

# BIOETHIQUE

## Plan du cours :

### Introduction

Historique

Instruments de la bioéthique

Instances de la bioéthique

## *Première partie : La pratique bioéthique avant la naissance*

### **Chapitre 1er : le droit à la vie, les frontières juridiques de la vie à son commencement**

Section 1 : la vie et son commencement

Section 2 : le statut juridique de l'embryon

### **Chapitre 2 : Donner la vie**

Section 1 : Le refus de donner la vie

I. La prévention

A. Stérilisations

B. Contraceptions

II. Les interruptions de grossesse

A. L'I.V.G

B. L'I.M.G

- Cadre - Diagnostics prénataux

Section 2 : Le droit de donner la vie

I. Le cadre de l'Assistance médicale à la procréation (A.M.P.)

A. Le cadre juridique de l'aide médicalisée à la procréation

- le CSP

- le C Civil

B. Les hypothèses de recherche sur l'embryon à transplanter

- Diagnostic pré-implantatoire – Double diagnostic pré-implantatoire ou technique du « bébé médicament »

II. Les pratiques prohibées liées à l' A.M.P.

A. Les interdits absolus : les clonages

B. Les pratiques « déviantes » du droit

- la recherche embryonnaire

- la gestation pour autrui (caractère d'extranéité)

## *Seconde partie : La pratique bioéthique après la naissance*

### **Chapitre 1er : La bioéthique dans la protection de l'homme en vie**

Section 1 : La dignité de la personne humaine et le caractère « sacré » du corps humain

Section 1 : La dignité de la personne humaine et l'indisponibilité du corps humain

### **Chapitre 2 : La bioéthique dans la protection de l'homme décédé**

Section 1 : La mort en droit et les prélèvements d'organe

## Section 2 : Un droit à la mort ?

## INTRODUCTION

La bioéthique est une partie de l'éthique. En tant que telle, elle est une recherche de normes morales applicables aux sciences du vivant.

Le terme « éthique » provient du grec *Ethos* qui, comme le latin *mores*, renvoie au comportement, aux mœurs. Il s'agit donc, au sens strict, des comportements qu'il faut avoir dans le domaine des sciences de la vie et de la santé. Plus précisément, la bioéthique peut se définir comme l'éthique gouvernant les recherches médicales et leurs applications à l'être humain.

C'est un fait, (un poncif ?) pour ne pas dire un lieu commun, l'expérimentation sur l'homme est aussi ancienne que la médecine elle-même. Les trépanations cicatrisées d'il y a 5000 ans, pour vider les hématomes crâniens, prouvent qu'à *des fins curatives*, l'audace expérimentales des « médecins » était inouïe. On en trouve déjà des traces sur les tablettes des villes d'Ur ou d'Ugarit, on en a une illustration fondamentale avec la stèle portant Code d'HammouRabi, à Babylone au XVIIIème siècle avant notre ère. Elle a été rationalisée en Grèce avec l'école de Kos (Hippocrate) mais restée téléologique, et à visée thérapeutique.

A l'époque moderne, soit depuis cinq siècles environ, l'expérimentation s'est transformée. Elle n'est plus simplement à visée curative, elle devient objet de recherche à part entière. Le médecin veut savoir, il veut connaître, il veut comprendre, ou mieux encore, comme un démiurge exalté par ses nouveaux pouvoirs il veut créer.

Sur le fondement de la rationalisation prônée par Magendie, Claude Bernard introduit, scientifiquement, la méthode expérimentale en médecine<sup>1</sup>, qui se fonde sur l'observation rationnelle et qui consiste à confronter les idées à l'expérience des faits, et à les expliquer en déterminant les causes de leur reproductibilité. Ainsi, pour s'assurer de la reproductibilité de certains résultats, il faut recommencer l'expérience autant de fois qu'il est nécessaire. Dès lors, et dans le domaine de la médecine, pour connaître le vivant, il faut nécessairement observer et expérimenter sur le vivant, le passage à l'expérimentation sur l'homme est obligatoire, et pour obtenir la certitude de reproductibilité de certains résultats. Certes, l'expérience alors est neutre, objective et rationnelle, mais cette neutralité comporte en aspect négatif son indifférence à la pénibilité des moyens utilisés pour parvenir à un résultat et l'acceptation de l'expérimentation à des fins uniquement cognitives, c'est-à-dire qui visent à acquérir ou à développer des connaissances généralisables, qu'il y ait ou non un intérêt direct pour les personnes qui y participent. Elle est de ce fait déjà toute empreinte d'équivoque<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> Cette introduction qui date de 1865 marque le début des « six glorieuses ». V. R. Dachez, *Histoire de la médecine de l'Antiquité au XXème siècle*, Talandier, 2004, p. 555 s.

<sup>2</sup> N'oublions pas les propos sévères du Professeur Jean Bernard : "*Si l'expérimentation est moralement nécessaire elle est nécessairement immorale*". J. Bernard, *La bioéthique*, Flammarion, Paris, 1994, p. 17.

L'expérimentation médicale sur la personne humaine est toute entière marquée d'ambiguïté. L'Allemagne des années 1930 en est une illustration topique. En 1931, le pays se déchire autour procès de Lübeck, qui condamnera finalement 2 médecins pour avoir vacciné massivement des enfants au nouveau BCG non encore totalement éprouvé, faisant alors 77 victimes. Le Conseil de santé de la République de Weimar, le 28 février 1931, venait pourtant d'énoncer que : « *La science médicale ne peut pas, si elle veut progresser, renoncer à entreprendre, dans certains cas appropriés, un traitement avec des moyens et procédés nouveaux, non encore suffisamment expérimentés. Elle ne peut non plus s'abstenir de toute expérience scientifique sur l'homme, car les progrès dans le diagnostic, la guérison et la prévention des maladies seraient entravés ou même exclus. De ces droits découlent pour le médecin l'obligation particulière de demeurer constamment conscient de sa grande responsabilité quant à la vie et à la santé de chaque individu qu'il traite de manière nouvelle ou sur lequel il procède à l'expérience* »... La société internationale découvrira plus de 10 ans après, avec horreur, les actes de barbarie conduits par les médecins nazis dans les camps de concentration. Sous couvert de ce texte, sous le prétexte d'expériences scientifiques, le docteur Rascher faisant mourir de froid des prisonniers pour mesurer et étudier leur temps de survie, le docteur Mengele faisant assassiner des enfants tziganes pour étudier leurs yeux, qu'il collectionnait dans des boîtes, le docteur Clauberg injectant des substances caustiques dans les organes génitaux de plusieurs centaines de femmes juives pour observer les effets produits, etc...<sup>3</sup> Ce n'est déjà plus le mythe de Frankenstein, qui plane sous le mot "expérimentation", mais déjà, et pour longtemps, l'idée de la torture...

L'expérimentation alors devenait sinon un problème éthique, au moins un enjeu juridique. L'éthique n'est pas nouvelle, les préceptes fondamentaux de la médecine, posés déjà par Hippocrate visaient, avant tout, la recherche du bien du patient et l'intérêt de celui-ci dont le *primum non nocere*, et l'un des principes fondateurs de la déontologie médicale<sup>4</sup>. Elle se cristallise avec le Procès de Nuremberg.

**Les prémisses de cet encadrement juridique sont apparues avec un droit mêlé d'éthique tel qu'il ressort du Code de Nuremberg élaboré en 1947 par le tribunal militaire américain** rassemblant dix règles fondamentales à observer lors de l'élaboration d'une recherche sur l'homme, à commencer par le recueil de son consentement (art. 1<sup>er</sup>) et la liberté de celui-ci, notamment pour interrompre l'expérimentation (art. 10), la nécessité d'une finalité à la recherche « pour le bien de la société » (art. 2), un équilibre entre le bien recherché et les risques encourus (art. 6), la qualification des acteurs (art. 8). Ces principes furent repris et étendus dans les textes postérieurs, depuis la Déclaration d'Helsinki, énoncée par l'Association médicale mondiale en 1964, la Convention d'Oviedo, élaborée dans le cadre conjoint du Conseil de l'Europe et de la Communauté européenne en 1997 jusqu'à la Convention sur les droits de l'homme et la biomédecine relatif aux recherches biomédicales énoncée à Strasbourg, le 25 janvier 2005.

Le terme de bioéthique a été forgé dans les années 70 pour désigner un corps de pensée, de réflexions et de préceptes d'importance grandissante.

---

<sup>3</sup> Les décisions rendues par le Tribunal de Nuremberg les 19 et 20 août 1947 pour condamner les pratiques médicales nazies, et la Charte qui en découle déterminent, pour la plupart des auteurs, les premiers axes de la pensée bioéthique mondiale. Cf : N. Lenoir et B. Mathieu, *Les normes internationales de bioéthique*, P.U.F. coll. "Que sais-je ?" Paris, 1998.

<sup>4</sup> V. art. R. 4127-2 CSP (art. 2 du Code de déontologie des médecins).

Le cancérologue Van R. Potter, qui revendiquait la paternité du terme, la définit comme « la combinaison des connaissances biologiques et des valeurs humaines ». Prolongement ou même mise à jour de l'ancienne morale pour les uns, la bioéthique est présentée par d'autres comme la « science de la morale médicale »<sup>5</sup> ou comme une éthique de la vie et du vivant (D. Roy : « elle cherche à rendre compte... de l'ensemble complet des conditions [nécessaires] au développement harmonieux des individus et de la collectivité »<sup>6</sup>). Pour d'autres, elle est simplement une approche nouvelle, pour la prise de décision, des enjeux éthiques liés à l'utilisation croissante des techniques dans ce qui touche directement à la vie humaine et à la santé.

Le droit de la bioéthique traduit de manière privilégiée l'émergence d'un nouveau système juridique fondé essentiellement sur les droits fondamentaux. Parmi ces principes, trois occupent une place particulière :

Le principe de la dignité humaine, le principe de liberté, et le principe d'égalité.

Il y a des fondements à la bioéthique et des instances qui l'encadrent.

## **I. Structure de la bioéthique**

### **A LES INSTRUMENTS DU DROIT DE LA BIOETHIQUE**

Il existe des instruments au niveau international (1), régional (2) et national (3).

#### **1. Les textes internationaux**

Les instruments internationaux sont généraux (a) ou spécifiques (b).

##### *a) Les instruments internationaux généraux*

Dès 1947, le Code de Nuremberg a posé les 10 principes éthiques relatifs à l'éthique médicale et à la recherche biomédicale. Celui-ci est repris par 2 résolutions de l'Assemblée générale des Nations Unies n°3/1 du 13/02 et 95/1 du 11/12/1946.

La Déclaration Universelle des Droits de l'Homme (DUDH) de l'ONU de 1948 est complétée par deux conventions signées en 1966 à New York : le Pacte International sur les droits civils et politiques et le Pacte International sur les droits économiques, sociaux et culturels. Ces trois textes forment le socle des droits universels de l'homme.

##### *b) Les instruments internationaux spécifiques*

La déclaration universelle sur le génome humain et les droits de l'homme du 11 novembre 1997, élaborée par le comité international de bioéthique (CIB) concerne la protection et la dignité de la personne humaine à l'épreuve des technologies biomédicales. On retrouve aussi la déclaration sur les données génétiques et humaines adoptée par la conférence générale de l'UNESCO le 16 octobre 2003. Il s'agit des principes qui doivent guider la collecte, le traitement, l'utilisation et la conservation de ces données. Enfin la déclaration universelle sur la bioéthique et les droits de l'homme a été adoptée par la conférence générale de l'UNESCO le 19 octobre 2005. D'autres règles sont élaborées dans le

---

<sup>5</sup> J.-L. Funck-Brentano, La bioéthique, science de la morale médicale, Rev. Débat, 1983, 25° V, p. 59

<sup>6</sup> D. Roy, *De la bioéthique*, Prospective et santé, 1980, n° 15, p. 63

cadre de l'ONU, comme en témoigne la résolution de la commission des droits de l'homme « droit de l'homme et la bioéthique » (1999/63) et « droit de l'homme et la bioéthique » (2001/71) du Conseil économique et social des Nations Unies.

## **2. Les instruments régionaux**

Au niveau européen, on retrouve des instruments généraux (a) et particuliers (b) de protection.

### *a) Les instruments régionaux généraux*

La CEDH de 1950 comporte certains articles relatifs à la bioéthique : (article 2 : droit à la vie, article 3: traitements inhumains et dégradants, article 8 : vie privée et familiale, art 14 pose le principe de non discrimination). Tout comme la charte des droits fondamentaux signée à Nice en décembre 2000 : (article 1 : dignité de la personne humaine, article 2 : droit à la vie, article 3 : droit au respect de l'intégrité de la personne humaine, article 4 : interdiction de la torture et des traitements inhumains, article 5 : interdiction de l'esclavage et du travail forcé, articles 12 et 13 : vie privée et familiale).

Les questions relatives à la bioéthique sont donc traitées dans le cadre du conseil de l'Europe mais aussi par le droit communautaire et notamment dans les décisions du parlement et du conseil des Ministres, dans les avis du comité d'éthique auprès de la commission qu'est le groupe européen d'éthique des sciences et des nouvelles technologies, dans les résolutions du Parlement Européen et également dans les normes de droit dérivé interprétées et appliquées par la jurisprudence.

### *b) Les instruments régionaux spécifiques*

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, intitulée également Convention sur les droits de l'homme et la biomédecine du Conseil de l'Europe du 4 avril 1997 (Convention d'OVIEDO). Ce texte est le premier instrument juridique international contraignant dans le champ de la bioéthique. Deux protocoles ont été ensuite adoptés, l'un portant sur le clonage humain en janvier 1998, et l'autre sur la transplantation d'organes en janvier 2002.

## **3- Les instruments nationaux**

Les lois dites bioéthiques regroupent :

- La loi n° 94-653 du 29 juillet 1994 relative au respect du corps humain
- 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.

Ces lois posent 2 principes majeurs, celui de l'inviolabilité de la personne humaine et de l'indisponibilité du corps qui ont ensuite été intégrés dans le code civil aux articles 16 et suivant. Dans une décision du 29 juillet 1994 le Conseil Constitutionnel a déclaré 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'assistance médicale à la procréation et au diagnostic prénatal, conformes à la constitution. La loi du 29 juillet 1994, prévoyait dans son article 21 la révision dans les 5 ans des lois dites bioéthiques. Il faudra finalement attendre le 6 août 2004 avec la loi n°2004-800 qui prévoit, au long des quarante articles qui la composent, des dispositions fort diverses. Leur point commun est que toutes règlent, au moins provisoirement, les problèmes posés à la société par le développement des sciences et techniques biomédicales.

La loi modifiée une nouvelle fois le 7 juillet 2011, sans grande modifications structurelles (n°2011-814, du 7 juill. 2011) fait l'objet d'un nouvel examen par le Parlement conformément à ce qui avait été prévu (L. n° 2011-814, art. 47) et devrait donner lieu à un nouveau texte dans le courant de l'année 2020.

## **B. LES INSTANCES DU DROIT DE LA BIOETHIQUE**

Il existe des instances au niveau international (a), régional (b) et international (c).

### **1. Les instances internationales**

L'UNESCO a créé en 1993 le CIB, son mandat couvrant le domaine des sciences du vivant et de leur application. L'organisation a ensuite mis en place un comité intergouvernemental de la bioéthique (CIGB). Le CIB formule des recommandations à l'intention des États, il est également chargé de coopérer avec les OIG, les ONG et les comités nationaux et régionaux de bioéthique. Le CIGB quant à lui, examine les avis et recommandations du CIB et formule des recommandations sur les suites à leur donner. Les ONG telles que l'Association Médicale Mondiale (AMM) et le Conseil des Organisations Internationales des Sciences Médicales (CIOMS) sont également présentes au niveau international.

### **2. Les instances régionales**

Le comité ad hoc pour la bioéthique (CAHBI) créé par le Conseil de l'Europe s'est transformé en 1992 en Comité Directeur de la Bioéthique (CDBI). Celui-ci est composé d'experts gouvernementaux qui jouent un rôle dans l'élaboration de la convention d'OVIEDO et des protocoles additionnels. Enfin, le Groupe des conseillers pour l'Éthique de Biotechnologie (GEB), créé en 1991 par la commission est devenu le Groupe Européen d'Éthique des sciences et des nouvelles technologies (GEE).

### **3. Les instances nationales**

Les instances nationales sont le comité consultatif pour les sciences de la vie et de la santé (a), les espaces de réflexion éthique (b) et l'agence de biomédecine (c).

#### *a) Le CCNE*

Institué par F. MITTERAND en 1983 (décret du 23 février 1983). Revisité par les lois bioéthiques de 1994 et 2004, le CCNE est une Autorité Administrative Indépendante (AAI) ayant pour mission de donner des avis sur des problèmes éthiques, sur des questions de société en raison des progrès de la connaissance dans les domaines de la biologie, de la médecine et de la santé (article L. 1412-1 du CSP).

Le CCNE se compose d'un président, de 39 membres et de présidents d'honneur. Le président est nommé par le président de la République pour une période de deux ans renouvelables. Les membres sont nommés pour **4 ans (renouvelable une fois)** et renouvelés par moitié tous les deux ans :

- 5 personnalités désignées par le Président de la République et appartenant aux « principales familles philosophiques et spirituelles »<sup>8</sup>
- 19 personnalités choisies pour « leur compétence et leur intérêt pour les problèmes éthiques »
- 15 personnalités appartenant au « secteur de la recherche »

Le Secrétaire Général est chargé de la coordination des travaux du Comité.

La loi du 7 juillet 2011 relative à la bioéthique a donné au CCNE le pouvoir d'organiser des « états généraux » avant de procéder à tout projet de réforme sur des questions éthiques ou de société :

« Tout projet de réforme sur les problèmes éthiques et les questions de société soulevés par les progrès de la connaissance dans les domaines de la biologie, de la médecine et de la santé doit être précédé d'un débat public sous forme d'états généraux »<sup>13</sup>.

C'est dans le cadre de l'organisation de ces états généraux que la loi prône le recours à des conférences de citoyens.

### *b) Les « espaces de réflexion éthique »*

En marge des dispositions instaurant le comité, la loi institue des espaces de réflexion éthique, créés au niveau régional ou interrégional, ce sont des lieux de formation d'échanges sur des questions d'éthiques dans le domaine de la santé.

Comités d'éthique : La rencontre d'interrogations des professionnels de santé avec une direction hospitalière ouverte à la nécessité d'améliorer la qualité des soins, mais aussi un contexte national (loi du 4 mars 2002 qui prévoit que les établissements de santé : « mènent, en leur sein » une réflexion sur les questions éthiques posées par l'accueil et la prise en charge médicale » (art. L6111-1 CSP) a conduit à proposer la création d'un Comité Local d'Ethique au sein des établissements de santé.

### *c) L'agence de biomédecine*

Elle est essentiellement compétente en matière de greffe, de reproduction, d'embryologie et de génétique humaine. Elle peut délivrer des agréments et des autorisations et a une mission d'évaluation et de contrôle des activités médicales et biologiques. Cette agence a aussi un rôle consultatif et rédige chaque année un rapport (L. 1418-1 à 7 du CSP).

Il se pose la question de la place de la bioéthique à l'égard du droit . Certains veulent des lois pour légitimer leurs pratiques. D'autres demandent des lois pour interdire certaines pratiques jugées inacceptables. Les juristes ont très vite ainsi été sollicités de participer au débat bioéthique.

Le droit est-il alors l'aboutissement obligé de la réflexion bioéthique ?

Depuis longtemps existent à ce sujet deux courants de pensée. L'un, positiviste, tend à calquer la loi sur les comportements sociaux. L'autre courant, naturaliste, rattache le droit à la morale, allant parfois jusqu'à les identifier. Le droit positif ne serait alors qu'une « application du droit naturel ».

La réalité sociale montre les limites de ces deux conceptions : l'école naturaliste risque de transformer le droit en dogme moral et l'école positiviste peut conduire à la prééminence de la loi du plus fort.

A notre sens, les rapports entre morale et droit reposent d'abord sur une distinction nette quant à leur but.

La loi positive, au contraire de la morale, a un objectif limité et circonstancié. Elle s'adresse à une collectivité déterminée et vise à aménager les conduites extérieures de chacun. Aussi dans les sociétés occidentales modernes, le droit est-il en principe pluraliste (il protège la diversité) et minimaliste (une loi inapplicable est une mauvaise loi).

## 2° Des réalités distinctes

Le droit et la morale ne sont pas des réalités séparées mais vivent dans un rapport dialectique.

### a) Ethique clinique et droit

Au regard de l'éthique clinique, c'est-à-dire de celle qui a trait aux cas individuels, les rapports avec le droit sont évidents.

Par l'un de leurs buts tout d'abord puisqu'ils visent tous deux à une certaine rationalisation des processus décisionnels portant sur la personne humaine. Par leur objet ensuite, les deux

s'insérant dans une interrogation sur des rapports humains individualisés et dans la recherche d'une définition et d'un partage des pouvoirs (médecin/patient, individu/État).

Par le caractère pédagogique de leur réflexion : l'éthique clinique cherche à aider le patient à se sentir responsable dans la prise de décision ; le droit, quant à lui, tente d'encadrer la prise de décision dans un formalisme indicateur d'une normalité non transgressible. Enfin, l'éthique clinique est pour le juriste un champ privilégié d'observation de l'émergence de la normativité. Mais l'analogie n'est cependant pas totale.

Si le droit comme l'éthique connaît en effet le cas par cas, il n'existe pas cependant en éthique clinique une jurisprudence dans le sens que le juriste donne à ce mot en raison de la nature strictement conjoncturelle de la décision d'éthique clinique et de la nature floue de ses paramètres de référence. En outre, si la règle d'éthique est le plus souvent conforme au droit, il n'en est pas ainsi dans tous les cas. Il arrive parfois que la décision d'éthique clinique soit contraire à la norme juridique comme dans le cas d'euthanasie active pratiquée par idéal éthique de non souffrance.

Enfin, il y a des règles éthiques qui touchent des problèmes non encore résolus par le droit comme cela a été le cas avec les nouvelles techniques de la reproduction.

b) Macro-éthique et droit Au regard de la « macro-éthique », c'est-à-dire du cadre institutionnel et relationnel à l'intérieur duquel s'ordonnent les rapports politiques, économiques, sociaux et culturels, l'interaction avec le droit est aussi très grande.

D'une part, l'éthique constitue souvent un modèle de référence d'auto-critique de la règle juridique existante ou en devenir ; elle est aussi le point de départ de la création de nouvelles normes juridiques.

D'autre part, le droit est susceptible d'apporter à l'éthique, rigueur dans la méthode de prise de décision, cohérence dans les choix et contrôle du respect d'un cadre de références de valeurs.

Un autre point commun entre la bioéthique et le droit réside sans doute dans la fonction éducative. Le droit, et avec lui la loi, manquerait en effet à sa tâche constitutive s'il ne contribuait au développement de la conscience humaine en participant à l'élévation de niveau du discours public.

Le mouvement législatif suscité par le développement de la bioéthique a entraîné, à 10 ans d'intervalle (2 lois de bioéthique du 29 juillet 1994, et du 6 août 2004), des réformes législatives importantes relatives au droit des personnes et de la famille : corps humain, don et utilisation de ses éléments et produits, assistance médicale à la procréation, diagnostic prénatal, clonage humain, expérimentation ...

Ainsi, le législateur est intervenu pour fournir des réponses légales aux principales questions

## **Première partie : La pratique bioéthique avant la naissance**

### **Chapitre 1er : le droit à la vie, les frontières juridiques de la vie à son commencement**

A la base, le droit à la vie : Il fait l'objet de multiples consécration solennelles tant sur le plan international que national.

Ainsi, pour la Déclaration Universelle de 1948 (art.5) « tout individu a droit à la vie... » . La Convention européenne de 1950, elle, stipule : « le droit de toute personne à la vie est protégé par la loi » (art.2). En France, l'art.16 du Code civil dispose: « la loi (...) garantit le respect de l'être humain dès le commencement de sa vie » .

La portée de ces formules ne peut être mesurée qu'après une définition préalable de la notion de vie, ou, plus précisément puisque le cycle du vivant connaît un début et une fin, après une délimitation des frontières de la vie.

Se pose la question de savoir quelle vie ? Elément sur lequel nous n'entrerons pas puisque elle renvoie à d'autres problèmes. Néanmoins nous évoquerons le fait que la vie ne peut être un préjudice (cf *infra*).

#### Section 1 : la vie et son commencement

Les progrès de l'exploration prénatale ont montré depuis longtemps que la vie commence bien avant la naissance. Mais doit-on pour autant considérer que la vie intra-utérine est bien celle à laquelle se réfère le législateur lorsqu'il pose son droit à la protection ?

- On pourrait en effet considérer que la vie humaine protégée doit être assimilée entièrement à celle de l'individu physiquement autonome, et qu'elle ne commence donc qu'à la naissance.
- On pourrait, au contraire, estimer que la vie commence avec la fécondation, et que dès ce stade initial, existe un être vivant sujet de droits.
- On pourrait encore, en adoptant une solution médiane, considérer que la seule vie méritant protection est celle de l'être ayant atteint un certain niveau de développement. Ainsi, pour certains, les 14 premiers jours après la fécondation sont le stade du « pré-embryon », qui ne peut être considéré véritablement comme un être vivant, puisque la nidification et l'ébauche d'un système neural (apparition de la « gouttière primitive ») ne surviennent qu'au delà du 15<sup>ème</sup> jour ; pour d'autres, la vie à protéger commencerait lors du passage de l'embryon au fœtus, soit, selon l'opinion dominante en France, à partir du deuxième mois.

Le droit, en réalité, n'a jusqu'à présent pas opéré un choix tranché entre les diverses solutions envisageables.

- En principe, jusqu'à sa naissance, l'enfant n'est pas une individualité distincte, il est partie intégrante du système biologique de sa mère.

- Mais, à titre dérogatoire, le droit lui reconnaît aussi une certaine capacité juridique, dès avant sa naissance, afin de garantir ses intérêts après celle-ci, notamment sur le plan successoral (selon l'adage « *infans conceptus pro nato habetur quoties de commodis ejus agitur* »).

Ainsi, le Code civil (art. 906) prévoit que « pour être capable de recevoir une donation entre vifs, il suffit d'être conçu au moment de la donation », et « pour recevoir par testament, il suffit d'être conçu à l'époque du décès du testateur », une présomption situant la conception entre le 180<sup>ème</sup> et le 300<sup>ème</sup> jour précédant la naissance (311 Cciv).

- Mais d'une part ces solutions prenant en compte le stade prénatal ne semblent pas pour autant consacrer l'existence d'une personne juridique vivante dès la conception : elles ne s'appliquent en effet qu'à titre rétroactif, après une naissance viable. D'autre part, elle n'ont véritablement qu'un effet patrimonial.

Se pose alors la question complexe du statut juridique de l'embryon.

## Section 2 : le statut juridique de l'embryon

Le Comité National Consultatif d'Ethique, lors d'un avis rendu le 22 mai 1984 (Avis n° 1), a considéré que « **L'embryon ou le fœtus doit être reconnu comme une personne humaine potentielle qui est, ou a été vivante et dont le respect s'impose à tous** ».

Il en résulte que :

a) L'embryon ou le fœtus vivant ne peut être, en aucun cas, l'objet d'expérimentation in utero. Seules sont légitimes les actions thérapeutiques destinées à favoriser le développement et la naissance de l'enfant. Le maintien artificiel de la vie de l'embryon ou du fœtus en vue de la recherche ou de prélèvements à fins thérapeutiques est interdit.

b) L'utilisation commerciale ou industrielle d'embryons ou de fœtus humains est interdite. Les prélèvements de tissus effectués sur l'embryon ou le fœtus mort, lorsqu'ils sont légitimes, ne sauraient donner lieu à rémunération.

c) Seuls sont légitimes, dans les conditions définies strictement, les utilisations et prélèvements effectués dans un but thérapeutique, diagnostique ou scientifique.

Le cadre néanmoins n'est pas très juridique. Pour autant, lorsqu'un évènement, fortuit ou non, aboutit à empêcher la naissance d'un être vivant, les solutions retenues semblent exclure qu'ait existé une vie autonome à un quelconque moment, comme en témoignent clairement les précautions sémantiques prises pour régler, sur le plan de l'état civil, la situation des enfants dits « mort-nés » :

L'art. 79.1 du Code Civil prévoit la rédaction d'un acte dit « d'enfant sans vie », « qui ne préjuge pas de savoir si l'enfant a vécu ou non » : l'enfant est sans vie, mais on évite soigneusement de dire qu'il est mort, ce qui impliquerait qu'il ait eu une vie intra-utérine! Les services de l'état-civil avaient pris l'habitude de refuser de délivrer l'acte lorsque le fœtus n'avait pas atteint le seuil dit de viabilité, fixé selon les normes de l'OMS à une durée de grossesse de 22 semaines ou un poids de 500 grammes. Toutefois, cette pratique a été censurée par la Cour de cassation (Cass. 1<sup>ère</sup> Civ. 6 février 2008, époux X et

autres), puisque le Code ne prévoit pas de telles conditions. Après cet arrêt, un décret du 20 août 2008 a même prévu la possibilité d'inscrire un prénom sur les actes d'état civil des enfants sans vie.

Le Code de la santé publique prévoit également (art. R 1112-75 et s.) qu'ils peuvent être réclamés en vue de leur inhumation par les parents, ou à défaut doivent être inhumés ou incinérés à ses frais par l'établissement de santé.

D'aucuns ont voulu voir dans ces aménagements la reconnaissance de la vie dès la conception, mais en réalité, jusqu'à présent, la législation française n'a pas entendu prendre parti ouvertement sur l'épineuse question de la vie avant la naissance. On peut d'ailleurs remarquer que la Déclaration des Droits précédant le projet de constitution rejeté par référendum en 1946 prévoyait expressément (art. 23) « le droit à la protection de la santé dès la conception », alors que le préambule, toujours en vigueur, du texte devenu la Constitution de 1946 se borne à garantir la protection de la santé à l'enfant.

Cette réticence à se prononcer sur la reconnaissance de la vie avant la naissance ne se retrouve pas dans tous les systèmes de droit européens : ainsi, l'art. 40 de la Constitution irlandaise (fruit d'un référendum de 1983) consacre le droit à la vie à partir de la conception.

Le flou des solutions retenues en France a jusqu'à présent permis d'éluder les problèmes juridiques et éthiques posés par les possibilités, désormais multiples, de manipulation sur l'embryon et le fœtus, et, en premier lieu, l'avortement. C'est la mère, (ainsi que les médecins, en cas d'avortement thérapeutique) qui décide librement, dans les limites fixées par la loi, indépendamment de toute prise en compte de l'existence d'un être vivant distinct d'elle-même.

Le sort réservé aux embryons ou fœtus éliminés par interruption volontaire de grossesse se situe dans la logique de cette analyse : puisqu'ils ne sont pas des êtres vivants autonomes les guides technique sur l'élimination des déchets hospitaliers les classent dans la catégorie des petits déchets anatomiques devant être incinérés.

Alors que les lois de bioéthique de 1994 et 2004 auraient pu en être l'occasion, le législateur s'est refusé à y introduire un statut des embryons, en se bornant à prévoir dans le Livre V du Code pénal une section III intitulée « de la protection de l'embryon humain » réprimant certaines pratiques considérées comme contraires à l'éthique biomédicale.

Ainsi, les embryons demeurant en surnombre après une fécondation in vitro peuvent, sous certaines conditions, être détruits (pudiquement, le législateur dit qu'il est « mis fin à leur conservation » (art. L 2141-4 CSP). Ils peuvent également (v. infra) faire l'objet de recherches.

Le Conseil constitutionnel, saisi d'arguments relatifs au sort de ces embryons, a bien confirmé l'existence du principe constitutionnel du droit à la vie, mais a refusé de se prononcer sur la détermination de son champ d'application.

Il a en effet constaté que pour les embryons, le législateur « a estimé que le principe du respect de tout être humain dès le commencement de la vie ne leur était pas applicable » et donc qu'il ne lui appartient pas, puisqu'il « ne détient pas un pouvoir d'appréciation et de décision identique à celui du Parlement, de remettre en cause, au

regard de l'état des connaissances et des techniques, les dispositions ainsi prises par le législateur » (décis. du 27 juillet 1994. D. 1995, p. 237 note Mathieu).

Face à des actes accidentels impliquant la mort du fœtus, la Cour de cassation avait refusé de qualifier l'acte d'homicide (Crim. 30 juin 1999, D. 1999, *Jur.*, p. 710, note D. Vigneau ; Rép. Defrénois 1999, 1048, note Ph. Malaurie), la loi pénale étant d'interprétation stricte, l'atteinte involontaire à la vie de l'enfant à naître de la part du médecin n'entre pas dans les prévisions des articles 319 ancien Code pénal et 221-6 du Code pénal nouvellement codifié : donc le fait, pour un gynécologue, de causer par imprudence la mort d'un fœtus ne peut être qualifié d'homicide involontaire, conformément à une approche rigoureusement juridique de la situation, car le droit pénal doit s'appliquer strictement.

Il est vrai que certaines cours d'appel avaient adopté une conception extensive de l'être vivant en retenant la qualification d'homicide par imprudence pour l'atteinte involontaire à la vie d'un fœtus. (Reims, 3 février 2000, D. 2000, *Jur.*, p. 873, note J.-Y. Chevalier).

Mais la Cour de Cassation, se retranchant derrière une interprétation stricte de la loi pénale, a censuré cette analyse, en jugeant que les faits incriminés n'entraient pas dans le champ du code pénal. Pour elle, en effet, l'incrimination d'homicide involontaire ne s'applique pas « au cas de l'enfant qui n'est pas né vivant » (Cass. Crim, 25 juin 2002, C., JCP 2002 p. 1281). En revanche, elle est retenue lorsque l'accident a provoqué un accouchement prématuré à la suite duquel l'enfant n'a vécu que quelques instants du fait des lésions vitales irréversibles qu'il avait subies (Cass. Crim 2 déc. 2003 D. 2004 p. 449 note Pradel). Contestée devant la Cour EDH, cette conception restrictive n'a pas été jugée contraire à l'art. 2 de la Convention, la Cour estimant que « que le point de départ du droit à la vie relève de la marge d'appréciation des Etats dont la Cour tend à considérer qu'elle doit leur être reconnue dans ce domaine » (CEDH 8 juillet 2004, Madame Vo c/ France, JCP 2004.II. 10 158 note Levinet).

L'embryon est alors à considérer comme une non personne, l'assimilation à une chose devant s'imposer en droit mais pas n'importe quelle chose puisqu'il est soumis à des règles très strictes en lien avec le droit à la vie, visant avant tout à le protéger. C'est ce qu'il convient de voir dans les chapitres à venir : celui lié à l'encadrement du refus de donner la vie comme dans celui de l'encadrement à la facilitation du droit à donner la vie (Chapitre 2).

## **Chapitre 2 : Donner la vie**

### Section 1 : Le refus de donner la vie

Il n'existe pas d'obligation, ou d'interdiction de procréer.

Les comportements, en ce domaine, sont plus soumis à des incitations, variables suivant la politique nataliste ou malthusienne des pouvoirs publics.

Il n'existe pas non plus véritablement une liberté juridique de refuser la procréation. Tout juste est-il possible, dans certaines circonstances, de l'éviter légalement par des moyens préventifs ou curatifs.

## **I La prévention**

### **A –La stérilisation**

Elle peut être envisagée à titre définitif, c'est-à-dire irréversible, ou quasiment irréversible en l'état actuel des techniques, par stérilisation.

Cette pratique est admise dans certains Etats, pour certaines catégories d'individus, dans un souci de protection de l'ordre public ou d'eugénisme. Ainsi, en Allemagne, après l'arrivée au pouvoir d'Hitler, une loi de 1933 instituait la stérilisation obligatoire de certains individus frappés de tares héréditaires. Une réglementation analogue a conduit, en Suède, à la stérilisation d'environ 63 000 personnes entre 1935 et 1976. Des dispositions identiques existent encore de nos jours, notamment en Chine (loi de 1994 destinée à améliorer la qualité de la population des nouveaux-nés), en Afrique du Sud, (loi de 1975), ou aux Etats-Unis (environ 100 000 malades mentaux y sont stérilisés chaque année).

En France, sauf raisons médicales (invocables pour les seules femmes), la stérilisation, considérée comme une mutilation réprimée par le Code Pénal, a été longtemps interdite, même avec le consentement de l'intéressé. Cela dit, elle semblait assez couramment pratiquée en milieu hospitalier, souvent pour des motifs plus sociaux que médicaux.

Finalement, en 2001, on a introduit dans le Code de la santé publique un article L 2123 légalisant la stérilisation volontaire des majeurs (L 2123-1) et prévoyant (L 2123-2) pour les personnes souffrant d'altération de leurs facultés mentales constituant un handicap et placées sous tutelle ou curatelle un dispositif spécifique, au demeurant assez ambigu, mais jugé compatible avec la Convention EDH par le Conseil d'Etat (CE 26 sept. 2005, Association Collectif contre l'handiphobie, AJDA 2005 p. 1874).

### **B - La contraception**

Elle est longtemps demeurée illégale, et interdite, en application d'une loi du 23 juillet 1920 réprimant à la fois l'avortement et la « propagande des moyens malthusiens et anticonceptionnels », considérés, après l'hécatombe de la 1<sup>ère</sup> guerre mondiale, comme de graves dangers nationaux.

Il a fallu une longue lutte contre de nombreuses réticences, notamment celles de l'Ordre des Médecins, pour que la loi du 28 décembre 1967 (dite « loi Neuwirth ») légalise la contraception.

Cette pratique demeurant condamnée par l'Eglise catholique lorsqu'elle a lieu par des moyens artificiels, certains pharmaciens se retranchaient derrière leurs convictions religieuses et invoquaient une « clause de conscience » pour refuser de délivrer les produits contraceptifs. La Cour de Cassation y a vu un refus de vente, sanctionné par le Code de la Consommation (Cass. Crim. 21 oct. 1998, JCP 1999 II 10163 note Freund).

## **II. Les interruptions de grossesse**

Aujourd'hui encore, il est interdit dans certains pays, notamment en Amérique latine, sous l'influence de l'Église catholique (l'encyclique *Evangelium vitae* de 1995 le qualifie de « meurtre délibéré d'un être humain innocent »), et dans le monde musulman (selon l'association Family Care International, environ 19 millions d'avortements clandestins auraient lieu chaque année dans le monde).

En Irlande, l'art. 40 de la Constitution affirme le droit à la vie de l'enfant à naître. Cependant, en 1992, les 13<sup>ème</sup> et 14<sup>ème</sup> amendements ont admis la légalité d'une information des femmes en détresse sur les possibilités d'avortement à l'étranger, en les autorisant à effectuer le voyage à cette fin.

L'Espagne, dans les dispositions issues d'une loi de 1985 ne l'autorisait que dans 3 cas : danger pour la mère, risque de malformation du fœtus, ou viol. Elargie de manière importante jusqu'à un délai de 14 semaines (loi de 2010), elle tend aujourd'hui à revenir à une conception assez stricte, proche de celle de la loi de 1985.

Aux États-Unis, après une bataille juridique acharnée, la Cour Suprême, dans un arrêt du 22 janvier 1973, *Roe c/ Wade*, a affirmé que le droit à l'avortement fait partie du droit à la vie privée, une des libertés garanties par la Constitution. Cette consécration ne semble pas pour autant assurée définitivement, car les adversaires de l'avortement espèrent encore que les changements dans la composition de la Cour permettront un jour un revirement.

En France, la loi du 23 juillet 1920 en faisait un crime, tout en prévoyant une exception pour les avortements thérapeutiques, destinés à sauver la vie de la femme (solution condamnée par l'Église). La loi du 27 mars 1923 l'a correctionnalisée, pour en accroître la répression en évitant les réactions souvent trop émotionnelles des jurys d'assises.

Cette interdiction avait abouti à une situation difficilement admissible :

on estimait dans les années 1970 le nombre des avortements clandestins à environ 300 000 par an, alors que seuls quelques uns de ceux-ci (4 à 500) étaient sanctionnés pénalement, et souvent de manière symbolique, les juges répugnant manifestement à punir une aussi infime minorité de contrevenantes malchanceuses.

La jurisprudence, comme c'est souvent le cas, annonçait l'évolution législative : entre la répression accrue prônée par certains, et l'entérinement des faits, comme le souhaitaient d'autres, c'est la seconde solution qui a prévalu. La loi du 17 janvier 1975 (dite loi Veil), à titre expérimental, a légalisé sous condition l'avortement. Déclarée conforme à la Constitution par le Conseil constitutionnel (décis. du 15 janvier 1975 - GDCC), elle a été confirmée par les lois des 31 décembre 1979 et 4 juillet 2001.

Ces textes créent une limitation de la portée du principe du « respect de tout être humain dès le commencement de la vie », affirmé solennellement dans l'art. 1<sup>er</sup> de la loi de 1975. C'est pourquoi ils présentent un caractère restrictif, et n'admettent la possibilité de l'avortement que dans deux types de cas.

#### **A - L'interruption volontaire de grossesse**

Elle apparaît un peu comme un palliatif à l'absence ou à l'insuffisance du contrôle des naissances : c'est pourquoi le législateur l'a soumise à 4 conditions :

- condition de délai : Initialement, l'IVG ne pouvait avoir lieu que dans les 10 premières semaines suivant la fécondation : ce délai était bref rapporté aux 26 semaines de la Grande-Bretagne ou aux 24 semaines des Etats. Aussi n'était-il pas étonnant qu'environ 5000 Françaises ayant dépassé les délais légaux se rendent chaque année à l'étranger pour y avorter. La loi du 4 juillet 2001 a porté à 12 semaines de grossesse le délai légal.

Pour les mineures, la prise en charge est anonyme et gratuite. L'accord des parents ou du représentant légal, jadis nécessaire, est désormais facultatif : l'intéressée doit juste être accompagnée d'un majeur de son choix.

- condition de motif : Depuis la loi n° 2014-873 du 4 août 2014, la référence à l'état de détresse, qui était de pure forme, a disparu.
- 
- condition de procédure : les démarches sont assez lourdes et complexes, et comprennent trois phases d'entretiens et de consultations obligatoires, dont la finalité est manifestement dissuasive :
  - une phase médicale, avec consultation d'un médecin qui remettra à l'intéressée un dossier-guide et l'informerá sur les risques possibles de l'opération, et sur les aides versées si la grossesse est menée à terme,
  - une phase sociale, avec consultation dans un centre agréé de conseil ou de planning familial (destinée, notamment, à sensibiliser, pour l'avenir, à l'utilisation des méthodes contraceptives).
  - une phase de confirmation de l'intention initiale, par envoi d'une lettre au médecin.
- condition de lieu : Jusqu'à ces dernières années, l'IVG imposait une intervention matérielle (par aspiration) particulièrement traumatisante. Elle devait donc avoir lieu dans un établissement d'hospitalisation public ou privé agréé, l'intervention étant réalisée par un médecin. Dans les hôpitaux publics, un service doit nécessairement être organisé pour pratiquer les IVG. Mais les personnels peuvent refuser d'y participer si leur éthique s'y oppose.

L'invention d'une technique purement pharmaceutique par administration de substances anti-hormonales a notablement amélioré le confort des patientes, et désormais l'opération peut également être réalisée par un médecin hors du milieu hospitalier, dans le cadre d'une convention passée avec un établissement de santé.

Le coût de l'opération est désormais pris en charge par la Sécurité sociale.

Réalisé hors de ce cadre, l'avortement est illégal. Toutefois, le nouveau code pénal atténué sa répression (art. 223-10), notamment en n'incriminant plus la femme qui s'avorte elle-même.

Si la légalisation de cette pratique a été contestée dès l'origine par certains courants, souvent au nom de convictions religieuses, la montée des intégrismes a provoqué leur radicalisation croissante ces derniers temps.

Faute d'avoir pu, malgré plusieurs tentatives au Parlement, obtenir une remise en cause de la loi, ses adversaires se sont donc aussi engagés dans une contestation extralégale, qui peut, sur le modèle des Etats-Unis, revêtir des formes violentes, avec l'intervention de véritables « commandos anti-IVG » empêchant le fonctionnement des services hospitaliers. Pour contrer ces actions, l'art. L 2223-2 du Code de la santé publique punit le délit d'entrave à l'IVG de 2 ans de prison, et de 30 000 € d'amende. La Cour de Cassation

a confirmé les sanctions prononcées contre les perturbateurs, malgré leurs arguments invoquant notamment l'état de nécessité (Crim. 31 janv. 1996, X et autres, D.196.IR p. 64).

Clause de conscience : Afin de concilier la liberté des femmes et celle des professionnels de santé, le législateur a expressément consacré la possibilité pour ces derniers de refuser de pratiquer (pour les médecins et sages-femmes) ou de concourir (pour les sages-femmes, les infirmiers, ou les auxiliaires médicaux) à une interruption volontaire de grossesse (CSP, art. L. 2212-8, al. 1 et 2). C'est ce que l'on qualifie du terme de « clause de conscience

Cependant, ce refus ne devant pas attenter à la liberté des femmes, le médecin ou la sage-femme qui se prévalent de la clause de conscience sont tenus : 1° d'en informer « sans délai » l'intéressée ; 2° de lui communiquer immédiatement le nom d'un praticien susceptible de réaliser l'intervention selon les modalités prévues par la loi (CSP, art. L. 2212-8, al. 1<sup>er</sup>).

À propos de la clause de conscience, celle-ci a été considérée comme une liberté qui relève de la conscience personnelle du professionnel (Cons. const. 27 juin 2001,). Aussi a-t-il été jugé que le médecin qui se prévaut de cette clause n'encourt pas les sanctions réprimant l'abstention délictueuse (T. corr. Rouen, 9 juill. 1975, D. 1976. 531, note Roujou de Boubée ; Gaz. Pal. 1975. 2. 798, note Madgi Sami Zaki ; JCP 1976. II. 18258, note Savatier).

En revanche, un pharmacien ne peut se prévaloir d'une « clause de conscience » pour refuser de délivrer des produits contraceptifs ou abortifs (Besançon, 8 juill. 1980, Inf. pharm. 1980. 1461, obs. G.V. – Bordeaux, 14 janv. 1997, Nouv. pharm. avr. 1997, n° 354, p. 139, obs. G.V. – Crim. 21 oct. 1998)

## **B - L'IMG**

C'est l'avortement couramment dit thérapeutique. Il peut être pratiqué à tout moment, sur attestation de deux médecins membres d'une équipe pluridisciplinaire, dans 2 cas prévus par l'art. L 2213-1 du Code de la santé publique:

\*cas de mise en péril grave de la santé de la femme.

\*cas de forte probabilité que l'enfant à naître soit atteint

d'une affection d'une particulière gravité reconnue comme incurable au moment du diagnostic

C'est cette seconde possibilité qui, avec l'évolution des techniques de diagnostic prénatal, a été considérée comme la plus susceptible de dérives.

En effet, aujourd'hui, l'exploration par échographie, longtemps considérée comme un progrès décisif apparaît comme dépassée avec le développement de la médecine génétique, qui permet de déceler sur l'embryon ou le fœtus nombre de malformations ou maladies n'apparaissant jusque là qu'à la naissance, voire même plusieurs années après. C'est le cas, par exemple, pour la trisomie 21 (mongolisme), les myopathies, la

mucoviscidose, certains cancers, la forme la plus courante de nanisme (achondroplasie), ou le retard mental (oligophrénie).

On a donc vu dans l'avortement thérapeutique un risque de dérive eugénique (l'eugénisme est une politique de sélection par élimination en vue de l'amélioration de la race) : l'abus des diagnostics prénataux, outre les risques qu'il présente pour le fœtus, pourrait aboutir à une évolution inadmissible de la médecine, celle-ci se bornant à éliminer plutôt qu'à chercher à traiter et guérir.

Pour tenter de conjurer les risques d'abus, on a introduit dans le Code Civil en 1994 un art.16-4 al.2 disposant : « toute pratique eugénique tendant à l'organisation de la sélection des personnes est interdite ». La violation de cette interdiction est punie de 30 ans de réclusion criminelle et de 7 500 000 € d'amende (art. 214-1 du Code pénal ).

Le Code de la santé publique quant à lui (art. L 2131-1 à 5) réglemente étroitement le diagnostic prénatal : il doit être précédé d'une consultation médicale adaptée à l'affection recherchée. Pratiqué hors du cadre légal, il est puni de 2 ans de prison et 30 000€ d'amende (art. 511. 20 NCP).

Les erreurs commises à l'occasion de sa réalisation peuvent susciter de graves questions juridiques et éthiques. Ainsi, la Cour de Cassation a-t-elle admis le droit à réparation d'un handicapé dont la mère aurait demandé à bénéficier d'un avortement thérapeutique si, à la suite d'une faute, les examens prénataux n'avaient révélé aucune anomalie (Ass. plén. 17 novembre 2000, Perruche, JCP 2000.II.10 438, rapport Sargos, concl. Sainte-Rose; v. ég. Cass. Ass. Plén. 13 juill. 2001, D. 2001 p. 2325 note Jourdain). Cette solution reposant sur une interprétation extensive du lien de causalité entre l'origine du dommage (l'erreur de diagnostic) et le préjudice subi (la difficulté des conditions de vie) a été abondamment commentée et majoritairement contestée. Aussi, sous la pression conjointe des médecins et d'associations apparemment plus soucieuses de défendre les droits moraux des handicapés que leurs intérêts matériels, le législateur est-il intervenu dans la loi du 4 mars 2002 (art. 1<sup>er</sup>) pour prévoir que « nul ne peut se prévaloir d'un préjudice du seul fait de sa naissance », en renvoyant sans autres précisions à la solidarité nationale la prise en charge des besoins des handicapés. En pratique, les progrès de la médecine pourraient limiter progressivement le recours à l'avortement médical, auquel les fécondation « in vitro » (hors du corps de la mère) suivies de diagnostics préimplantatoires offrent désormais une alternative pour les couples présentant des risques particuliers de maladies génétiques (v. infra). En outre, la chirurgie pré et post-natale sait traiter aujourd'hui nombre d'affections et de malformations jadis irréversibles.

## Section 2 : Le droit de donner la vie

### I. Le cadre autorisé : l'assistance médicale à la procréation (AMP)

**Définition.** - 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 (CSP,

art. L. 2141-1, al. 1<sup>er</sup>). À cet égard, sont donc concernés non seulement les articles L. 2141-1 à L. 2151-8 du code de la santé publique, spécifiquement consacrés à l'assistance médicale à la procréation et à la recherche sur l'embryon et les cellules embryonnaires, mais également les articles L. 1244-1 à L. 1244-9 du même code consacrés au don et à l'utilisation des gamètes (V. CSP, art. L. 2141-1, al. 1<sup>er</sup>). La stimulation ovarienne, y compris lorsqu'elle est mise en œuvre indépendamment d'une technique d'assistance médicale à la procréation, est soumise à des recommandations de bonnes pratiques (CSP, art. L. 2141-1, al. 2).

**Cadre législatif général.** - Il résulte clairement des termes de l'article L. 2141-2 du code civil que le cadre juridique de l'assistance médicale à la procréation a pour enjeu de rapprocher celle-ci le plus possible du cadre d'une procréation naturelle. Les conditions sont, en effet, très strictes. En premier lieu, l'assistance médicale à la procréation est destinée à répondre à la demande parentale d'un couple. Est ainsi écartée à ce jour toute possibilité pour les personnes seules de bénéficier d'une assistance médicale à la procréation (sur les caractères exigés du couple.). Il est, par ailleurs, expressément indiqué que la conception *in vitro* (ou la constitution par clonage, ainsi que la création d'embryons transgéniques ou chimériques, d'embryons humains à des fins de recherche est interdite (CSP, art. L. 2151-2), ainsi que toute conception ou utilisation d'embryons humains à des fins commerciales ou industrielles (CSP, art. L. 2141-8 et L. 2151-3).

**Finalité.** - La demande parentale peut avoir deux objectifs, de nature différente : ou bien remédier à une infertilité dont le caractère pathologique a été médicalement diagnostiqué ; ou bien éviter la transmission, à l'enfant ou à un membre du couple, d'une maladie d'une particulière gravité (CSP, art. L. 2141-2, al. 1<sup>er</sup>). En exigeant que l'infertilité ait un caractère pathologique, le législateur écarte de l'assistance médicale à la procréation, d'une part, toute forme d'infertilité « sociologique » et, d'autre part, l'hypothèse de l'infertilité physiologique due à la survenance de la ménopause chez la femme (au demeurant, la loi exige que les deux membres du couple soient en âge de procréer) Il faut également noter que la maladie grave dont on veut éviter la transmission ne doit pas être nécessairement incurable ; l'assistance médicale à la procréation peut donc être utilisée pour prévenir la transmission d'une maladie grave, même si celle-ci peut être l'objet d'un traitement curatif.

**Le couple.** - En second lieu, le couple susceptible de bénéficier d'une assistance médicale à la procréation a été très précisément défini par le législateur. Il doit, d'abord, être formé par un homme et une femme ; ce qui exclut la possibilité à ce jour, au-delà d'importants débats, pour les couples homosexuels de recourir à cette technique. Le texte précise ensuite que l'homme et la femme doivent être tous deux en âge de procréer. Si la physiologie rend cette condition stricte pour la femme, elle est généralement peu contraignante pour l'homme (V. toutefois TA Montreuil, 8<sup>e</sup> ch., 14 févr. 2017).

**L'assistance médicale à la procréation avec tiers donneur** a un caractère relativement subsidiaire, le principe étant la prévalence de la fécondation *in vitro* endogène, c'est-à-dire entre les membres du couple. Pour autant, la fécondation *in vitro* avec tiers donneur peut être pratiquée : 1<sup>o</sup> lorsqu'il existe un risque de transmission d'une maladie d'une particulière gravité à l'enfant ou à un membre du couple ; 2<sup>o</sup> lorsque les techniques d'assistance médicale à la procréation au sein du couple ne peuvent aboutir ; 3<sup>o</sup> lorsque le couple, ayant

reçu l'information préalable à la mise en œuvre de l'assistance médicale à la procréation y renonce en son sein (CSP, art. L. 2141-7).

Lorsqu'il est envisagé de recourir à un tiers donneur, le consentement de l'homme et de la femme formant le couple (époux, partenaires liés par un pacte de solidarité, concubins) doit être donné devant un notaire, dans les conditions prévues par le code civil (CSP, art. L. 2141-10, al. 7).

Il est précisé à cet égard par l'article 311-20 du code civil que le consentement ainsi donné l'est dans des conditions garantissant le secret, et que le notaire qui le reçoit doit informer l'homme et la femme formant le couple des conséquences de leur acte au regard de la filiation (sur celles-ci, V. C. pr. civ., art. 1157-2 et 1157-3).

Afin de limiter les conflits de parentalité introduits par cette triangulation liée à la présence d'un tiers donneur, le code civil précise qu'aucun lien de filiation ne peut être établi entre l'auteur du don et l'enfant issu de la procréation, et aucune action en responsabilité ne peut être exercée à l'encontre du donneur (C. civ., art. 311-19).

### **Accueil d'embryons**

**Cadre général.** - Les deux membres du couple peuvent consentir à ce que les embryons conservés soient accueillis par un autre couple remplissant les conditions d'accès à l'assistance médicale à la procréation mais pour lequel une telle assistance ne peut aboutir sans recours à un tiers donneur ou lorsque le couple, à la suite des entretiens particuliers prévus par l'article L. 2141-10 du code de la santé publique, y renonce.

Il en est de même en cas de décès d'un des membres du couple concepteur, le membre survivant étant consulté par écrit sur le point de savoir s'il consent à ce que les embryons conservés soient accueillis par un autre couple (CSP, art. L. 2141-5 et L. 2141-6, al. 1<sup>er</sup>). À cet égard, on ne peut que noter l'inhumaine froideur du législateur : celui-ci, dans le même temps qu'il interdit à la veuve d'obtenir le transfert *in vitro* des embryons conçus avant le décès de son mari (V., jugeant que les dispositions de la loi du 17 janvier 1975 relatives à l'interruption volontaire de grossesse ne sont pas applicables dans le cas du refus d'implantation d'embryons, un tel acte ayant seulement pour effet, si l'opération réussit, de permettre une grossesse, Civ. 1<sup>re</sup>, 9 janv. 1996, n° 94-15.998 ; D. 1996. 376, note Dreiffus-Netter ; JCP 1996. II. 22666, note Neirinck ; RTD civ. 1996. 359, obs. Hauser — et qu'il la confronte, ainsi, d'une certaine manière, à un double deuil : celui de son mari et celui des embryons conçus —, lui impose de répondre à la question de savoir si elle consent à abandonner ces embryons au profit d'un autre couple

**Nécessité d'une décision judiciaire.** - L'accueil d'embryon est subordonné à une décision de l'autorité judiciaire (V. sur celle-ci, CSP, art. R. 2141-10 et R. 2141-11). Cette décision est elle-même subordonnée à la présentation d'un document sur lequel le couple confirme son consentement à l'accueil d'un ou de plusieurs embryons (V. sur celui-ci, CSP, art. R. 2141-2 et R. 2141-5) et d'un document certifiant que le couple souhaitant accueillir un embryon a été informé des risques résultant pour l'enfant à naître de la mise en œuvre de l'assistance

médicale à la procréation, répond aux conditions exigées pour l'accueil d'embryons et ne présente pas de contre-indication à la mise en œuvre de cette technique (V. sur ce document, CSP, art. R. 2141-9). Par ailleurs, le juge doit s'assurer que le couple demandeur remplit les conditions requises pour bénéficier d'une assistance médicale à la procréation et doit faire procéder à toutes les investigations nécessaires pour 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 (CSP, art. L. 2141-6, al. 2, et art. R. 2141-2 à R. 2141-13).

**Respect des principes.** - L'accueil d'embryon est subordonné au respect des principes de gratuité et d'anonymat, ainsi que des règles de sécurité sanitaire.

### B/ La recherche sur l'embryon

S'ils n'ont plus de projet parental, ou en cas de décès de l'un d'entre eux, les deux membres du couple, ou le membre survivant, peuvent exercer un choix entre trois possibilités. Ils peuvent consentir à ce que : 1° leurs embryons soient accueillis par un autre couple ; 2° leurs embryons fassent l'objet d'une recherche dans les conditions fixées par l'article L. 2151-5 du code de la santé publique ou à ce que les cellules dérivées à partir de ces embryons entrent dans une préparation de thérapie cellulaire à des fins exclusivement thérapeutiques dans les conditions de l'article L. 1125-1 du code de la santé publique ; 3° leurs embryons ne soient plus conservés

**Diagnostic préimplantatoire.** - Le *diagnostic préimplantatoire* (diagnostic biologique effectué à partir de cellules prélevées sur l'embryon *in vitro* selon les termes de la loi) est destiné à diagnostiquer chez un embryon, avant son transfert dans l'utérus, la présence éventuelle d'une maladie génétique, ainsi que les moyens, éventuels, de la prévenir et de la traiter. Il est effectué à partir de cellules prélevées sur l'embryon et n'est autorisé qu'à titre exceptionnel, dans des conditions très strictes (CSP, art. L. 2131-4).

En principe, le diagnostic préimplantatoire ne peut être effectué que : 1° si un médecin exerçant son activité dans un centre pluridisciplinaire de diagnostic prénatal atteste 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 ;

2° lorsque l'anomalie (ou les anomalies) responsable d'une telle maladie a été préalablement et précisément identifiée chez l'un des parents ou des ascendants immédiats dans le cas d'une maladie gravement invalidante à révélation tardive et mettant prématurément en jeu le pronostic vital ; 3° si les deux membres du couple expriment par écrit leur consentement à la réalisation du diagnostic (CSP, art. L. 2131-4, al. 2 à 5, et art. R. 2131-22-1 à R. 2131-26-3).

En principe, ce diagnostic ne peut avoir pour objet que de rechercher une maladie génétique d'une particulière gravité reconnue comme incurable au moment du diagnostic, ainsi que les moyens de la prévenir et de la traiter. Il est cependant précisé qu'en cas de diagnostic, sur

un embryon, d'une anomalie responsable d'une telle maladie, les deux membres du couple, s'ils confirment leur intention de ne pas faire implanter cet embryon, peuvent consentir à ce que celui-ci fasse l'objet d'une recherche dans les conditions prévues pour les recherches sur l'embryon (CSP, art. L. 2131-4, al. 6 et 8).

**Double DPI** : Néanmoins, par dérogation à cette finalité de principe du diagnostic préimplantatoire, celui-ci peut être autorisé – sous réserve d'avoir épuisé toutes les possibilités offertes par les dispositions relatives aux prélèvements et à la collecte des tissus et cellules et produits du corps humain– lorsque les conditions suivantes sont réunies : 1° 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 ; 2° 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 qui naîtrait du transfert de l'embryon *in utero*, conformément à l'article 16-3 du code civil ; 3° le diagnostic préimplantatoire 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 précédemment mentionnée, d'autre part (CSP, art. L. 2131-4-1, al. 1<sup>er</sup>, et art. R. 2131-22-1 à R. 2131-26-1). Autrement dit, le diagnostic préimplantatoire a pour objet de vérifier que l'embryon n'est pas atteint d'une maladie génétique (en pratique, la même maladie génétique que l'enfant déjà né) et que ses caractéristiques biologiques sont compatibles avec la thérapeutique envisagée, sur l'enfant déjà né, à partir d'éléments (tissus ou cellules) qui seront prélevés sur le corps de l'enfant à naître, sans que soit portée atteinte à l'intégrité de celui-ci. Il s'agit de la pratique dite du DPI-HLA (*Human Leucocyte Antigen*) dont la finalité est de vérifier que l'embryon est non seulement indemne de l'affection de particulière gravité recherchée, mais encore « HLA compatible » avec un enfant déjà né au sein du couple et porteur de l'affection. Le but est alors de sélectionner un embryon qui représente un espoir de guérison pour son aîné, d'où la formulation quelquefois employée de « bébé du double espoir » dans la mesure où, celui-ci étant « HLA-compatible », une greffe de cellules souches provenant du sang du cordon ombilical lors de la naissance du cadet pourra être réalisée sur l'aîné. Le Comité consultatif national d'éthique, appelé à émettre un avis sur cette pratique (Avis n° 72, Réflexions sur l'extension du DPI, 4 juill. 2002), a relevé le risque d'instrumentalisation de l'embryon par cette technique mais ne s'est cependant pas opposé à la validation du DPI-HLA, sous réserve que l'espoir de guérison de l'aîné demeure second par rapport au projet parental, qui doit rester le but premier : la naissance de l'enfant issu du DPI-HLA doit être considérée comme une fin en soi et non comme un moyen de guérison des enfants déjà nés.

Les deux membres du couple doivent exprimer par écrit leur consentement à la réalisation de ce diagnostic (CSP, art. L. 2131-4-1, al. 2). La réalisation de celui-ci est, en outre, soumise à la délivrance d'une autorisation par l'Agence de la biomédecine, qui en rend compte dans son rapport public annuel. La délivrance de l'autorisation est subordonnée au respect des conditions régissant la conception d'un embryon *in vitro* dans le cadre d'une assistance médicale à la procréation (CSP, art. L. 2131-4-1, al. 3, et art. R. 2131-26-2).

## II. Les pratiques prohibées

### A. Les interdits absolus : eugénisme et clonage

**L'eugénisme** se fonde essentiellement sur ses instruments c'est-à-dire les recherches et les pratiques tendant à sélectionner les individus en fonction des caractéristiques génétiques. En premier lieu, nul ne peut porter atteinte à l'intégrité de l'espèce humaine, et toute pratique eugénique tendant à l'organisation de la sélection des personnes est interdite (C. civ., art. 16-4, al. 1<sup>er</sup>, et 2). Par là même, l'eugénisme collectif est interdit. En second lieu, il est précisé qu'aucune transformation ne peut être apportée aux caractères génétiques dans le but de modifier la descendance de la personne (C. civ., art. 16-4, al. 4). Ainsi est affirmée l'interdiction de la thérapie génétique germinale.

Cependant, la loi réserve les recherches tendant à la prévention et au traitement des maladies génétiques (art. 16-4, al. 4). Les thérapeutiques géniques somatiques sont ainsi validées, dans la mesure où le but est de traiter une affection individuelle. Mais on ne peut exclure que, dans certains cas, de telles thérapeutiques puissent avoir un effet sur la descendance. Or elles ne paraissent nullement exclues, dans la mesure où elles ne sont pas mises en œuvre dans le but de modifier la descendance, et où une telle modification ne serait que l'effet second du but thérapeutique individuel poursuivi.

En outre, force est de reconnaître que si l'eugénisme collectif est interdit, l'autorisation des recherches tendant à la prévention et au traitement des maladies génétiques, ainsi que la possibilité offerte aux familles de faire certains choix face aux maladies génétiques de leurs enfants (not. par le recours à l'interruption de grossesse pour motif médical ou à la procréation médicalement assistée) induisent nécessairement le germe d'un eugénisme individuel.

#### Le clonage

La technique du clonage consiste à produire une copie d'une personne en introduisant le matériel génétique d'une de ses cellules dans un ovule préalablement énucléé, l'embryon ainsi formé étant ensuite introduit dans une mère porteuse.

Suivant sa finalité, il convient de distinguer le clonage thérapeutique du clonage reproductif.

#### a- Le clonage reproductif

Le clonage reproductif vise à la naissance d'un enfant, il s'inscrit dans une logique de sélection des êtres humains.

Suite à l'annonce de la naissance de la brebis Dolly (clonée par voie de transfert nucléaire) et des interrogations suscitées par une possible extension à l'homme de cette technique, des avis tant sur le plan supranational que national ont été rendus :

Sur la plan supranational :

La résolution du Parlement Européen du 12/03/1997 a estimé que le clonage humain « permet une sélection eugénique et raciste de l'espèce humaine ».

L'Avis du groupe de conseillers pour l'éthique des biotechnologies, placé auprès de la Commission européenne du 28/05/97 a considéré que « l'instrumentalisation de l'homme, voire le danger d'eugénisme, liés au clonage reproductif, le rendait éthiquement inacceptable ».

Sur le plan national :

Le Comité consultatif national d'éthique du 22/04/97 a précisé que « toute tentative de reproduction à l'identique d'êtres humains dont le génome dépendrait non plus de la loterie de l'hérédité, mais d'une volonté extérieure, porterait ainsi gravement atteinte à l'indispensable indétermination originaire, ainsi qu'à d'autres traits fondamentaux de la personne. Celle-ci y jouerait inévitablement, au surplus, le rôle d'un moyen au service d'une fin qui lui serait extérieure ».

Au-delà de ces avis, des textes dotés d'une plus grande normativité juridique interdisent le clonage reproductif :

- l'article 11 de la Déclaration universelle sur le génome humain de l'Unesco interdit spécifiquement le clonage à des fins de reproduction des êtres humains comme contraire au principe de dignité.

- un protocole additionnel du 12 janvier 1998 à la convention bioéthique du Conseil de l'Europe portant interdiction du clonage d'êtres humains.

- Le 4ème alinéa de l'article 3 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne interdit le clonage comme contraire à l'intégrité de la personne.

En droit français, toute intervention ayant pour but de faire naître un enfant génétiquement identique à une autre personne vivante ou décédée est interdite (C. civ., art. 16-4, al. 3). Cette interdiction solennelle et générale du clonage est répétée à l'article L. 2151-1 du code de la santé publique afin d'en rappeler la solennité. Cela peut s'expliquer par le fait que le clonage reproductif constitue, selon le point de vue du Comité consultatif national d'éthique, une instrumentalisation inadmissible de la personne et un bouleversement inacceptable de la condition humaine (V. CCNE, avis n° 54, 22 avr. 1997). Il convient de préciser que le fait de chercher à faire naître une personne génétiquement identique à une autre personne vivante ou décédée constitue un crime contre l'espèce humaine. Cette infraction hautement symbolique est punie de trente ans de réclusion criminelle et de 7 500 000 euros d'amende (C. pén., art. 214-2, repris à l'art. L. 2163-1 du CSP), tandis que des peines complémentaires sont aussi prévues aux articles 215-1 à 215-3 du code pénal.

b- Le clonage thérapeutique.

A la différence du clonage reproductif, le clonage thérapeutique tend à la création d'un embryon destiné à la recherche. Il s'inscrit dans une logique d'utilisation des embryons humains à des fins de recherche.

A l'occasion de la constitution d'embryons humains à des fins de recherche (CSP, art. L. 2151-2), à des fins commerciales ou industrielles (CSP, art. L. 2151-3. – Sur cette dernière interdiction, V. égal. art. L. 2141-8) ou à des fins thérapeutiques (CSP, art. L. 2151-4), l'interdiction du clonage est donc réitérée, de manière redondante.

Dans ce domaine cependant, les incriminations pénales diffèrent par rapport au clonage reproductif : le clonage à des fins de recherche ne constitue pas un crime mais un délit, passible de sept ans d'emprisonnement et de 100 000 euros d'amende (C. pén., art. 511-18, repris à l'art. L. 2163-4 du CSP) ; le clonage à des fins thérapeutiques est également passible des mêmes peines (C. pén., art. 511-18-1, CSP, art. L. 2163-5).

Cet interdit fait écho à celui de la Convention bioéthique du Conseil de l'Europe, non encore ratifiée par la France, dont l'article 18-2 prévoit que « la constitution d'embryons à des fins de recherches est interdite.

Pourtant, certains Etats ont autorisé cette pratique :

Tel est le cas de la Grande-Bretagne.

L'autorité britannique sur la fertilisation et l'embryologie humaine a annoncé, le 21/02/07, l'autorisation des dons d'ovocytes humains non plus seulement pour aider des femmes stériles à concevoir, mais aussi pour créer des lignées de cellules souches embryonnaires dans le cadre de recherches scientifiques.

### c. les embryons chimériques.

Un embryon chimérique est un embryon dont l'organisme est constitué de deux ou plusieurs populations de cellules génétiquement distinctes selon deux procédés techniques : soit en ajoutant à un embryon, à un stade très précoce de son développement, des cellules pluripotentes d'une autre espèce (dans le but d'étudier de quelle manière se développent les cellules ajoutées), soit en créant un embryon par parthénogénèse en introduisant le noyau d'une cellule somatique humaine dans un ovocyte animal, ce que l'on nomme un cybride (dans le but d'étudier des techniques innovantes dans le traitement de maladies génétiques). Malgré les hésitations qui pouvaient résulter des dispositions de l'article 16-4, alinéa 1<sup>er</sup>, du code civil et l'interdiction de créer des embryons pour la recherche, l'Agence de la biomédecine avait délivré, le 19 juin 2006, une autorisation à un projet de recherche intitulé « Établissement de modèles animaux chimériques Hommes/souris : application à l'étude de l'infection par le VIH » (ABM, Rapport d'activité 2010, p. 87), autorisation reconduite le 12 mars 2010 (*ibid.*). Considérée comme se situant au-delà « des interdits éthiques fondamentaux sur la manipulation du vivant qui ne peuvent évidemment pas être acceptés en France » (Doc. Sénat, rapp. n° 388, fait au nom de la Commission des affaires sociales par MILON, p. 90), la création d'embryons chimériques est désormais interdite (CSP, art. L. 2151-2, al. 2).

Si les pratiques tendant au clonage d'une personne sont interdites, d'autres, au contraire, demeurent admises et réglementées.

## B. Les interdits relatifs :

Nonobstant les principes énoncés, il y a des situations plus complexes où la loi ou encore la pratique soulèvent des ambiguïtés. Ce sera l'hypothèse de la recherche embryonnaire, effectuée sur les embryons *in vitro* dit « surnuméraires » mais aussi l'épineuse question de la gestation pour autrui.

### 1. La recherche embryonnaire surnuméraires

La conception d'embryons *in vitro* a posé, bien évidemment, le problème de l'utilisation de ces embryons à d'autres fins que l'aide médicale à la procréation.

Le principe posé par la loi est que toute recherche sur l'embryon, les cellules souches embryonnaires et les lignées de cellules souches est interdite (CSP, art. L. 2151-5), ce qui doit être vu au prisme du fait que la création d'embryons humains à des fins de recherche est interdite (CSP, art. L. 2151-2).

Pour autant, cet interdit n'est que relatif dans la mesure où une situation d'exception est prévue à cette interdiction de principe.

En effet, des recherches peuvent être autorisées sur l'embryon, les cellules souches embryonnaires et les lignées de cellules souches lorsqu'elles répondent aux critères suivants : 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 (CSP, art. L. 2151-5, I). En outre, il est précisé que les embryons sur lesquels une recherche a été conduite ne pourront faire l'objet d'un transfert à des fins de gestation (CSP, art. L. 2151-5, IV).

Les recherches sur embryons sont soumises, par ailleurs, aux conditions suivantes. Seuls des 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 peuvent être soumis à une recherche. Celle-ci ne peut être effectuée qu'avec le consentement écrit préalable du couple dont ils sont issus, ou du membre survivant de ce couple, qui doivent avoir été dûment informés des possibilités d'accueil des embryons par un autre couple ou d'arrêt de leur conservation. Le couple ou le membre survivant du couple doit être informé de la nature des recherches projetées pour assurer le caractère libre et éclairé du consentement. Celui-ci doit être confirmé à l'issue d'un délai de réflexion de trois mois. La confirmation n'est pas exigée dans l'hypothèse où, à l'issue d'un diagnostic préimplantatoire ayant mis en évidence, sur un embryon, l'existence d'une des anomalies qui en avait justifié la mise en œuvre, les deux membres du couple confirment leur intention de ne pas poursuivre leur projet parental, en ce qui concerne cet embryon, et consentent à ce que celui-ci fasse l'objet d'une recherche dans les conditions prévues par la loi ; elle n'est pas non plus exigée lorsque les membres du couple, à l'occasion d'une conception *in vitro*, ont consenti par écrit à ce que les embryons non susceptibles d'être transférés ou conservés fassent l'objet d'une recherche dans les

conditions légales. Dans tous les cas, le consentement est révocable sans motif tant que les recherches n'ont pas débuté (CSP, art. L. 2151-5, II, et art. R. 2151-4).

## 2. la gestation pour autrui

C'est un conflit acharné que se livrent la science, les consciences et le droit sur la question de la maternité de substitution.

Il est vrai que la question de la gestation pour autrui transcende le droit, comme elle dépasse les passions qu'elle suscite. Ses détracteurs le comptent comme le symbole d'une science sans conscience ; ses partisans, considèrent que c'est un acte éminemment altruiste aussi vieux que le Monde judéo-chrétien qui trouve son origine lorsque Saraï dit à Abram : « *Voici que le Seigneur m'a empêchée d'enfanter. Va donc vers ma servante, peut-être que par elle j'aurai un fils.* » [et qu'] Abram écouta la proposition de Saraï. » (Genèse 16 :2 traduction TOB).

La technique de la fécondation *in vitro*, maîtrisée en France à partir du printemps 1981 (Amandine, premier bébé éprouvette, naît en février 1982), a ouvert la voie à un véritable vide législatif, le droit français de la filiation dans sa rédaction de 1804 n'ayant pas envisagé une telle hypothèse. Il fut donc loisible à tout organisme de santé, cabinet médical ou association de pouvoir, en toute légalité, se lancer dans la gestation pour autrui ou dans son entremise. Seul le décret du 8 avril 1988 relatif aux activités de procréation médicalement assistée, a soumis ces dernières à une « autorisation » peu contraignante et quelques précautions sanitaires évidentes.

La gestation pour autrui devint assez vite le terreau de procès replongeant le juge au dilemme du Jugement de Salomon. Soit l'hypothèse d'une femme qui ayant porté un enfant pendant 9 mois, qui refuse, à la naissance de s'en séparer, et de le rendre à ses parents « d'intention », qui pouvaient également être ses vrais géniteurs biologiques ; soit l'hypothèse, plus douloureuse encore de parents d'intention qui ne peuvent plus ou ne veulent plus cet enfant, et l'abandonnent à la mère qui le porte qui elle-même n'en veut pas...

Face à ces procès et à des décisions de justices fluctuantes, la Cour de cassation le 31 mai 1991 rend un célèbre arrêt par lequel elle indique qu'en toute hypothèse la procréation ou la gestation pour le compte d'autrui est nulle. Cette convention contrevient, selon la haute juridiction, tant au principe de l'indisponibilité de l'état des personnes qu'à celui du corps humain (Cass., ass. plén., 31 mai 1991, n° 90-20.105, D. 1991. 417, note Thouvenin, rapp Chartier ; D. 1991. Somm. 318, obs. Aubert ; D. 1992. Somm. 59, obs. Dekeuwer-Défossez ; JCP 1991. II. 21752, note Terré. – Civ. 1<sup>re</sup>, 29 juin 1994, n° 92-13.563, D. 1994. 581, note Chartier)

La loi n° 94-653 du 29 juillet 1994 énonce par les dispositions de l'article 16-7 du code civil, que toute convention portant sur une telle pratique est nulle ; et l'article 227-12 (al. 3 et 4) du code pénal punit depuis le fait de s'entremettre en vue d'une telle opération.

Mais rapidement, face à l'interdit -civil- prôné par le droit français, s'est posée la question de la réception des gestations pour autrui réalisées à l'étranger.

S'appuyant sur le principe de fraude à la loi française énoncée par la chambre civile de la cour de cassation dans la bien connue affaire « Princesse de Bauffremont en 1878 ( Civ. 18 mars 1878: S. 1878. 1. 193, note Labbé; D. 1878.1. 201, concl. Charrins; JDI 1878. 505; GADIP, 5<sup>e</sup> éd., n° 6) la cour de cassation a opté pour une sanction visant à ne pas établir de reconnaissance de droit aux filiations par maternité de substitution à l'étranger. Privant ainsi l'enfant de l'établissement d'une filiation de droit français, assortie d'un refus de nationalité par refus de transcription des actes de naissance étrangers dans l'état civil français.

Cette position a longtemps mise en œuvre par les juridictions françaises qui considéraient comme 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, fût-elle licite à l'étranger, est nulle d'une nullité d'ordre public aux termes des art. 16-7 et 16-9 C. civ. (V. ● Civ. 1<sup>re</sup>, 6 avr. 2011, n° 10-19.053 P: R., p. 400; D. 2011. 1064, obs. X. Labbé; *ibid.* 1522, note Berthiau et Brunet; *ibid.* Pan. 1585, obs. Granet-Lambrechts; *ibid.* Pan. 1995, obs. Gouttenoire ; JCP 2011, n° 441, obs. Violla et Reynier; AJ fam. 2011. 262, obs. Chénéde; RTD civ. 2011. 340, obs. Hauser; Gaz. Pal. 2011. 1489, avis Domingo; *ibid.* 1512, note Weiss-Gout; RLDC 2011/82, n° 4244, obs. Gallois; RTD civ. 2011. 340, obs. Hauser). Pour autant elle fut considéré par la Cour européenne des droits de l'homme comme contraire à l'intérêt de l'enfant et en opposition aux dispositions de l'article 8 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme (CEDH 26 juin 2014, Mennesson c/ France, req. n° 65192; AJDA 2014. 1763, note Burgorgue-Larsen; D. 2014. 1797, note Chénéde; *ibid.* 1773, note Fulchiron et Bidaud-Garon; *ibid.* 1787, obs. Bonfils et Gouttenoire; *ibid.* 1806, note d'Avout; *ibid.* 2015. 1007, obs. A.-D. P.; AJ fam. 2014. 499, obs. Haftel; *ibid.* 396, obs. Dionisi-Peyrusse; RTD civ. 2014. 616, obs. Hauser; *ibid.* 835, obs. Marguénaud; JCP 2014, n° 877, obs. Gouttenoire V. aussi CEDH 21 juill. 2016). Déjà, dans sa circulaire du 25 janvier 2013, la Garde des sceaux de l'époque, avait soulevé le paradoxe d'un droit qui prive tout enfant né d'au moins un parent français à l'étranger, de bénéficier de la nationalité française, tel que l'énonce pourtant l'article 18 du Code civil.

Aussi, la Cour de cassation a-t-elle opéré un revirement remarqué et considère désormais que l'existence d'une convention de gestation pour autrui ne fait pas, en soi, obstacle à la transcription d'un acte de naissance établi à l'étranger, sauf 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 (Cass., ass. plén., 5 oct. 2018 – V. déjà : Cass., ass. plén., 3 juill. 2015, n° 15-50.002.)

De la même manière, s'appuyant sur la position de la Cour EDH qui a considéré que « le droit au respect de la vie privée d'un enfant né à l'étranger, à l'issue d'une GPA, requiert que le droit interne offre une possibilité de reconnaissance d'un lien de filiation entre cet enfant et la mère d'intention, désignée dans l'acte de naissance légalement établi à l'étranger comme étant la «mère légale» », (CEDH , avis, 10 avr. 2019, n° P16-2018-001: D. 2019. 1084, note Fulchiron; *ibid.* 1016, obs. Clavel et Jault-Seseke ; AJ fam. 2019. 289, obs. Salvage-Gerest, *ibid.* 233, obs. Dionisi-Peyrusse; RTD civ. 2019. 286, obs. Marguénaud) il est désormais possible de faire établir un lien de parentalité à l'égard de l'autre parent d'intention (V. à propos d'un couple homosexuel : Civ. 1<sup>re</sup>, 18 déc. 2019, n° 18-11.815 P).

## **Seconde partie : La pratique bioéthique après la naissance**

### **Chapitre 1er : La bioéthique dans la protection de l'homme en vie**

#### Section 1 : La dignité de la personne humaine et le caractère « sacré » du corps humain

Principe d'origine morale ou déontologique (v. introduction) la notion de dignité de la personne humaine est plus ressentie que véritablement définie.

Liée à tout être humain, la dignité doit être respectée par chacun tant vis-à-vis de soi et qu'à l'égard d'autrui l'égard d'autrui : elle est en effet, selon une approche que l'on trouve chez Paul Ricoeur par exemple, ce qui doit être dû à l'être humain parce qu'il est un être humain. En d'autres termes, comme l'écrit J.-R. Binet, le principe de dignité « interdit de méconnaître l'éminence qui s'attache à la personne en la réduisant à n'être rien d'autre qu'une chose », et qu'elle est opposable à la personne qui ne peut dès lors consentir à de telles atteintes : la dignité est indisponible (V ; en ce sens *CE ass.*, 27 oct. 1995, n° 136727, 2 arrêts : *JurisData* n° 1995-047649). C'est en ce sens, hors du champ de la bioéthique qu'ont également été jugés contraires au principe de respect de la dignité de la personne humaine les spectacles de "lancers de nains". Précisément, c'est parce que ces spectacles étaient contraires au respect de la dignité de la personne humaine, que les maires de deux communes se sont vus reconnaître le droit, en vertu de leurs pouvoirs de police municipale, d'en interdire le déroulement (*CE, ass.*, 27 oct. 1995 (2 arrêts), *Cne de Morsang-sur-Orge et Ville d'Aix-en-Provence* : *JCP G* 1996, II, 22630, *F. Hamon* ; *RFDA* 1995, p. 1204, *concl. P. Frydman* ; *D.* 1996, *jurispr.* p. 177, *G. Lebreton*).

Appliqué au droit de la biomédecine, le principe de dignité interdit de considérer un être humain comme un matériau d'expérimentation ou comme une ressource biologique exclusivement au service d'autrui, fût-il consentant à de pareilles atteintes (*CA Lyon*, 27 juin 1913 : *D.* 1914, 2, p. 73, *H. Lalou*).

De la notion de dignité découlent un certain nombre de droits dont notamment l'extrapatrimonialité du corps humain.

La règle de non-patrimonialité du corps humain est posée par l'article 16-1, alinéa 3, du code civil, aux termes duquel « le corps humain, ses éléments et ses produits ne peuvent faire l'objet d'un droit patrimonial ». Ainsi exprimé, le principe est plus étroit que celui de l'indisponibilité du corps humain que l'on déduisait de l'article 1128 du code civil. Le principe d'indisponibilité du corps humain conduit, en effet, à interdire toute convention portant sur le corps humain, quelle que soit sa nature, gratuite aussi bien qu'onéreuse. Le principe de non-commercialité conduit à frapper de nullité les seules conventions ayant pour effet de conférer une valeur patrimoniale (autrement dit pécuniaire) au corps humain, à ses éléments ou à ses produits (C. civ., art. 16-5), c'est-à-dire les conventions à titre onéreux ayant un tel objet. Il en résulte, d'une part, la possibilité à titre « d'usage » (V. CSP, art. L. 1211-8 et R. 1211-29) de maintenir la patrimonialité de certains éléments tels que les cheveux, poils, ongles et dents et, d'autre part, qu'en principe, les conventions à titre gratuit

(sous réserve de respecter les autres conditions posées par la loi.) sont licites : il n'est pas – en principe – interdit de disposer de son corps, pourvu que ce soit à titre gratuit sur le don et l'utilisation des éléments et produits du corps humain).

À cet égard, il est précisé qu'aucune rémunération ne peut être allouée à celui qui se prête à une expérimentation sur sa personne, au prélèvement d'éléments de son corps ou à la collecte de produits de celui-ci (C. civ., art. 16-6. – V. pour les applications particulières, pour la question différente du remboursement des frais, CSP, art. L. 1121-11 et L. 1211-4, al. 2).

Il a aussi été décidé que les prélèvements effectués sur le corps humain à des fins de recherches médico-légales pour les nécessités d'une enquête ou d'une information, 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 (Crim. 3 févr. 2010, n° 09-83) ou de l'article 99 du même code (Crim. 3 avr. 2002, n° 01-81.592).

**Illustration :**

Aspect physique de la dignité			Aspect moral de la dignité		
Intégrité du CH	Indisponibilité du CH	Extrapatrimonialité du CH	Autonomie Consentement	Secret Confidentialité	Non Discrimination
Sacralité « <i>Noli me tangere</i> »	Non instrumentalisation de la personne	Gratuité  Non patrimonialisation	Information	Anonymat  Vie privée sanitaire	Égal accès aux soins
Refus de soin  Mise hors la loi de la souffrance	Non-contractualisation GPA (à titre gratuit)  Non-disposition du corps (exc. Transsexualisme)	Dons  Extracommercialité  GPA (à titre onéreux)  Non-appropriation du corps	Mineur Majeur protégé		Utilisation des caract. génétiques

Section 2 : La dignité de la personne humaine et l'indisponibilité du corps humain

## I. Le principe

Le corps humain, considéré comme juridiquement inviolable, est protégé contre toutes les atteintes que les tiers pourraient prétendre lui faire subir pour satisfaire des intérêts privés. Ainsi, dans un procès civil, aucun moyen de coercition sur le corps ne peut être exercé pour obtenir la comparution personnelle d'une partie ou pour obtenir que celle-ci se prête à une expertise médicale ou à un prélèvement aux fins d'analyse. Le moyen de contrainte est ailleurs : dans les astreintes que le juge peut prononcer ou dans les conséquences qu'il peut tirer du refus de se prêter à la mesure d'instruction. C'est le même principe qui conduit, en matière d'expulsion, à seulement faire enlever le mobilier de l'expulsé et non pas à appréhender directement la personne de celui-ci. De la même manière, on ne peut imposer à la victime d'un accident de se soumettre à une intervention qui serait de nature, par l'amélioration qu'elle entraînerait, à réduire l'indemnité que le responsable pourrait être condamné à lui verser (V. Civ. 2<sup>e</sup>, 19 juin 2003).

**Protection fondamentale.** - Si, malgré tout, en transgression du principe d'inviolabilité du corps humain, une atteinte est portée à celui-ci par un tiers, c'est en qualifiant le fait d'infraction que le droit va répondre en réprimant toute atteinte portée à l'intégrité du corps humain (V. *Violences volontaires [Pén.]*, *Violences involontaires : théorie générale [Pén.]* et *Violences involontaires : applications et illustrations [Pén.]*). Le livre II du code pénal vise en effet les atteintes à la personne humaine à travers l'atteinte qui est faite au corps depuis les hypothèses d'homicide (art. 221-1 à 221-7), les coups et blessures ou violences (art. 222-7 à 222-16, 222-19 et 222-20) etc., tandis que ces atteintes ouvrent un droit à une indemnité afin de réparer le préjudice ainsi causé, tant matériel que – et c'est ici que la spécificité du dommage corporel apparaît – moral (V. *Responsabilité du fait personnel [Civ.]*).

Cette protection, accordée au corps humain dans la mesure de sa consubstantialité avec la personne, survit, cependant, dans une certaine mesure à celle-ci. Après la mort qui marque l'anéantissement de la personnalité.

Quelles que soient sa force et son étendue, le principe d'inviolabilité du corps humain a, cependant, toujours réservé la licéité de certaines atteintes portées à l'intégrité corporelle. Il faut pour cette licéité deux conditions : d'une part, que le sujet ait librement consenti, à la suite d'une information suffisante, en toute connaissance de cause, à l'atteinte portée à son intégrité corporelle ; d'autre part, que cette atteinte soit justifiée par un intérêt qui est le plus souvent celui du sujet, mais peut également être celui d'un tiers, voire de la société.

À vrai dire, comme on le verra dans les développements qui vont suivre, en l'état de la technique médicale et de la pression exercée plus ou moins consciemment par le corps social (ou sur le corps social) à travers l'immense caisse de résonance des médias, ces deux conditions sont, en pratique, difficiles à cerner et, pour la seconde, en perpétuelle évolution (à supposer qu'elle ne constitue pas seulement une justification purement verbale).

Il a toujours été admis que l'atteinte portée par le médecin au corps humain est licite, dès lors que, acceptée par le sujet dûment informé, elle répond à une nécessité médicale. Cependant, les rapports entretenus plus généralement entre le corps humain et les soins

médicaux qui lui sont nécessaires sont plus complexes et conduisent à préciser le régime de certaines atteintes portées par le médecin à l'intégrité corporelle.

Plus délicate encore est la situation lorsque cette atteinte a pour motif non de traiter un état pathologique, mais d'assister une fonction défaillante ou de modifier des caractéristiques corporelles. Ce sont ces situations qui, actuellement, en raison de l'évolution des techniques médicales et de l'évolution des mœurs, posent les problèmes les plus controversés et les plus difficiles à résoudre.

## II. Le transexualisme

Le transexualisme est caractérisé par le « sentiment éprouvé par un individu normalement constitué d'appartenir au sexe opposé, avec désir intense et obsédant de changer d'état sexuel, anatomie comprise, pour vivre sous une apparence conforme à l'idée qu'il s'est faite de lui-même » (ALBY, Contribution à l'étude du transexualisme, thèse méd., Paris, 1956). Ce que rejoint la détermination classique donnée par les juges français, pour lesquels le transexualisme est le « sentiment irréprouvable d'appartenir à l'autre sexe, pour une personne qui a subi à des fins thérapeutiques un traitement médico-chirurgical lui ayant fait perdre certains caractères de son sexe d'origine afin de prendre une apparence physique le rapprochant de l'autre sexe, auquel correspond son comportement social » (Civ. 1<sup>re</sup>, 7 juin 2012).

Cet état, qui n'est plus considéré comme une affection psychiatrique au sens de l'article D. 322-1 du code de la sécurité sociale (V. Décret n° 2010-125 du 8 févr. 2010), doit être soigneusement distinguée d'autres situations. En premier lieu, des états intersexuels résultant de maladies génétiques et caractérisés par l'existence, chez un même sujet, d'attributs de type féminin et d'attributs de type masculin, alors que le transsexuel ne présente aucune anomalie ni génétique, ni anatomique, ni physiologique. Il doit être distingué, en second lieu, de l'homosexualité qui constitue une inclination de l'instinct sexuel d'un sujet qui, de caractère sexuel parfaitement déterminé, recherche la satisfaction sexuelle avec des sujets de même sexe, mais sans aucunement s'identifier au sexe opposé ; et distinguée aussi du travestisme (ou transvestisme), caractérisé par l'adoption des habitudes vestimentaires du sexe opposé.

L'histoire du transexualisme est celle d'une lente évolution. À une certaine époque, on a pu considérer que l'acte chirurgical, qui visait à doter, par des mutilations considérables exécutées chez un sujet de sexe génétiquement et anatomiquement bien défini, la personne des organes génitaux externes du sexe opposé, était illicite, faute de but thérapeutique, et constituait l'infraction d'atteinte volontaire à l'intégrité corporelle.

Il a par la suite été admis que la seule attitude permettant d'éviter que le sujet, poussé par le désir obsédant d'appartenir au sexe opposé, ne se mutilât ou ne se suicidât était de procéder chirurgicalement aux modifications morphologiques auxquelles il aspire. Des interventions de cet ordre ont été réalisées en France dans des établissements publics de santé, après information du conseil départemental intéressé de l'Ordre des médecins, par un protocole signé par trois médecins, conformément à une procédure préconisée par le Conseil national

de l'Ordre et l'Académie nationale de médecine, la prise en charge des frais médicaux et chirurgicaux ayant été acceptée par les organismes de sécurité sociale dès le milieu des années 1980.

En raison du but quasi thérapeutique poursuivi par cette intervention, et en toute hypothèse de la nécessité médicale de celle-ci – en l'absence de laquelle, le suicide ou l'automutilation était à redouter –, la licéité du traitement chirurgical du transsexualisme avait été rapidement affirmée (PENNEAU, note sous Civ. 1<sup>re</sup>, 16 déc. 1975, JCP 1976. II. 18503. – REGOURD, Les droits de l'homme devant les manipulations de la vie et de la mort, problèmes actuels en droit public français, RD publ. 1981. 403, spéc. p. 432), même si demeuraient quelques cas d'intervention chirurgicale illicite, parce que, précisément, ils n'avaient pas été réalisés dans l'intérêt thérapeutique du patient, le diagnostic de transsexualisme n'étant pas établi avec une certitude suffisante (Crim. 30 mai 1991)

- Par-delà l'aspect médical, c'est tout le volet du droit de la personne vis-à-vis du principe de l'intangibilité de l'état civil qui a fait l'objet d'importantes évolutions. À la suite de la condamnation de la France par la Cour européenne des droits de l'homme (CEDH, 25 mars 1992, B c/ France, req. n° 13343/87 ; V. aussi CEDH 12 juill. 2002, C. Goodwin et Royaume-Uni, req. n° 25680/94, D. 2003. 2032, note Chavent-Leclère ), il est apparu nécessaire non seulement de ne plus revenir sur la question de la licéité de l'intervention, mais encore de remettre en question l'immutabilité du sexe dans les actes de l'état civil. La Cour de cassation a, dès 1992, décidé que lorsque, à la suite d'un traitement médico-chirurgical, subi dans un but thérapeutique, une personne présentant le syndrome du transsexualisme ne possédait plus tous les caractères de son sexe d'origine et a pris une apparence physique la rapprochant de l'autre sexe, le principe du respect dû à la vie justifiait que son état civil indique alors le sexe dont elle a l'apparence, le principe de l'indisponibilité de l'état des personnes ne faisant dès lors obstacle à une telle modification (Cass., ass. plén., 11 déc. 1992). Pour autant, cette jurisprudence maintenait le fait de conditionner la modification de l'état civil à un changement physiologique de sexe médicalement constaté : pour justifier une demande de rectification de la mention du sexe figurant dans un acte de naissance, la personne devait, selon l'exigence des juges, établir de manière scientifique la réalité du syndrome transsexuel dont elle est atteinte ainsi que le caractère irréversible de la transformation de son apparence (Civ. 1<sup>re</sup>, 7 juin 2012) . Ces éléments furent jugés contraires aux dispositions de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme (CEDH 6 avr. 2017). Entre temps, la loi de modernisation de la justice du XXI<sup>e</sup> siècle (Loi n° 2016-1547 du 18 nov. 2016) a ajouté au code civil un article 61-5 admettant que toute personne majeure ou mineure émancipée qui démontre par une réunion suffisante de faits que la mention relative à son sexe dans les actes de l'état civil ne correspond pas à celui dans lequel elle se présente et dans lequel elle est connue peut en obtenir modification ; tandis que l'article suivant précise, de la manière la plus explicite encore, que le fait de ne pas avoir subi des traitements médicaux, une opération chirurgicale ou une stérilisation ne peut motiver le refus de faire droit à la demande. Il suffira donc, pour obtenir la modification de son sexe dans l'état civil, soit que la personne se présente publiquement comme appartenant au sexe revendiqué, soit qu'elle soit connue sous le sexe revendiqué de son entourage familial, amical ou professionnel, soit encore qu'elle ait obtenu le changement de son prénom afin qu'il corresponde au sexe revendiqué. Cela dépasse par conséquent le

cadre d'un transsexualisme classique et chirurgical, mais pour autant la facilitation reconnue du changement de sexe dans l'état civil n'est pas sans poser de nouvelles interrogations.

## **Chapitre 2 : La bioéthique dans la protection de l'homme décédé**

### Section 1 : La mort en droit et les prélèvements d'organe

#### I. Le principe de la sacralité du corps du mort

##### **Critères de la mort**

**Cadre réglementaire.** - On a pu dire qu'on ne meurt plus, en France, par circulaire. En effet, en application des dispositions des articles L. 1232-1 et L. 1232-6, 1<sup>o</sup>, du code de la santé publique, ce même code contient des dispositions réglementaires (art. R. 1232-1 à R. 1232-4) fixant les conditions dans lesquelles doit être établi le constat de la mort qui permet d'effectuer un prélèvement d'organes. Mais il faut noter qu'en dehors de cette hypothèse, le décès d'une personne est une question de fait, soumise, le cas échéant, au juge du fond, et peut être constaté par tout moyen (CSP, art. R. 1112-69, al. 2. – V. sous l'empire des textes antérieurs [L. n<sup>o</sup> 76-1181 du 22 déc. 1976 et Décr. n<sup>o</sup> 78-501 du 31 mars 1978], Civ. 1<sup>re</sup>, 19 oct. 1999, n<sup>o</sup> 97-19.845, Bull. civ. I, n<sup>o</sup> 283 ; RTD civ. 2000. 79, obs. Hauser ).

Dans l'hypothèse où un prélèvement d'organes est envisagé chez une personne présentant un arrêt cardiaque et respiratoire persistant, trois critères cliniques doivent être obligatoirement réunis pour établir le constat de la mort : 1<sup>o</sup> absence totale de conscience et d'activité motrice spontanée ; 2<sup>o</sup> abolition de tous les réflexes du tronc cérébral ; 3<sup>o</sup> absence totale de ventilation spontanée (CSP, art. R. 1232-1).

Chez une personne assistée par ventilation mécanique et ayant conservé une fonction hémodynamique (l'absence totale de ventilation spontanée étant vérifiée par une épreuve d'hypercapnie), dont le décès est constaté cliniquement, le caractère irréversible de la destruction encéphalique est attesté par : 1<sup>o</sup> soit deux électroencéphalogrammes nuls et aréactifs effectués à un intervalle minimal de quatre heures, réalisés avec amplification maximale sur une durée d'enregistrement de trente minutes ; 2<sup>o</sup> soit une angiographie objectivant l'arrêt de la circulation encéphalique, le résultat de l'examen, pratiqué en complément des trois critères cliniques précédents, étant immédiatement consigné par le médecin qui en fait l'interprétation (CSP, art. R. 1232-1 et R. 1232-2).

Le constat de la mort résulte d'un procès-verbal qui est établi dans des conditions différentes pour une personne qui présente un arrêt cardiaque et respiratoire persistant d'une part, et pour une personne assistée par ventilation mécanique et qui conserve une fonction hémodynamique dont le décès est constaté cliniquement d'autre part. Dans le premier cas, le procès-verbal est établi par un médecin et mentionne les résultats des constatations cliniques, ainsi que la date et l'heure de ces constatations (CSP, art. R. 1232-3, al. 2). Dans le second cas, le procès-verbal doit être établi par deux médecins et indiquer les résultats des constatations cliniques concordantes de ces deux médecins et le résultat de

l'examen pratiqué en complément de ces constatations (V. – CSP, art. R. 1232-3, al. 3). Dans les deux cas, le ou les médecins qui établissent le procès-verbal de constat de la mort doivent faire partie d'unités fonctionnelles ou de services différents de ceux dont font partie les médecins qui effectueront le prélèvement (CSP, art. L. 1232-4).

**Dignité et respect du corps.** - Le principe du respect dû à la personne et de la protection de sa dignité avait été énoncé par les juges (CE, ass., 2 juill. 1993, n° 124960, D. 1994. 74, note Peyrical ; JCP 1993. II. 22133, note Gonod ; RFDA 1993. 1002, concl. Kessler ; RTD civ. 1993. 803, obs. Hauser) préexistait à la loi n° 2008-1350 du 19 décembre 2008, d'où est issu l'article 16-1-1 du code civil. Il est désormais établi que « Le respect dû au corps humain ne cesse pas avec la mort. Les restes des personnes décédées, y compris les cendres de celles dont le corps a donné lieu à crémation, doivent être traités avec respect, dignité et décence », comme le rappellent également les juges (Civ. 1<sup>re</sup>, 29 oct. 2014, n° 13-19.729, Bull. civ. I, n° 178 ; D. 2015. 242, note Solveig-Epstein ; D. 2015. 246, note Mainguy ; D. 2015. Pan. 535, obs. Amrani-Mekki et Mekki ; D. 2015. Pan. 755, obs. Galloux et Gaumont-Prat ; RTD civ. 2015. 102, note Hauser ; Gaz. Pal. 2014. 3685, obs. Prieur ; JCP 2014, n° 1170, obs. Loiseau ; *ibid.* n° 306, obs. Loiseau ; RGDA 2015. 16, note Kullmann). Il est, en outre, précisé que le pouvoir du juge de prescrire toutes mesures propres à empêcher ou faire cesser une atteinte illicite au corps humain ou des agissements illicites portant sur des éléments ou des produits de celui-ci persiste après la mort du sujet (C. civ., art. 16-2. –). Il faut ajouter que les dispositions pénales qui incriminent toute atteinte à l'intégrité du cadavre et toute violation ou profanation de tombeaux ou sépultures visent aussi, depuis la promulgation de la loi n° 2008-1350 du 19 décembre 2008 (JO 20 déc.), les urnes cinéraires (C. pén., art. 225-17).

La réglementation du corps du mort obéit à des règles spécifiques qui obéissent à des impératifs d'ordre public (Sur la cryogénéisation, V. CE 6 janv. 2006, req. n° 260307, AJDA 2006. 757, note Burgorgue-Larsen ; D. 2006. 1875, note Corpart ; D. 2006. Pan. 1207, obs. Galloux ; JCP 2006. II. 10059, note Erstein ; Defrénois 2006. 500, note Popu. – GALLOUX et GAUMONT-PRAT, Droits et libertés corporels, D. 2006. Pan. 1207.) et sommes toutes de plus en plus technique.

A titre particulier, il convient de rappeler que la licéité du legs, par un individu, de son corps à un laboratoire d'anatomie, ne fait aucun doute en droit français (Civ. 30 mars 1886, DP 1886. 1. 451. – V. Cass. belge, 3 juill. 1899, Pasicrisies 1899. 1. 318) À l'issue des travaux d'expérimentation et de recherche ou des prélèvements dont ils sont l'objet, les restes des corps donnés aux établissements d'hospitalisation, d'enseignement ou de recherche doivent en principe être inhumés ou faire l'objet d'une crémation, ainsi d'ailleurs que les restes des organes et éléments du corps humain prélevés en application des dispositions des articles L. 1211-1 et suivants, L. 1232-1 et suivants du CSP.

**Utilisation du cadavre à des fins artistiques.** - Il a été décidé, à propos d'une exposition de cadavres humains « plastinés », ouverts ou disséqués, installés, pour certains, dans des attitudes évoquant la pratique de différents sports, et prétendant montrer ainsi le fonctionnement des muscles selon l'effort physique fourni, que l'exposition de cadavres à des fins commerciales méconnaît l'exigence des dispositions de l'article 16-1-1, alinéa 2, du code civil aux termes duquel les restes des personnes décédées doivent être traités avec

respect, dignité et décence (Civ. 1<sup>re</sup>, 16 sept. 2010)

## II. Les prélèvements d'organe

La licéité du legs, par un individu, de son corps à un laboratoire d'anatomie, ne fait aucun doute en droit français (Civ. 30 mars 1886, DP 1886. 1. 451).

En ce qui concerne le prélèvement :

**Cadre général.** - Les prélèvements d'organes sont envisagés par la loi : dans l'intérêt thérapeutique direct d'un receveur s'ils sont pratiqués sur une personne vivante (CSP, art. L. 1231-1, al. 1<sup>er</sup>), à des fins thérapeutiques ou scientifiques s'ils sont effectués sur une personne décédée (CSP, art. L. 1232-1, al. 1<sup>er</sup>).

**Consentement.** - En ce qui concerne les *majeurs capables*, la loi pose une *présomption* de consentement, puisqu'il est indiqué que le prélèvement peut être effectué dès lors que la personne concernée n'a pas fait connaître, de son vivant, son refus d'un tel prélèvement. Le refus, qui est révocable à tout moment, peut être exprimé par tout moyen, notamment par l'inscription, qui est possible dès l'âge de 13 ans, sur un registre national automatisé prévu à cet effet, qui doit être obligatoirement et préalablement interrogé (CSP, art. L. 1232-1 et art. R. 1232-10 à R. 1232-12), et dont les conditions de fonctionnement et de gestion sont déterminées par un décret en Conseil d'État (CSP, art. L. 1232-1, al. 2, et art. R. 1232-5 à R. 1232-14). Il est précisé que le refus inscrit sur le registre ne peut faire obstacle aux expertises, constatations et examens techniques ou scientifiques éventuellement diligentés dans le cadre d'une enquête judiciaire ou d'une mesure d'instruction (CSP, art. R. 1232-6, al. 2). Pour renforcer la présomption de consentement, il est prévu que soit inscrite, sur le dossier médical partagé et sur la carte Vitale, la mention que l'intéressé a été informé de la législation relative au don d'organes ; cette mention, sur la carte Vitale, étant portée sur le volet destiné aux informations nécessaires pour les interventions urgentes qui ne peuvent être mentionnées qu'avec le consentement exprès de l'intéressé (CSP, art. L. 1111-14, al. 1<sup>er</sup>. – CSS, art. 161-31, II).

**Mise en œuvre.** - Préalablement au prélèvement envisagé, le médecin informe les proches du défunt de la nature et de la finalité du prélèvement, conformément aux bonnes pratiques arrêtées par le ministre chargé de la santé sur proposition de l'Agence de la biomédecine (CSP, art. L. 1232-1, al. 3), sans que ne soit plus posée, depuis la loi précitée du 26 janvier 2016, l'idée de rechercher auprès des proches le consentement de la personne décédée, tel que cela se pratiquait auparavant.

**Mineurs. Majeurs protégés.** - En ce qui concerne *les mineurs et les majeurs sous tutelle*, le prélèvement *post mortem* ne peut avoir lieu – quelles que soient les fins envisagées, thérapeutiques ou scientifiques – qu'à la condition que chacun des titulaires de l'autorité parentale ou le tuteur y consente par écrit. Toutefois, en ce qui concerne le mineur, en cas d'impossibilité de consulter l'un des titulaires de l'autorité parentale, le consentement écrit de l'autre suffit (CSP, art. L. 1232-2). Mais, en toute hypothèse, dès qu'il s'agit d'un mineur

de plus de 13 ans, le registre national automatisé des refus de prélèvement doit être obligatoirement et préalablement interrogé sur l'existence d'un éventuel refus de prélèvement formulé par la personne décédée (CSP, art. R. 1232-10).

## Section 2 : Un droit à la mort ?

La mort est le moment de l'anéantissement de la personnalité, précédant l'anéantissement du corps humain lui-même. Le droit admet, cependant, un certain prolongement de la personnalité après la mort, qui permet à la personne, notamment, de disposer, dans une certaine mesure, du devenir posthume de son corps. Par ailleurs, la question se pose de savoir si le sujet peut décider du moment de sa mort, avec éventuellement l'aide d'un tiers.

**Suicide.** - Le suicide n'est, en droit français, l'objet d'aucune incrimination pénale directe. Il n'engage pas non plus, en principe, la responsabilité civile du sujet, puisque l'article 1382 du code civil ne vise que le dommage causé volontairement à autrui. Le suicide n'est cependant pas absent des préoccupations du droit civil et ne produit pas moins, en ce domaine, un certain nombre de conséquences (V. TERRÉ, Du suicide en droit civil, Mélanges Weill, 1983, Dalloz, p. 523 s.).

Sur la possibilité pour un patient ayant absorbé une forte dose de somnifère, absorption dont il devait décéder, de refuser par écrit les soins du médecin, et sur la licéité de l'abstention de celui-ci en de telles circonstances (Crim. 3 janv. 1973)

Se pose néanmoins à l'égard du suicide d'autres interrogations, notamment quant à l'éventualité de commissions d'infractions en lien avec celui-ci. La question avait été soulevée à propos des actes ou comportements visant à pousser les personnes à commettre un acte suicidaire. Confronté à la publication de l'ouvrage au titre provocateur « Suicide, mode d'emploi », le législateur, par la loi n° 87-1133 du 31 décembre 1987, a incriminé le fait d'inciter au suicide (C. pén., art. 223-13) ou de faire de la propagande ou de la publicité en faveur du suicide (C. pén., art. 223-14).

Sur la base de ces textes, la réédition de l'ouvrage a pu être sanctionnée, les juges considérant que si le fait de se suicider ou de tenter de le faire n'est plus pénalement incriminé et, en conséquence, constitue un droit, cela ne signifie nullement que ce droit puisse faire légalement l'objet d'une publicité quelconque destinée à en décrire les modalités possibles d'exercice (V. TGI Paris, 11 avr. 1995, JCP 1996. II. 22729, note Lucas-Gallay). Dans ce contexte, on peut alors se demander si une telle qualification serait susceptible de s'appliquer au professionnel de santé qui, par exemple, assisterait une personne dans son souhait de suicide.

Il n'existe pas de texte spécifique qui vise l'idée d'une assistance médicale au suicide. Pour autant, ces actes sont-ils bénéficiaires d'impunité ? L'hypothèse de la complicité est peu probable puisqu'il n'y a pas d'infraction principale punissable. De même, l'infraction de « non-obstacle à la commission d'un suicide » ne peut exister puisque le suicide n'est ni un crime, ni un délit ainsi que l'a rappelé la Cour de cassation (V. Crim. 23 avr. 1971, Bull. crim. n° 116 ; RSC 1972. 114, n° 3, note G. Vasseur).

À défaut de sanctionner l'acte positif d'assistance au suicide, il semble toujours possible de se tourner vers les omissions de porter secours ou non-assistance à la personne suicidaire, qui par nature est en péril. Il s'agit là des classiques délits d'omission, mais l'absence de rapports personnels ou durables avec la personne suicidaire tend à limiter la connaissance du médecin de la réalité des projets de suicide et de la volonté de la personne de passer à l'acte.

De la même manière, la mise en danger de la personne ne répond que très imparfaitement à cette situation. L'article R. 4127-9 du code de la santé publique dispose que tout médecin qui se trouve en présence d'un malade ou d'un blessé en péril doit lui porter assistance ou s'assurer qu'il reçoit les soins nécessaires, renvoyant ainsi tacitement à la non-assistance à personne en péril énoncée à l'article 223-6 du code pénal. Mais là encore, il s'agit de sonder la conscience de l'individu en danger quelquefois masquée par la sérénité de celui qui a décidé de passer à l'acte.

Demeurerait alors la possible qualification de mise en danger d'autrui de l'article 223-1 code pénal ou la simple faute d'imprudance. Le droit répressif considère qu'il s'agit d'un délit d'omission délictueuse, lié toutefois à l'idée d'un péril imminent lequel suppose, en amont, l'existence de son élément matériel, à savoir le danger. Mais là encore, l'obstacle du droit commun réside en la difficulté de sonder l'âme de la personne. Car il faut en ce cas aussi que le médecin ait conscience du péril, à défaut de quoi il n'aurait pas d'élément intentionnel de l'infraction, ce qui est rarement admis (V. Crim. 3 janv. 1973).

**Euthanasie.** - L'euthanasie est, aujourd'hui, susceptible de plusieurs définitions. Dans le sens originel du terme, il s'agit de la mort calme et exempte de souffrance du sujet, survenue naturellement, grâce à l'emploi de substances calmantes et stupéfiantes (GARNIER et DELAMARE, Dictionnaire des termes techniques de médecine, v<sup>o</sup> Euthanasie, éd. Maloine). Dans le sens dérivé, mais aujourd'hui le plus courant, il s'agit de la mort procurée au malade (avec ou sans son consentement), dans le but d'abrèger ses souffrances.

Dans cette dernière acception, l'euthanasie reste certainement un délit, celui d'atteinte à la vie de la personne, sous sa plus haute qualification pénale des articles 221-1 et suivants du code pénal, même si le médecin (ou plus généralement la personne qui a procuré la mort) a agi du consentement du sujet ou à la demande de celui-ci.

Cependant, la question de l'euthanasie reste l'objet d'une ardente controverse surtout si l'on remarque que les organes de répression font preuve d'une grande mansuétude axée quelquefois sur une hyper médiatisation des affaires, telles que celle de Vincent Humbert aboutissant à une décision de non-lieu, le 27 février 2006.

Il reste qu'au plan disciplinaire les médecins sont, quant à eux, soumis aux dispositions du code de déontologie, l'article R. 4127-38 du code de la santé publique ne comportant, à cet égard, aucune ambiguïté : « Le médecin doit accompagner le mourant jusqu'à ses derniers moments, assurer par des soins et mesures appropriés la qualité d'une vie qui prend fin, sauvegarder la dignité du malade et reconforter son entourage. – Il n'a pas le droit de provoquer délibérément la mort ».

Il a été jugé dans ce domaine, par la Cour européenne des droits de l'homme : que l'article 2 de la Convention européenne des droits de l'homme garantissant le droit à la vie ne saurait

être interprété comme conférant un droit diamétralement opposé tel que le droit à mourir ou le droit de choisir la mort plutôt que la vie, et que, pas plus que l'article 3, il ne confère le droit à un individu d'exiger que l'État permette ou facilite son décès ; que l'interdiction du suicide assisté constitue une ingérence dans la vie privée qui n'est pas disproportionnée dès lors que la protection du droit à la vie s'accompagne d'un régime d'appréciation par la justice prenant en compte tant l'intérêt public d'entamer des poursuites que les exigences justes et adéquates de la rétribution et de la dissuasion ; que l'absence de distinction juridique entre les personnes qui sont physiquement capables de se suicider sans aides et celles qui ne le sont pas possède une justification objective et raisonnable qui exclut toute violation des dispositions de l'article 14 de la Convention (CEDH 29 avr. 2002, *Pretty c/ Royaume-Uni*).

La loi n° 2005-370 du 22 avril 2005 dite « Léonetti » (JO 23 avr., rect. JO 20 mai ; D. 2005. 1214), modifiée par les dispositions de la loi n° 2016-87 du 2 février 2016, tant par les modifications que les dispositions qu'elles ont apportées au code de la santé publique, ont fourni d'importantes précisions sur la question du refus de soins par le patient et sur celle des soins en fin de vie, qui furent préférées à une législation sur l'euthanasie.

**Refus de soins par le patient.** - En dépit de la consécration par la loi n° 2002-303 du 4 mars 2002, dans les dispositions de l'article L. 1111-4 du code de la santé publique, d'un droit au refus de soins, les juridictions administratives ont décidé que, bien que le droit de refuser des soins constitue une liberté fondamentale pour le patient, les médecins ne portent pas une atteinte grave et manifestement illégale à cette liberté en accomplissant un acte médical malgré le refus clairement exprimé de celui-ci, dès lors qu'après avoir tout mis en œuvre pour le convaincre d'accepter les soins indispensables à sa survie et proportionnés à son état, ils mettent en œuvre ces soins dans le but de le sauver (CE, ord. réf., 16 août 2002, M<sup>me</sup> Valérie F. et M<sup>me</sup> Isabelle F.)

Les modifications apportées, par les lois précitées du 22 avril 2005 et du 2 février 2016, au deuxième alinéa de l'article L. 1111-4 du code de la santé publique ont tout à la fois permis de refuser ou de ne pas recevoir un traitement, au sens de « tout traitement », mais également ont supprimé la formule par laquelle le médecin, face à ce refus, devait convaincre la personne d'accepter les soins les plus indispensables. Cette substitution a été de nature à faire redouter une remise en cause la jurisprudence précitée dans la mesure où elle semble interdire les distinctions portant sur la question du caractère vital ou non de l'acte refusé. De fait, il n'en a rien été, car les jurisprudences rendues à l'égard des témoins de Jéhovah, par exemple, concernent le cas spécifique d'un refus exprimé en cas de péril imminent, auquel cas le principe de sauvegarder la vie, et l'obligation d'échapper au risque pénal, s'impose aux professionnels de santé. Hors de ce champ, le refus de soin, qui revêt le caractère d'une liberté fondamentale au sens de l'article L. 521-2 du code de justice administrative (TA Rennes, 18 juin 2012), s'impose. Tout au plus le médecin a-t-il l'obligation d'informer la personne des conséquences de ses choix et de leur gravité.

Si, par sa volonté de refuser ou d'interrompre tout traitement, la personne met sa vie en danger, il ne lui est demandé que de réitérer sa décision dans un délai raisonnable. Elle peut, également, faire appel à un autre membre du corps médical. Le médecin devra alors, selon les principes déontologiques énoncés dans le code, sauvegarder la dignité du mourant et assurer la qualité de sa fin de vie en dispensant les soins palliatifs mentionnés à l'article

L. 1110-10 du code de la santé publique (CSP, art. L. 1111-4, al. 3). Il y a, à l'évidence, dans ces dispositions le désir de protéger le patient contre une décision insuffisamment mûrie. On peut, cependant, craindre que leur mise en application réserve des difficultés, notamment en ce qui concerne la notion de « délai raisonnable ». Au regard du cadre posé, la loi distingue, la décision de limitation ou d'arrêt du traitement prise par le malade conscient, et la décision prise par le médecin lorsque le patient est hors d'état de manifester sa volonté.

**Malade conscient.** - L'hypothèse, visée ici tout d'abord, est celle d'un patient conscient et exprimant son souhait. La décision du malade (et sa réitération) est inscrite dans son dossier médical et, de manière redondante, il est encore précisé que le médecin doit sauvegarder la dignité du mourant et assurer la qualité de sa fin de vie en dispensant les soins palliatifs (V. CSP, art. L. 1110-10) nécessités par son état (CSP, art. L. 1111-10). Il est intéressant de noter que la loi du 2 février 2016 offre la possibilité à la personne en fin de vie de demander à être plongé dans un état d'inconscience jusqu'à son décès. En effet, l'article L. 1110-5-2 du code de la santé publique précise qu'à la demande du patient et pour éviter toute souffrance, une sédation profonde et continue provoquant une altération de la conscience pourra être maintenue jusqu'au décès. Elle sera associée à une analgésie et à l'arrêt de l'ensemble des traitements de maintien en vie, soit lorsque la personne présente une souffrance réfractaire aux traitements, soit lorsque la décision du patient atteint d'une affection grave et incurable d'arrêter un traitement engage son pronostic vital à court terme et est susceptible d'entraîner une souffrance insupportable. Cette sédation profonde et continue peut être mise en œuvre à son domicile.

**Malade hors d'état de manifester sa volonté.** - 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, d'une part, respecté la procédure collégiale définie par le code de déontologie médicale (V. CSP, art. R. 4127-37) et, d'autre part, après avoir consulté les directives anticipées, consulté la personne de confiance éventuellement désignée par le patient (V. CSP, art. L. 1111-6), la famille ou, à défaut, un de ses proches. La décision, motivée, est là encore inscrite dans le dossier médical, tandis, qu'ici encore, avec la même redondance, la loi dispose que le médecin doit sauvegarder la dignité du mourant et assurer la qualité de sa fin de vie en dispensant les soins palliatifs (V. CSP, art. L. 1110-10) nécessités par son état (CSP, art. L. 1111-13). De la même manière que pour la personne consciente, la personne hors d'état de manifester sa volonté pourra également se voir appliquer une sédation profonde et continue provoquant une altération de la conscience maintenue jusqu'au décès. Associée à une analgésie, cette mise sous sédation se fera dans le cadre de la procédure collégiale définie par le cadre réglementaire (CSP, art. L. 1110-5-2, al. 4, et art. R. 4127-37).

**Soins en fin de vie.** - Il est précisé qu'une personne en fin de vie ne doit pas subir des soins résultant d'une « obstination déraisonnable ». Or, ces dispositions sont à mettre en parallèle avec l'article L. 1111-4 du code de la santé publique qui précise que toute personne a le droit de refuser ou de ne pas recevoir « un traitement ». L'usage de ces mots a amené à s'interroger sur la nature de ces « soins » ou « traitements » pouvant être suspendus, arrêtés, voire non entrepris. La loi du 2 février 2016 est donc venue consacrer (CSP,

art. L. 1110-5-1, al. 2) les éléments dégagés par la jurisprudence « Lambert » du Conseil d'État selon laquelle l'alimentation et l'hydratation artificielles relèvent des actes que le législateur a entendu inclure au nombre des traitements susceptibles d'être limités ou arrêtés (CE 24 juin 2014). Une décision similaire a précisé qu'il en était de même pour la ventilation mécanique (CE, ord., 8 mars 2017).

**Obstination déraisonnable.** - Le premier alinéa de l'article L. 1110-5 du code de la santé publique dispose que les actes médicaux dont bénéficie le patient (V. art. L. 1110-5, al. 1<sup>er</sup>) ne doivent pas lui faire courir de risques disproportionnés par rapport au bénéfice escompté. Cette disposition établit un *ratio* de proportionnalité fondamental, applicable en toute hypothèse. Plus précisément, il résulte des dispositions de l'article L. 1110-5-1 du code de la santé publique que ces actes ne doivent pas être poursuivis par une obstination déraisonnable. La loi précise alors ce qu'elle entend par cette formule, préférée à celle d'« acharnement thérapeutique », à savoir lorsque les soins apparaissent inutiles, disproportionnés ou n'ayant d'autre effet que le maintien artificiel de la vie. Dès lors, ils peuvent être suspendus ou ne pas être entrepris. Il est ici encore précisé que, dans ce cas, le médecin doit sauvegarder la dignité du mourant et assurer la qualité de sa vie en dispensant les soins palliatifs nécessités par son état (V. CSP, art. L. 1110-10).

Les dispositions de l'article L. 1110-5 du code de la santé publique mettent de manière fondamentale en avant l'idée de tout mettre en œuvre pour le meilleur apaisement possible de la souffrance. Aussi, à cet égard, est-il indiqué à l'article L. 1110-5-3 du code de la santé publique que, si le médecin constate qu'il est face à une souffrance réfractaire du malade en phase avancée ou terminale, il met en place l'ensemble des traitements analgésiques et sédatifs pour y répondre, même s'ils peuvent avoir comme effet d'abréger la vie. Même si les termes de souffrance réfractaire peuvent laisser une certaine marge dans l'appréciation, on peut considérer qu'il s'agit là d'une prérogative pour le patient, l'abstention ayant été jugée comme fautive de la part du médecin (CAA Bordeaux, 13 juin 2006). Le médecin doit alors en informer le malade, la personne de confiance éventuellement désignée par le patient (V. CSP, art. L. 1111-6), la famille ou, à défaut, un des proches, la procédure étant inscrite dans le dossier médical.

**Personne de confiance.** - L'hypothèse du patient en fin de vie hors d'état de manifester sa volonté a renforcé le rôle déjà présent dans la loi précitée du 4 mars 2002 de la personne de confiance (V. CSP, art. L. 1111-6). Le recours à celle-ci permet au patient, même en l'absence d'entourage familial consensuel ou simplement présent, de garder une maîtrise au moins indirecte sur sa personne. La loi n° 2016-41 du 26 janvier 2016 a renforcé le rôle de la personne de confiance en spécifiant expressément que « son témoignage prévaut sur tout autre », y compris, faut-il comprendre, sur les proches ou les membres de la famille, à l'exclusion des directives anticipées. Ce lien fort entre personne de confiance et patient se fonde désormais sur un écrit cosigné (V. CSP, art. L. 1111-12).

**Directives anticipées.** - Toute personne majeure, pour le cas où elle serait un jour hors d'état d'exprimer sa volonté, peut rédiger des directives anticipées indiquant ses souhaits relatifs à sa fin de vie en ce qui concerne les conditions de la limitation ou de l'arrêt de traitement. Ces directives sont révocables à tout moment. Elles peuvent être rédigées conformément à un modèle dont le contenu est fixé par décret en Conseil d'État (Décr. n° 2016-1067 du

3 août 2016, art. 2) qui prévoit la situation de la personne selon qu'elle se sait ou non atteinte d'une affection grave au moment où elle les rédige. Si désormais il est prévu que les directives anticipées s'imposent au médecin pour toute décision d'investigation, d'intervention ou de traitement, la loi met à part la situation d'urgence vitale, où il sera alors procédé à une évaluation complète de la situation. De la même manière, la loi précise aussi que l'équipe médicale conservera un pouvoir d'appréciation de celles-ci, lorsque les directives anticipées apparaissent manifestement inappropriées ou non conformes à la situation médicale (CSP, art. L. 1111-11, al. 3, et art. R. 1111-17 à R. 1111-20). La décision de refus d'application des directives anticipées, jugées par le médecin manifestement inappropriées ou non conformes à la situation médicale du patient, est prise à l'issue d'une procédure collégiale et est inscrite au dossier médical de la personne. Elle est portée à la connaissance de la personne de confiance désignée par le patient ou, à défaut, de la famille ou des proches.