, 326, 327, 328, 329, 331, 335, 341, 342, 343, 345, 346, 347, 348, 349, 360, 361, 365, 366, 373, 406, 409, 411, 422, 423, 426, 429, 444, 469, 471, 472, 473, 474, 483, 484, 485, 491, 492, 496, 499, 500, 518, 519, 521, 523, 525, 535, 540, 543, 547, 549, 552, 553, 555, 556, 557, 559, 560, 561, 570, 571, **574-575**, 576, 577, 579, 581, 584, 585, 586, 589, 591, 592, 593, 594, 597, 608, 610, 613, 617, 619, 620, 622, 623, 633, 634, 635, 637, 638, 639, 640, 641, **642**

Droit pénal, 21, 78, 79, 84, **86-87**, 91, 92, 93, 94, 95, 96, 98, 115, 117, 120, 121, 127, 137, 201, 213, 302, 312, 313, 317, 347, 372, **373-385**, 402, 432, 490, 504, 511, 530, 565, 568, 569, 570, 586, 613, 618, 619, 622, 640

Droits-fonction, 195, **218**, 250, 256, 257, 285, 290, 295, 296, 298, 299, 305, 306, 327, 341, 591

E

Éducation sexuelle, **329-331**, **335-338**, **599-600**

Empreintes génétiques, 32, 35, 36, 95, 115, 116, **117-140**, 141, 142, 143, 145, 147, 148, 152, 158, 161, 166, 188,

450, 455, 462, 470, 471, 472, 473, 474, 483, 497, 518, 519, 542, 640, 641

F

Fécondation in vitro, **45-48**, 111, 303, 351, 353, 359, 371, 374, 389, 425, 443, 444

Filiation, 21, 22, 32, 35, 36, 37, 43, 53, 54, 59, **60**, 66, 72, 75, 90, 99, 101, 103, 104, 105, 106, 111, 113, 115, 116, 117, 118, 119, 120, 121, 122, 123, 124, 125, 126, 127, 128, 129, 130, 131, 132, 133, 134, 135, 136, 137, 138, 139, **140-166**, 169, **170-187**, 188, 201, 212, 213, 217, 221, 222, 223, 259, 260, 261, 262, 265, 266, 268, 276, 294, 305, 313, 314, 317, 320, 324, 348, 349, 353, 360, 361, 362, 363, 365, 366, 367, 373, 375, 376, 377, 379, 380, 384, **385-401**, 402, 408, 409, 410, 411, 412, 419, 421, 425, 426, 429, 432, 433, 434, 436, 439, 443, 444, 445, 446, 447, 448, 449, 450, 453, 454, 455, 456, 457, 458, 459, 460, 461, 462, 465, 469, 470, 471, 472, 473, **474-482**, 483, 484, 485, 486, 487, 489, 490, 491, 492, 495, **496-503**, 509, 510, 512, 513, 515, 516, 518, 529, 571, 573, 590, 618, 637, 638, 640, 641

Fin de vie, **247**, 260, 263, 270, 274, 284, 535, 585, 586, **587**, 588, 590

Formalisme, 73, 74, 75, 102, 104, 105

H

Homosexualité, 41, 43, 52, **53**, **56**, 63, 64, 65, 100, 175, 203, 314, 347, 349, 350, 351, 369, 378, 379, 380, 393, 412, 424, 425, 426, 427, 429, **431-442**, **447-448**, 470, 477, 483, 484, **485-491**, **492-494**, 495, 496, 497, 498, 515, 519, 615

I

Impressionnisme, 237, 239

Indisponibilité, 53, 124, 131, 343, 351, 360, **362-363**, 366, 387, 395, 400, 479, 480, 487, **497**, 499, **500**, 501, **502**, 513, 638

Insémination artificielle, 44, **45**, 46, 47, 49, 172, 175, 179, 378, 389, 403, **404**, 405, 433, 443, 447, 448, 465, 468, 488, 489, 490

Interruption de grossesse, 17, 68, 69, 72, 76, 77, **78-79**, 81, **84-93**, 97, 98, 100, 151, 202, 213, 214, 230, 232, **233-235**, 236, **240-242**, 264, 289, 307, 308, 311, 313, 330, 523, **530**, 537, **541**, 557

L

Liberté personnelle, 53, 69, 82, 83, 84, 89, **90-91**, 94, 113, 120, 121, 125, 126, 128, 133, 134, 197, 198, 199, 200, **201-208**, 209, 215, 252, 288, 293, 297, 334, 335, 339, 340, 412, 443, 445, 447, 503, **504-517**, 529, 534, 535, 597, 601, 605, 607, **612-616**, 638

Lien de fratrie, 131, 207, 245, 253, 254, 259, 260, 269, 284, 299, 300, 301, 303, 304, 308, 314, 320, 323, 325, 326, 334, 468, 478, 583, 584, 610, 629

Lien familial, 3, 13, 21, 31, 32, 33, 35, 36, 37, 64, 113, 115, 167, 188, 193, 260, 283, 284, 285, 313, 343, 346, 347, 348, 349, 365, 426, 451, 453, 458, 459, 476, 482, 484, 492, 509, 519, 521, 585, 588, 634, 635, 640

M

Mandat de protection future, 251, **262**, 263, 272, 294, 295, 666, 669, 673

Mandat pour cause d'incapacité, 259, 261, **262-263**, 270, 271, 584, 687

Mariage, 21, 22, 23, 40, 41, 45, 46, **54-56**, 58, 59, 60, 61, **62**, 63, 64, **65**, 68, 70, 72, 73, 79, 80, 81, 82, 100, 101, 114, 119, 129, 134, 140, **143**, 144, 145, 147, **148**, 150, **152-153**, 154, 157, 158, 159, 160, 161, 163, 170, 171, 175, 177, 181, 183, 184, 185, 203, 206, 251, 252, 255, 264, 266, 267, 268, 277, 313, 314, 315, 316, 317, 318, 319, 321, 322, 343, 349, 378, 389, 390, 424, 425, 429, 432, 433, 434, **435-439**, 440, 441, 442, 446, 447, 448, 451, 452, 453, 455, 459, 460, 474, 475, 476, 477, 478, **480-483**, 485, 486, 487, 488, 489, 490, 491, 492, 493, 494, 495, 496, 498, 502, 510, 512, 515, 519, 615, 638

Maternité, 48, 49, 53, **140-142**, 145, **149-152**, 152, 154, 159, 161, 163, **172**, 177, 185, 186, 187, 211, 212, 356, 357, 358, **359-366**, 367, 368, 373, 374, 375, 376, 377, 383, 385, 386, 387, 388, 389, 390, 392, 393, 395, 397, 398, 399, 400, 401, 402, 420, 431, 435, 444, 445, 460, 478, 485, 492, 495, 496, 497, 501, 513, 515

N

NEK-CNE, 43, 93, 169, 358, 606, 607

Néonatalogie, 587

O

Oncles et tantes, 246, 301, 323, 325, 386, 706, 721, 744

OPECST, 48, 131, 132, 356, 365, 371, 604, 610, 621

P

PACS, 22, 23, 39, 40, 56, 62, 63, **65**, 68, 251, 252, 255, 315, 347, 436, 437, 438, 487, 494

PAFA, 10, 258, **260-261**, 269, 535

Partenariat enregistré, 23, **65**, 68, 259, 284, 314, 322, 431, 432, 433, 435, 440, 441, 442, 490, 494, 583, 584

Paternalisme, 93, **191-192**, 197, 209, 210, 215, 223, 286, 287, 293, 313, 528, 534, 535, 536, 544, 550, 551, 581, 586, 587, 588, 607

Paternité, 22, 37, 45, 64, 77, 79, 88, 117, 119, 120, 121, 123, 124, 125, 127, 129, 131, 132, 134, 135, 136, 137, 139, **142-149**, **152-166**, 169, **170-173**, 174, 176, 177, 178, 180, 181, 182, 183, 184, 185, 186, 366, 376, 389, 390, 401, 436, 444, 445, 451, 452, 453, 454, 455, 456, 468, 472, 474, 475, 477, 478, 479, 480, 481, 482, 483, 499, 512, 514, 515

Personne de confiance, 224, 244, 247, 259, **260-261**, 263, 269, **270**, 271, 272, 274, 275, 279, **294-295**, 328, 583, 585, 588, 589

Possession d'état, 149, 150, 152, 153, **154**, 155, 162, 163, 164, **165**, 166, 170, 172, 177, 182, 183, 185, 376, 388, 399, **400-401**, 456, 476, 482, 483, 496, 502

Pouvoirs, 130, 211, 217, 227, 236, 252, 254, **257**, 260, 271, 278, 286, 289, 294, 295, 298, 299, 301, 305, 306, 309, 311, 313, 327, 329, 330, 331, 332, 335, 338, 341, 342, 366, 423, 505, 562, 585, 588, 591, 592, 593, 594, 598, 600, 609, 620

Procéduralisation, 585, 595, 628

Proches, 39, 128, 136, 147, 213, 214, 225, 252, 253, 258, **259**, 261, **269**, 270, 271, 273, 275, 278, **279-285**, 289, 293, 294, 295, 322, 323, 328, **332-333**, **339-340**, 342, 375, 479, **582-585**, 586, 587, **588-590**, 592, 595, 601, 603, 604, 607, **612-614**, **616**, 622, 633, 642

Projet parental, 62, 69, 84, 98, 99, **106-113**, 114, 170, 173, 303, 318, 349, 372, 472, 489, 490, 494, 498, 501, 618

Protecteurs naturels, 260, 274, 279, 284

R

Représentant dans le domaine médical, 259, 270, 271, 276, 287, 574, 584, 589, 590, 637

Représentant légal, 218, 220, 221, 222, 224, 225, 226, 229, 232, 233, 234, 240, 241, 242, 247, 252, 261, 264, **275-276**, 277, 280, 284, 286, 289, 294, 299, 300, 302, 305, 313, 319, 323, 328, 335, 528, 529, 530, 532, 537, 542, 544, 550, 556, 557, 558, 571, 572, 575, 583, 587, 593, 594, 613, 619, 637, 638

Représentant thérapeutique, 261, 271, 302, 584

S

Sauvegarde de justice, 239, 240, 241, 242, 245, 246, 247, 272, 301, 558, 565, 571, 573, 575, 576

Secret, 30, 105, 138, 139, 150, 152, 179, 182, 186, 187, 202, 229, 231, 232, 233, 235, 249, 264, 276, 287, 298, 319, 405, 408, 411, 412, 413, 414, 415, 417, 418, 419, 420, 421, 462, 465, 466, 467, 491, 500, 512, 515, 518, 529, 530, 541, 542, 545, 546, 550, **617-623**, 628

SIDA, **57-58**, 192, 263, **317-319**, 330, 336, 337, 546, 599, 617, 621, 622

Solidarité corporelle, 325, 602, 617, 623, 624

Solidarité informationnelle, 617, 623

Stérilisation, 9, 17, 35, 57, 68, 69, 76, 79, **80-82**, 83, 84, 93-98, 224, 226, **242**, 275, 286, **288-289**, 290, 558, 565, 572, 576

Subsidiarité, 231, 251, 252, 504, 566, 629

T

Tourisme procréatif, 71, 180, 349, 350, 351, **355-402**, 422, 431, 450, 456, 471, 490, 640

Transsexualisme, 35, 36, 96, 468

Tutelle, 22, 96, 154, 221, 222, 229, 237, 238, 239, 240, 241, 242, **243-244**, 245, 246, 247, 251, 252, 253, 254, 255, 256, 257, 258, 259, 261, 262, 265, 266, 268, 269, 270, 272, 274, 275, 276, 277, 287, 289, 294, 295, 299, 301, 302, 313, 317, 328, 331, 434, 444, 460, 477, 531, 537, 538, 542, 546, 547, 548, 550, 556, 557, 558, 559, 560, 561, 562, 563, 564, 565, 568, 569, **571-573**, 575, 576, 589, 592, 594

V

Vaccination, 250, 263, 277, 291, 331, 332, 338, 591, 597

Vie privée, 61, 79, 84, 105, 110, 121, 128, 132, 138, 139, 176, 179, 202, 206, 247, 322, 328, 333, 396, 404, 405, 408, 409, 411, 412, 415, 416, 417, 419, 439, 446, 447, 450, 451, 452, 454, 459, 460, 461, 462, 467, 468, 469, 470, 476, 481, 488, 508, 510, 515, 516, 517, 556, 557, 564, 572, 598, 612, 614, 618, 625

TABLE DES MATIÈRES

Table des abréviations.....	7
Sommaire	13
Introduction	15
Partie 1 : L'influence du droit de la santé sur le droit extrapatrimonial de la famille, révélée par le droit comparé	33
Titre 1 : L'influence du droit de la santé sur la détermination des liens familiaux en France et en Suisse.....	35
Chapitre 1 : L'évolution du lien de couple révélée par le droit comparé.....	39
Section 1 : L'influence divergente des droits de la santé sur la définition du couple parental	43
I. Le couple parental, composante d'un modèle médical et familial de l'AMP partagé par les deux pays.....	44
A. La référence au couple dans le droit de la santé de chacun des deux pays.....	44
1. L'émergence commune d'une réglementation relative à l'AMP	45
2. La référence commune du droit de la santé au terme de « couple »	51
B. Le couple, composante d'une conception restrictive de l'AMP dans chacun des pays.....	51
1. L'adoption commune d'une conception familiale de l'AMP.....	51
2. L'adoption commune d'une conception médicale de l'AMP	56
II. Le droit suisse, révélateur de la dimension novatrice du droit de la santé français	58
A. La construction du droit de la santé suisse en référence au droit de la famille	59
1. La PMA hétérologue réservée aux couples mariés.....	59
2. La justification tirée de la vigueur et de la stabilité du mariage : le droit de la santé suiveur du droit de la famille.....	60
B. L'émancipation du droit de la santé français par rapport au droit de la famille	61
1. Les justifications tirées de la dimension médicale de l'AMP : le droit commun du couple face à l'acte médical	61
2. Les justifications tirées de la dimension socio-familiale de l'AMP : le droit de la santé précurseur du droit de la famille	62
Section 2 : L'influence convergente des droits de la santé sur les prérogatives du couple parental.....	67
I. La relative indifférence du droit de la santé à l'égard du couple, en l'absence d'un projet parental, dans chacun des deux pays.....	69
A. L'inutilité du couple participant au projet parental d'autrui, révélée par le droit comparé.....	69
1. Le déclin de la dimension conjugale du don de gamètes	69
2. La faiblesse des garanties du consensus conjugal	73
B. L'éviction du couple dans les actes médicaux assurant le refus de procréer	76
1. La dimension individuelle du refus de procréer dans chacun des pays	76
2. La convergence des législations vers un accroissement de l'autonomie personnelle.....	83
II. La place centrale du projet parental du couple demandeur d'une AMP dans le droit de la santé de chacun des pays.....	99
A. L'importance de l'expression de la volonté du couple parental	99
1. Le caractère central du consensus conjugal, malgré l'abandon de la « demande parentale ».....	99
2. Les mécanismes de protection de l'intégrité du consensus conjugal significatifs du rôle central de la volonté parentale	102
B. L'importance de la portée de la volonté du couple parental	106
1. La multiplication des hypothèses d'abandon du projet parental	106
2. Le projet parental, seul garant de l'absence de réification de l'embryon	110
Chapitre 2 : L'évolution du lien de filiation révélée par le droit comparé	115
Section 1 : La stabilité du droit de la filiation malgré l'accès élargi aux empreintes génétiques	117
I. La large ouverture de l'accès aux empreintes génétiques en droit suisse, par comparaison au droit français.....	119
A. La large ouverture de l'accès à la vérité biologique en droit suisse	122
1. L'accès aux empreintes génétiques sur demande privée	122

2. L'affaiblissement de l'exigence du consentement à l'identification par empreintes génétiques	125
B. L'ouverture restreinte de l'accès à la vérité biologique en droit français	130
1. L'accès aux empreintes génétiques subordonné à une action relative à la filiation ou aux fins de subsides	130
2. Le maintien de l'exigence du consentement à l'identification par empreintes génétiques	132
II. La faible évolution du droit suisse de la filiation par comparaison au droit français	140
A. La relative stabilité des fondements du droit suisse de la filiation	140
1. La stabilité des fondements de la filiation maternelle : mater semper certa est	140
2. La relative stabilité des fondements de la filiation paternelle	142
B. Les variations du droit français dans la détermination des fondements de la filiation	149
1. L'évolution des fondements de la filiation maternelle	149
2. L'évolution des fondements de la filiation paternelle	152
Section 2 : La déstabilisation du droit de la filiation malgré l'ouverture restreinte de l'AMP	169
I. La remise en cause des règles du droit de la filiation limitée par l'adoption d'un modèle familial naturalisant dans chacun des pays	170
A. La potentielle distorsion des liens juridiques et génétiques dans l'AMP avec tiers donneur	170
1. L'instabilité de la filiation paternelle	170
2. L'instabilité de la filiation maternelle	172
B. Une distorsion limitée par l'adoption d'un modèle fondé sur la filiation charnelle	173
1. L'interdiction d'établir le lien entre l'enfant et le donneur	173
2. Le verrouillage de la filiation à l'égard du couple receveur	175
II. Les brèches du modèle naturalisant révélées par la comparaison franco-suisse	178
A. Le modèle suisse : une cohérence apparente révélée par la comparaison	178
1. Les choix contestés du droit français	178
2. La structure cohérente du droit suisse	179
B. Une cohérence facilitée par l'adoption d'une législation restrictive	180
1. L'ouverture de l'AMP avec don de sperme porteuse d'incohérence	181
2. Les difficultés liées au verrouillage de la filiation maternelle	185

Titre 2 : L'influence du droit de la santé sur les droits et devoirs familiaux en France et en

Suisse.....191

Chapitre 1 : L'influence de l'autonomie du patient sur les prérogatives familiales de protection dans chacun des deux pays	195
Section 1 : L'autonomie du patient, un principe commun aux deux pays	197
I. La protection constitutionnelle du consentement à l'acte médical	197
A. L'émergence progressive d'une protection constitutionnelle	197
1. Le rôle du juge constitutionnel dans la reconnaissance de la protection du consentement	197
2. Les fondements constitutionnels du consentement à l'acte médical	199
B. La liberté personnelle comme socle commun des droits corporels ?	204
1. L'extension de la protection constitutionnelle dans chacun des deux pays	204
2. Vers la formation d'un « standard » ?	205
II. La protection légale du consentement à l'acte médical	208
A. Les fondements de la protection du consentement dans les codes civils	209
1. La « clause générale » de protection de la personnalité en droit suisse	209
2. La protection de l'intégrité corporelle en droit français	210
B. Les fondements de la protection du consentement dans les lois spéciales	211
1. Dans les lois cantonales et fédérales en Suisse	211
2. Dans le Code de la santé publique en France	214
Section 2 : Le droit suisse, révélateur du caractère dérogatoire du droit de la santé français	217
I. La construction d'un droit de la santé spécial inspiré du droit civil en Suisse : la consolidation des prérogatives familiales de protection	219
A. La théorie générale : la capacité de principe de la personne capable de discernement dans l'exercice de ses droits strictement personnels	219
1. L'existence d'une théorie générale distinguant capacité naturelle et capacité légale dans le Code civil	220
2. La capacité soumise à l'exercice d'un droit strictement personnel et à la capacité de discernement	221
B. La construction des lois sanitaires par référence à la théorie générale	224
1. La capacité de principe du mineur discernant dans l'exercice de ses droits strictement personnels	224
2. La capacité de principe du majeur discernant dans l'exercice de ses droits strictement personnels	225

II. La construction historique d'un droit spécial parallèle au droit civil en France : l'affaiblissement des prérogatives familiales de protection.....	227
A. La multiplication des exceptions à l'incapacité du mineur en droit de la santé.....	227
1. L'incapacité de principe du mineur français dans le Code civil et dans le Code de la santé publique.....	227
2. La multiplication des dérogations a priori objectives dans le Code de la santé publique	229
B. L'appréhension de la personne du majeur par un droit spécial partiellement dérogatoire.....	237
1. Un droit civil historiquement lacunaire.....	237
2. L'appréhension de la personne par un droit sanitaire « impressionniste ».....	239
Chapitre 2 : L'influence de l'impératif de protection de la santé sur les droits et devoirs familiaux dans chacun des deux pays.....	249
Section 1 : L'évolution des droits et devoirs justifiée par la protection de la personne dans chacun des deux pays.....	251
I. L'évolution des titulaires des droits-fonction dans chacun des deux pays.....	257
A. La multiplication des titulaires des droits-fonction : une problématique commune aux deux pays.....	257
1. Les causes de la multiplication des titulaires des prérogatives de protection.....	257
2. L'existence de prérogatives concurrentes	264
B. Les incertitudes dans la définition des protecteurs par le droit français, révélées par le droit suisse.....	273
1. La subversion des concepts de droit civil.....	273
2. La porosité des notions spécifiques au droit de la santé	278
II. L'évolution de l'exercice des droits-fonction dans le droit de la santé de chacun des deux pays.....	285
A. L'évolution de la finalité des droits-fonction, commune aux deux pays.....	285
1. L'obligation classique de décider selon l'intérêt de la personne protégée.....	286
2. Un intérêt largement entendu : l'exemple de la stérilisation.....	288
B. L'évolution des modalités d'exercice des droits-fonction.....	290
1. L'application des règles relatives à l'autorité parentale dans le droit de la santé de chacun des deux pays.....	290
2. L'opposition des deux droits de la santé dans la décision relative à la personne hors d'état de se déterminer.....	293
Section 2 : L'évolution des droits et devoirs, justifiée par la protection de la santé d'autrui dans chacun des deux pays.....	297
I. La protection de la santé d'un autre membre de la famille, vectrice d'évolution des droits et devoirs dans chacun des deux pays.....	298
A. L'évolution des droits-fonction dans chacun des deux pays.....	298
1. Des pouvoirs élargis dans l'intérêt d'un membre de la famille	299
2. Des pouvoirs élargis d'un membre de la famille sur la vie en devenir.....	305
B. L'évolution des devoirs dans chacun des deux pays.....	313
1. Le devoir d'informer interrogé par le droit de la santé.....	314
2. Les devoirs d'aide et d'assistance renouvelés par le droit de la santé	321
II. La protection de la santé publique, vectrice d'évolution des droits et devoirs dans chacun des deux pays.....	326
A. Une reconnaissance contrastée des droits familiaux face à l'impératif de santé publique en droit français	327
1. Des prérogatives familiales consacrées du vivant de la personne.....	327
2. Des prérogatives familiales difficilement reconnues aux extrémités de la vie.....	332
B. Une reconnaissance homogène des droits familiaux face à l'impératif de santé publique en droit suisse.....	334
1. Des prérogatives familiales consacrées du vivant de la personne.....	335
2. Des prérogatives familiales reconnues aux extrémités de la vie.....	339

Partie 2 : L'influence du droit de la santé sur le droit extrapatrimonial de la famille, repensée grâce au droit comparé 345

Titre 1 : La limitation du rôle du droit de la santé dans la détermination des liens familiaux .347

Chapitre 1 : Une limitation justifiée par la spécificité de l'acte médical procréatif : un acte à dimension civile et familiale.....	349

Section 1 : La finalité spécifique de l'acte médical procréatif révélée par le tourisme procréatif.....	355

I. Les limites du modèle « thérapeutique » face à la réalité du tourisme procréatif dans chacun des deux pays.....	356

A. L'affaiblissement des interdictions, mis en exergue par les déplacements transfrontaliers	357

1. Le contournement de l'interdiction suisse du don d'ovocytes et du don d'embryons	357
2. Le contournement des interdictions française et suisse de la maternité pour autrui	359
B. L'affaiblissement de l'encadrement des pratiques, mis en exergue par les déplacements transfrontaliers	369
1. Le contournement des conditions légales encadrant les pratiques.....	369
2. Le contournement de la pénurie due à l'encadrement des pratiques	371
II. La spécificité des enjeux du tourisme procréatif	373
A. La spécificité révélée par le droit pénal : la faible volonté de poursuivre les couples.....	373
1. L'opposition théorique des deux pays face à la pénalisation du comportement du couple.....	374
2. La convergence des pratiques franco-suisse : la faible effectivité de l'arsenal pénal français ...	378
B. La spécificité liée à la naissance d'un enfant : la question de l'établissement de la filiation.....	385
1. Des systèmes opposés face à la divisibilité de l'opération réalisée en intégralité sur le territoire national	385
2. Des réactions différentes de l'ordre juridique interne face aux situations créées à l'étranger	390
Section 2 : La spécificité de la dimension identitaire du don de gamètes révélée par le droit comparé	403
I. Les limites de l'assimilation du don de gamètes aux dons d'éléments et produits du corps humain révélées par le droit comparé.....	403
A. L'assimilation française des gamètes aux autres éléments et produits du corps humain révélée par le droit suisse.....	403
1. Une approche « principielle » héritée de la pratique médicale.....	404
2. Une approche « principielle » entérinée par le législateur en 1994.....	405
B. L'incohérence de l'assimilation révélée par la comparaison des droits.....	407
1. L'incohérente assimilation des gamètes aux autres éléments et produits du corps humain	407
2. Le droit suisse comme révélateur de la spécificité du statut des gamètes	409
II. La dimension identitaire du don de gamètes révélée par la nature spécifique des griefs à l'encontre de l'anonymat.....	410
A. Le droit à la connaissance de ses origines invoqué devant le Conseil constitutionnel	410
1. La faible prégnance de l'identité dans les contrôles a priori.....	410
2. La faible prégnance de l'identité dans les contrôles a posteriori.....	411
B. Le droit à la connaissance de ses origines invoqué devant le juge ordinaire	414
1. Un droit non reconnu pour les enfants issus d'une AMP	414
2. Un droit limité pour les personnes adoptées et pupilles de l'État	417
Chapitre 2 : L'utilité d'une reconstruction civiliste du droit de la procréation grâce au droit comparé.....	429
Section 1 : Les catalyseurs de la reconstruction communs aux deux pays.....	431
I. L'ouverture de la parenté aux couples de même sexe en cours dans chacun des pays	431
A. Le refus traditionnel de l'adoption pour les couples de même sexe.....	431
1. L'interdiction d'adopter pour les couples homosexuels en droit suisse	431
2. L'interdiction d'adopter pour les couples homosexuels en droit français	433
B. La reconnaissance d'un statut parental aux couples de même sexe comme catalyseur d'une reconstruction.....	435
1. L'ouverture française du mariage et de l'adoption aux couples de même sexe.....	435
2. Une ouverture possible de l'accès à l'adoption pour les couples de même sexe en droit suisse	440
II. Les droits fondamentaux comme vecteur modéré d'une harmonisation.....	443
A. Le droit de procréer et le droit de la filiation.....	443
1. Des droits peu effectifs face à la marge nationale d'appréciation.....	443
2. Des droits effectifs susceptibles de faire évoluer les droits nationaux	449
B. Le droit à la connaissance de ses origines.....	462
1. L'influence potentielle de la CIDE révélée par le droit suisse	462
2. L'influence du droit à la connaissance de ses origines en construction par la CEDH.	467
Section 2 : Le droit comparé au service de la reconstruction du droit de la procréation.....	471
I. Le droit comparé au service de l'adaptation du droit de la filiation.....	471
A. Subordonner l'identification par empreintes génétiques aux finalités du droit de la famille.....	472
1. Le caractère suiveur du droit de la santé.....	473
2. Le droit de la santé, un outil au service du droit de la famille.....	474
B. « Refamilialiser » le droit de l'AMP	483
1. Repenser le modèle du droit de l'AMP pour remédier à son incohérence	484
2. Les techniques juridiques au service de l'adaptation du droit	492
II. Le droit comparé au service de l'évolution du rôle du tiers et du droit à la connaissance de ses origines	503
A. L'utilité de l'expérience suisse dans la construction de l'identité personnelle.....	503
1. L'apport matériel indéniable du concept de liberté personnelle, malgré la « situation paradoxale » des droits fondamentaux en Suisse	504

2. L'apport du droit comparé pour la construction d'un statut du tiers : un modèle fondé sur la dissociation entre identité et filiation.....	509
B. Les limites à l'importation d'un modèle étranger.....	514
1. Les fondements potentiels de la consécration d'un droit à la connaissance de ses origines.....	515
2. Les résistances non négligeables à l'évolution du modèle.....	517
Titre 2 : Le rôle complémentaire du droit de la santé dans la détermination des droits et devoirs familiaux.....	521
Chapitre 1 : L'articulation du droit de la santé et du droit de la famille par une théorie générale construite grâce au droit comparé.....	523
Section 1 : La portée de l'autorité parentale face à l'autonomie de la personne mineure.....	527
I. Des divergences irréductibles quant à la portée de l'autonomie : réfutation de la « fonction unificatrice » du droit comparé.....	527
A. La portée pratique du consentement du mineur.....	528
1. L'efficacité du consentement du mineur capable de discernement en droit suisse.....	528
2. La recherche du consentement du mineur en droit français.....	531
B. La portée pratique du refus du mineur.....	533
1. La portée contraignante du refus du mineur en droit suisse.....	533
2. La portée limitée du refus du mineur en droit français.....	537
II. Des convergences certaines : la « fonction subversive » du droit comparé au service de la construction d'une théorie générale.....	540
A. Une opposition limitée des droits français et suisse.....	540
1. La recherche commune d'un équilibre entre autonomie et protection.....	540
2. La fragmentation de la minorité.....	544
B. Le droit suisse au service de la construction d'une théorie générale française.....	547
1. La pertinence du critère du discernement révélée par la « fonction subversive » du droit comparé.....	547
2. L'adaptation de la réception du critère du discernement au droit français.....	551
Section 2 : La portée des prérogatives familiales face à l'autonomie du majeur.....	555
I. La consécration convergente d'une théorie générale de la protection de la personne fondée sur la notion de discernement.....	555
A. L'émergence d'une théorie générale française de la protection du majeur.....	555
1. La participation du droit de la santé à la théorisation jurisprudentielle et doctrinale.....	556
2. La consécration d'une théorie générale en droit civil.....	559
B. Le rapprochement entre les droits français et suisse.....	566
1. Le critère du discernement.....	567
2. La catégorie des actes relatifs à la personne.....	570
II. L'utilité du droit comparé dans l'amélioration de la théorie générale.....	571
A. La difficile « articulation » entre Code civil et Code de la santé publique.....	571
1. Le cas du majeur sous tutelle.....	571
2. Le cas du majeur sous curatelle ou sous sauvegarde de justice.....	573
B. La nécessaire complémentarité du droit civil et du droit de la santé.....	574
1. L'inutile autonomie du droit de la santé.....	574
2. Le droit comparé au service de la cohérence du droit de la santé et du droit civil.....	576
Chapitre 2 : Les aménagements à la théorie générale encadrés grâce au droit comparé.....	579
Section 1 : Les aménagements dans l'intérêt du patient.....	581
I. L'articulation des prérogatives familiales de protection, dans l'intérêt du patient.....	581
A. L'articulation des prérogatives des différents membres de la famille.....	581
1. Une hiérarchisation relativement exhaustive en droit suisse.....	582
2. Une articulation plus lacunaire en droit français.....	585
B. L'articulation des prérogatives familiales et médicales.....	586
1. Les difficultés éthiques partagées par les deux pays.....	586
2. Les enrichissements mutuels des deux modèles.....	588
II. L'éviction des prérogatives familiales, dans l'intérêt du patient.....	591
A. Les causes traditionnelles de l'éviction.....	591
1. Le danger pour le patient.....	591
2. La contrariété d'intérêts.....	592
B. L'encadrement de l'éviction.....	592
1. L'éviction totale.....	592
2. L'éviction partielle.....	593
Section 2 : Les aménagements dans l'intérêt d'autrui.....	597
I. Le nécessaire équilibre entre prérogatives familiales et protection de la santé publique.....	597

A. Un équilibre relativement satisfaisant du vivant de la personne	597
1. L'examen juridique de l'équilibre entre les droits en présence dans chacun des deux pays.....	597
2. Les critères d'encadrement de la limitation des prérogatives familiales	599
B. Un équilibre à renforcer aux extrémités de la vie	600
1. L'éviction des prérogatives familiales expliquée par la « publicisation » des éléments et produits du corps humain	601
2. La nécessaire reconnaissance de la liberté personnelle des proches révélée par le droit comparé	612
II. Le nécessaire équilibre entre l'intérêt du patient et la protection de sa famille.....	617
A. L'encadrement de la solidarité informationnelle.....	617
1. La dérogation au secret médical en droit suisse.....	617
2. Le refus d'écarter le secret médical en droit français	619
B. L'encadrement de la solidarité corporelle.....	623
1. Les limites à la liberté du consentement dans l'intérêt d'un membre de sa famille.....	623
2. Les mesures en faveur de la protection du donneur.....	625
Conclusion générale	637
Bibliographie	643
Droit français :	643
Dictionnaires, encyclopédies, lexiques :	643
Ouvrages généraux :	644
Ouvrages spécialisés :	645
Colloques et conférences :	648
Rapports et avis :	648
Études de législation comparée :	655
Thèses et mémoires :	655
Articles et contributions à des ouvrages :	657
Sitologie :	677
Droit suisse :	681
Ouvrages généraux :	681
Ouvrages spécialisés :	682
Colloques :	682
Rapports, avis, recommandations :	682
Messages :	684
Étude de législation comparée :	685
Thèses et mémoires :	685
Articles et contributions à des ouvrages :	686
Sitologie :	693
Droits étrangers et international :	697
Avis et rapports :	697
Ouvrages :	697
Articles :	697
Table des annexes :	699
Annexe 1 : la méthode en droit comparé	701
Annexe 2 : liste des articles du CSP susceptibles d'englober les liens familiaux	705
Annexe 3 : le processus législatif en droit fédéral suisse.....	707
Annexe 4 : occurrences du terme « couple » dans le CSP	711
Annexe 5 : la structure du droit de la filiation par PMA en France et en Suisse.....	717
Annexe 6 : l'expression du consentement à l'acte médical en France et en Suisse.....	719
Annexe 7 : la révision de la LPMA : admission et réglementation du DPI.....	729
Annexe 8 : délais d'attente pour un don d'ovules en France	733
Annexe 9 : l'absence d'homogénéité du vocabulaire dans le CSP	735
Annexe 10 : les quatre utilisations du terme de « proches » en droit fédéral suisse.....	737
Annexe 11 : les actes médicaux sur le mineur en droit français et en droit suisse	739
Annexe 12 : le questionnaire de Silberfeld	751
Annexe 13 : les références au projet parental dans le CSP.....	753
Annexe 14 : le consentement du majeur protégé dans les textes spéciaux de droit de la santé.....	759
Annexe 15 : concrétisation des propositions de thèse	773

Index	781
Table des matières.....	785