



UNIVERSITÉ DE MONTPELLIER
FACULTÉ DE DROIT ET DE SCIENCE POLITIQUE

Droit des personnes et des familles
LICENCE 1^{ère} ANNÉE – GROUPE C
Cours de Monsieur le **Professeur François VIALLA**
Plaquette de travaux dirigés

Equipe pédagogique :

M. Vincent GIRIN
M. Mickaël KRKAC
Mlle. Elise LAMARRE
M. Léo ROQUE
M. Thomas VIALLA

Année 2017-2018 - Semestre 2

Règlement intérieur des travaux dirigés

- 1.** La présence aux séances de travaux dirigés est obligatoire (seul un certificat médical pourra vous en dispenser).
- 2.** Aucun changement d'horaire n'est accepté, sauf sur présentation d'un contrat de travail dont les horaires sont incompatibles avec la séance initialement attribuée.
- 3.** Toutes les séances doivent faire l'objet d'une préparation manuscrite. Aucun document envoyé par mail ne sera corrigé.
- 4.** Une attitude sérieuse et respectueuse est exigée lors des séances de travaux dirigés.

Modalités de notation

La moyenne des travaux dirigés sera établie à l'aide de deux notes :

- Un QCM de 10 minutes au début des séances 2 à 9.
- Deux copies relevées aléatoirement dans le semestre (une entre la séance 2 et la séance 5 et une autre entre la séance 6 et la séance 9). Aucun Joker ne sera accordé. La non remise de la copie relevée impliquera la note de 0 sur cette copie.

Les coefficients sont les suivants :

- 10 QCM : coefficient 1
- 2 copies : coefficient 1

Cette note globale sur 20 pourra être augmentée ou diminuée jusqu'à 2 points/20 par votre chargé de travaux dirigés pour tenir compte de votre participation orale.

Séance n°1 : Personnalité juridique : naissance et mort

Exercice :

Faire les fiches d'arrêt des documents 2 et 4.

I°/ Naissance

Document 1 : TRIBUNAL DE GRANDE INSTANCE DE RENNES, 1^{ère} chambre civile, Jugement du 30 juin 1993, Orhan.c/ CECOS, Jugement n° 93001308

EXPOSE DU LITIGE

A) Après diverses démarches restées vaines pour être enceinte de son mari, Madame X. a fait réaliser le 28 avril 1992 une fécondation in vitro au CECOS de RENNES. Trois embryons ont été conservés au froid à toutes fins utiles. Devant l'échec de l'implantation du 28 avril 1992, les consorts X. ont sollicité à plusieurs reprises de nouvelles implantations, sans recevoir de réponse positive. Dès après le décès accidentel de son mari, en août 1992, Madame X. a repris les démarches auprès du CECOS, qui n'a à ce jour donné que des réponses d'attente.

[...]

Le CECOS a conclu au débouté pur et simple.

C) Par jugement avant dire droit du 17 mai 1993, le Tribunal a :

- 1) considéré que la demande de Madame X. entrainait dans le champ d'application de l'article 425 du Nouveau Code de Procédure civile, car elle tendait au moins secondairement à l'établissement de liens biologiques puis affectifs et juridiques entre une femme et des êtres vivants susceptibles de devenir ses enfants ; en conséquence la communication au Parquet a été ordonnée.
- 2) Estimé qu'en ne se référant ni au droit de propriété sur une chose vivante ni à la responsabilité délictuelle du CECOS en raison du préjudice moral que créerait son refus, les prétentions de Madame X. ne pouvaient aboutir que si la demanderesse pouvait invoquer soit un droit de nature conventionnelle, soit un rapport d'autorité personnelle sur les embryons.
- 3) En conséquence, réouvert les débats pour que les parties s'expriment sur la validité de la convention liant les époux X. au CECOS au regard de l'article 1128 du Code Civil, qui interdirait que les conventions portent sur le corps humain.
- 4) Proposé en outre aux parties d'examiner la réalité et la validité d'une volonté post-mortem de Monsieur X. de donner un enfant à sa veuve. Sur ces points, une jurisprudence naissante (Toulouse, 11 Mai 1993) méritait d'être soumise à la discussion des parties avant dire droit. Il fallait exposer en quoi l'article 900 du Code Civil, qui restreint significativement le droit de disposer (de ses biens, de sa personne et a fortiori de la personne d'autrui) après sa propre mort trouvait ici application.
- 5) Prié les parties d'aborder dans l'état du droit positif la possibilité d'un rapport d'autorité de Madame X. sur les embryons, faisceau de droits et de devoirs qui seraient prééminents sur la mission de service public de CECOS.

6) Attendu de la demanderesse qu'elle précise dans quelles conditions et limites un médecin peut se voir enjoindre un acte thérapeutique ou réputé tel.

D) A l'audience du 24 juin 1993, les débats ont repris, pour le jugement être rendu ce jour.

1/ Madame X. a demandé le bénéfice de son assignation. Elle a d'abord souligné qu'à la différence de certaines velléités stigmatisées par le juge toulousain, son projet n'avait jamais été de s'approprier un enfant mais de donner à un enfant vie et éducation. Elle a donc estimé poursuivre l'accomplissement du droit à la vie contre la résistance du CECOS, et contre les déviations dont témoigne l'actualité médicale, en France ou à l'étranger. Elle trouve trace de ce droit à la vie dès la première étincelle dans la loi du 17 Janvier 1975 (article 1^{er}), dans tout le code pénal et le code civil, dans les recommandations du comité national d'éthique qui qualifie l'embryon d'être humain potentiel, dans les écrits des anciens et de la doctrine la plus autorisée, dans les articles 6-1 du Pacte d'Helsinki et 6 de la Déclaration Universelle des Droits de l'Homme. S'agissant du droit positif, Madame X. a estimé que l'adage «*Infans conceptus...*» avait été appliqué tant aux avantages patrimoniaux qu'aux intérêts personnels tels que le droit d'avoir une filiation légitime, donc plus généralement celui de naître. A propos de son autorité parentale, Madame X. a estimé qu'elle la tenait de l'article 373-1 du Code Civil, et que la Convention conclue avec le CECOS n'avait ni pu en droit ni voulu en fait empêcher la continuation des prérogatives parentales en cas de décès. Enfin Madame X. a dénié au CECOS le droit de refuser de procéder à un acte thérapeutique tel la réimplantation d'embryon congelé.

2/ Le CECOS écarte en premier lieu l'application de l'adage «*infans conceptus*» qui ne s'applique que rétroactivement aux enfants nés viables, et que pour garantir l'intérêt de l'enfant, ici discutable notamment au regard de l'article 7 de la convention internationale des droits de l'enfant.

[...]

3/ Le Procureur de la République a conclu au débouté de Madame X.. Il a d'abord invité le Tribunal à délaisser le débat éthique, qui se limite aux expérimentations nouvelles, et à se prononcer en droit. Il a exposé que le droit à la vie, indéniable, ne conduisait pas à une application de l'adage «*infans conceptus*» au statut personnel comme le démontre la rédaction actuelle de l'article 315 du Code Civil. S'agissant du contrat conclu entre les époux X. et le CECOS, le Procureur de la République en a admis la licéité, puisque la technique de procréation n'est pas hétérologue et ne contrarie pas les processus biologiques naturels ; mais il en a restreint les effets, le consentement de M. X. n'ayant textuellement porté que sur la fécondation et non sur une gestation puis une naissance monoparentales.

A propos de l'autorité parentale, le Procureur de la République a estimé qu'elle ne s'exerçait que sur un être né viable, ainsi déclaré à l'état-civil.

DISCUSSION

1°) La question posée au Tribunal n'est pas de savoir si l'embryon, même congelé, est un être vivant, titulaire d'un droit à la vie et par suite déjà doté d'une personnalité. Cette question ne se poserait que si le CECOS envisageait de supprimer purement et simplement l'organisme conçu par les époux X. plutôt que de la conserver tel quel indéfiniment, ou de le réimplanter dans le sein d'une autre femme.

[...]

4°) Il résulte du tout, sans avoir à statuer sur la possibilité des mesures sollicitées par Madame X., que l'œuf fécondé congelé n'est pas sujet de droits par rapport à ses géniteurs, que le CECOS n'a pour limite dans ses prérogatives que de ne pas supprimer cet embryon, et

qu'en somme Madame X. est mal fondée à agir contre le CECOS.

DECISION

Le Tribunal,

Déboute Madame X. de ses demandes,

La condamne aux dépens.

Document 2 : Cass.,Crim., 2 décembre 2003, n° 03-82.344

Statuant sur le pourvoi formé par :

- LE PROCUREUR GENERAL PRES LA COUR D'APPEL DE VERSAILLES,

contre l'arrêt de ladite cour d'appel, 8ème chambre, en date du 30 janvier 2003, qui, pour homicide involontaire, a confirmé le jugement condamnant Noëlle X... à 1 an d'emprisonnement avec sursis, 5 000 francs d'amende, 18 mois de suspension du permis de conduire et qui a prononcé sur les intérêts civils ;

Vu les mémoires produits, en demande et en défense ;

Sur le moyen unique de cassation du procureur général pris de la violation de l'article 221-6 du Code pénal, violation de la loi ;

Attendu qu'il résulte de l'arrêt attaqué que, le 5 octobre 1998, Pascale Y..., enceinte de huit mois, a été grièvement blessée dans un accident de la circulation impliquant Noëlle X... ; qu'après une césarienne, elle a, le même jour à 16 heures 39, donné naissance à un garçon prénommé Yoan, qui est décédé à 17 heures 39 ;

Attendu que, pour déclarer Noëlle X... coupable d'homicide involontaire sur la personne de Yoan Y..., l'arrêt attaqué retient qu'elle a, par un défaut de maîtrise de son véhicule, causé la mort de l'enfant qui a vécu une heure après sa naissance et qui est décédé des suites des lésions vitales irréversibles subies au moment du choc ;

Attendu qu'en l'état de ces énonciations, la cour d'appel a justifié sa décision ;

D'où il suit que le moyen doit être écarté ;

Et attendu que l'arrêt est régulier en la forme ;

REJETTE le pourvoi ;

Document 3 : Inès Gallmeister, Etat et capacité des personnes, Répertoire de droit civil, Dalloz, juin 2016

§ 1 - Début de la personnalité juridique

38. Le début de la personnalité juridique est régi par un principe, qui doit être combiné avec des cas particuliers

A. - Principe : naissance et viabilité

39. *Naissance et viabilité.* - Deux conditions cumulatives doivent en principe être réunies pour bénéficier de la personnalité juridique : il faut naître vivant et viable. Ces deux

conditions sont issues de deux dispositions du code civil : l'article 318 (« Aucune action n'est reçue quant à la filiation d'un enfant qui n'est pas né viable ») et l'article 725, alinéa 1^{er} (« Pour succéder, il faut exister à l'instant de l'ouverture de la succession ou, ayant déjà été conçu, naître viable »). La naissance est donc le point de départ de la personnalité juridique. Le mort-né, c'est-à-dire celui qui était déjà mort dans le ventre de sa mère ou qui est mort pendant l'accouchement et n'a jamais vécu d'une vie propre, n'a pas la personnalité juridique et est censé ne l'avoir jamais eue. Dans un tel cas, l'officier d'état civil établit un acte d'enfant sans vie, conformément aux dispositions de l'article 79-1, alinéa 2, du code civil. Cependant, il ne suffit pas de naître vivant pour acquérir la personnalité juridique. Encore faut-il naître viable, c'est-à-dire avec tous les organes nécessaires et suffisamment constitués pour pouvoir vivre. La viabilité suppose donc une maturité et une conformation relevant de données biologiques et médicales et non pas juridiques. Ainsi, pour l'acquisition de la personnalité juridique, on ne tient pas compte d'une vie qui ne peut pas durer. Point de départ de la personnalité juridique, la naissance est constatée par un acte de l'état civil, l'acte de naissance.

B. - Cas particuliers

40. Parfois, la personnalité juridique est acquise dès la conception d'un enfant. Plus généralement, le statut juridique des embryons doit par ailleurs être précisé.

1° - Acquisition de la personnalité à partir de la conception

41. Adage « *Infans conceptus pro nato habetur* ». - Exceptionnellement, un enfant peut acquérir la personnalité juridique dès sa conception. Cette acquisition anticipée de la personnalité juridique au moment de la conception est admise dès qu'elle est dans l'intérêt de l'enfant. Autrement dit, dès lors qu'un enfant est né vivant et viable, sa naissance remonte à la date de sa conception s'il y trouve avantage, c'est-à-dire s'il acquiert de la sorte des droits, et non s'il doit en résulter pour lui des obligations. Cette solution est l'illustration d'un adage latin, *Infans conceptus pro nato habetur quoties de commodis ejus agitur*, signifiant que l'enfant simplement conçu est considéré comme né toutes les fois que cela peut lui apporter un avantage. L'enfant simplement conçu acquiert ainsi des droits alors même qu'il n'est pas encore né. Il est alors impératif de déterminer la date de la conception puisque cette date fixe le point de départ de l'acquisition de la personnalité juridique. En application de l'article 311 du code civil, la conception est présumée avoir eu lieu à un moment quelconque de la période qui s'étend du 300^e au 180^e jour, inclusivement, avant la date de la naissance.

42. Applications de l'adage. - Le code civil ne fait pas une application générale de l'adage *Infans conceptus*. Il le retient dans trois cas particuliers. En application de l'article 311, alinéa 2, la filiation de l'enfant peut être établie au moment de sa conception. Selon l'article 725, l'enfant simplement conçu peut hériter. Enfin, aux termes de l'article 906, l'enfant

simplement conçu peut bénéficier d'une donation ou d'un testament. Cependant, la Cour de cassation a appliqué l'adage dans un certain nombre de cas non prévus par le code civil. Elle a ainsi rendu une décision importante en matière d'assurance (Civ. 1^{re}, 10 déc. 1985, n° 84-14.328). Dans cette affaire, un homme avait trouvé la mort dans un accident d'avion alors qu'il était au service de son employeur. Celui-ci avait souscrit une assurance garantissant le risque décès. Cette garantie était majorée de 30 % par enfant à charge. La victime avait laissé sa femme et trois enfants. Or, deux mois et vingt-quatre jours après le décès, sa veuve donnait naissance à des jumeaux. La compagnie d'assurances refusa de considérer ces deux enfants comme enfants à charge et par conséquent de majorer l'indemnité en application du contrat. Les juges du fond s'étaient rangés à sa position. Ils sont sanctionnés par la Cour de cassation. Appliquant l'adage *Infans conceptus*, la Cour remarque qu'au moment du décès, les enfants étaient conçus et qu'ils sont nés vivants et viables. Elle décide par conséquent de les prendre en considération dans le calcul de l'indemnité d'assurance.

2° - Statut juridique des embryons

43. L'évolution des mœurs et les progrès scientifiques ont conduit à se demander si, plus largement, il ne fallait pas systématiquement faire remonter au moment de la conception l'apparition de la personnalité juridique. En d'autres termes, le jeu de l'adage *Infans conceptus* ne devrait-il pas être la règle de principe en matière d'acquisition de la personnalité juridique ? Poser cette question implique de s'interroger sur le statut des embryons humains.

44. *Nature juridique de l'embryon in utero.* - La loi ne détermine pas la nature juridique de l'embryon *in utero*. Dans son avis du 23 mars 1984, le Comité consultatif national d'éthique (CCNE) a dit qu'il constituait une « personne potentielle », ce qui est obscur : juridiquement, une personne potentielle n'est pas encore une personne. Par conséquent, tant que dure la grossesse, l'embryon tout d'abord, le fœtus ensuite, ne sont pas considérés par notre droit comme des êtres dotés de la personnalité juridique.

45. *Législation en matière d'interruption volontaire de grossesse.* - Deux arguments en particulier vont en ce sens. Le premier est relatif à la législation en matière d'interruption volontaire de grossesse (IVG). La loi initiale n° 75-17, en date du 17 janvier 1975, a été modifiée par une loi n° 2001-588 du 4 juillet 2001 afin d'allonger le délai pendant lequel une IVG peut être pratiquée. Ce délai est ainsi passé de dix à douze semaines. La loi, tout en rappelant que le respect de l'être humain doit être garanti dès le commencement de la vie, permet à la femme de mettre un terme à sa grossesse avant douze semaines. En outre, la loi n° 2014-873 du 4 août 2014 a modifié la rédaction de l'article L. 2212-1 du code de la santé publique en supprimant la notion de « détresse » qui figurait dans la loi initiale et justifiait jusque-là le recours à l'IVG. Elle la remplace par une expression neutre : l'IVG concerne

désormais la femme « qui ne veut pas poursuivre une grossesse ». Entre l'adoption définitive de cette loi et sa promulgation, des sénateurs, estimant que la suppression de la nécessité pour les femmes d'être dans une situation de détresse était contraire au principe du respect de tout être humain dès le commencement de sa vie, ont saisi le Conseil constitutionnel. Dans sa décision du 31 juillet 2014, le Conseil constitutionnel a déclaré le nouvel article conforme à la Constitution. Il a estimé que la modification opérée par l'article déferé ne libérait pas les conditions objectives d'accès à l'IVG et que sa portée, principalement symbolique et psychologique, ne méconnaissait aucune exigence constitutionnelle (Cons. const. 31 juill. 2014, n° 2014-700 DC, D. 2015. 755, obs. J.-C. Galloux et H. Gaumont-Prat ; Constitutions 2014. 462, chron. P. Bachschmidt).

46. Dernière réforme en date, le projet de loi santé, définitivement adopté le 17 décembre 2015 (L. n° 2016-41 du 26 janv. 2016 de modernisation de notre système de santé, JO 27 janv.), supprime le délai de réflexion de sept jours entre la première et la seconde visite médicale pour une IVG. Dans leur décision du 21 janvier 2016, les Sages ont jugé conforme à la Constitution l'article 82 de cette loi qui supprime le délai d'une semaine entre la demande de la femme d'interrompre sa grossesse et la confirmation écrite de cette demande (Cons. const. 21 janv. 2016, n° 2015-727, AJDA 2016. 126). Au-delà de douze semaines, l'IVG ne peut être autorisée que dans deux cas : le premier est relatif à l'existence d'un péril grave pour la femme lié à la poursuite de la grossesse ; le second cas concerne l'existence d'une forte probabilité que l'enfant à naître soit atteint d'une affection d'une particulière gravité reconnue comme incurable. D'un point de vue juridique, ces solutions légales signifient que l'embryon *in utero* n'est pas une personne, même s'il bénéficie d'une certaine protection au-delà de douze semaines de grossesse.

47. *Jurisprudence en matière d'atteinte non intentionnelle à la vie du fœtus.* - Le second argument est relatif à la jurisprudence en matière d'atteinte non intentionnelle à la vie du fœtus. Il s'agit ici de se demander si le responsable de la mort d'un enfant à naître peut être déclaré coupable d'homicide involontaire. La Cour de cassation a répondu négativement à cette question dans un arrêt d'assemblée plénière du 29 juin 2001 (Cass., ass. plén., 29 juin 2001, n° 99-85.973, D. 2001. 2917, et les obs., concl. J. Sainte-Rose ; D. 2001. 2907, chron. J. Pradel, note Y. Mayaud; RDSS 2001. 829, étude A. Terrasson de Fougères; RSC 2002. 97, obs. B. Bouloc ; RTD civ. 2001. 560, obs. J. Hauser : « Attendu que le principe de la légalité des délits et des peines, qui impose une interprétation stricte de la loi pénale, s'oppose à ce que l'incrimination prévue par l'article 221-6 du code pénal, réprimant l'homicide involontaire d'autrui, soit étendue au cas de l'enfant à naître dont le régime juridique relève de textes particuliers sur l'embryon ou le fœtus »). Depuis, elle a réitéré sa position à diverses reprises (V. Crim. 25 juin 2002, n° 00-81.359, D. 2002. 3099, note J. Pradel; D. 2002. 2475, chron. O. Sautel; D. 2003. 243, obs. S. Mirabail ; D. 2003. 660, obs. F. Planckeel; Just. et cass. 2005.

181, rapp. F. Rocheteau ; RSC 2003. 91, obs. B. Bouloc; RSC 2003. 95, obs. Y. Mayaud. - Crim. 4 mai 2004, n° 03-86.175, D. 2004. 3097, note J. Pradel ; D. 2004. 2754, obs. G. Roujou de Boubée; RSC 2004. 884, obs. Y. Mayaud). Certains juges du premier degré tentent de s'opposer à cette jurisprudence en rendant des décisions qui lui sont contraires. Ainsi, par exemple, le tribunal correctionnel de Tarbes a condamné, le 4 février 2014, un automobiliste pour homicide involontaire sur un fœtus, conformément aux réquisitions du parquet qui avait considéré que ledit fœtus était viable et qu'il n'était « mort que du fait de l'accident ». Cette décision, en contradiction avec la jurisprudence de la Cour de cassation, a été infirmée par la cour d'appel de Pau le 5 février 2015 (Pau, 5 févr. 2015, RG n° 14/00480, Dalloz actualité, 27 févr. 2015, obs. J. Gallois ; D. 2015. 378, obs. A. Mirkovic; RSC 2015. 83, obs. Y. Mayaud) : alors que le tribunal avait qualifié d'homicide involontaire l'atteinte accidentelle à la vie d'un enfant à naître, la cour d'appel reprend littéralement la solution de la Cour de cassation pour exclure une telle qualification. À défaut de la naissance d'un enfant vivant et viable, il n'y a donc pas de condamnation pour homicide. La mort d'un enfant à naître n'est pas sanctionnée par le droit pénal, faute d'existence d'un sujet de droit. En revanche, on admet l'homicide si une infraction est commise sur le fœtus et que l'enfant naît vivant et viable. La Cour de cassation en a ainsi décidé dans un arrêt du 2 décembre 2003 (Crim. 2 déc. 2003, n° 03-82.344, D. 2004. 449, note J. Pradel; AJ pénal 2004. 118, obs. A. Pitoun; RSC 2004. 348, obs. Y. Mayaud). En l'espèce, une femme, enceinte de huit mois, avait été grièvement blessée dans un accident de la circulation. Après une césarienne, elle avait, le même jour, donné naissance à un enfant qui devait décéder une heure après des suites des lésions vitales irréversibles subies au moment du choc. Le conducteur, responsable de l'accident, a été condamné pour homicide involontaire. En effet, l'enfant était né vivant et viable et avait vécu une heure après sa naissance. Il était donc un sujet de droit, ce qui a permis la condamnation du responsable de sa mort.

48. Nature juridique de l'embryon in vitro. - L'embryon *in vitro* n'est, logiquement, pas davantage considéré comme une personne. Transposant l'analyse qu'il avait retenue au sujet des embryons *in utero*, le CCNE, dans un avis du 15 décembre 1986, a affirmé que l'embryon fécondé *in vitro* est une personne potentielle. Cette analyse est aussi problématique qu'au sujet des embryons fécondés *in utero*. En effet, en termes de droit, une personne humaine existe ou n'existe pas. Les lois bioéthique (L. n° 94-654 du 29 juill. 1994, n° 2004-800 du 6 août 2004 et n° 2011-814 du 7 juill. 2011) tentent d'apporter des réponses satisfaisantes aux problèmes posés par les embryons *in vitro* en conciliant deux principes éthiques essentiels : le respect de la vie dès son commencement et la possibilité pour ceux qui souffrent d'infertilité de bénéficier des progrès médicaux accomplis en ce domaine. Elles n'ont pas conféré la personnalité juridique à l'embryon *in vitro*.

49. Lois bioéthique. - Pour l'essentiel, les lois décident que l'embryon peut être utilisé pour

une procréation médicalement assistée, selon les conditions prévues par la loi. Ainsi faut-il, notamment, que le père et la mère soient vivants et en âge de procréer. Il doit être implanté dans les huit jours, sauf si les parents décident par écrit qu'il sera conservé, c'est-à-dire congelé, pendant cinq ans. Après le décès du père, il ne peut être implanté, ce qui interdit la procréation *post mortem*. À titre exceptionnel, l'embryon peut être donné gratuitement et anonymement à un couple tiers. Le consentement doit alors être donné par écrit et une autorisation judiciaire est en outre requise pour que le couple bénéficiaire du don puisse accepter. Sauf s'il y a une demande parentale ou une demande d'accueil par un couple tiers, il peut être mis fin à la conservation des embryons ayant plus de cinq ans d'existence.

II°/ Mort

Document 4 : Cass., civ 1^{re}, 19 octobre 1999, N° 97-19.845

Attendu qu'à la suite d'un accident de la circulation, Stéphane X..., âgé de 36 ans, et son fils, Sébastien, âgé de 7 ans, ont été hospitalisés et placés en réanimation ; que le centre hospitalier a déclaré que Stéphane X... était décédé, de façon spontanée, d'un arrêt cardiaque, le 16 janvier 1992, à 7 heures 40, malgré l'assistance respiratoire qui lui était apportée ; que le décès de Sébastien a été constaté le même jour, à 10 heures, après que les divers examens pratiqués, dont un électroencéphalogramme, eurent conduit à l'arrêt de la ventilation assistée ; que, contestant l'ordre des décès, tel qu'il a été enregistré à l'état civil, les parents de Stéphane X..., les époux Maurice X..., ainsi que ses frères et soeur, MM. Antoine et Philippe X... et Mme Christine X..., (les consorts X...) ont réclamé sa succession et assigné la mère de Sébastien, Mme Y..., tant en son nom personnel qu'en sa qualité d'administratrice légale de son fils mineur, Valentin Y..., frère utérin de Sébastien ;

Sur le premier moyen :

Attendu que dans l'arrêt, sous titre : " composition de la Cour lors du délibéré ", sont indiqués les noms des magistrats, suivis de leurs qualités ; que la participation du greffier au délibéré ne saurait résulter de la seule mention à la suite de ce paragraphe de son nom précédé de sa qualité ; que le moyen ne peut être accueilli ;

Sur les deuxième et troisième moyens réunis, pris en leurs diverses branches :

Attendu que les consorts X... font grief à l'arrêt attaqué (Douai, 30 juin 1997) de les avoir déboutés de leur action en pétition d'hérédité, alors que, selon le deuxième moyen, la détermination, par le juge, de l'heure exacte de la mort du de cujus en vue de l'application des règles successorales, ne dépend pas de la mise en oeuvre d'un électroencéphalogramme et de l'interprétation de ses résultats exigés seulement par la procédure médico-administrative aboutissant au débranchement des appareils de réanimation ; qu'en retenant que, tant que l'électroencéphalogramme n'avait pas été pratiqué, Sébastien X... ne pouvait être considéré comme décédé, la cour d'appel s'est prononcée par des motifs inopérants et a privé son arrêt

de base légale au regard de la circulaire du 24 avril 1968 et des articles 718 et 720 du Code civil ; et alors, selon le troisième moyen, d'une part, que dans le cas d'un patient dont la respiration, entièrement artificielle, est entretenue par le seul usage de respirateurs, l'irréversibilité des lésions incompatibles avec la vie ne peut être établie que par la concordance de trois signes cliniques : l'abolition totale de tout réflexe, l'hypotonie complète et la mydriase ; qu'ainsi, la Cour n'a pu affirmer que l'ensemble des critères cliniques de la vie étaient abolis, sans constater, ni pour Stéphane, ni pour Sébastien X..., l'hypotonie complète et la mydriase ; qu'en statuant comme elle a fait, la cour d'appel a privé son arrêt de base légale au regard des dispositions réglementaires de la circulaire du 24 avril 1968 ; et alors, d'autre part, que la cour d'appel n'a pas répondu aux conclusions qui, se fondant sur les feuilles de suivi de Stéphane et de Sébastien, faisaient valoir que :

1o sur la motricité : il est impossible, faute d'indications, d'affirmer qu'avant 2 heures du matin celle de Sébastien était positive ; 2o sur l'anurie, si Stéphane était en anurie à 3 heures, Sébastien l'était dès 1 heure ; 3o sur la température corporelle :

celle de Stéphane était de 37° 9 à 6 heures quand celle de Sébastien était déjà tombée à 34° 3 à la même heure, de sorte que l'heure réelle du décès de Sébastien paraît antérieure à celle de son père ;

Mais attendu que, d'une part, conformément aux dispositions de l'article 21 du décret n° 78-501 du 31 mars 1978, pris pour l'application de la loi du 22 décembre 1976 relative aux prélèvements d'organes, alors en vigueur, les modalités selon lesquelles la mort doit être constatée par les médecins, reconnues valables par le ministre chargé de la Santé par la circulaire du 24 avril 1968, ne s'imposent qu'au cas où un prélèvement d'organe est envisagé ; qu'en l'espèce, il n'est pas allégué qu'il en ait été ainsi, de sorte que ces dispositions ne sont pas applicables en la cause ; que, d'autre part, si l'acte de décès n'établit, quant à l'heure du décès, qu'une simple présomption, il appartient à celui qui la conteste d'en établir l'inexactitude ; que c'est par une appréciation souveraine des circonstances des décès que la cour d'appel, qui n'était pas tenue de répondre aux simples arguments invoqués par la seconde branche du troisième moyen, a estimé que leur ordre était conforme à celui enregistré à l'état civil ; qu'elle a, par ces seuls motifs, légalement justifié sa décision ; que, dès lors, aucun des griefs ne peut être accueilli ;

PAR CES MOTIFS :

REJETTE le pourvoi.

Document 5 : Professeur François Vialla, « Poussières d'humanité », RDS n°28, LEH éditions

Loi 2008-1350 du 19 décembre 2008 relative à la législation funéraire, J.O. 20 décembre 2008, p. 19538

Genèse 3-19 : « *A la sueur de ton visage tu mangeras du pain jusqu'à ce que tu retournes au sol car c'est de lui que tu as été pris. Oui tu es poussière et à la poussière tu retourneras* »

Dans une scène mythique d'un film des frères Cohen (The Big Lebowski), le sort des cendres mortuaires est évoqué avec un humour teinté de cynisme. L'effet *du vent contraire* peut-être été à la source de l'inspiration récente du législateur français.

La question de la nature juridique des restes humains est depuis toujours objet de débats. La défense due au corps, telle que figurant dans le chapitre II du Livre Ier (Des personnes) de notre Code civil, défend-t-elle l'enveloppe charnelle de la personne de son vivant seulement, ou ce secours perdure-t-il dans la mort ?

Si beaucoup de juristes « *se doutaient que les restes mortels de l'individu étaient visés par les articles 16 et suivants du Code civil* » (X Labbé, *Souviens-toi que tu es poussière*, JCP 2009, éd G., actualités, 34), d'autres en revanche, niaient l'humanité des cendres se fondant, notamment, sur leur inutilité dans le champ de la génétique.

La loi de décembre 2009, principalement codifiée dans le Code général des collectivités, apporte d'utiles précisions sur la nature et le régime juridiques de ces poussières d'humanité. Ce sont cependant les dispositions inscrites dans le Code civil qui seront ici rapportées. Sont, en effet, créés ou modifiés deux articles du chapitre consacré à la protection du corps humain.

Le premier alinéa du nouvel article 16-1-1 (Créé par l'article 11 de la loi du 19 décembre 2008) précise donc que

« *Le respect dû au corps humain ne cesse pas avec la mort.* » Le second alinéa de l'article créé opère un référence formelle aux dépouilles et autres cendres en précisant quels droits les protègent : « *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.* ».

L'article 16-2 du Code civil est quant à lui modifié (loi du 19 décembre 2008, article 12). Le texte dispose désormais que « *Le juge peut prescrire toutes mesures propres à empêcher ou faire cesser une atteinte illicite au corps humain ou des agissements illicites portant sur des éléments ou des produits de celui-ci, y compris après la mort* ».

Sans que cela ne soit particulièrement surprenant, il convient donc de noter qu'aujourd'hui, la loi reconnaît que les droits au respect, à la dignité et la décence, dus au corps de la personne ne sont pas éteints pas la fin de la vie. Si la personnalité juridique est juridiquement bornée par un terme *a quo* et un terme *ad quem*, l'humanité, elle, a des frontières plus larges et moins objectives.

Document 6 : Mathieu Touzeil-divana, « Enfin, le cadavre ne serait plus une « chose » mais une « personne » en droit ? », *RDS n°79*, LEH éditions, pp 732-736

Cass. crim., 7 juin 2017 : n° 16-84120

À part un deuil évité ou une naissance, qu'est-ce qui rend les membres de la doctrine les plus heureux du monde ? Lorsque le droit semble évoluer alors que peu de personnes y croyaient et que vous faites partie de la doctrine ayant annoncé l'évolution en cours. C'est exactement ce qui s'est passé le 7 juin dernier – suite au prononcé de l'arrêt de la chambre criminelle (Cass. crim., 7 juin 2017, pourvoi n° 16-84120) ici brièvement commenté (et qui fera l'objet d'observations plus détaillées ultérieures) – pour Mme Bouteille-Brigant (maître de conférences de droit privé à l'université du Maine) et pour l'auteur de ces lignes. En effet, en 2014, nous avons soutenu au sein d'un traité que nous avons codirigé (cf. *Traité des nouveaux droits de la mort*, Lextenso-L'Épîtoge, 2014) avec notre amie (et de surcroît collègue), que le cadavre d'un être humain (qui fut juridiquement une « personne » en vie) ne devait pas – ou plutôt plus – être considéré à l'instar des choses – et même des biens – mais à l'image des vivants : comme une personne (Cf. « Du cadavre : autopsie d'un statut », in *Traité préc.* ; Tome II ; Chapitre VIII,

Section 05 ; § 888 et s.).

Bien sûr, quelques jours seulement après le prononcé de l'arrêt ici commenté, il ne s'agit pas d'affirmer que l'ensemble du droit a évolué et que l'ensemble de la doctrine en est convaincu. Cet arrêt de la chambre criminelle n'est qu'une pierre supplémentaire qui s'inscrit dans une démonstration plus longue et plus complexe, mais nous avons la faiblesse de croire qu'il s'agit d'une pierre angulaire à partir de laquelle, demain, le droit des personnes en France va enfin accueillir les « personnes décédées » en son sein. Ce n'est effectivement pas en un ou deux arrêts que tout va changer, même si, pour ce faire, la notion de dignité est un argument majeur (II). Mais contre elle se dressent des siècles de tradition juridique qu'incarne ici notamment la décision du 18 mai 2016 de la chambre de l'instruction de la cour d'appel de Pau (I).

I. La tradition juridique : le cadavre, chose dénuée de personnalité

Les faits de l'affaire étaient – du reste (sic) – relativement simples : le centre hospitalier universitaire de Bordeaux avait – pour des raisons médico-légales et sur ordres de l'autorité judiciaire (dans une affaire criminelle et suite à la découverte d'un corps non identifié à autopsier) – conservé un cadavre « ainsi que des scellés toxicologiques, anatomo-cytopathologiques et d'examen radiologique durant 448 jours » jusqu'à ce qu'enfin, il soit donné un permis d'inhumer (on notera que ce temps particulièrement long justifierait *a priori* et en application de CEDH, 30 octobre 2001, une condamnation potentielle). Les frais avancés par le centre pour la conservation du corps s'élevaient alors à plus de 22 400 euros. Or, le magistrat taxateur avait dans cette affaire symboliquement réduit le chiffre avancé par l'hôpital au titre des frais de

justice à la participation d'une cinquantaine d'euros et ce, en application de l'article R. 147 du Code de procédure pénale (CPP) à propos du tarif de la conservation des scellés. Le centre hospitalier s'opposant à cette réduction drastique des frais, un contentieux s'en était formé.

Cela dit, l'arrêt du 7 juin 2017 comporte plusieurs enjeux et questionnements juridiques que ne traduisent pas les présentes et nécessairement courtes observations centrées sur la question du statut juridique de la personne décédée. En effet, plusieurs autres questions ou discussions juridiques méritent *a minima* d'être citées : d'abord, entre en jeu la question de la valeur (le juge tranchera en en déclarant la caducité suite à l'adoption du nouveau schéma national de médecine légale) d'une convention du 18 février 1999 signée entre le ministère de la Justice et le centre hospitalier, et qui aurait permis à l'hôpital de ne pas subir la réduction des frais imposée. Par suite, il faut citer également l'inconventionnalité ici reconnue de l'article R. 147 CPP au regard non seulement de l'article 14 de la CESDHLF, mais également de l'article premier du protocole additionnel à cette convention. En effet, en instaurant une différence de traitement des indemnités accordées aux gardiens de scellés selon leur résidence parisienne (0,46 euro par jour) ou provinciale (0,30 euro par jour), une discrimination inconventionnelle se matérialise. Par ailleurs, était-ce vraiment au magistrat taxateur de fixer le prix litigieux alors que l'article R. 2223-94 CGCT désigne désormais le directeur de l'établissement de soins ? Enfin, relève la Cour de cassation, la chambre paloise de l'instruction ne s'était même pas interrogée sur la nature de la convention précitée : passée entre deux personnes morales de droit public, relevait-elle vraiment de la compétence judiciaire ? Pouvait-on y appliquer la théorie de l'imprévision qui aurait bouleversé l'équilibre contractuel ? La Cour de cassation a ainsi relevé plusieurs erreurs et même contradictions dans les motivations de la chambre occitane mais elle va – après les avoir exposées – les balayer en relevant un point – central – qui semblait ne pas avoir marqué les juges palois et qui va rendre inutiles les autres discussions : celui de l'inapplicabilité de l'article R. 147 CPP alors qu'il paraissait évident – sinon naturel – aux juges de Pau (B), comme à la doctrine et à la jurisprudence majoritaires (A), de l'appliquer.

A. Le cadavre, une « chose » consacrée par la doctrine et par les normes

A priori, pour des raisons pratiques évidentes et parce que le cadavre ne fait – par définition – plus état de volonté(s) une fois la mort déclarée (mais quelquefois même avant ainsi qu'en témoigne la douloureusement célèbre affaire *Lambert* [cf. Touzeil-Divina [M.], « *Ultima ne cat* ? Quatrième décision "Lambert" en six mois : non à l'acharnement ? », *JCP A.*, n° 26, 30 juin 2014, act. 539]), le cadavre humain est considéré comme une chose (et parfois même comme un bien) et ce, non seulement par la doctrine très majoritaire mais encore par la plupart des normes législatives et réglementaires. Le raisonnement de cette tradition juridique est simple : seul devrait être considéré comme personne l'être humain en vie. En conséquence, l'embryon

comme le cadavre ne pourraient appartenir qu'à la catégorie « fourre-tout » sinon accueillante des « choses » qui s'opposent – dans leur définition même – à la reconnaissance d'une personnalité. En ce sens, le Code pénal (art. 321-1 et 434-7 combinés) prévoit que le recel de cadavres est considéré comme celui de la dissimulation d'une chose. La doctrine quasi unanime, en droit privé, présente-t-elle également le cadavre hors de la catégorie des personnes (par ex. Teyssié [B.], *Droit civil – les personnes*, 2016, § 121 et s.) en insistant sur l'absence de potentialités de droits et d'obligations d'un cadavre qui ne pourrait conséquemment qu'être une chose.

Au Moyen Âge cela dit, parce que le droit – et surtout l'économie – avait besoin qu'une collectivité d'êtres ait la possibilité de posséder et de faire fructifier un patrimoine, on inventa la notion de personnalité morale. Cela fit du bruit. On crut et on invoqua la disparition du droit millénaire des Romains ayant consacré les personnes, les choses et les actions et finalement la terre continua de tourner. La tradition, lorsque les intérêts et la volonté politique sont présents, cède toujours.

B. Le cadavre, une chose parmi d'autres au regard de l'article R. 147 CPP

Il est conséquemment très logique que les juges palois aient considéré le cadavre litigieux au titre des choses et que le magistrat taxateur ait appliqué l'article R. 147 CPP pour statuer sur un « gardiennage de corps assimilable à la conservation des objets tels que prévus » à l'article précité. Après tout, le cadavre n'a plus les attributs essentiels de la personnalité juridique (ce qui est indéniable) et il ne peut plus en faire état en qualité de sujet de droit(s). Par ailleurs, singulièrement après 448 jours, les aspects extérieurs de la personnalité s'estompent davantage avec la putréfaction.

Et, à part quelques auteurs (comme le Toulousain Gabriel Timbal qui revendiquait une théorie de la « demi-personnalité » [*La condition juridique des morts*, Toulouse, Privat, 1903] ou plus récemment avec les interrogations portées par le – tout aussi Toulousain – professeur Xavier Bioy [au *Traité* précité mais aussi dès sa thèse portant sur le concept de personne humaine en droit public, Dalloz, 2003]), rares sont les auteurs, les normes ou les jurisprudences revendiquant un statut de personnalité cadavérique. Une autre thèse remarquable a précisément étudié la catégorisation des corps (Paris I, Mme Carayon, 2016) et mérite, pour ses conclusions fines et argumentées, une diffusion massive.

Par ailleurs, quelques arrêts (de la chambre criminelle déjà et comme Cass. crim., 3 février 2010, pourvoi n° 02.83.468, *Bull. crim.* n° 18) avaient bien montré l'embarras récent des juges à oser affirmer que le cadavre était assimilable à un objet en affirmant par exemple que « les prélèvements faits sur le corps humain à des fins médico-légales [...] ne peuvent faire l'objet d'un droit patrimonial aux termes de l'article 16-1 du Code civil » et « ne constituent pas des objets susceptibles de restitution au sens de l'article 41-4 du Code de

procédure pénale », mais il manquait une affirmation plus nette et désormais réalisée.

II. La novation juridique : le cadavre, personne qui implique la dignité

En effet, formellement tout d'abord, la Cour retient que les frais de justice visés par l'article R. 147 CPP « ne comprennent pas ceux de conservation d'un corps, dans une chambre mortuaire, sur réquisition d'une autorité judiciaire ». Par suite, elle ajoute qu'en « se déterminant ainsi, alors que le corps déposé en chambre mortuaire, s'il était sous main de justice, ne constituait pas pour autant un objet placé sous scellé et que les frais de conservation de corps relèvent des frais de justice criminelle, correctionnelle et de police prévus par l'article R. 92 CPP et doivent être fixés par le juge taxateur, la chambre de l'instruction » s'est fourvoyée. Consacrant en conséquence une cassation de l'arrêt du 18 mai 2016, la Cour va être encore plus explicite (à propos de la question qui nous intéresse ici) dans le corps de ses attendus : invoquant le respect de la dignité de la personne humaine même défunte (A) et conséquemment sa protection (B).

A. Le cadavre, une « personne décédée » digne à respecter

Le « respect dû au corps humain » et donc à l'intégrité corporelle « ne cesse pas avec la mort » comme en disposent l'article

R. 4127-2 (al. 2) du CSP ou encore l'article 16-1-1 du Code civil, notamment depuis sa rédaction issue de la loi funéraire^[L]_{SEP} n° 2008-1350 du 19 décembre 2008 : « Les restes des personnes décédées, y compris les cendres de celles dont le corps a donné lieu à crémation, doivent être traitées avec respect, dignité et décence ». C'est effectivement depuis plusieurs années la notion – certes sulfureuse – de dignité de la personne humaine qui semble s'imposer en la matière. Or, à qui est attribuée cette dignité ? À une chose ?

Ici, il n'est effectivement plus question de choses mais bien de personnes. En prenant acte, la Cour de cassation précise même ici « que le principe constitutionnel et conventionnel de dignité de la personne humaine s'applique au corps humain après la mort ; que selon l'article 16-1-1 du Code civil, le respect dû au corps humain ne cesse pas avec la mort » et « qu'en assimilant ainsi le corps humain d'une personne décédée à un objet, la chambre de l'instruction a méconnu les textes susvisés ». C'est, selon nous, une véritable révolution juridique qui se met enfin en marche. D'autres traces de cette reconnaissance d'une personnalité juridique cadavérique existent par ailleurs et notamment à l'article L. 225-17 du Code pénal qui punit – au titre des atteintes aux personnes – toute atteinte à « l'intégrité du cadavre ».

Récemment, la cour d'appel de Chambéry avait également osé affirmer que « le corps humain n'est pas une chose au sens des dispositions de l'article 1242 alinéa 1 *in fine* du Code civil » (2^e ch., 19 janvier 2017, n° 16/00560). Le changement de paradigme est ainsi bien amorcé.

B. Le cadavre, une « personne défunte » à protéger

Et même si la notion d'origine philosophique est effectivement discutable (par ex. lorsqu'elle est employée – malgré eux – à propos d'êtres vivants capables d'exprimer leur[s] volonté[s] comme dans le cadre de la jurisprudence dite *Dieudonné* [Cf. « “Valse (contentieuse) avec DIEUDONNE” : liberté ou ordre public ? », *Gaz. Pal.*, 22-23 janvier 2014, p. 5] ou celle dite « du lancer de nains » [CE, ass., 27 octobre 1995]), il nous semble qu'appliquée à des cadavres, elle est des plus logique car ceux-ci doivent faire l'objet d'une protection par la communauté des vivants.

C'est exactement le sens de la proposition de loi que nous avons émise en 2014 au sein du traité précité et nous espérons donc que bientôt, de manière encore plus explicite que dans l'arrêt ici observé, le droit permettra à chacun d'exprimer ce que le ressenti personnel reconnaît déjà : un cadavre est une personne.



UNIVERSITÉ DE MONTPELLIER
FACULTÉ DE DROIT ET DE SCIENCE POLITIQUE

DROITS DES PERSONNES ET DES FAMILLES
LICENCE 1^{ère} ANNÉE – GROUPE C
Cours de Monsieur le **Professeur François VIALLA**
Plaquette de travaux dirigés

Equipe pédagogique :

M. Vincent GIRIN
M. Mickaël KRKAC
Mlle. Elise LAMARRE
M. Léo ROQUE
M. Thomas VIALLA

Année 2017-2018 - Semestre 2

Séance n°2 - Le corps humain : personne ou chose ?

Exercices

Rédigez les deux exercices suivants :

1. Commentaire d'arrêt

Rédigez le commentaire de l'arrêt reproduit au **document 4**.

2. Cas pratique

1. Mme Fauchée souhaite vendre ses cheveux sur le site internet jevendsmescheveux.com. Elle vous consulte pour savoir si cela est conforme à la réglementation.

2. Le célèbre peintre Modigliani n'a pas peint que sur des toiles. Il a en effet produit le dessin du tatouage de Monsieur Œuvre, un de ses plus proches amis. Monsieur Œuvre rencontre le marchand d'art Monsieur Vendu, qui insiste alors pour vendre le tatouage. Hésitant quant à l'opération permettant de retirer le tatouage, mais fortement tenté par le montant proposé pour la vente, Monsieur Œuvre vous consulte pour se renseigner sur la légalité du retrait du tatouage et du contrat.

Documents à lire

Doc 1 : Articles du Code civil

Doc 2 : Articles du Code de la santé publique

Doc 3 : Décret n°95-904 du 4 août 1995 relatif aux produits du corps humain non soumis aux dispositions du titre Ier du livre VI du code de la santé publique

Doc 4 : Cass. civ. 1^{ère}, 23 février 1972, n°70-12.490, publié au bulletin

Doc 5 : Cass. civ. 1^{ère}, 16 septembre 2010, n°09-67.456, publié au bulletin

Doc 6 : Le corps humain est-il une chose appropriée ? – Thierry Revet – RTD civ. 2017 p.587

Document d'ouverture sur le statut particulier des animaux : Cass. Civ. 1^{ère}, 9 décembre 2015, n°14-25.910, publié au bulletin

Document 1 : Articles du Code civil

- Article 16-1

« Chacun a droit au respect de son corps.

Le corps humain est inviolable.

Le corps humain, ses éléments et ses produits ne peuvent faire l'objet d'un droit patrimonial. »

- Article 16-5

« Les conventions ayant pour effet de conférer une valeur patrimoniale au corps humain, à ses éléments ou à ses produits sont nulles. »

- Article 1128 ancien du Code civil

« Il n'y a que les choses qui sont dans le commerce qui puissent être l'objet des conventions. »

Document 2 : Articles du Code de la santé publique

Livre II : Don et utilisation des éléments et produits du corps humain Titre Ier : Principes généraux
Chapitre unique.

- Article L1211-1

« La cession et l'utilisation des éléments et produits du corps humain sont régies par les dispositions du chapitre II du titre Ier du livre Ier du code civil et par les dispositions du présent livre.

Les activités afférentes à ces éléments et produits, mentionnées au présent livre, y compris l'importation et l'exportation de ceux-ci, doivent poursuivre une fin médicale ou scientifique, ou être menées dans le cadre de procédures judiciaires conformément aux dispositions applicables à celles-ci. »

- Article L1211-8

« Ne sont soumis aux dispositions du présent livre ni les produits du corps humain pour lesquels il est d'usage de ne pas appliquer l'ensemble des principes qu'énoncent les articles L. 1211-1 à L. 1211-7, ni les éléments et produits du corps humain prélevés et utilisés à des fins thérapeutiques autologues dans le cadre d'une seule et même intervention médicale, sans être conservés ou préparés à aucun moment au sein d'un organisme ou d'un établissement autorisé en application de l'article L. 1243-2. »

- Article L1211-9

« Sont déterminées par décret en Conseil d'Etat :

1° Les conditions dans lesquelles les médecins assurent l'information prévue à l'article L. 1211-3 ;

2° Les modalités de la prise en charge prévue à l'article L. 1211-4 ;

3° Les règles de sécurité sanitaire prévues à l'article L. 1211-6 ;

4° Les conditions dans lesquelles sont mis en œuvre les dispositifs de vigilance mentionnés à l'article L. 1211-7-1 ;

5° La liste des produits du corps humain mentionnés à l'article L. 1211-8. »

Document 3 : Décret n°95-904 du 4 août 1995 relatif aux produits du corps humain non soumis aux dispositions du titre Ier du livre VI du code de la santé publique

« Le Premier ministre,

Sur le rapport du ministre de la santé publique et de l'assurance maladie,

Vu le code de la santé publique, notamment l'article L. 665-16;

Le Conseil d'Etat (section sociale) entendu,

Décède :

Art. 1er. - Ne sont pas soumis aux dispositions du titre Ier du livre VI du code de la santé publique les produits du corps humain désignés ci-après :

Les cheveux;

Les ongles;

Les poils;

Les dents.

Art. 2. - Le ministre de la santé publique et de l'assurance maladie est chargé de l'exécution du présent décret, qui sera publié au Journal officiel de la République française.

Fait à Paris, le 4 août 1995.

Par le Premier ministre:

ALAIN JUPPE

Le ministre de la santé publique et de l'assurance maladie,
ELISABETH HUBERT »

Document 4 : Cass. civ. 1^{ère}, 23 février 1972, n°70-12.490, publié au bulletin

Sur le premier moyen, pris en ses deux branches : attendu qu'il résulte des énonciations de l'arrêt confirmatif attaqué que homme dit X... a, en qualité de régisseur général, engagé la demoiselle Z..., âgée de dix-sept ans, pour tenir le rôle de la jeune fille tatouée dans une séquence du film Paris Secret produit par la société Ulysse productions ;

Qu'aux termes du contrat une tour Eiffel et une rose devaient être tatouées sur une des fesses de la demoiselle Z..., le tatouage devant être enlevé quinze jours plus tard par un chirurgien et devenir la propriété de la société Ulysse productions ;

Que le contrat fut exécuté mais qu'une importante cicatrice subsista après l'enlèvement du tatouage ;

Que la demoiselle Pérot devenue majeure a assigné l'assistant réalisateur, la société Ulysse productions et homme dit X... pour voir annuler le contrat et pour s'entendre condamner à des dommages-intérêts ;

Attendu qu'il est reproché à l'arrêt attaqué d'avoir condamné homme dit X... à verser des dommages-intérêts à la demoiselle Z..., alors, selon le moyen, que l'entrepreneur de spectacles répond du fait des personnes qu'il emploie et qu'en toute hypothèse un préposé n'engagerait pas sa responsabilité en exécutant les ordres de son commettant et qu'il aurait appartenu à la Cour d'appel de définir exactement le rôle et les fonctions du régisseur au lieu de les qualifier d'importantes, sans répondre aux conclusions ou il était indiqué que le régisseur n'avait pas la qualité de directeur de production, ce qui aurait exclu toute faute personnelle de sa part ;

Qu'il est encore soutenu que les juges du second degré ne pouvaient légalement décider que le régisseur avait commis des fautes personnelles en procédant dans des conditions immorales et illicites à l'engagement d'une actrice dont il connaissait l'état de minorité sans rechercher s'il n'avait pas agi sur l'ordre ou sous la contrainte du chef de production ou de tous autres, les fonctions de régisseur étant celles d'un agent d'exécution chargé de matérialiser par écrit les instructions à lui données sans possibilité de les discuter ou de s'y opposer, sous peine de voir rompre son contrat de travail à ses torts ;

Mais attendu, d'une part, que homme dit X... n'a pas prétendu devant la Cour d'appel qu'il était un simple agent d'exécution ayant agi sur ordre ou sous la contrainte ;

Qu'ainsi le moyen est nouveau et mélange de fait et de droit, en sa seconde branche ;

Que, d'autre part, la Cour d'appel, qui a répondu aux conclusions prétendument délaissées en énonçant que quel que soit son titre exact homme dit X... avait des fonctions importantes puisqu'il avait signé le contrat d'engagement de la demoiselle Z..., a pu estimer que celui-ci avait commis une faute personnelle en engageant une mineure **dans des conditions immorales et illicites** et qu'elle a ainsi légalement justifié sa décision sur ce point ;

D'où il suit que le moyen est mal fondé dans sa première branche et irrecevable en la seconde ;

Sur le second moyen, pris en ses deux branches :

Attendu qu'il est encore fait grief à la Cour d'appel d'avoir condamné solidairement homme dit X... et la société Ulysse productions au paiement des dommages-intérêts et dépens de première instance alors que les responsabilités personnelles du préposé et du commettant civilement responsable n'auraient pu entraîner légalement qu'une condamnation in solidum et de s'être contredite en confirmant un jugement condamnant solidairement un préposé et un commettant à des dommages-intérêts et aux dépens de première instance et en les condamnant in solidum aux dépens d'appel ;

Mais attendu qu'en condamnant solidairement au paiement des dommages-intérêts et des dépens de première instance la société Ulysse productions et son préposé homme dit X..., à la charge duquel ils ont relevé une faute, les juges d'appel, bien qu'ils aient employé d'une façon impropre le terme solidairement, ont nécessairement entendu prononcer l'obligation in solidum qui pèse sur les responsables d'un même dommage ;

Qu'ainsi le moyen n'est pas fondé dans sa première branche ;

Qu'en outre, il suit des motifs qui précèdent que la Cour d'appel n'a pas encouru le grief de contradiction contenu dans la seconde branche du moyen ;

Par ces motifs : rejette le pourvoi formé contre l'arrêt rendu, le 16 mars 1970, par la Cour d'appel de Paris.

Document 5 : Cass. civ. 1^{ère}, 16 septembre 2010, n°09-67.456, publié au bulletin

Demandeur(s) : La société Encore Events

Défendeur(s) : L'association Ensemble contre la peine de mort ; et autres

Attendu que la société Encore Events (la société) avait organisé, dans un local parisien et à partir du 12 février 2009, une exposition de cadavres humains "plastinés", ouverts ou disséqués, installés, pour certains, dans des attitudes évoquant la pratique de différents sports, et montrant ainsi le fonctionnement des muscles selon l'effort physique fourni ; que les associations "Ensemble contre la peine de mort" et "Solidarité Chine", alléguant un trouble manifestement illicite au regard des articles 16 et suivants du code civil, L. 1232-1 du code de la santé publique et 225-17 du code pénal, et soupçonnant par ailleurs au même titre un trafic de cadavres de ressortissants chinois prisonniers ou condamnés à mort, ont demandé en référé la cessation de l'exposition, ainsi que la constitution de la société en séquestre des corps et pièces anatomiques présentés, et la production par elle de divers documents lui permettant de justifier tant leur introduction sur le territoire français que leur cession par la fondation ou la société commerciale dont elle prétendait les tenir ;

Sur le premier moyen du pourvoi principal de la société, tel qu'exposé au mémoire en demande et reproduit en annexe :

Attendu qu'il n'y a pas lieu de se prononcer sur ce moyen, qui ne serait pas de nature à permettre l'admission du pourvoi ;

Et sur le second moyen du même pourvoi :

Attendu que la société fait grief à l'arrêt attaqué (Paris, 30 avril 2009) d'avoir dit y avoir lieu à référé et de lui avoir fait interdiction de poursuivre l'exposition des corps et pièces anatomiques litigieuse, alors, selon le moyen :

1°/ que la formation des référés n'est compétente pour prescrire les mesures conservatoires ou de remise en état qui s'imposent pour faire cesser un trouble que si celui ci est manifestement illicite, c'est à dire d'une totale évidence, consistant en un non respect caractérisé de la règle de droit ; que sa compétence doit, dès lors, être exclue en cas de doute sérieux sur le caractère illicite du trouble invoqué ; qu'en l'espèce, la cour d'appel, qui, d'une part, a procédé à un véritable débat de fond sur le sens qu'il convenait de donner à l'article 16-1-1 du code civil et sur son éventuelle applicabilité au cas d'espèce et qui, d'autre part, a rappelé les termes des fortes divergences qui opposaient les parties sur l'origine licite ou non des corps litigieux, n'a pas tiré les conclusions qui s'évinçaient de ses propres constatations en estimant qu'elle était en présence, non d'un doute sérieux sur le caractère illicite du prétendu trouble invoqué, mais d'une violation manifeste de ce même article 16-1-1, justifiant qu'il y ait lieu à référé, et a violé, de ce fait, l'article 809 du code de procédure civile ;

2°/ que le respect dû au corps humain ne cesse pas avec la mort et les restes des personnes décédées, y compris les cendres de celles dont le corps a donné lieu à crémation, doivent être traités avec respect, dignité et décence ; qu'en l'espèce, pour déterminer si les corps exposés avaient été traités avec respect, dignité et décence, la cour d'appel a recherché s'ils avaient une origine licite et, plus particulièrement, si les personnes intéressées avaient donné leur consentement de leur vivant à l'utilisation de leurs cadavres ; qu'en se fondant sur ces motifs inopérants, tout en refusant, comme il lui était demandé, d'examiner les conditions dans lesquelles les corps étaient présentés au public, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard de l'article 16-1-1 du code civil ;

3°/ que, par ailleurs, la cour d'appel, a expressément relevé que « le respect du corps n'interdisait pas le regard de la société sur la mort et sur les rites religieux ou non qui l'entourent dans les différentes cultures,

ce qui permettait de donner à voir aux visiteurs d'un musée des momies extraites de leur sépulture, voire d'exposer des reliques, sans entraîner d'indignation ni de trouble à l'ordre public » ; que la juridiction d'appel a privé sa décision de base légale au regard de l'article 16-1-1 du code civil en ne recherchant pas, comme sa propre motivation aurait dû l'y conduire, si, précisément, l'exposition litigieuse n'avait pas pour objet d'élargir le champ de la connaissance, notamment grâce aux techniques modernes, en la rendant accessible au grand public de plus en plus curieux et soucieux d'accroître son niveau de connaissances, aucune différence objective ne pouvant être faite entre l'exposition de la momie d'un homme qui, en considération de l'essence même du rite de la momification, n'a jamais donné son consentement à l'utilisation de son cadavre et celle, comme en l'espèce, d'un corps donné à voir au public à des fins artistiques, scientifiques et éducatives ;

4°/ qu'enfin celui qui réclame l'exécution d'une obligation doit la prouver ; qu'en l'espèce, en ayant affirmé qu'il appartenait à la société Encore Events, défenderesse à l'instance en référé, de rapporter la preuve de l'origine licite et non frauduleuse des corps litigieux et de l'existence de consentements autorisés, la cour d'appel a inversé la charge de la preuve et a violé, de ce fait, l'article 1315 du code civil ;

Mais attendu qu'aux termes de l'article 16-1-1, alinéa 2, du code civil, les restes des personnes décédées doivent être traités avec respect, dignité et décence ; que l'exposition de cadavres à des fins commerciales méconnaît cette exigence ;

Qu'ayant constaté, par motifs adoptés non critiqués, que l'exposition litigieuse poursuivait de telles fins, les juges du second degré n'ont fait qu'user des pouvoirs qu'ils tiennent de l'article 16-2 du code civil en interdisant la poursuite de celle ci ; que le moyen n'est pas fondé ;

Et sur le moyen unique du pourvoi incident, tel qu'il figure au mémoire en défense et est reproduit en annexe :

Attendu qu'en ses trois branches le moyen ne tend qu'à contester l'appréciation souveraine portée par la cour d'appel sur l'opportunité d'ordonner les mesures sollicitées ; qu'il ne peut donc être accueilli ;

PAR CES MOTIFS :

REJETTE les pourvois principal et incident

Président : M. Charruault

Rapporteur : M. Gridel, conseiller

Avocat général : M. Pagès

Avocat(s) : Me Spinosi ; SCP Piwnica et Molinié

Document 6 : Le corps humain est-il une chose appropriée ? – Thierry Revet – RTD civ. 2017 p.587

Le corps humain est-il une chose appropriée ? (1)

Thierry Revet, Professeur à l'Université Panthéon-Sorbonne

1. Le corps humain est un ensemble de cellules, organes, liquides, os, ligaments et autres chairs. Il est une entité corporelle.

À un certain stade de développement et d'autonomie, le corps humain vivant déclenche l'établissement, dans l'ordre du droit, d'une personne juridique, dont il est ensuite le signal concret. La personne juridique est un pôle d'imputation de droits et de dettes. La fonction de signal concret d'un sujet de droit, qui est celle du corps, est permise par l'autonomie dont chaque être humain est naturellement doté ; elle est organisée à partir des éléments d'identification et de singularisation sociale que sont le nom, le prénom, le sexe, l'âge, la filiation, la situation conjugale, le domicile, voire la profession de la personne physique concrète à laquelle correspond tel sujet de droit déterminé, informations tirées des caractéristiques corporelles et de l'histoire personnelle et sociale de chacun. **La personne juridique n'a d'existence que juridique ; elle n'est pas la transposition d'une entité préexistante ; le sujet de droit n'existe pas à l'état de nature.**

2. Longtemps, le corps humain n'a été envisagé en droit qu'en considération d'une problématique liée à la personne juridique dont elle est le signal concret : le physique de la personne n'intéressait le droit que s'agissant de savoir s'il pouvait déjà constituer un tel signal, ou s'il le constituait encore à un stade avancé de déliquescence : à partir de quel moment le fœtus et l'embryon accèdent-ils à la personnalité juridique ? L'enfant né vivant mais pas viable déclenche-t-il une personnalité juridique ? La personne physique en état de coma avancé signale-t-elle toujours un sujet de droit ?

Le corps humain ne s'est mis à solliciter le droit pour lui-même et pour ce qu'il est, et non pas en tant que signal d'une personne juridique, que lorsque les progrès, d'une part de la médecine, d'autre part des techniques de reproduction et de diffusion de l'image et de la voix, ont conduit à l'apparition d'une activité ayant pour objet tout ou partie de ce corps, indépendamment d'une problématique d'identification d'un sujet de droit. À compter de ce moment s'est posée la question de la nature des pouvoirs que chacun exerce à l'égard de lui-même.

Cette façon de formuler la question suggère sa réponse : s'il s'agit de pouvoirs « de soi sur soi », l'apparente absence d'altérité semble compromettre la mobilisation des instruments dédiés à l'établissement des relations entre les sujets et les objets de droit.

Mais y a-t-il vraiment absence d'altérité dans l'occurrence considérée ?

3. On a rappelé cette évidence, le corps, en tout comme en partie, est une réalité matérielle, une entité qui évoque les res quae tangi possunt - ces choses que l'on peut toucher, disaient les Romains. Telle est l'assiette, tel est l'objet des actes qui n'ont cessé de se développer depuis cent cinquante ans relativement au corps, à ses composants, produits, émanations et autres dimensions.

On a également rappelé cette autre évidence que le sujet de droit est une construction purement juridique. Certes, si le droit accueille en son sein le corps humain, c'est, également, comme figure abstraite puisqu'il n'est que ce type d'éléments dans l'ordre du droit. Toutefois, la différence entre la personne juridique et le corps humain tient à ce qu'avant d'être juridique, le corps humain est une réalité matérielle, qui préexiste, dans cette consistance, à sa transcription en une forme abstraite à l'oeuvre en droit, alors que rien de tel ne s'observe pour la personne juridique. En conséquence, quand le droit reçoit en son sein le corps humain, sous la forme d'une instance juridique propre, c'est en inscrivant dans le descriptif de cette figure de transposition la nature matérielle qui est la sienne dans la réalité physique à laquelle réfère la catégorie qui la prolonge dans l'ordre du droit. Le même phénomène s'observe pour toutes les instances que le droit reçoit à partir d'une sublimation du réel matériel : par exemple, l'immeuble, en tant que catégorie juridique, est une pure abstraction mais cette pure abstraction se décrit, juridiquement, comme « un fonds de terre », pour reprendre les mots de l'article 518 du code civil. Nul ne prétend que le fonds de terre ressortit directement et en tant que tel au droit mais, pour autant, sa nature idéale, qui est celle de toutes les instances juridiques, n'oblitére pas la consistance corporelle qu'il a dans le monde tangible.

Il existe donc, en droit, une différence de nature entre la personne juridique et le corps humain. La personne juridique est un pôle de rattachement de droits et de dettes. Le corps humain est une instance matérielle qui, d'une part, constitue le déclencheur et le signal d'une personne juridique, d'autre part, développe une activité propre sous l'angle des objets de conventions et des lieux de préjudices.

C'est sur la base de ces précisions élémentaires qu'il convient, à mon sens, d'analyser la nature des pouvoirs dont chaque personne physique est investie à l'égard d'elle-même, autrement dit, des pouvoirs dont chaque sujet de droit est doté à l'égard du corps humain qui constitue le signal de sa personnalité juridique.

4. Le premier réflexe des juristes saisis, au XIX^e siècle, de litiges ayant trait à l'engagement dans un acte juridique du corps ou de l'un de ses composants, a été de référer au corpus dédié à l'organisation des relations entre les personnes et les choses, à savoir les articles 544 et suivants du code civil, relatifs au droit de propriété. Toutefois, rapidement, la doctrine est allée emprunter une nouvelle catégorie juridique à des auteurs d'outre-Rhin, celle des « droits de la personnalité », qu'elle a érigée en cadre prétendu sui generis de la maîtrise, par chaque personne, de son corps et de ses éléments. Le droit de la personnalité s'est en effet construit en démarcation revendiquée du droit de propriété : il est extrapatrimonial alors que le droit de propriété constituerait le type même des droits patrimoniaux ; le droit de la personnalité serait exclusivement défensif, alors que le droit de propriété serait offensif en ce qu'il permettait d'abord d'agir, la défense de la chose ne constituant qu'une conséquence de cette prérogative première ; le droit de la personnalité est inaliénable et viager, donc intransmissible, tout au rebours du droit de propriété, par principe aliénable et par principe transmissible.

Les raisons de ce recours à une prérogative forgée de toutes pièces ressortissent à la philosophie morale et à une certaine technique juridique. **Quand il s'est agi de consacrer le pouvoir de chaque personne physique sur le corps qui en constitue le signal concret, il a été rapidement estimé que l'admission que ce droit n'est autre qu'un droit de propriété réalisait un traitement de la personne incompatible avec la qualité de sujet de droit qui est celle de la personne juridique.** On a bientôt identifié là, et pour longtemps, une contradiction insurmontable, tenant à ce que la personne physique considérée dans sa globalité, ne saurait être à la fois, sous un aspect sujet et sous un autre aspect objet. Le droit de la personnalité a été modelé pour contourner cette contradiction : il consacre et assure la maîtrise de son corps par chaque sujet de droit personne physique, en des termes compatibles avec la subjectivité que la proximité entre personne juridique et corps humain est censée imprimer à ce dernier puisque le droit de la personnalité est un droit sui generis... Ainsi, le droit de la personnalité permettrait d'avoir raison de la quadrature du cercle qu'est la maîtrise de soi-même par soi-même - l'auto-maîtrise, la maîtrise sans altérité. Il serait la potestas s'exerçant sur ce qui ne serait pas vraiment une chose, du fait de son intrication dans le sujet. Miraculeux et merveilleux droit de la personnalité... !

5. **Cette construction se heurte, toutefois, au fait que le corps est et n'est qu'une chose.** Sa fonction de signal concret d'une personne juridique ne lui confère aucune nature ni aucune dimension subjective : le corps n'est pas une « personne juridique par destination », non seulement parce qu'il est d'une toute autre nature que le sujet de droit, mais encore parce qu'il n'est aucunement en situation de remplir, fût-ce un tant soit peu, le rôle qui est celui de la personne juridique, à savoir un pôle d'imputation de droits et de dettes ; le corps n'est ni titulaire de droits ni destinataire de dettes, il est totalement inapte à une telle fonction. **Aux temps primitifs des obligations, le débiteur garantissait l'exécution de sa promesse en offrant son corps en gage à son créancier, lequel pouvait, en cas d'inexécution de la promesse, utiliser ou vendre son débiteur comme esclave ; c'est dire que ce n'était pas le corps humain qui était le débiteur,** même si par ellipse, ce mécanisme de garantie a donné le substantif « engagement » - offrir son corps en gage, autrement dit : s'obliger. Dès l'origine, l'altérité entre le débiteur et son corps s'est imposée comme une évidence. Elle est du même ordre que celle qui a pris le relais de la règle primitive de garantie des dettes, la solution ultérieure consistant dans l'engagement, non plus du corps du débiteur, mais de ses biens - « Qui s'oblige, oblige le sien ».

Cette altérité est au cœur de la relation entre le sujet et le corps qui déclenche et signale la personnalité juridique. Elle explique que le corps ne soit pas une personne par destination et que, s'agissant des situations juridiques dans lesquelles une activité relative au corps se développe en dehors de toute fonction de signalement de la personne juridique (concessions de jouissance, actes translatifs, atteintes, altérations, modifications, amputations, etc.), le régime de cette activité ne puisse être, et ne soit effectivement, fondamentalement, que le régime des choses et des biens.

6. **Le contenu du régime du droit de la personnalité confirme, au demeurant, que ce droit n'est qu'une déclinaison particulière du droit de propriété. Le droit de la personnalité, a-t-on dit, est**

essentiellement défensif, or il en va de même du droit de propriété : la propriété, c'est le jus excluendi alios, le pouvoir d'exclure quiconque de l'accès à une chose. De cette prérogative résultent les facultés de jouissance et de disposition qui permettent au propriétaire, d'une part, d'accéder par principe à toutes les utilités de son bien, d'autre part, d'engager son bien par principe dans n'importe quel acte juridique.

L'article 16-1, alinéa 2, du code civil proclame : « Le corps humain est inviolable ». Cela équivaut entièrement, peut-on estimer, à énoncer que le corps est l'objet d'un jus excluendi alios, donc à investir chaque personne physique du pouvoir d'empêcher quiconque d'accéder, contre sa volonté, à son corps, ses éléments et ses produits, mais en des termes qui se démarquent, formellement, du vocabulaire usuel du droit de propriété...

Comme le droit de propriété, le droit de la personnalité permet à son titulaire, non seulement de jouir des utilités de son corps, mais encore de l'engager dans un acte juridique. Certes, des restrictions ont été posées, tant dans l'ordre de la jouissance que dans celui de la disposition. Les expressions les plus abouties de ces restrictions siègent, pour l'heure, dans l'affirmation légale, par l'article 16-1, alinéa 3, du code civil que « le corps humain, ses éléments et ses produits ne peuvent faire l'objet d'un droit patrimonial », et dans la proclamation, par l'article 16-5 du code civil, de la nullité des « conventions ayant pour effet de conférer une valeur patrimoniale au corps humain, à ses éléments ou à ses produits ». Mais la patrimonialité n'est synonyme ni d'appropriation ni de commercialité juridique.

7. La patrimonialité désigne l'appartenance d'un bien à un patrimoine, laquelle appartenance suppose que ce bien soit aliénable afin que, grâce à ce caractère, il puisse contribuer à remplir la fonction du patrimoine, qui est de constituer le gage commun de tous les créanciers (C. civ., art. 2284 et 2285) : en cas d'inexécution d'une créance, les créanciers peuvent obtenir compensation monétaire du préjudice que leur cause cette inexécution, en saisissant puis faisant vendre ou se faisant attribuer la propriété d'un ou plusieurs biens de leur débiteur ; c'est pourquoi seuls les biens aliénables du débiteur sont patrimoniaux. Il est donc erroné de soutenir, comme il est pourtant fait largement, que tous les biens sont patrimoniaux. Seuls sont patrimoniaux les biens saisissables. Et l'insaisissabilité n'empêche pas l'appropriation : nombreux sont d'ailleurs les biens insaisissables, qui ne sont pas moins de véritables biens. Les articles 16-1, alinéa 3 et 16-5 du code civil signifient donc, seulement, que le corps, ses composants et ses produits sont inaliénables à titre onéreux : ils n'intègrent pas le patrimoine de celui auquel ils appartiennent et ne sont donc pas saisissables par ses créanciers.

La raison en est à la fois technique et morale. Le corps humain ne saurait être aliéné dans sa globalité car la personnalité juridique est indisponible, or un transfert de la propriété du corps emporterait extinction de la personnalité juridique, ce qui est interdit. Ainsi, dans notre système juridique, le suicide physique n'est pas prohibé, en revanche, le suicide (seulement) juridique l'est. Par ailleurs, la morale sociale considère qu'offrir par principe la possibilité de transférer, à titre onéreux, les éléments et produits du corps humain serait incompatible avec l'idée que la société se fait la condition humaine : cette idée répugne à la mercantilisation la plus glauque du corps, qui a lieu avec la vente des organes et autres productions corporelles.

8. Pas plus, l'extrapatrimonialité du corps, de ses éléments et de ses produits, proclamée par les articles 16-1, alinéa 3 et 16-5 du code civil n'est-elle synonyme d'extracommercialité juridique. Ainsi, dans le même temps qu'elle affirme l'extrapatrimonialité du corps, de ses composants et de ses produits, **la loi organise la cession à titre gratuit** et la concession des mêmes entités : aux termes l'article L. 1211-1, alinéa 1, du code de la santé publique, « La cession et l'utilisation des éléments et produits du corps humain sont régies par les dispositions du chapitre II du titre Ier du livre Ier du code civil et par les dispositions du présent livre ». Si l'extrapatrimonialité était synonyme d'extracommercialité, que signifierait l'existence d'un texte comme celui qui vient d'être évoqué ?

Comme tous les biens, le corps humain, ses composants et ses produits, sont dans le commerce juridique : ils sont appropriés. Or, comme l'énonce l'article 537 du code civil, la commercialité est l'une des conséquences de l'appropriation. **La nullité des conventions ayant pour effet de conférer une valeur patrimoniale au corps, à ses composants et ses produits, ne constitue donc qu'une limite à cette commercialité. Et elle n'est même pas absolue puisqu'un décret autorise l'aliénation à titre onéreux de certains produits du corps humain tels les cheveux, les ongles, les dents, la sueur, et autres émanations (2)...**

L'engagement à titre onéreux du corps humain, autre que translatif de propriété, constitue, par ailleurs, une réalité positive incontestable. Est ainsi pleinement valable, et ô combien répandu, le contrat de travail, lequel n'est autre que le louage de la force de travail, autrement dit, la mise à disposition à titre onéreux de tout ce qui permet à la personne humaine de fournir cette activité utile et socialement reconnue que l'on dénomme « travail ». C'est pourquoi il a fallu que le code civil, par son article 16-7, interdise expressément « toute convention portant sur la procréation ou la gestation pour le compte d'autrui », opérations qui peuvent s'analyser comme la mise à disposition temporaire des facultés gestationnelles d'une femme, autrement dit comme une forme de contrat de travail.

Les conventions autorisant et organisant les expérimentations biomédicales sur la personne, qui, sous maintes conditions, sont légalement admises, ne sont guère éloignées des actes qui viennent d'être évoqués, d'autant que l'expérimentation peut donner lieu à rémunération.

Dans un ordre voisin, nul n'a jamais réellement contesté ni discuté la validité des conventions portant concession à titre onéreux de l'usage de la voix ou de l'image d'une personne, lesquelles ne sont, pourtant, que des dimensions ou des émanations corporelles.

À quoi il faut ajouter les multiples actes d'aliénation à titre gratuit de composants ou produits du corps, autorisés autant qu'organisés - sinon encouragés - par la loi. Certes, leur mise en place n'est pas tributaire du seul consentement de l'aliénateur et de l'acquéreur, mais suppose, en outre, le respect de maintes conditions particulières. Mais ces données signifient-elles que lorsque le maître de composants ou de produits corporels décide d'en faire donation ou testament on n'est pas en présence d'un acte translatif de propriété ?

9. Le caractère viager, et en conséquence, intransmissible, du droit de la personnalité ne compromet pas plus sa nature de droit de propriété. Ces caractères ne sont que la conséquence de l'extinction du droit de la personnalité lors du décès, extinction consécutive à la disparition de la chose qui constitue l'assiette de ce droit. Aucune dérogation n'est donc apportée, à cet égard non plus, au régime ordinaire de la propriété, laquelle, en effet, dure et ne dure qu'autant que dure la chose qu'elle a pour objet.

10. À la question de savoir si le corps humain est une chose appropriée, on ne voit donc pas quelle autre réponse apporter qu'affirmative. Dans le système juridique moderne, la propriété est l'instrument - le seul instrument - par lequel les sujets de droit exercent leur puissance sur les choses. Le droit de la personnalité révèle, puisqu'il l'instaure, que chaque sujet personne physique est investi d'une potestas à l'égard du corps qui constitue le signal concret de sa personnalité juridique. Pour des raisons de philosophie morale et de politique juridique, ce pouvoir n'a pu recevoir sa véritable dénomination, celle d'un droit de propriété. Une catégorie prétendument spécifique a été créée pour accueillir la maîtrise du corps humain par la personne juridique ; l'appropriation, dès lors, est aussi réelle qu'inavouée (3).

Le fait que le droit de la personnalité ne s'affiche pas formellement comme ce qu'il est foncièrement peut d'ailleurs être considéré comme la condition même de l'établissement d'une propriété du corps : dans un contexte marqué par les progrès permanents des techniques médicales et par le renforcement continu de l'autonomie individuelle, ne serait-il pas plus difficile encore de contenir l'aspiration à la maîtrise toujours

plus grande de soi-même par soi-même s'il était officiellement admis que chaque personne physique est propriétaire de son corps, des éléments qui le composent et des produits qui en émanent ?

« Couvrez ce sein, que je ne saurais voir.
Par de pareils objets les âmes sont blessées,
Et cela fait venir de coupables pensées. »

Mots clés :

PERSONNE HUMAINE * Corps humain * Droit de la personnalité * Droit de propriété

(1) Texte d'une intervention au colloque, Le corps humain saisi par le droit : entre liberté et propriété, organisé à Caen le 14 oct. 2016 par A. Catherine et A. Cayol (Actes parus dans les CRDF n° 15, 2017, à l'exclusion de la présente contribution). Du fait de la notoriété des questions traitées et de l'existence d'une somme considérable de publications s'y rapportant, l'appareil documentaire a été réduit à sa plus simple expression. Les références élémentaires ici utilisées figurent dans les traités et manuels courants ainsi que dans les répertoires et encyclopédies.

(2) Décr. n° 95-904 du 4 août 1995 relatif aux produits du corps humain non soumis aux dispositions du titre Ier du livre VI du CSP.

(3) Pour aller plus loin, F. Zenati-Castaing et Th. Revet, Manuel de droit des personnes, PUF, 2006.

Document d'ouverture sur le statut particulier des animaux : Cass. Civ. 1^{ère}, 9 décembre 2015, n°14-25.910, publié au bulletin

Mme Batut, président

M. Vitse, conseiller rapporteur

M. Drouet, avocat général

SCP Monod, Colin et Stoclet, SCP Capron, avocat(s)

Texte intégral

REPUBLIQUE FRANCAISE

AU NOM DU PEUPLE FRANCAIS

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

Sur le moyen unique :

Attendu, selon le jugement attaqué (tribunal d'instance de Vannes, 28 août 2014), que, le 22 mars 2012, Mme X..., éleveuse professionnelle, a vendu à Mme Y... un chiot de race bichon frisé, à usage de compagnie ; qu'invoquant un défaut de conformité constitué par une cataracte héréditaire entraînant de graves troubles de la vision, la seconde a sollicité la réparation de ce défaut et l'allocation de dommages-intérêts, tandis que la première a proposé le remplacement de l'animal, estimant le coût de la réparation manifestement disproportionné ;

Attendu que Mme X... fait grief au jugement d'accueillir les demandes de Mme Y..., alors, selon le moyen :

1°/ que les dispositions de l'article L. 211-9 du code de la consommation, qui disposent qu'en cas de défaut de conformité du bien vendu, l'acheteur choisit entre la réparation et le remplacement du bien, que, toutefois, le vendeur peut ne pas procéder selon le choix de l'acheteur si ce choix entraîne un coût manifestement disproportionné au regard de l'autre modalité, compte tenu de la valeur du bien ou de

l'importance du défaut et que le vendeur est alors tenu de procéder, sauf impossibilité, selon la modalité non choisie par l'acheteur, sont applicables aux ventes d'animaux conclues entre un vendeur agissant au titre de son activité professionnelle ou commerciale et un acheteur agissant en qualité de consommateur et ne reçoivent pas de dérogation dans le cas de la vente d'un animal domestique ; qu'en énonçant, par conséquent, pour écarter le moyen, soulevé par Mme X..., tiré de ce que les dispositions de l'article L. 211-9 du code de la consommation l'autorisaient à remédier au défaut présenté par le chien qu'elle avait vendu à Mme Y... par le remplacement de ce chien et pour condamner, en conséquence, Mme X... à payer à Mme Y..., à titre de dommages et intérêts, la somme de 2 400 euros au titre des frais de réparation du défaut de conformité, qu'un chien étant un être vivant, il est unique et comme tel irremplaçable et qu'un chien de compagnie étant destiné à recevoir l'affection de son maître en retour de sa compagnie et n'ayant aucune vocation économique, comme une vache laitière en a une, il est d'autant plus impossible à remplacer, étant le réceptacle d'une affection unique, quand, en se déterminant par de tels motifs abstraits, impersonnels et généraux, ayant pour effet d'écarter, dans toutes les ventes d'animaux domestiques, l'application des dispositions de l'article L. 211-9 du code de la consommation, il retenait, en réalité, que les dispositions de l'article L. 211-9 du code de la consommation n'étaient pas applicables aux ventes d'animaux domestiques conclues entre un vendeur agissant au titre de son activité professionnelle ou commerciale et un acheteur agissant en qualité de consommateur, le tribunal d'instance a violé les dispositions de l'article L. 211-9 du code de la consommation, ensemble les dispositions de l'article L. 213-1 du code rural et de la pêche maritime ;

2°/ que les dispositions de l'article L. 211-9 du code de la consommation, qui disposent qu'en cas de défaut de conformité du bien vendu, l'acheteur choisit entre la réparation et le remplacement du bien, que, toutefois, le vendeur peut ne pas procéder selon le choix de l'acheteur si ce choix entraîne un coût manifestement disproportionné au regard de l'autre modalité, compte tenu de la valeur du bien ou de l'importance du défaut et que le vendeur est alors tenu de procéder, sauf impossibilité, selon la modalité non choisie par l'acheteur, sont applicables aux ventes d'animaux conclues entre un vendeur agissant au titre de son activité professionnelle ou commerciale et un acheteur agissant en qualité de consommateur et ne reçoivent pas de dérogation dans le cas de la vente d'un animal domestique ; qu'en énonçant, par conséquent, pour écarter le moyen, soulevé par Mme X..., tiré de ce que les dispositions de l'article L. 211-9 du code de la consommation l'autorisaient à remédier au défaut présenté par le chien qu'elle avait vendu à Mme Y... par le remplacement de ce chien et pour condamner, en conséquence, Mme X... à payer à Mme Y..., à titre de dommages et intérêts, la somme de 2 400 euros au titre des frais de réparation du défaut de conformité, qu'un chien étant un être vivant, il est unique et comme tel irremplaçable et qu'un chien de compagnie étant destiné à recevoir l'affection de son maître en retour de sa compagnie et n'ayant aucune vocation économique, comme une vache laitière en a une, il est d'autant plus impossible à remplacer, étant le réceptacle d'une affection unique, quand, en se déterminant par de tels motifs abstraits, impersonnels et généraux, il ne caractérisait pas, dans le cas particulier qui lui était soumis, par des considérations propres à l'espèce sur lequel il statuait, l'impossibilité pour Mme X... de procéder au remplacement du chien qu'elle avait vendu, le tribunal d'instance a violé les dispositions de l'article L. 211-9 du code de la consommation, ensemble les dispositions de l'article L. 213-1 du code rural et de la pêche maritime ;

3°/ que le vendeur d'un animal domestique, agissant au titre de son activité professionnelle ou commerciale, n'est tenu, en cas de défaut de conformité de l'animal vendu et sauf convention contraire des parties stipulant que la vente est régie par les dispositions des articles 1641 et suivants du code civil, à payer des dommages et intérêts à l'acheteur agissant en qualité de consommateur qu'en cas de dol ou de faute commise par le vendeur ; qu'en condamnant, dès lors, Mme X... à payer à Mme Y..., à titre de dommages et intérêts, la somme de 195, 31 euros au titre des frais de vétérinaires et la somme de 1 000 euros au titre du préjudice moral, quand l'existence d'une convention, conclue par les parties, stipulant que les dispositions des articles 1641 et suivants du code civil étaient applicables, n'était ni invoquée par les parties, ni constatée par lui, sans caractériser que Mme X... avait commis un dol ou une faute dans le cadre de la vente de chien qu'elle avait conclue avec Mme Y..., le tribunal d'instance a violé les dispositions

de l'article L. 213-1 du code rural et de la pêche maritime, de l'article L. 211-11 du code de la consommation et de l'article 1147 du code civil ;

Mais attendu, d'abord, qu'ayant relevé que le chien en cause était un être vivant, unique et irremplaçable, et un animal de compagnie destiné à recevoir l'affection de son maître, sans aucune vocation économique, le tribunal, qui a ainsi fait ressortir l'attachement de Mme Y... pour son chien, en a exactement déduit que son remplacement était impossible, au sens de l'article L. 211-9 du code de la consommation ;

Attendu, ensuite, qu'ayant retenu que le défaut de conformité de l'animal était présumé exister au jour de sa délivrance, concomitante à la vente, sans que soit démontrée une acquisition en connaissance de cause, le tribunal a implicitement mais nécessairement considéré que Mme X..., réputée connaître le défaut de conformité du bien vendu en sa qualité de vendeur professionnel, avait commis une faute ;

D'où il suit que le moyen n'est pas fondé ;

PAR CES MOTIFS :

REJETTE le pourvoi ;

Condamne Mme X... aux dépens ;

Vu l'article 700 du code de procédure civile, rejette la demande de Mme X..., et condamne celle-ci à payer la somme de 3 000 euros à Mme Y... ;

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

MOYEN ANNEXE au présent arrêt

Moyen produit par la SCP Yves et Blaise Capron, avocat aux Conseils, pour Mme X...

Le pourvoi fait grief au jugement attaqué D'AVOIR condamné Mme Fabienne X... à payer à Mme Béatrice Y..., à titre de dommages et intérêts, la somme de 195, 31 euros au titre des frais de vétérinaires, la somme de 2 400 euros au titre des frais de réparation du défaut de conformité et la somme de 1 000 euros au titre du préjudice moral et D'AVOIR débouté Mme Fabienne X... de sa demande de dommages et intérêts pour procédure abusive ;

AUX MOTIFS QUE « l'article L. 211-4 du code de la consommation énonce que le vendeur est tenu de livrer un bien conforme au contrat et répond des défauts de conformité existant lors de la délivrance./ Il répond également des défauts de conformité résultant de l'emballage, des instructions de montage ou de l'installation lorsque celle-ci a été mise à sa charge par le contrat ou a été réalisée sous sa responsabilité./ L'article L. 211-7 du code de la consommation dispose que les défauts de conformité qui apparaissent dans un délai de six mois à partir de la délivrance du bien sont présumés exister au moment de la délivrance, sauf preuve contraire./ Le vendeur peut combattre cette présomption si celle-ci n'est pas compatible avec la nature du bien ou le défaut de conformité invoqué./ L'article L. 211-9 du code de la consommation prévoit qu'en cas de défaut de conformité, l'acheteur choisit entre la réparation et le remplacement du bien./ Toutefois, le vendeur peut ne pas procéder selon le choix de l'acheteur si ce choix entraîne un coût manifestement disproportionné au regard de l'autre modalité, compte tenu de la valeur du bien ou de l'importance du défaut. Il est alors tenu de procéder, sauf impossibilité, selon la modalité non choisie par l'acheteur./ L'article L. 211-9 du code de la consommation ouvre au vendeur le droit d'opter pour la modalité non choisie par l'acheteur, lorsque le défaut constaté de la chose vendue est d'importance mineure, sauf impossibilité (Cour de cassation, chambre civile 1, 30 avril 2014, n° de pourvoi : 12-29. 895)/

Le 22 mars 2012, Fabienne X..., éleveuse professionnelle de chiens, à l'enseigne Élevage de l'Agora, a vendu à Béatrice Y... un chiot de race bichon frisé, dénommé Delgado, pour le prix de 800 euros, à usage de compagnie, comme précisé contrat de vente./ Le 19 octobre 2013, le docteur vétérinaire Pauline Z... a diagnostiqué chez le bien en cause une cataracte congénitale./ Le 8 novembre 2013, le docteur vétérinaire Didier A..., du centre hospitalier vétérinaire Atlantia à Nantes, a également diagnostiqué chez le chien en cause une cataracte de type maladie héréditaire./ Ce vétérinaire a mis en évidence une cataracte de type maladie héréditaire oculaire canine du bichon avec atteinte non complète à gauche et vision encore possible et début net de rétractation de la lentille. Selon lui, l'atteinte à l'oeil droit est légère et peut évoluer dans les années à venir ou rester stable. Au jour de l'examen, le chien est décrit comme handicapé, mais avec une vision encore possible. Enfin, le docteur vétérinaire A... préconise une chirurgie de chaque cristallin, si le handicap devient trop important./ Le 12 avril 2014, le docteur vétérinaire Frédérique B... a certifié qu'au 18 avril 2012, le chien présentait déjà une anomalie des cristallins. Ce même jour ce même vétérinaire a constaté que le handicap du chien s'est aggravé nettement et de façon irréversible (les yeux apparaissent blancs) et que seule l'intervention chirurgicale permettrait de retrouver une vision acceptable./ Les frais vétérinaires ci-dessus se sont élevés à 195, 31 euros (51, 90 euros le 19 octobre 2013, 110 euros le 8 novembre 2013, 33, 40 euros le 12 avril 2014)./ Selon le devis en date du 19 mars 2014, du docteur vétérinaire Didier A..., l'opération chirurgicale nécessaire à la réparation du défaut de conformité des yeux a un coût de 1 200 euros par oeil, soit 2 400 euros, pour rendre au chien une vision nette./ Il est donc démontré que le chien Delgado, de race bichon frisé, vendu par Fabienne X... à Béatrice Y... présentait dès le 18 avril 2012, soit moins de six mois après sa délivrance, une anomalie des cristallins. Dès lors, il y a lieu de présumer que le défaut de conformité existait au jour de la délivrance./ Fabienne X... ne démontre pas que le chien a été vendu avec le défaut de conformité tenant à sa vue révèle à l'acheteur, le certificat vétérinaire du 13 mars 2012 produit par ses soins étant antérieur à la vente et décrivant des yeux normaux. D'ailleurs, elle indique dans ses écritures que le chien a été vendu sans anomalie des yeux./ Ainsi qu'il lui appartient, Fabienne X... ne démontre pas que cette cataracte provient d'une cause autre qu'un défaut congénital tel qu'établi par les vétérinaires ci-dessus./ Fabienne X... démontre que les père et mère du chien Delgado ne sont pas atteints de cataracte ; cependant, cette maladie étant héréditaire, le seul fait que les géniteurs directs du chien ne soient pas atteints n'est pas de nature à démontrer que ce défaut n'est pas de type congénital, comme l'établissent les certificats des vétérinaires Z... et A.../ Il est donc établi que le chien en cause n'est pas conforme à un chien de compagnie vendu comme un chien pourvu de tous ses sens, y compris une vue normale, étant atteint d'une maladie congénitale et héréditaire le privant de la vue et ne pouvant accompagner son maître étant atteint de troubles graves de la vision./ Un chien ne pouvant accompagner son maître ne saurait recevoir le qualificatif d'animal de compagnie./ Béatrice Y... démontre que la réparation du défaut de conformité du chien consiste en une opération des yeux atteints de cataracte pour un prix de 1 200 euros par oeil, soit 2 400 euros./ Fabienne X... fait valoir que la loi l'autorise à proposer le remplacement du bien, dès lors qu'il est établi que le coût de réparation est manifestement disproportionné au regard du remplacement, l'opération des yeux valant trois fois la valeur du chien./ Cependant, un chien étant un être vivant, il est unique et comme tel irremplaçable ; au surplus, un chien de compagnie étant destiné à recevoir l'affection de son maître en retour de sa compagnie et n'ayant aucune vocation économique-comme une vache laitière en a une-il est d'autant plus impossible à remplacer, étant le réceptacle d'une affection unique./ Dès lors, la solution de la réparation des yeux du chien Delgado s'impose./ À la lumière de ces éléments d'appréciation, il convient de condamner Fabienne X... à payer à Béatrice Y... à titre de dommages et intérêts les sommes de :-195, 31 euros, au titre des frais de vétérinaires pour établir le diagnostic du défaut de conformité,-2 400 euros au titre des frais de réparation du défaut de conformité,-1 000 euros au titre du préjudice moral, Béatrice Y... ayant dû s'occuper d'un chien privé de sa vue normale et n'ayant pu partager avec lui les joies ordinaires du maître d'un animal de compagnie, ne serait-ce que les joies de la ballade avec son compagnon canin » (cf., jugement attaqué, p. 2 à 4) ;

ALORS QUE, de première part, les dispositions de l'article L. 211-9 du code de la consommation, qui disposent qu'en cas de défaut de conformité du bien vendu, l'acheteur choisit entre la réparation et le remplacement du bien, que, toutefois, le vendeur peut ne pas procéder selon le choix de l'acheteur si ce

choix entraîne un coût manifestement disproportionné au regard de l'autre modalité, compte tenu de la valeur du bien ou de l'importance du défaut et que le vendeur est alors tenu de procéder, sauf impossibilité, selon la modalité non choisie par l'acheteur, sont applicables aux ventes d'animaux conclues entre un vendeur agissant au titre de son activité professionnelle ou commerciale et un acheteur agissant en qualité de consommateur et ne reçoivent pas de dérogation dans le cas de la vente d'un animal domestique ; qu'en énonçant, par conséquent, pour écarter le moyen, soulevé par Mme Fabienne X..., tiré de ce que les dispositions de l'article L. 211-9 du code de la consommation l'autorisaient à remédier au défaut présenté par le chien qu'elle avait vendu à Mme Béatrice Y... par le remplacement de ce chien et pour condamner, en conséquence, Mme Fabienne X... à payer à Mme Béatrice Y..., à titre de dommages et intérêts, la somme de 2 400 euros au titre des frais de réparation du défaut de conformité, qu'un chien étant un être vivant, il est unique et comme tel irremplaçable et qu'un chien de compagnie étant destiné à recevoir l'affection de son maître en retour de sa compagnie et n'ayant aucune vocation économique, comme une vache laitière en a une, il est d'autant plus impossible à remplacer, étant le réceptacle d'une affection unique, quand, en se déterminant par de tels motifs abstraits, impersonnels et généraux, ayant pour effet d'écarter, dans toutes les ventes d'animaux domestiques, l'application des dispositions de l'article L. 211-9 du code de la consommation, il retenait, en réalité, que les dispositions de l'article L. 211-9 du code de la consommation n'étaient pas applicables aux ventes d'animaux domestiques conclues entre un vendeur agissant au titre de son activité professionnelle ou commerciale et un acheteur agissant en qualité de consommateur, le tribunal d'instance a violé les dispositions de l'article L. 211-9 du code de la consommation, ensemble les dispositions de l'article L. 213-1 du code rural et de la pêche maritime ;

ALORS QUE, de deuxième part et en tout état de cause, les dispositions de l'article L. 211-9 du code de la consommation, qui disposent qu'en cas de défaut de conformité du bien vendu, l'acheteur choisit entre la réparation et le remplacement du bien, que, toutefois, le vendeur peut ne pas procéder selon le choix de l'acheteur si ce choix entraîne un coût manifestement disproportionné au regard de l'autre modalité, compte tenu de la valeur du bien ou de l'importance du défaut et que le vendeur est alors tenu de procéder, sauf impossibilité, selon la modalité non choisie par l'acheteur, sont applicables aux ventes d'animaux conclues entre un vendeur agissant au titre de son activité professionnelle ou commerciale et un acheteur agissant en qualité de consommateur et ne reçoivent pas de dérogation dans le cas de la vente d'un animal domestique ; qu'en énonçant, par conséquent, pour écarter le moyen, soulevé par Mme Fabienne X..., tiré de ce que les dispositions de l'article L. 211-9 du code de la consommation l'autorisaient à remédier au défaut présenté par le chien qu'elle avait vendu à Mme Béatrice Y... par le remplacement de ce chien et pour condamner, en conséquence, Mme Fabienne X... à payer à Mme Béatrice Y..., à titre de dommages et intérêts, la somme de 2 400 euros au titre des frais de réparation du défaut de conformité, qu'un chien étant un être vivant, il est unique et comme tel irremplaçable et qu'un chien de compagnie étant destiné à recevoir l'affection de son maître en retour de sa compagnie et n'ayant aucune vocation économique, comme une vache laitière en a une, il est d'autant plus impossible à remplacer, étant le réceptacle d'une affection unique, quand, en se déterminant par de tels motifs abstraits, impersonnels et généraux, il ne caractérisait pas, dans le cas particulier qui lui était soumis, par des considérations propres à l'espèce sur lequel il statuait, l'impossibilité pour Mme Fabienne X... de procéder au remplacement du chien qu'elle avait vendu, le tribunal d'instance a violé les dispositions de l'article L. 211-9 du code de la consommation, ensemble les dispositions de l'article L. 213-1 du code rural et de la pêche maritime ;

ALORS QUE, de troisième part, le vendeur d'un animal domestique, agissant au titre de son activité professionnelle ou commerciale, n'est tenu, en cas de défaut de conformité de l'animal vendu et sauf convention contraire des parties stipulant que la vente est régie par les dispositions des articles 1641 et suivants du code civil, à payer des dommages et intérêts à l'acheteur agissant en qualité de consommateur qu'en cas de dol ou de faute commise par le vendeur ; qu'en condamnant, dès lors, Mme Fabienne X... à payer à Mme Béatrice Y..., à titre de dommages et intérêts, la somme de 195, 31 euros au titre des frais de vétérinaires et la somme de 1 000 euros au titre du préjudice moral, quand l'existence d'une convention, conclue par les parties, stipulant que les dispositions des articles 1641 et suivants du code civil étaient applicables, n'était ni invoquée par les parties, ni constatée par lui, sans caractériser que Mme Fabienne

X... avait commis un dol ou une faute dans le cadre de la vente de chien qu'elle avait conclue avec Mme Béatrice Y..., le tribunal d'instance a violé les dispositions de l'article L. 213-1 du code rural et de la pêche maritime, de l'article L. 211-11 du code de la consommation et de l'article 1147 du code civil.

Décision attaquée : Tribunal d'instance de Vannes , du 28 août 2014

Titrages et résumés :

PROTECTION DES CONSOMMATEURS - Conformité des produits et services - Obligation générale de conformité - Garantie légale de conformité - Défaut de conformité - Remplacement du bien - Impossibilité - Caractérisation - Cas

Ayant fait ressortir l'attachement d'une personne pour son animal de compagnie, un tribunal en a exactement déduit que son remplacement était impossible, au sens de l'article L. 211-9 du code de la consommation

PROTECTION DES CONSOMMATEURS - Conformité des produits et services - Obligation générale de conformité - Garantie légale de conformité - Domaine d'application - Vente d'animaux
ANIMAUX - Animaux domestiques - Vente - Garantie - Garantie légale de conformité - Défaut de conformité - Remplacement du bien - Impossibilité - Caractérisation - Cas

PROTECTION DES CONSOMMATEURS - Conformité des produits et services - Obligation générale de conformité - Garantie légale de conformité - Défaut de conformité - Défaut existant au jour de la délivrance du bien - Faute du vendeur - Caractérisation - Cas

Ayant retenu que le défaut de conformité d'un bien, au sens de l'article L. 211-4 du code de la consommation, était présumé exister au jour de sa délivrance, et relevé que celle-ci était concomitante à la vente du bien litigieux, sans que soit démontrée une acquisition en connaissance de cause, un tribunal en a implicitement mais nécessairement déduit que le vendeur dudit bien, réputé en connaître le défaut de conformité en sa qualité de vendeur professionnel, avait commis une faute

VENTE - Vendeur - Obligations - Délivrance - Inexécution - Défaut de conformité - Applications diverses

Précédents jurisprudentiels :
Sur le n° 1 : Sur l'application de la garantie légale de conformité aux ventes d'animaux domestiques, à rapprocher : 1re Civ., 12 juin 2012, pourvoi n° 11-19.104, Bull. 2012, I, n° 127 (cassation)

Textes appliqués :

Sur le numéro 1 : article L. 211-9 du code de la consommation ; article L. 213-1 du code rural et de la pêche maritime

Sur le numéro 2 : articles L. 211-4 et L. 211-11 du code de la consommation ; article L. 213-1 du code rural et de la pêche maritime ; article 1147 du code civil



UNIVERSITÉ DE MONTPELLIER
FACULTÉ DE DROIT ET DE SCIENCE POLITIQUE

Droit des personnes et des familles
LICENCE 1^{ère} ANNÉE – GROUPE C
Cours de Monsieur le **Professeur François VIALLA**
Plaquette de travaux dirigés

Equipe pédagogique :

M. Vincent GIRIN
M. Mickaël KRKAC
Mlle. Elise LAMARRE
M. Léo ROQUE
M. Thomas VIALLA

Année 2017-2018 - Semestre 2

Séance n°3 : L'Etat civil (Partie I)

I. DOCUMENTS

Document 1 : Extrait CEDH, 25 mars 1992, n°13343/87, B. c/ France

Document 2 : Cass. ass. Plén, 11 décembre 1992, n 91-11900

Document 3 : Hermès ou Aphrodite : puisqu'il faut choisir, Recueil Dalloz 2017, François Violla, Jean-Philippe Vauthier (Extrait)

Document 4 : Article 56 de la loi n°2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXIe siècle.

Document 5 : Cass. Civ. 1er, 7 juin 2012, n° 10-26.947

Document 6 : Cour d'appel de Montpellier 3ème Chambre B 15 mars 2017 N° 16/02691 (extrait)

Document 7 : Communiqué de presse du greffier de la Cour, concernant l'arrêt rendu par la Cour européen des droits de l'Homme dans l'affaire A. P., Garçon et Nicot Contre France du 06.04.2017

II. TRAVAIL

Résoudre le cas pratique suivant:

Madame X Cherche à modifier son état civil. Elle voudrait pouvoir s'appeler Janine et faire exclure de son acte d'état civil l'inscription Lionel. Par conséquent, elle souhaite aussi changer la mention de son sexe de Masculin à Féminin. Vivant sa vie en temps, que femme mais n'ayant pas subi de réassignation chirurgicale, elle vous demande conseil pour apprécier la faisabilité de sa démarche.

Monsieur XY est dans une position particulière, en transition sexuelle depuis mai 2000, il a déjà intenté une action en rectification de son sexe à l'état civil, de féminin à masculin devant le TGI de Montpellier, qui a rejeté sans demande en rectification du fait de l'absence d'élément permettant de constater sa réassignation chirurgicale. Il doit bientôt passer devant la cour d'appel et il se demande si cette exigence de réassignation lui est encore opposable.

Enfin Monsieur XXY, lui ne se sent ni homme ni femme, son état civil fait pourtant mention d'un sexe masculin. Malgré tout, son médecin expose que l'anatomie de ce monsieur ne peut être attachée ni à l'un ni à l'autre des deux sexes. En outre, son génome présente une disposition XXY qui ne permet pas de déterminer non plus son affiliation à l'un des deux sexes chromosomiques. Monsieur XXY se présente généralement à son travail comme homme mais cela le dérange profondément, il souhaite que l'on supprime sa mention au sexe dans son état civil et que l'on ne la remplace pas. Monsieur XYY s'interroge sur la faisabilité de sa démarche.

DOCUMENT 1 CEDH, 25 mars 1992, n°13343/87, B. c/ France(Extrait)

II. SUR LE FOND

A. Sur la violation alléguée de l'article 8 (art. 8)

Selon la requérante, le refus de reconnaître sa véritable identité sexuelle enfreint l'article

8 (art. 8) de la Convention, ainsi libellé:

"1. Toute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale, de son domicile et de sa correspondance.

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

Faute de consentir à corriger la mention de son sexe tant sur le registre de l'état civil que sur ses pièces officielles d'identité, les autorités françaises la contraindraient à révéler à des tiers des informations d'ordre intime et personnel; elle rencontrerait aussi de grandes difficultés dans sa vie professionnelle.

La notion de "respect" inscrite à l'article 8 (art. 8), la Cour le rappelle d'emblée, manque de netteté. Il en va surtout ainsi quand il s'agit, comme en l'occurrence (arrêts Rees et Cossey c. Royaume-Uni des 17 octobre 1986 et 27 septembre 1990, série A no 106, p. 14, par. 35, et no 184, p. 15, par. 36), des obligations positives qu'elle implique, ses exigences variant beaucoup d'un cas à l'autre selon les pratiques suivies et les conditions régnant dans les États contractants. Pour déterminer s'il existe une telle obligation, il faut prendre en compte le juste équilibre à ménager entre l'intérêt général et les intérêts de l'individu (voir notamment l'arrêt Cossey précité, p. 15, par. 37).

Selon Mlle B., on ne saurait considérer sa requête comme identique, en substance, à celles de M. Rees et de Mlle Cossey, dont la Cour a eu à connaître précédemment.

Tout d'abord, elle s'appuierait sur des éléments scientifiques, juridiques et sociaux nouveaux.

En outre, il existerait en la matière une différence fondamentale entre la France et l'Angleterre quant à leur législation et à l'attitude de leurs pouvoirs publics.

Dès lors, l'application même des critères retenus dans les arrêts précités des 17 octobre 1986 et 27 septembre 1990 devrait amener à condamner la France dont le droit, contrairement à celui de l'Angleterre, irait jusqu'à méconnaître l'apparence que les transsexuels se donnent légitimement.

La requérante invite d'autre part la Cour à pousser son analyse plus avant que dans les deux affaires susmentionnées: elle souhaite voir juger qu'un État contractant viole l'article 8 (art. 8) s'il nie de manière générale la réalité du sexe psychosocial des transsexuels.

1. Sur l'évolution scientifique, juridique et sociale

a) Dans son arrêt *Cossey*, la Cour a déclaré "n'a[voir] connaissance d'aucun progrès scientifique significatif accompli" depuis son arrêt *Rees*: "il demeur[ait] vrai, notamment (...), qu'une opération de conversion sexuelle n'entraîn[ait] pas l'acquisition de tous les caractères biologiques du sexe opposé" (loc. cit., p. 16, par. 40).

Or, d'après la requérante, la science paraît apporter deux éléments nouveaux dans le débat relatif au contraste entre l'apparence (sexe somatique transformé, sexe gonadique "bricolé") et la réalité (sexe chromosomique inchangé mais sexe psychosocial opposé) du sexe des transsexuels: d'un côté, le critère chromosomique n'aurait rien d'infaillible (cas des personnes pourvues de testicules intra-abdominaux dit féminisants, ou dotées de chromosomes XY malgré leurs dehors féminins); de l'autre, les recherches en cours donneraient à penser que l'ingestion de certaines substances à un stade donné de la grossesse, ou dans les premiers jours de la vie, déterminerait un comportement transsexuel et que le transsexualisme pourrait découler d'une anomalie chromosomique. Le phénomène pourrait donc avoir une explication non seulement psychique, mais matérielle, si bien que l'on ne saurait invoquer aucun prétexte pour refuser d'en tenir compte sur le plan du droit.

b) En ce qui concerne les aspects juridiques du problème, Mlle B. s'appuie sur l'opinion dissidente du juge Martens, jointe à l'arrêt *Cossey* (série A no 184, pp. 35-36, par. 5.5): les dissemblances qui subsistent entre les États membres du Conseil de l'Europe quant à l'attitude à adopter envers les transsexuels (ibidem, p. 16, par. 40) seraient, de plus en plus, contrebalancées par l'évolution de la législation et de la jurisprudence de nombre de ces États. Des résolutions et recommandations de l'Assemblée du Conseil de l'Europe et du Parlement européen iraient dans le même sens.

c) L'intéressée souligne enfin la rapidité des mutations sociales que connaissent les États européens et la diversité des cultures représentées par ceux d'entre eux qui ont adapté leur droit à la situation des transsexuels.

Le Gouvernement ne conteste pas qu'au XXe siècle, et surtout au cours des trente dernières années, la science a réalisé des avancées considérables dans l'utilisation des hormones sexuelles, tout comme en chirurgie plastique et prothésique, et que la question de l'identité sexuelle reste en pleine évolution sur le plan médical. Néanmoins, les transsexuels conserveraient leur sexe chromosomique d'origine; on ne réussirait à modifier que leur apparence. Or le droit devrait s'attacher à la réalité. En outre, on ne saurait banaliser des opérations qui présentent des dangers certains.

Les droits nationaux évolueraient eux aussi et beaucoup d'entre eux auraient déjà changé, mais les nouvelles lois ainsi promulguées ne consacraient pas des solutions identiques.

Bref, on se trouverait dans une période de flottement juridique, moral et social.

La Cour estime indéniable que les mentalités ont évolué, que la science a progressé et que l'on attache une importance croissante au problème du transsexualisme.

Elle note cependant, à la lumière des études et travaux entrepris par des experts en la matière, que toute incertitude n'a pas disparu quant à la nature profonde du transsexualisme et que l'on s'interroge parfois sur la licéité d'une intervention chirurgicale en pareil cas. Les situations juridiques qui en résultent se révèlent en outre très complexes: questions de nature anatomique, biologique, psychologique et morale liées à la transsexualité et à sa définition; consentement et autres exigences à remplir avant toute opération; conditions dans lesquelles peut être autorisé un changement d'identité sexuelle (validité, présupposés scientifiques et répercussions juridiques du recours à la chirurgie, aptitude à vivre avec la nouvelle identité sexuelle); aspects internationaux (lieu de l'intervention); effets juridiques, rétroactifs ou non, de pareil changement (rectification des actes de l'état civil); possibilité de choisir un autre prénom; confidentialité des documents et renseignements relatant le changement; incidences d'ordre familial (droit de se marier, sort d'un mariage existant, filiation), etc. A ces divers égards, il ne règne pas encore entre les États membres du Conseil de l'Europe un consensus assez large pour amener la Cour à des conclusions opposées à celles de ses arrêts Rees et Cossey.

2. Sur les différences entre les systèmes français et anglais

Selon la requérante, le sort des transsexuels apparaît, à l'examen, beaucoup plus dur en France qu'en Angleterre sur une série de points. La Commission souscrit en substance à cette opinion.

Pour le Gouvernement au contraire, la Cour ne saurait s'écarter, dans le cas de la France, de la solution adoptée par ses arrêts Rees et Cossey. Sans doute la requérante peut-elle subir, dans son existence quotidienne, des "distorsions" propres à la gêner, mais elles ne revêtiraient pas une gravité suffisante pour enfreindre l'article 8 (art. 8). A aucun moment les autorités françaises n'auraient dénié aux transsexuels le droit de mener leur vie à leur guise. L'histoire de l'intéressée en fournirait la preuve: nonobstant son état civil masculin, Mlle B. aurait réussi à passer pour une femme. Du reste, un transsexuel souhaitant que les tiers ignorent son sexe biologique se trouverait dans une situation analogue à celle d'une personne désireuse de préserver d'autres éléments de son intimité (âge, revenus, domicile, etc.).

En outre, et d'une manière générale, la marge d'appréciation laissée aux États contractants porterait sur le choix tant des critères d'acceptation d'un changement de sexe que des mesures d'accompagnement dans l'hypothèse d'un refus.

La Cour constate d'emblée qu'il existe entre la France et l'Angleterre des différences sensibles quant à leur droit et à leur pratique en matière d'état civil, de changement de prénoms, d'emploi de pièces d'identité, etc. (paragraphe 19- 22 et 25 ci-dessus, à rapprocher du paragraphe 40 de l'arrêt Rees précité). Elle recherchera ci-après les conséquences qui peuvent en résulter en l'espèce sur le terrain de la Convention.

a) L'état civil

i) La rectification des actes de l'état civil

La requérante trouve d'autant plus condamnable le rejet de sa demande de rectification de son acte de naissance que la France ne peut, à l'égal du Royaume-Uni, se prévaloir d'obstacles majeurs liés au système en vigueur.

A propos de l'organisation de l'état civil en Angleterre, la Cour aurait relevé que les registres avaient pour objet non de noter l'identité actuelle d'un individu, mais de relater un fait historique et que leur caractère public rendrait illusoire la protection de la vie privée si l'on consentait à les remanier ou compléter après coup de la sorte (arrêt Rees précité, série A no 106, pp. 17-18, par. 42). Or il n'en irait pas de même en France. Les actes de naissance auraient vocation à être mis à jour tout au long de la vie de la personne concernée (paragraphe 19 ci-dessus); on pourrait donc fort bien y signaler un jugement ordonnant de modifier l'indication du sexe d'origine. En outre, seuls y auraient directement accès les agents de l'État habilités à cet effet et les personnes munies d'une autorisation du procureur de la République; leur publicité serait assurée par la délivrance de copies intégrales ou d'extraits. Partant, l'État français pourrait accueillir la revendication de la requérante sans réforme législative; un revirement de jurisprudence de la Cour de cassation y suffirait.

D'après le Gouvernement, la jurisprudence française en la matière n'est pas figée; le droit semble traverser une phase de transition.

Pour la Commission, le Gouvernement ne présente aucun argument donnant à penser que la Cour de cassation accepterait de voir porter au registre de l'état civil le changement de sexe d'un transsexuel. En l'espèce, elle a rejeté le pourvoi au motif que la situation de la requérante découlait de son choix délibéré et non de données antérieures à l'opération.

La Cour commence par relever que rien n'aurait empêché, après jugement, d'introduire dans l'acte de naissance de Mlle B., sous une forme ou une autre, une mention destinée sinon à corriger, à proprement parler, une véritable erreur initiale, du moins à refléter la situation présente de l'intéressée. Du reste, de nombreuses juridictions de première instance et d'appel ont déjà ordonné pareille insertion dans le cas d'autres transsexuels et le ministère public n'a presque jamais attaqué de telles décisions, désormais définitives dans leur grande majorité (paragraphe 23 ci-dessus). Quant à la Cour de cassation, sa doctrine va dans le sens opposé mais elle pourrait évoluer (paragraphe 24 ci-dessus).

La requérante, il est vrai, a subi son intervention chirurgicale à l'étranger, sans bénéficier de toutes les garanties médicales et psychologiques désormais exigées en France. L'opération n'en a pas moins entraîné l'abandon irréversible des marques extérieures du sexe d'origine de Mlle B. La Cour estime que la détermination dont a témoigné l'intéressée constitue, dans les circonstances de la cause, un élément assez important pour entrer en ligne de compte, avec d'autres, sur le terrain de l'article 8 (art. 8).

ii) Le changement de prénoms

5La requérante rappelle que la loi du 6 fructidor an II (paragraphe 22 ci-dessus) interdit à tout citoyen de porter un nom ou prénom différents de ceux qui figurent sur son acte de naissance.

Au regard de la loi elle se prénommerait donc Norbert; toutes ses pièces d'identité (carte d'identité, passeport, carte d'électeur, etc.), ses chèquiers et son courrier officiel (téléphone, impôts, etc.) la désigneraient ainsi. Quant à la possibilité de changer de prénom, elle ne dépendrait pas comme au Royaume-Uni de sa seule volonté: l'article 57 du code civil la subordonne à une autorisation judiciaire et à la démonstration d'un "intérêt légitime" propre à la justifier (paragraphe 22 ci-dessus). Or Mlle B. ne connaîtrait aucune décision qui ait vu dans le transsexualisme la source d'un tel intérêt. De toute manière, le tribunal de grande instance de Libourne puis la cour d'appel de Bordeaux avaient refusé de lui attribuer les prénoms de Lyne Antoinette (paragraphe 13-15 ci-dessus). Enfin, le statut des appellations d'usage serait fort incertain.

La Commission souscrit en substance à cette thèse.

Selon le Gouvernement au contraire, il existe en la matière une jurisprudence positive, abondante et soutenue par le parquet. Elle se bornerait à exiger le choix d'un prénom "neutre" comme Claude, Dominique ou Camille; or la requérante avait demandé des prénoms exclusivement féminins.

D'autre part, beaucoup de personnes se serviraient couramment d'un "prénom d'usage" différent de celui que consigne leur acte de naissance. Le Gouvernement concède pourtant que cette pratique n'a aucune valeur légale.

5 Les jugements et arrêts communiqués à la Cour par le Gouvernement montrent bien que la non-reconnaissance du changement de sexe n'empêche pas forcément l'individu concerné d'obtenir un nouveau prénom destiné à mieux refléter son apparence physique (paragraphe ci-dessus)

Toutefois, cette jurisprudence ne se trouvait pas établie à l'époque où ont statué le tribunal de Libourne et la cour de Bordeaux; en réalité, elle paraît ne l'être pas même aujourd'hui car la Cour de cassation semble n'avoir jamais eu l'occasion de la confirmer. En outre, elle n'ouvre qu'une porte fort étroite: le choix entre les quelques rares prénoms neutres. Quant aux prénoms d'usage, ils ne jouissent d'aucune consécration juridique.

En conclusion, la Cour estime que le refus d'accorder à la requérante le changement de prénom souhaité par elle constitue lui aussi un élément pertinent sous l'angle de l'article 8 (art. 8).

b) Les documents

59.a) La requérante souligne que les documents officiels indiquant le sexe se multiplient: extraits de naissance, cartes d'identité informatisées, passeport des Communautés européennes, etc. Partant, un transsexuel ne saurait franchir une frontière, subir un contrôle d'identité ou accomplir l'une des multiples démarches de la vie quotidienne qui impliquent une justification d'identité, sans révéler la discordance entre son sexe légal et son sexe apparent.

b) La mention du sexe se trouverait aussi sur toutes les pièces où apparaît le numéro d'identification attribué à chacun par l'INSEE (paragraphe 26 ci-dessus). Or ce numéro serait d'un usage systématique dans les rapports entre les caisses de sécurité sociale, les

employeurs et les assurés; il figurerait en conséquence sur les bordereaux de versement des cotisations et sur les feuilles de paye. Un transsexuel ne pourrait donc cacher sa situation à un employeur potentiel et à son personnel administratif, ni dans les multiples occasions de la vie quotidienne où l'on doit prouver la réalité et le montant de son salaire (conclusion d'un bail, ouverture d'un compte en banque, demande de crédit, etc.). Des difficultés en résulteraient pour l'insertion sociale et professionnelle des transsexuels. Mlle B. en aurait elle-même été la victime. Le numéro de l'INSEE servirait également pour la tenue, par la Banque de France, de la liste des chèques volés ou sans provision.

c) Enfin, la requérante traverserait des épreuves quotidiennes dans sa vie économique en ce que ses factures et ses chèques indiqueraient son sexe d'origine en sus des nom et prénoms.

La Commission souscrit en substance à la thèse de l'intéressée. D'après elle, celle-ci subit, en raison de la nécessité fréquente de révéler à des tiers des éléments relatifs à sa vie privée, des perturbations trop graves pour que le respect des droits d'autrui puisse les justifier.

61. Le Gouvernement répond d'abord que la fiche d'état civil et de nationalité française, le permis de conduire, la carte d'électeur et la carte nationale d'identité traditionnelle ne signalent pas le sexe.

Sans doute n'en va-t-il pas de même du passeport communautaire, mais sa création découle de règlements de Bruxelles; il ne s'agit donc pas d'une obligation de source française. Au demeurant, la requérante jouirait de la liberté de circulation indépendamment de son identité sexuelle et certains des exemples qu'elle cite manqueraient de pertinence; ainsi, la déclaration d'un accident automobile ou d'un autre sinistre n'exigerait nullement l'indication du sexe de l'assuré.

Quant au numéro de l'INSEE, créé après la Deuxième Guerre mondiale à des fins de statistique démographique, on l'aurait utilisé par la suite pour identifier les bénéficiaires de prestations de la Sécurité sociale française. Il ne servirait guère qu'à cela et ne figurerait ni sur les cartes d'identité, ni sur les passeports ou autres documents administratifs. De toute manière, les organismes publics auxquels on le communique seraient tenus au secret. Les employeurs, eux, auraient besoin de le connaître pour acquitter une partie des cotisations sociales de leurs salariés.

A ce sujet, le Gouvernement exprime l'opinion que si Mlle B. n'a pu trouver un travail rémunéré en dehors du monde du spectacle, la chose peut s'expliquer par beaucoup d'autres raisons que sa qualité de transsexuelle; nombre de transsexuels exerceraient d'autres professions également honorables. Bien mieux: l'article 416-1 du code pénal réprimerait toute discrimination à l'embauche fondée sur le sexe ou les moeurs de l'intéressé; or aucun transsexuel ne l'aurait jamais invoqué.

Rien n'empêcherait non plus de demander aux banques que seuls apparaissent sur les chèques les nom et prénoms du tireur, non précédés de "M.", "Mme" ou "Mlle" (paragraphe ci-dessus), et elles ne vérifieraient pas la concordance des prénoms indiqués avec ceux qui figurent à l'état civil. De même, les factures ne mentionneraient pas d'ordinaire le sexe ni les prénoms du client, mais uniquement son nom (paragraphe 28 ci-dessus). Les transsexuels disposeraient ainsi des moyens de préserver leur vie privée.

La Cour ne juge pas cette thèse convaincante. Avec la Commission, elle estime que les inconvénients dont la requérante se plaint dans le domaine en question atteignent un degré de gravité suffisant pour entrer en ligne de compte aux fins de l'article 8 (art. 8).

c) Conclusion

La Cour en arrive ainsi à conclure, sur la base des éléments susmentionnés qui distinguent le présent litige des affaires Rees et Cossey, et sans avoir besoin d'examiner les autres arguments de la requérante, que celle-ci se trouve quotidiennement placée dans une situation globale incompatible avec le respect dû à sa vie privée. Dès lors, même eu égard à la marge nationale d'appréciation, il y a rupture du juste équilibre à ménager entre l'intérêt général et les intérêts de l'individu (paragraphe 44 ci-dessus), donc infraction à l'article 8 (art. 8).

Plusieurs moyens d'y remédier s'offrent au choix de l'État défendeur; la Cour n'a pas à lui indiquer le plus adéquat (voir notamment les arrêts Marckx c. Belgique du 13 juin 1979, série A no 31, p. 25, par. 58, et Airey c. Irlande du 9 octobre 1979, série A no 32, p. 15, par. 26).

DOCUMENT 2 Cass. ass. Plén., 11 décembre 1992, n° 91-11900

« Sur le moyen unique :

Vu l'article 8 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, les articles 9 et 57 du Code civil et le principe de l'indisponibilité de l'état des personnes ;

Attendu que lorsque, à la suite d'un traitement médico--chirurgical, subi dans un but thérapeutique, une personne présentant le syndrome du transsexualisme ne possède plus tous les caractères de son sexe d'origine et a pris une apparence physique la rapprochant de l'autre sexe, auquel correspond son comportement social, le principe du respect dû à la vie privée justifie que son Etat civil indique désormais le sexe dont elle a l'apparence ; que le principe de l'indisponibilité de l'état des personnes ne fait pas obstacle à une telle modification ;

Attendu que M. René X..., né le 3 mars 1957, a été déclaré sur les registres de l'Etat civil comme étant du sexe masculin ; que, s'étant depuis l'enfance considéré comme une fille, il s'est, dès l'âge de 20 ans, soumis à un traitement hormonal et a subi, à 30 ans, l'ablation de ses organes génitaux externes avec création d'un néo--vagin ; qu'à la suite de cette opération, il a saisi le tribunal de grande instance de demandes tendant à la substitution, sur son acte de naissance, de la mention " sexe féminin " à celle de " sexe masculin " ainsi qu'au changement de son prénom ; que le Tribunal a décidé que M. X... se prénommerait Renée, mais a rejeté ses autres prétentions ; que l'arrêt attaqué a confirmé la décision des premiers juges aux motifs que la conviction intime de l'intéressé d'appartenir au sexe féminin et sa volonté de se comporter comme tel ne sauraient suffire pour faire reconnaître qu'il était devenu une femme, et que le principe de l'indisponibilité de l'état des personnes s'opposait à ce qu'il soit tenu compte des transformations obtenues à l'aide d'opérations volontairement provoquées ;

Attendu, cependant, que la cour d'appel a d'abord constaté, en entérinant les conclusions de l'expert--psychiatre commis par le Tribunal, que M. X... présentait tous les caractères du transsexualisme et que le traitement médico--chirurgical auquel il avait été soumis lui avait

donné une apparence physique telle que son nouvel état se rapprochait davantage du sexe féminin que du sexe masculin ; qu'elle a énoncé, ensuite, que l'insertion sociale de l'intéressé était conforme au sexe dont il avait l'apparence ; d'où il suit qu'en statuant comme elle l'a fait, elle n'a pas tiré de ses constatations les conséquences légales qui s'en déduisaient ;

Et attendu qu'il y a lieu, conformément à l'article 627, alinéa 2, du nouveau Code de procédure civile, de mettre fin au litige en appliquant la règle de droit appropriée ;

PAR CES MOTIFS :

CASSE ET ANNULE, l'arrêt rendu le 15 novembre 1990, entre les parties, par la cour d'appel d'Aix--en--Provence ;

DIT n'y avoir lieu à renvoi ;

DIT que Renée X..., née le 3 mars 1957 sera désignée à l'Etat civil comme de sexe féminin.

MOYEN ANNEXÉ

Moyen produit par M. Choucroy, avocat aux Conseils, pour M. X...

MOYEN UNIQUE DE CASSATION

Il est fait grief à l'arrêt attaqué d'avoir débouté René X... de sa demande en rectification de son acte de naissance

AUX MOTIFS QUE la Cour devait rechercher si le sexe masculin attribué à René X... à sa naissance était faux ou devenu faux, c'est--à--dire si l'intéressé était devenu femme ; que René X... s'était toujours senti plus fille que garçon ; qu'il avait subi une intervention chirurgicale ; que si son caryotype était masculin, ses caractères secondaires sexuels étaient féminins, et qu'il s'agissait d'un " transsexuel vrai " ne relevant ni du délire ni de la perversion morale, mais seulement d'une névrose apaisée par le passage à l'acte ; que, dans la vie sociale, René X... avait un ami, était coiffeuse, se comportait comme femme et passait pour femme ; qu'il n'était pas admissible qu'un individu puisse se prévaloir d'artifices provoqués par lui--même pour prétendre avoir changé de sexe, ce qui serait violer la règle de l'indisponibilité de l'état des personnes ; que ces artifices ne transformaient pas un homme en femme, mais en créaient seulement l'illusion plus ou moins réussie ; que la seule conviction intime de l'appelant ne pouvait suffire à considérer que l'intéressé était devenu femme ;

ALORS QU'il résultait des constatations mêmes de l'arrêt que René X... était un " transsexuel vrai ", c'est à dire ne relevant ni d'un délire ni d'une perversion morale, que dans la vie sociale il se comportait comme femme et passait pour telle, qu'il avait la conviction intime d'appartenir au sexe féminin et une volonté, affirmée et appliquée, de se comporter comme tel dans la vie personnelle et sociale si bien qu'en refusant de tenir compte d'une modification morphologique réalisée à des fins et sous contrôle thérapeutique, et d'un changement vrai d'identité sexuelle, affirmé personnellement et reconnu socialement, la cour d'appel n'a pas assuré le respect de la vie privée de l'exposant, et son droit d'établir et d'entretenir des relations avec d'autres êtres humains, notamment dans le domaine affectif, pour le développement et l'accomplissement de sa propre personnalité au sens de l'article 8 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme, et a fait fausse application de l'article 99 du Code civil »

DOCUMENT 3 : Hermès ou Aphrodite : puisqu'il faut choisir, Recueil Dalloz 2017 p.1399, Jean-Philippe Vauthier, François Vialla, (Extrait)

« (...) *nec duo sunt et forma duplex, nec femina dici /nec puer ut possit, neutrumque et utrumque uidentur* » (« ils ne sont plus deux, mais une forme double, dont on ne peut dire si elle est fille ou garçon ; ils semblent n'être ni l'un ni l'autre et être l'un et l'autre »).

Ovide, *Métamorphoses*, 4, 375

L'arrêt rendu le 4 mai dernier ne trouve assurément pas sa source dans l'onde du lac de Carie, ni dans celle de la fontaine d'Halicarnasse. Nul ne doutera à la lecture de la décision que, visitant le musée du Louvre, les hauts magistrats ne seraient point troublés par l'« hermaphrodite endormi » et pourraient sans hésitation nous dire si, après sa rencontre avec la naïade Salmacis, Hermaphrodite, l'enfant d'Hermès/Mercure et d'Aphrodite/Vénus, est mâle ou femelle.

La décision rendue est sans concession : pas de sexe autre que féminin ou masculin à l'état civil. Telle est l'ultime position de la Cour de cassation lorsqu'est posée la question de la mention du sexe à l'état civil pour les personnes dites intersexuées. L'arrêt trouve son origine dans une affaire amplement commentée par la doctrine, mais qui a également bénéficié d'un large écho médiatique. Rappelons-en succinctement les faits.

D. est une personne déclarée à la naissance de sexe masculin et élevée comme tel par ses parents. Il présentait toutefois une ambiguïté sexuelle dès la naissance et, bien que son caryotype soit de type masculin, ses organes génitaux ont conservé à l'âge adulte des aspects à la fois masculins et féminins. Il vécut sans pouvoir se définir sexuellement, et tant son entourage que le corps médical s'accordent à dire que son assignation au sexe masculin relève de l'artifice. Par requête du 12 janvier 2015, il saisit le président du tribunal de grande instance (TGI) de Tours afin que son état civil soit rectifié en substituant la mention « sexe neutre » ou « intersexe » à celle de « sexe masculin ». Dans sa décision du 20 août 2015, le TGI a fait droit à sa demande et ordonné que l'acte de naissance de D. porte la mention « sexe : neutre ». Rappelons que neuter en latin est formé de la négation « ne » et du pronom interrogatif « uter » qui signifie « lequel des deux », « neuter » veut donc dire « aucun des deux ».

Les vers d'Ovide résonnent avec une force particulière : « neutrumque et utrumque uidentur ».

Sur appel du procureur de la République, la cour d'Orléans a, le 22 mars 2016, infirmé ce jugement et rejeté les demandes de D.

La Cour de cassation est donc à son tour appelée à se prononcer sur la possibilité de faire figurer la mention de sexe neutre à l'état civil. Le constat peut être dressé qu'aux incertitudes et aux doutes croissant des médecins sur les problématiques posées par les variations du développement sexuel (VDS) répondent en écho les convictions et certitudes de la haute juridiction. À l'appui de son pourvoi, D. avançait notamment que l'article 57 du code civil impose seulement que l'acte de naissance énonce « le sexe de l'enfant », sans que cette disposition ne prévoit aucune liste limitative des sexes pouvant être mentionnés pour son application. L'exigence de binarité était donc au cœur des débats. Pour la Cour de cassation, elle serait un des socles de notre société. Sa défense justifierait qu'elle soit imposée à chacun, quand bien même elle est en l'espèce considérée, par les médecins notamment, comme relevant de l'artifice.

L'auteur du pourvoi estimait également que le refus de faire figurer la mention de sexe neutre à son état civil portait atteinte à son droit au respect de la vie privée, tel que garanti par l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme. Sans grande surprise, la haute juridiction écarte ces arguments et affirme que « la loi française ne permet pas de faire figurer, dans les actes de l'état civil, l'indication d'un sexe autre que masculin ou féminin ». Elle considère que « la dualité des énonciations relatives au sexe dans les actes de l'état civil poursuit un but légitime en ce qu'elle est nécessaire à l'organisation sociale et juridique, dont elle constitue un élément fondateur (...) ». Dès lors, l'atteinte au droit au respect de la vie privée du demandeur n'était pas disproportionnée au regard du but légitime poursuivi et son pourvoi est en conséquence rejeté.

Le dénouement du litige n'étonne guère si l'on s'en tient à l'acception traditionnellement binaire de l'état des personnes quant à leur sexe. Mais, à bien y regarder, pareille issue n'allait pas nécessairement de soi. Comme le souligne Mme M. Gobert, « médicalement, ils ne sont ni homme ni femme ; ils n'appartiennent ni au sexe masculin, ni au sexe féminin, totale "aberration" dans un pays, la France, qui ne connaît que ces deux sexes. Mais ce caractère binaire, considéré comme la donnée fondamentale, a vécu ».

Aussi, la fragilité de la décision se dissimule-t-elle derrière son caractère très affirmatif (I), qui traduit un certain malaise quant à la question de la prise en compte juridique des personnes intersexuées. Il apparaît que seul le législateur pourrait lever les ambiguïtés du droit (II).

I - L'affirmation catégorique de la binarité

Le raisonnement tenu par la Cour de cassation est relativement simple. Elle constate, d'abord, que seules les mentions de sexe féminin ou masculin, à l'exclusion de toute autre, peuvent être portées à l'état civil des personnes. Elle se livre, ensuite, à une appréciation de la conformité de la situation au regard de l'article 8 de la Convention EDH selon les modalités définies par les juges strasbourgeois. Ainsi, si l'identité sexuelle relève bien de la sphère protégée par l'article 8 de la Convention, l'ingérence portée à ce droit par la loi, en refusant la mention d'un troisième sexe à l'état civil, poursuivrait un but légitime, en ce que la dualité serait nécessaire à l'organisation sociale et juridique, dont elle constituerait un élément fondateur.

La solution a l'apparence de la clarté, mais, derrière la force de l'affirmation, la recherche de son socle juridique, en l'absence de véritable motivation de la haute juridiction, laisse apparaître quelques failles. En effet, sans autre référence que celle opérée à « la loi française », la Cour ne précise pas sur quels fondements reposerait l'impossibilité d'inscrire une autre mention que féminin ou masculin à l'état civil. Comme l'a relevé le demandeur au pourvoi, l'article 57 du code civil ne l'interdit pas, ni les autres textes relatifs à l'état civil. Seul l'article 55 de la circulaire du 28 octobre 2011, relative aux règles particulières à divers actes de l'état civil relatifs à la naissance et à la filiation, traite de la question des enfants intersexes et suggère de retarder la mention du sexe à l'état civil « dans certains cas exceptionnel ». Outre que ce texte, issu d'une simple circulaire, pousse à l'accomplissement de certains actes chirurgicaux d'assignation sexuelle, soulevant la question de l'intérêt thérapeutique de tels actes, il convient de remarquer qu'il ne préconise que d'« éviter » de porter l'indication « de sexe indéterminé » dans l'acte de naissance de l'enfant, sans l'interdire expressément.

Pour la Cour de cassation, cependant, la binarité n'est aucunement discutable et imposerait qu'un choix soit arrêté dans les premiers jours, plus exceptionnellement les premiers mois ou années de l'enfant. Mais cette exigence peut-elle pour autant justifier les interventions

médico-chirurgicales ? Les dispositions de l'article 16-3, alinéa 1er, du code civil précisent que l'atteinte licite à l'intégrité corporelle requiert l'existence d'une « nécessité médicale » pour la personne. La nécessité juridique, si elle existe, ne saurait se confondre avec la nécessité médicale et seule la seconde justifie l'atteinte au corps du sujet. Ajoutons qu'avec les dispositions de la loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016, la question de l'« assignation » ou de la « réassignation » chirurgicale prend un tour nouveau. Avec les progrès de la médecine, la « pathologisation » contestable de la situation des personnes « intersexuées » et la « légitimation » des actes médico-chirurgicaux prennent également un tour nouveau. La possibilité d'un diagnostic prénatal des fœtus intersexués laisse, en effet, planer l'ombre de la demande d'interruption de grossesse.

Il semble que la haute juridiction se soit aussi attachée à d'autres textes que ceux qui régissent l'état civil. Le rapport de Mme Le Cotty se réfère aux nombreuses dispositions du droit français qui évoquent « l'un ou l'autre sexe » ou les « deux sexes ». Notons cependant que ces textes ont, pour l'essentiel d'entre eux, pour objet d'éviter une différence de traitement entre les femmes et les hommes, ce qui n'entre pas nécessairement en contradiction avec la reconnaissance d'un sexe neutre, ni avec la neutralisation de la mention de sexe en cas d'incertitude. Peut-être est-il paradoxal que la lutte contre l'inégalité de traitement passe par la différenciation imposée des êtres humains.

C'est toutefois dans cette base textuelle éparse que le principe de la binarité s'ancrerait, alors que rien ne s'oppose formellement à ce que l'état civil mentionne un sexe autre que féminin ou masculin.

Quelle serait la position de la Cour européenne des droits de l'homme si elle venait à être saisie ? Conclurait-elle à une violation de l'article 8 de la Convention ? Il est permis d'en douter : bien que le juge européen reconnaisse que le droit à l'identité sexuelle et à l'épanouissement personnel est un aspect fondamental du droit au respect de la vie privée, la question de la possibilité de faire figurer la mention d'un sexe neutre à l'état civil est loin de faire l'objet d'un consensus de la part des pays membres du Conseil de l'Europe. Seuls le Portugal, la Finlande et l'Allemagne permettent un assouplissement de l'inscription du sexe à l'état civil, sans toutefois admettre la mention d'un sexe neutre : les deux premiers en n'imposant pas de limite à l'enregistrement du sexe à l'état civil lorsqu'il n'est pas clairement identifiable, la dernière en permettant que le champ réservé à la mention du sexe ne soit pas renseigné pour les enfants présentant un diagnostic de « désordre de la différenciation sexuelle ».

Quoi qu'il en soit, la solution retenue dans cet arrêt mérite d'être débattue, tant du point de vue juridique que de celui des personnes intersexuées, et une évolution est souhaitable, mais il reste à savoir dans quelles conditions.

II - L'appel indirect au législateur

Selon la Cour de cassation, « la reconnaissance par le juge d'un "sexe neutre" aurait des répercussions profondes sur les règles du droit français construites à partir de la binarité des sexes et impliquerait de nombreuses modifications législatives de coordination ». Par cette affirmation, elle reconnaît, de façon plus subtile que la cour d'appel d'Orléans, que seul le législateur peut permettre l'admission en droit français de la mention d'un sexe neutre dans les actes de l'état civil. Comme le souligne Mme Le Cotty, « en tout état de cause, en application de l'article 34 de la Constitution, l'état des personnes relève de la seule compétence du législateur ». On peut s'étonner, voire regretter, « que la Cour de cassation ait laissé passer

l'occasion de jouer son "plein office normatif" (...) Comment comprendre qu'elle, plus rapidement au fait de la réalité sociale que le législateur, ne l'ait pas précédé »? On doit, encore, s'interroger sur l'argument émis par la Cour de cassation. Le rejet de la demande semble motivé par la portée qu'aurait sa décision si elle satisfaisait à la demande. On a connu la haute juridiction plus audacieuse et moins soucieuse d'épargner au législateur un travail de « modifications législatives de coordination ».

L'intervention du législateur est-elle cependant réellement nécessaire ? Non, si l'on considère que la loi, notamment l'article 57 du code civil, ne prévoit pas de liste exhaustive de sexes auxquels doivent être rattachées les personnes malgré ce qui s'est toujours pratiqué jusqu'alors. Ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus. Par ailleurs, quelles sont donc ces « nombreuses modifications législatives de coordination » redoutées ? L'arrêt du 4 mai 2017 ne les explicite pas, ni le rapport de Mme Le Cotty, pourtant très richement documenté.

Nombre d'auteurs s'accordent ainsi à dire que l'approche duale de la sexuation n'est plus guère aujourd'hui, si ce n'est pertinente, du moins utile. Il reste tout de même la délicate question de la filiation et de la procréation, mais ce « bastion » de la distinction femme/homme souffre déjà de certaines difficultés.

Pour autant, si l'intervention du législateur n'est pas indispensable, n'est-elle pas tout de même souhaitable ? La question reste ouverte, aussi peut-on comprendre le malaise des juges du Quai de l'Horloge. Le doyen Carbonnier ne rappelait-il pas qu'« il faut se garder d'une législation des cas cliniques »? Mais la loi permettrait assurément de consacrer de façon fiable et stable la place des personnes intersexuées dans l'ordre juridique, tout en garantissant la protection de leur vie privée.

Si la question de l'intersexuation est « inédite » pour les juridictions, ce n'est pas qu'elle est nouvelle, mais que les naissances d'enfants intersexes ressortissaient à un tabou d'un point de vue social, avec pour conséquence une marginalisation d'un point de vue juridique. Le doyen Nerson et Mme J. Rubellin-Devichi croyaient « fermement que le droit civil n'a pas à prendre en considération ces cas singuliers, et qu'une réglementation, quelle qu'elle soit, aurait justement pour conséquence de créer ce troisième sexe, à caractère discriminatoire, cette humanité de second ordre ».

Peut-on, toutefois, persister à ne pas reconnaître la situation des personnes intersexes au risque de la discrimination. Il faut se réjouir qu'aujourd'hui les préjugés soient en passe d'être dépassés. Comme le souligne M. C. Byk, le sexe devrait « être mis hors du droit à chaque fois que sa présence n'y serait pas nécessaire », et, afin d'éviter de stigmatiser et discriminer les personnes concernées, il devrait « pouvoir être envisagé d'effacer la mention du sexe sur tous les documents pour lesquels il n'est pas nécessaire de distinguer les sexes ».

Le droit a déjà su évoluer dans son rapport au sexe sur la question du changement de cette mention à l'état civil pour les personnes transidentitaires. M. B. Moron-Puech considère qu'il n'y a pas d'obstacle à ce que la procédure de changement de sexe à l'état civil mise en place par la loi bénéficie aux personnes intersexuées. Suivant cette évolution, les personnes intersexes revendiquent désormais le droit à être reconnues comme telles. Doit-on leur refuser ? Alors que l'intersexuation est une réalité anatomique, biologique, sociale..., il serait peut-être temps d'en faire une réalité juridique. Les insuffisances du droit positif sont pointées du doigt par un récent rapport sénatorial qui préconise, outre une évaluation de la circulaire du

28 octobre 2011 et des procédures qu'elle définit, que soit mise à l'étude une clarification légale de la situation des personnes intersexuées.

Plusieurs voies sont alors envisageables et d'ores et déjà explorées par des législations étrangères.

Créer une ou plusieurs autres mentions en sus de celles existantes, supprimer la mention de sexe comme élément distinctif de l'état des personnes maintenir la binarité en permettant que, dans le doute, la mention ne soit pas renseignée, définitivement ou temporairement, afin de laisser le temps à l'enfant d'atteindre le degré de maturité lui permettant de faire son choix. Assurément cette position soulève bien des questions et pourrait, entend-on, remettre en cause l'édifice juridique de l'égalité femme/homme et de la poursuite des discriminations fondée sur le sexe. L'argument n'est guère convaincant. L'appartenance ou la non-appartenance, « vraie ou supposée, à une ethnie, une Nation, une prétendue race ou une religion déterminée » (art. 225-1 c. pén.) n'est pas, en France, un élément de l'état civil. Cela n'empêche fort heureusement pas le droit de prohiber et sanctionner une discrimination raciale ou religieuse (art. 225-1 c. pén. ; notons que le texte prévoit que la sanction de la discrimination peut être fondée sur l'identité de genre). Il ne s'agit pas, que l'on se rassure, de faire disparaître le sexe de l'environnement juridique, mais plutôt de ne plus en faire un élément de catégorisation excluante pour ceux qui n'ont pas l'heur de rentrer dans les cases prédéfinies.

DOCUMENT 6 : Article 56 de la loi n°2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXIe siècle.

I. L'article 60 du code civil est ainsi rédigé :

« Art. 60.-Toute personne peut demander à l'officier de l'état civil à changer de prénom. La demande est remise à l'officier de l'état civil du lieu de résidence ou du lieu où l'acte de naissance a été dressé. S'il s'agit d'un mineur ou d'un majeur en tutelle, la demande est remise par son représentant légal. L'adjonction, la suppression ou la modification de l'ordre des prénoms peut également être demandée.

« Si l'enfant est âgé de plus de treize ans, son consentement personnel est requis.

« La décision de changement de prénom est inscrite sur le registre de l'état civil.

« S'il estime que la demande ne revêt pas un intérêt légitime, en particulier lorsqu'elle est contraire à l'intérêt de l'enfant ou aux droits des tiers à voir protéger leur nom de famille, l'officier de l'état civil saisit sans délai le procureur de la République. Il en informe le demandeur. Si le procureur de la République s'oppose à ce changement, le demandeur, ou son représentant légal, peut alors saisir le juge aux affaires familiales. »

II. Après la section 2 du chapitre II du titre II du livre Ier du même code, est insérée une section 2 bis ainsi rédigée :

« Section 2 bis

« De la modification de la mention du sexe à l'état civil

« Art. 61-5.-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 la modification.

« Les principaux de ces faits, dont la preuve peut être rapportée par tous moyens, peuvent être :

« 1° Qu'elle se présente publiquement comme appartenant au sexe revendiqué ;

« 2° Qu'elle est connue sous le sexe revendiqué de son entourage familial, amical ou professionnel ;

« 3° Qu'elle a obtenu le changement de son prénom afin qu'il corresponde au sexe revendiqué ;

« Art. 61-6.-La demande est présentée devant le tribunal de grande instance.

« Le demandeur fait état de son consentement libre et éclairé à la modification de la mention relative à son sexe dans les actes de l'état civil et produit tous éléments de preuve au soutien de sa demande.

« 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.

« Le tribunal constate que le demandeur satisfait aux conditions fixées à l'article 61-5 et ordonne la modification de la mention relative au sexe ainsi que, le cas échéant, des prénoms, dans les actes de l'état civil.

« Art. 61-7.-Mention de la décision de modification du sexe et, le cas échéant, des prénoms est portée en marge de l'acte de naissance de l'intéressé, à la requête du procureur de la République, dans les quinze jours suivant la date à laquelle cette décision est passée en force de chose jugée.

« Par dérogation à l'article 61-4, les modifications de prénoms corrélatives à une décision de modification de sexe ne sont portées en marge des actes de l'état civil des conjoints et enfants qu'avec le consentement des intéressés ou de leurs représentants légaux.

« Les articles 100 et 101 sont applicables aux modifications de sexe.

« Art. 61-8.-La modification de la mention du sexe dans les actes de l'état civil est sans effet sur les obligations contractées à l'égard de tiers ni sur les filiations établies avant cette modification. »

Document 5 : Cass. Civ. 1er, 7 juin 2012, n° 10-26.947

LA COUR DE CASSATION, PREMIÈRE CHAMBRE CIVILE, a rendu l'arrêt suivant :
Sur le moyen unique, pris en ses diverses branches :

Attendu, selon l'arrêt attaqué (Paris, 23 septembre 2010), que M. X..., né le 10 septembre 1983 à Séoul (Corée), a été déclaré à l'état civil, sous les prénoms d'Axel, Hugo, Suk, Jung comme étant de sexe masculin ; que, par acte du 11 septembre 2008, il a assigné le procureur de la République pour voir dire qu'il est de sexe féminin et se prénommera Axelle ; qu'il a produit, à l'appui de sa demande, divers certificats médicaux émanant de praticiens français et étrangers, dont l'un faisait état d'une intervention chirurgicale de " réassignation " sexuelle réalisée en Thaïlande le 3 juillet 2008 à la clinique B... ; que, par jugement du 17 février 2009, le tribunal de grande instance de Paris a ordonné, avant dire droit, une expertise médicale pluridisciplinaire confiée à un psychiatre, un endocrinologue et un gynécologue ; que M. X... s'étant opposé à cette mesure, le tribunal a rejeté sa demande ; que la cour d'appel, tout en ordonnant la rectification de son prénom, a refusé celle de la mention du sexe figurant sur son acte de naissance ;

Attendu que M. X... fait grief à l'arrêt de statuer ainsi, alors, selon le moyen :

1°/ que le droit au respect de sa vie privée et familiale commande que le changement de sexe d'une personne soit autorisé à chaque fois que son apparence physique la rapproche de l'autre sexe, auquel correspond son comportement social ; qu'en l'espèce, pour refuser de faire droit à la demande de changement de sexe, la cour d'appel s'est fondée sur le fait que l'exposante ait refusé de déférer à une expertise ayant pour objet, d'une part, de se prononcer sur l'origine du syndrome de **transsexualisme** et son évolution, d'autre part, de caractériser qu'elle ne présentait plus tous les caractères du sexe masculin ; qu'en statuant ainsi après avoir relevé que l'exposante était connue sous un prénom féminin, qu'elle avait la conviction d'appartenir au sexe féminin, qu'elle avait suivi divers traitements médico-chirurgicaux et que la réalité de sa vie sociale était celle d'une femme, ce qui était suffisant pour faire droit à la demande, la cour d'appel a violé l'article 8 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ;

2°/ que même s'il est exigé de la personne qui demande à changer de sexe de justifier présenter le syndrome du **transsexualisme**, de justifier d'un traitement médico-chirurgical et de justifier d'une apparence physique la rapprochant de l'autre sexe, auquel correspond son comportement social, la preuve de ces éléments n'est pas nécessairement rapportée par une expertise judiciaire mais peut être rapportée par les pièces produites par le demandeur, qui ne doivent pas être dénaturées ; qu'en l'espèce, l'exposante produisait notamment le certificat établi le 12 avril 2007 par M. Y... qui indiquait suivre la patiente « pour un syndrome typique de **transsexualisme** », le certificat établi le 16 janvier 2008 par M. Z..., qui certifiait la « suivre sur le plan hormonal pour **transsexualisme** primaire typique depuis le 1er juin 2006 » et qui soulignait que l'exposante était « éligible pour la réassignation chirurgicale, qu'elle attend légitimement », le certificat médical du psychiatre D... établi le 3 avril 2008 qui certifiait que la patiente « présente un syndrome de Benjamin typique ; il n'existe actuellement aucune contre-indication aux traitements médicaux et/ ou chirurgicaux nécessités pour la réassignation de genre demandée par le sujet », le certificat de M. B... qui détaillait l'opération réalisée et concluait que « l'opération est irréversible et change de manière permanente l'identité sexuelle masculine de M. X... pour une identité sexuelle féminine », le certificat médical établi le 26 mai 2009 par M. A..., postérieurement à l'opération, qui indiquait que « la chirurgie de réassignation des organes génitaux externe a été réalisée et est irréversible », le certificat médical du psychiatre D..., établi le 23 juillet 2009, qui soulignait que la patiente « a suivi un traitement hormonal et les interventions chirurgicales nécessaires pour que son aspect et son comportement soient désormais féminins », l'attestation de l'orthophoniste C..., en date du 27 mai 2009, qui témoignait que « actuellement la voix et l'apparence de l'exposante sont parfaitement féminines et concordantes » et l'attestation du docteur en psychopathologie fondamentale H... qui certifiait qu'elle avait pu « constater la cohérence entre les propos de Mlle X... et son identité de genre revendiquée » ; que ces pièces établissaient pleinement que l'exposante présentait le syndrome du **transsexualisme**, qu'elle avait subi un traitement chirurgical faisant d'elle une femme et que son apparence physique comme son comportement social étaient féminins, de sorte qu'en jugeant que ces pièces étaient insuffisantes pour prouver les conditions nécessaires au changement de sexe et en faisant grief à l'exposante de ne pas avoir déféré à l'expertise judiciaire ordonnée, la cour d'appel a dénaturé les pièces précédemment citées ;

3°/ que tout patient a le libre choix de son médecin et que constitue une discrimination illicite le fait de le priver de ses droits sous prétexte qu'il s'est fait opérer par un médecin exerçant hors de France ; qu'en se fondant, pour dire que l'exposante aurait dû se soumettre à

l'expertise judiciaire, sur le fait que le dossier complet exigé pour les patients opérés en France ne paraisse pas exigé par le chirurgien qui avait opéré l'exposante en Thaïlande et sur le fait que la notoriété scientifique et chirurgicale de ce chirurgien ne soit pas établie, pas plus que la pertinence de l'intervention pratiquée au regard des pratiques de la communauté médicale, la cour d'appel s'est prononcée par des motifs discriminatoires, violant ainsi les articles 8 et 14 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, ensemble l'article L. 1110-8 du code de la santé publique ;

Mais attendu que, pour justifier une demande de rectification de la mention du sexe figurant dans un acte de naissance, la personne doit établir, au regard de ce qui est communément admis par la communauté scientifique, la réalité du syndrome transsexuel dont elle est atteinte ainsi que le caractère irréversible de la transformation de son apparence ; qu'après avoir examiné, sans les dénaturer, les documents produits, et relevé, d'une part, que le certificat faisant état d'une opération chirurgicale effectuée en Thaïlande était lapidaire, se bornant à une énumération d'éléments médicaux sans constater l'effectivité de l'intervention, d'autre part, que M. X... opposait un refus de principe à l'expertise ordonnée par les premiers juges, la cour d'appel a pu rejeter sa demande de rectification de la mention du sexe dans son acte de naissance ; que le moyen n'est pas fondé ;

PAR CES MOTIFS :
REJETTE le pourvoi ;

Document 6 Cour d'appel de Montpellier 3ème Chambre B 15 mars 2017 N°
16/02691 (extrait)

COUR D'APPEL DE MONTPELLIER

3ème Chambre B

EXPOSÉ DU LITIGE

Monsieur Adrien Y..., né le 1er avril 1987, a été déclaré sur les registres de l'état civil comme étant de sexe masculin.

Par acte du 05 juin 2015, il a fait assigner le procureur de la

République devant le tribunal de grande instance de Montpellier afin de voir substituer, sur son acte de naissance, la mention « sexe masculin » par celle de « sexe féminin » et de voir changer ses prénoms.

Dans ses conclusions du 23 octobre 2015, le ministère public donnait un avis favorable à la demande, mais par jugement du 24 mars 2016, le tribunal déboutait Adrien Y... de sa demande de modification de sexe sur les registres de l'état civil et de ses demandes accessoires aux motifs qu'il ne rapportait pas la preuve du caractère irréversible de sa transformation, d'une personne de sexe masculin, en une personne de sexe féminin.

Suivant déclaration reçue au greffe le 31 mars 2016, Adrien Y... a régulièrement interjeté appel du jugement du 24 mars 2016.

Dans le dernier état de ses conclusions prises notamment au visa des articles 9, 57, 60 (ancien), 61-5 et suivants, 99 du code civil et 8 et 3 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et notifiées par voie électronique le 17 janvier 2017, l'appelant demande à la Cour de :

- infirmer le jugement dont appel,
- dire et juger recevable et fondée la demande de Monsieur Adrien,

Pierre, Marie, dit Madame « Aline, Marie, Albertine » Y...,

- ordonner que son acte de naissance soit rectifié en ce sens que la mention « sexe masculin » soit remplacée par la mention « sexe féminin »,
- ordonner également que son acte de naissance soit rectifié en ce sens que la mention « Adrien, Pierre, Marie » soit remplacée par celle de « Aline, Marie, Albertine »,
- ordonner la retranscription du dispositif du jugement à intervenir en marge de l'acte de naissance sur les registres de l'état civil,
- rappeler qu'en vertu de l'article 61-7 du code civil, la mention de la décision de modification du sexe et, le cas échéant, des prénoms est portée en marge de l'acte de naissance de l'intéressé à la requête du procureur de la République, dans les quinze jours suivant la date à laquelle cette décision est passée en force de chose jugée,
- ordonner qu'aucune expédition des actes d'état civil ne soit délivrée sans la mention desdites rectifications.

Adrien Y... fait notamment valoir que l'incohérence entre son apparence physique et son état civil porte continuellement atteinte à sa vie privée au sens des dispositions des articles 9 du code civil et 8 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme, de sorte qu'il se retrouve complètement isolé.

Il considère qu'il rapporte amplement la preuve du caractère irréversible de la transformation de son apparence au regard des traitements hormonaux et des opérations chirurgicales.

L'appelant précise que l'exigence de stérilisation ne pouvait être retenue comme élément de preuve du caractère irréversible de la transformation de son apparence, comme semble le faire le jugement critiqué, la Cour européenne des droits de l'homme ayant condamné un état membre en 2015 pour avoir imposé la condition de stérilité en préalable au changement de sexe d'une personne transsexuelle.

Enfin, il invoque le nouvel article 61-5 du code civil qui pose comme seule condition à la modification de la mention relative à son sexe dans les actes de l'état civil, la reconnaissance sociale dont la preuve peut être rapportée par trois types de faits. Il ajoute qu'il s'agit d'une liste de circonstances qui n'est, ni exhaustive, ni cumulative, contrairement à ce que prétend le Parquet général, et qu'en application du nouvel article 61-5 alinéa 4 du code civil, le changement de prénom ne saurait être une condition préalable à la modification de la mention du sexe à l'état civil, cette demande pouvant être formulée conjointement à celle de changement de la mention du sexe. De son côté, le Parquet général a notifié par voie

électronique le 14 décembre 2016 des conclusions tendant à la confirmation du jugement déferé.

Il fait valoir que cette décision a rejeté à bon droit la demande de l'appelant, dès lors que si la réalité du syndrome transsexuel est établi chez ce dernier, en revanche le caractère irréversible de la transformation de son apparence ne l'est pas.

Le Parquet général ajoute que le nouvel article 61-5 du code civil, d'application immédiate, impose à toute personne voulant se voir reconnaître un changement de sexe, de rapporter la preuve cumulative de trois séries de faits, dont le changement préalable de prénom correspondant au sexe revendiqué, ce qui n'est pas le cas en l'espèce. Cependant, à l'audience des débats, il s'en est remis sur ce point, à l'appréciation de la Cour. C'est en cet état des prétentions des parties que la procédure a été clôturée le 1er février 2017.

MOTIFS DE LA DÉCISION

Les dispositions des articles 61-5 et 61-6 du code civil, issus de la Loi no2016-1547 du 18 novembre 2016, applicables aux affaires en cours en vertu de l'article 114 de la Loi et qui constituent désormais le fondement juridique de la demande dont la Cour est saisie, énoncent :

« 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 la modification.

Les principaux de ces faits, dont la preuve peut être rapportée par tous moyens, peuvent être :

- 1 Qu'elle se présente publiquement comme appartenant au sexe revendiqué ;
- 2 Qu'elle est connue sous le sexe revendiqué de son entourage familial, amical ou professionnel ;
- 3 Qu'elle a obtenu le changement de son prénom afin qu'il corresponde au sexe revendiqué ;

La demande est présentée devant le tribunal de grande instance. Le demandeur fait état de son consentement libre et éclairé à la modification de la mention relative à son sexe dans les actes de l'état civil et produit tous éléments de preuve au soutien de sa demande.

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. Le tribunal constate que le demandeur satisfait aux conditions fixées à l'article 61-5 et ordonne la modification relative au sexe ainsi que, le cas échéant, des prénoms, dans les actes de l'état civil ». En application de ces nouveaux textes, pour justifier une demande de rectification de la mention du sexe figurant dans son acte de naissance, la personne ne doit plus établir, au regard de ce qui est communément admis par la communauté scientifique, la réalité du syndrome transsexuel dont elle est atteinte ainsi que le caractère irréversible de la transformation de son apparence, mais démontrer, par une réunion suffisante de faits dont la preuve peut être rapportée par tous moyens, qu'elle se présente publiquement comme appartenant au sexe revendiqué, qu'elle est connue sous le sexe revendiqué de son entourage familial, amical ou professionnel et/ ou qu'elle a obtenu le changement de son prénom afin qu'il corresponde au sexe revendiqué.

L'emploi, par le législateur, des termes « Les principaux de ces faits ... peuvent être », permet de considérer que l'énumération de ces faits et circonstances n'est ni exhaustive, ni cumulative.

En l'espèce, les pièces mises au débat par l'appelant, tant devant le premier juge qu'en appel, établissent que celui-ci se présente depuis plus de cinq ans auprès de l'ensemble de son entourage familial, amical et professionnel comme une personne de sexe féminin, prénommée Aline, ainsi qu'en attestent la dizaine d'attestations produites (pièces no4 à 13).

La reconnaissance sociale, posée par la loi nouvelle du 18 novembre 2016 comme seule condition à la modification de la mention du sexe à l'état civil, ressort également d'autres documents démontrant que cette reconnaissance ne se limite pas à son entourage familial et amical mais va bien au-delà, et constitue, pour l'intéressée, une présentation publique de sa personne depuis plusieurs années. En témoigne notamment son inscription à pôle emploi, ses billets SNCF, ses cartes de fidélité auprès de différentes enseignes ou les commandes effectuées par internet sur divers sites marchands, tous au nom de Y... Aline.

C'est en conséquence à juste titre que le jugement querellé relève que « Aline, Adrien Y... se présente à l'audience comme une personne de sexe féminin et justifie par les nombreuses attestations de sa famille et de ses proches, notamment professeurs et ancien compagnon, que son « côté féminin » était apparu très tôt, que personne n'a été surpris lorsqu'elle a annoncé sa volonté de transition et que chacun a pu constater combien elle était enfin épanouie dans une apparence sociale féminine ».

C'est de manière tout aussi pertinente et par des motifs que la Cour adopte que la décision entreprise fait état du certificat médical du 23 juillet 2013 établi par le médecin psychiatre traitant Adrien Y... depuis novembre 2011 et qui certifie chez l'intéressé « la réalité clinique d'un trouble précoce de l'identité de genre à type de transsexualisme primaire fiable et stable, indemne de toute pathologie psychiatrique surajoutée et caractérisé par une identification féminine originelle structurée et organisée » ainsi qu'un « mode de vie au féminin depuis septembre 2012 que le processus de transition déjà bien engagé apparaît nettement bienfaisant et thérapeutique eu égard à la dysphorie de genre péjorative antérieure ».

Il ressort de l'ensemble de ces éléments que l'appelant rapporte la preuve d'une réunion suffisante de faits démontrant que la mention relative à son sexe dans les actes de l'état civil ne correspond pas à celui dans lequel il se présente publiquement et dans lequel il est connu au sein de son entourage familial, amical et social. Adrien Y... remplissant les conditions posées par le nouvel article 61-5 du code civil, il convient d'infirmier le jugement entrepris, dès lors que la preuve du caractère irréversible de la transformation de son apparence n'est plus exigée, et d'ordonner la modification de la mention de son sexe sur son acte de naissance.

Enfin, la Cour, en application des dispositions de l'article 61-6 alinéa 4 du code civil, ordonne la modification des prénoms de l'intéressé, les prénoms « Aline, Marie, Albertine » venant se substituer à ceux de « Adrien, Pierre, Marie » ;

PAR CES MOTIFS,

La Cour, statuant hors la présence du public, contradictoirement et après débats en chambre du conseil, Infirme le jugement déféré en toutes ses dispositions,

Statuant à nouveau :

Ordonne que l'acte de naissance de Monsieur Adrien, Pierre, Marie Y... soit rectifié en ce sens que la mention « sexe masculin » soit remplacée par celle de « sexe féminin » et qu'à ses prénoms, soient substitués ceux de « Aline, Marie, Albertine »,

Ordonne la retranscription du dispositif du présent arrêt en marge de l'acte de naissance sur les registres de l'état civil,

Rappelle qu'en application des dispositions de l'article 61-7 du code civil, issu de la Loi no2016-1547 du 18 novembre 2016, la mention de la décision de modification du sexe et celle des prénoms est portée en marge de l'acte de naissance de l'intéressé, à la requête du procureur de la République, dans les quinze jours suivant la date à laquelle cette décision est passée en force de chose jugée,

Ordonne qu'aucune expédition des actes d'état civil sans la mention desdites rectifications ne soit délivrée,

Laisse les dépens à la charge de l'appelant.

Le GREFFIER, Le PRESIDENT,
SS/ BB

Document 7 : Communiqué de presse du greffier de la Cour, concernant l'arrêt rendu par la Cour européen des droits de l'Homme dans l'affaire A. P., Garçon et Nicot Contre france du 06.04.2017

L'obligation de subir une opération stérilisante ou un traitement entraînant une très forte probabilité de stérilité pour changer la mention du sexe à l'état civil viole le droit au respect de la vie privée

Dans son arrêt de **chambre1**, rendu ce jour dans l'affaire A. P., Garçon et Nicot c. France (requêtes nos 79885/12, 52471/13 et 52596/13), la Cour européenne des droits de l'homme dit qu'il y a eu :

par six voix contre une **violation de l'article 8 (droit au respect de la vie privée)** de la Convention européenne des droits de l'homme dans le chef de E. Garçon et S. Nicot à raison de l'obligation d'établir le caractère irréversible de la transformation de l'apparence ;

à la majorité, **non-violation de l'article 8** de la Convention dans le chef de E. Garçon à raison de l'obligation d'établir la réalité du syndrome transsexuel et dans le chef de A. P. à raison de l'obligation de subir un examen médical.

L'affaire concerne trois personnes transgenres de nationalité française qui souhaitent changer la mention de leur sexe et de leurs prénoms sur leur acte de naissance et qui se sont heurtées au refus des juridictions de l'État défendeur. Les requérants alléguaient notamment que le fait de conditionner la reconnaissance de l'identité sexuelle à la réalisation d'une opération entraînant une forte probabilité de stérilité portait atteinte à leur droit à la vie privée.

La Cour a notamment jugé que le fait de conditionner la reconnaissance de l'identité sexuelle des personnes transgenres à la réalisation d'une opération ou d'un traitement stérilisant qu'elles ne souhaitent pas subir revient à conditionner le plein exercice du droit au respect de la vie privée à la renonciation au plein exercice du droit au respect de l'intégrité physique.

Principaux faits

Les trois requérants sont des ressortissants français. Le premier requérant, A. P., est né en 1983 et réside à Paris (France). Le second requérant, E. Garçon, est né en 1958 et réside au Perreux-sur-Marne (France). Le troisième requérant, S. Nicot, est né en 1952 et réside à Essey-les-Nancy (France). Compte tenu de leur similitude, la Cour a jugé approprié de joindre les requêtes en application de l'article 42 § 1 de son règlement.

Le 11 septembre 2008, A. P. assigna le procureur de la République devant le Tribunal de grande instance de Paris (TGI) pour voir dire qu'il était désormais de sexe féminin et se prénomma A. (un prénom féminin). Il produisit quatre certificats médicaux justifiant sa demande, dont l'un attestait d'une opération de réassignation sexuelle réalisée en Thaïlande le 3 juillet 2008. Dans un jugement d'avant-dire droit du 17 février 2009, le tribunal ordonna la conduite d'une expertise sur les plans physiologique, biologique et psychologique. A. P. refusa de se soumettre à l'expertise en raison de son coût et de l'atteinte portée à son intégrité physique et morale. Par un jugement du 10 novembre 2009, le tribunal débouta A. P. La Cour d'appel de Paris confirma le jugement du tribunal en ce qu'il rejetait la demande de rectification de la mention de sexe mais ordonna la rectification des prénoms. Le 7 juin 2012, la Cour de cassation rejeta le pourvoi.

Le 17 mars 2009, E. Garçon assigna le procureur de la République devant le TGI de Créteil pour voir dire qu'il était désormais de sexe féminin et se prénomma Émilie. Il renvoyait à une attestation établie par un psychiatre en 2004, attestation qui certifiait qu'il était une personne transgenre mais qui ne fut pas versée aux débats. Le 9 février 2010, le tribunal jugea que, faute d'avoir démontré le syndrome allégué, E. Garçon devait être débouté de ses demandes. La Cour d'appel de Paris confirma le jugement. Le 13 février 2013, la Cour de cassation rejeta le pourvoi.

Le 13 juin 2007, S. Nicot assigna le procureur de la République devant le TGI de Nancy pour voir dire qu'il était désormais de sexe féminin et se prénomma Stéphanie. Le 7 novembre 2008, le tribunal sursit à statuer et ordonna de verser aux débats les documents médicaux relatifs au traitement médical et chirurgical de nature à justifier l'effectivité de son changement de sexe. S. Nicot refusa de produire ces documents. Par un jugement rendu le 13 mars 2009, le tribunal rejeta en conséquence sa demande. La Cour d'appel de Nancy confirma le jugement. Le 13 février 2013, la Cour de cassation rejeta le pourvoi.

Griefs, procédure et composition de la Cour

Invoquant l'article 8 (droit au respect de la vie privée), A. P., E. Garçon et S. Nicot se plaignaient de ce que la rectification de la mention de leur sexe sur leur acte de naissance était conditionnée au caractère irréversible de la transformation de leur apparence. E. Garçon se plaignait en outre de ce que la condition de preuve du syndrome transsexuel portait atteinte à la dignité des personnes concernées. A.P. se plaignait enfin de ce que les expertises médicales imposées par les juridictions internes constituaient, au moins potentiellement, des traitements dégradants.

Invoquant l'article 14 (interdiction de discrimination) combiné avec l'article 8, E. Garçon et S. Nicot soutenaient que subordonner le changement d'état civil à la preuve d'un syndrome de transsexualisme ou de dysphorie de genre et à la preuve d'avoir subi un processus irréversible de changement de sexe, revenait à réserver l'exercice de ce droit aux personnes transsexuelles et à en priver les personnes transgenres.

A. P. se plaignait d'une violation de l'article 6 (droit à un procès équitable) résultant de ce que les juridictions internes auraient commis une erreur manifeste d'appréciation en concluant qu'ayant refusé de se plier à une expertise médicale, la preuve d'une transformation irréversible de son apparence n'avait pas été apporté alors qu'A. P. avait produit un certificat médical à cet effet.

L'arrêt a été rendu par une chambre de sept juges composée de :

Angelika **Nußberger** (Allemagne), *présidente*, André **Potocki** (France),
Faris **Vehabović** (Bosnie-Herzégovine), Yonko **Grozev** (Bulgarie),
Carlo **Ranzoni** (Liechtenstein), Mārtiņš **Mits** (Lettonie),
Lətif **Hüseynov** (Azerbaïdjan), ainsi que de Milan **Blaško**, *greffier adjoint de section*.

Décision de la Cour

Article 8

La Cour constate que, devant les juridictions internes, A. P. n'a pas remis en cause la condition d'irréversibilité de la transformation de l'apparence alors posée par le droit français mais a cherché à faire valoir qu'il remplissait cette condition au moyen d'un certificat établi à l'étranger. Il n'a donc pas épuisé les voies de recours interne et cette partie de sa requête est de ce fait irrecevable.

S'agissant de la contestation par les deux autres requérants de cette condition d'irréversibilité de la transformation de l'apparence pour faire droit aux demandes de changement de la mention du sexe à l'état civil, le Gouvernement ne conteste pas que l'article 8 s'applique aux présentes affaire sous son volet « vie privée », en ce qu'il comprend le droit à l'identité sexuelle. La Cour observe d'abord que la condition contestée impliquait la réalisation d'une opération ou d'un traitement médical entraînant une très forte probabilité de stérilité. De plus, l'intégrité physique et l'identité sexuelle de personnes étant en jeu, la Cour retient une marge d'appréciation restreinte de l'État défendeur. La Cour observe que le fait de conditionner la reconnaissance de l'identité sexuelle des personnes transgenres à la réalisation d'une opération ou d'un traitement stérilisant qu'elles ne souhaitent pas subir revenait à conditionner le plein exercice du droit au respect de la vie privée à la renonciation au plein exercice du droit au respect de l'intégrité physique. La Cour juge qu'il y a une rupture du juste équilibre que les États parties sont tenues de maintenir entre l'intérêt général et les intérêts des personnes concernées. Elle estime dès lors que la condition d'irréversibilité de la transformation de l'apparence s'analyse en un manquement par l'État défendeur à son obligation positive de garantir le droit au respect de la vie privée. La Cour conclut à cet égard à la violation de l'article 8.

S'agissant de la condition de réalité du syndrome transsexuel posée par le droit français pour faire droit aux demandes de changement de sexe, la Cour observe qu'il existe un large consensus entre les États membres en la matière et que cette condition ne met pas directement en cause l'intégrité physique des individus. La Cour en déduit que, même si l'identité sexuelle des personnes est en jeu, les États conservent une large marge d'appréciation quant à la décision de poser une telle condition. En conséquence, l'État défendeur n'a pas manqué à son obligation positive de garantir le droit à la vie privée d'E. Garçon. La Cour conclut qu'il n'y a pas eu à cet égard violation de l'article 8.

S'agissant enfin de l'obligation de subir un examen médical dénoncée par A. P., la Cour constate que l'expertise litigieuse a été décidée par un juge dans le cadre de l'administration de la preuve, domaine dans lequel la Cour reconnaît aux États parties une large marge de manœuvre. La Cour retient que, même si l'expertise impliquait un examen de l'intimité génitale, l'ampleur de l'ingérence potentielle dans l'exercice de son droit au respect de sa vie privée mérite d'être significativement relativisée. Cette circonstance ne caractérise donc pas un manquement par l'État défendeur à son obligation

positive de garantir le droit à la vie privée d'A. P. Il n'y a donc pas eu violation de l'article 8 à cet égard.

Article 14 combiné avec l'article 8

La Cour constate que cette partie de la requête est recevable. Elle estime cependant, eu égard au constat de violation de l'article 8 de la Convention auquel elle est parvenue dans le chef d'E. Garçon et de S. Nicot à raison de l'obligation d'établir le caractère irréversible de la transformation de l'apparence qu'il n'est pas nécessaire qu'elle se prononce séparément sur le grief fondé sur l'article 14 combiné avec cette disposition.

Article 6 § 1

La Cour constate que cette partie de la requête est recevable. Elle estime cependant que les faits dénoncés par A. P. ne posent, au regard de l'article 6 § 1, aucune question distincte de celles qu'elle a déjà tranchées sur le terrain de l'article 8. Elle conclut qu'il n'y a donc pas lieu d'examiner cette partie de la requête.

Satisfaction équitable (Article 41)

La Cour considère que, dans les circonstances de l'espèce, le constat de violation de l'article 8 de la Convention constitue une satisfaction équitable suffisante, et juge raisonnable d'octroyer à E. Garçon et S. Nicot, chacun, 958,40 EUR pour frais et dépens.

Opinion séparée

Le juge Ranzoni a exprimé une opinion dissidente.



UNIVERSITÉ DE MONTPELLIER
FACULTÉ DE DROIT ET DE SCIENCE POLITIQUE

Droit des personnes et des familles
LICENCE 1^{ère} ANNÉE – GROUPE C
Cours de Monsieur le **Professeur François VIALLA**
Plaquette de travaux dirigés

Equipe pédagogique :

M. Vincent GIRIN
M. Mickaël KRKAC
Mlle. Elise LAMARRE
M. Léo ROQUE
M. Thomas VIALLA

Année 2017-2018 - Semestre 2

Séance 4 : L'état civil - Partie II

I. DOCUMENT :

Document 1 : Cass. Ass. Plén, 3 juillet 2015, n° 15-50.002

Document 2 Cour de cassation Première chambre civile 5 juillet 2017 n° 16-16.455

Document 3 : LAMBERT-GARREL (Lucile), « Une nouvelle étape en demi-teinte vers la reconnaissance du "second parent" des enfants nés de GPA à l'étranger », RDS, n° 79, 2017, p. 693-694.

Document 4 : Jacques FOYER, Réception en France des Gestation pour autrui étrangères, Répertoire de droit international, Dalloz, Décembre 2017

II EXERCICE :

Commenter : **Cass. Ass. Plén, 3 juillet 2015, n° 15-50.002**

Résoudre le cas pratique suivant :

Cas pratique : Mr Patrick Vrouven, de nationalité Franco-Belge est allé une fois en Ukraine pour utiliser les services de mère-porteuse de la Clinique Khudobu. Après quelques temps, la mère porteuse, Mme Catharina Krolik donne naissance au petit Sergei Vrouven. Toutefois, la compagne de Mr Patrick Vrouven, Josseline Vrouven a demandé au juge Ukrainien de l'inscrire en tant que mère sur l'état civil ukrainien de Sergei. Demande qui lui a été concédée. Toutefois, Mr Vrouven et sa compagne vous demande si l'état civil ukrainien de leur enfant pourra être retranscrit à l'identique sur le registre français.

Document 1 : Cass. Ass. Plén, 3 juillet 2015, n° 15-50.002

Sur le moyen unique :

Attendu, selon l'arrêt attaqué (Rennes, 16 décembre 2014), que Y... X..., reconnue par M. X...le 1er février 2011, est née le 30 mai 2011, à Moscou ; que son acte de naissance, établi en Russie, désigne M. Patrice X..., de nationalité française, en qualité de père, et Mme Lilia Z..., ressortissante russe, qui a accouché de l'enfant, en qualité de mère ; que le procureur de la République s'est opposé à la demande de M. X...tendant à la transcription de cet acte de naissance sur un registre consulaire, en invoquant l'existence d'une convention de gestation pour autrui conclue entre M. X...et Mme Z... ;

Attendu que le procureur général fait grief à l'arrêt d'ordonner la transcription, alors, selon le moyen :

1°/ qu'en l'état du droit positif, il est contraire au principe de l'indisponibilité de l'état des personnes, principe essentiel du droit français, de faire produire effet, au regard de la filiation, à une convention portant sur la gestation pour le compte d'autrui, qui, fût-elle licite à

l'étranger, est nulle d'une nullité d'ordre public aux termes des articles 16-7 et 16-9 du code civil, tel qu'affirmé par la jurisprudence de la Cour de cassation ;

2°/ qu'est justifié le refus de transcription d'un acte de naissance établi en exécution d'une décision étrangère, fondé sur la contrariété à l'ordre public international français de cette décision. Cette solution, qui ne prive pas l'enfant de sa filiation paternelle, ni de la filiation maternelle que le droit de l'État étranger lui reconnaît, ni ne l'empêche de vivre au foyer de M. Patrice X..., ne porte pas atteinte au droit au respect de la vie privée et familiale de cet enfant au sens de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme, non plus qu'à son intérêt supérieur garanti par l'article 3 § 1 de la Convention internationale des droits de l'enfant ;

Mais attendu qu'ayant constaté que l'acte de naissance n'était ni irrégulier ni falsifié et que les faits qui y étaient déclarés correspondaient à la réalité, la cour d'appel en a déduit à bon droit que la convention de gestation pour autrui conclue entre M. X...et Mme Z... ne faisait pas obstacle à la transcription de l'acte de naissance ; que le moyen n'est pas fondé ;

PAR CES MOTIFS :
REJETTE le pourvoi ;

Laisse les dépens à la charge du Trésor public ;

Ainsi fait et jugé par la Cour de cassation, siégeant en assemblée plénière, et prononcé le trois juillet deux mille quinze par mise à disposition de l'arrêt au greffe de la Cour, les parties ayant été préalablement avisées dans les conditions prévues au deuxième alinéa de l'article 450 du code de procédure civile.

Document 2 Cour de cassation Première chambre civile 5 juillet 2017 n° 16-16.455

Attendu, selon l'arrêt attaqué, que l'enfant Matthew X...est né le 14 août 2006, à Victorville (Californie, Etats-Unis d'Amérique) de Mme Y..., de nationalité américaine, qui avait conclu avec M. X..., de nationalité française, une convention de gestation pour autrui ; qu'il a été reconnu par Mme Y... et M. X... ; que, le 1er novembre 2013, ce dernier a épousé M. Z..., de nationalité française, auquel il était lié par un pacte civil de solidarité depuis 2004 ; que, par requête du 3 juillet 2014, M. Z... a saisi le tribunal de grande instance d'une demande d'adoption simple de l'enfant Matthew ;

Sur le premier moyen, pris en sa troisième branche :

Vu les articles 353 et 361 du code civil, ensemble les articles 3, § 1, de la Convention de New-York du 20 novembre 1989 relative aux droits de l'enfant et 8 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ;

Attendu que, selon le premier de ces textes, l'adoption est prononcée à la requête de l'adoptant par le tribunal qui vérifie si les conditions de la loi sont remplies et si l'adoption est conforme à l'intérêt de l'enfant ; que, selon les deux derniers, l'enfant a droit au respect de sa vie privée et familiale et, dans toutes les décisions qui le concernent, son intérêt supérieur doit être une considération primordiale ;

Attendu que, pour rejeter la demande d'adoption simple, l'arrêt retient que la naissance de l'enfant résulte d'une violation, par M. X..., des dispositions de l'article 16-7 du code civil, aux termes duquel toute convention portant sur la procréation ou la gestation pour le compte d'autrui est nulle d'une nullité d'ordre public ;

Qu'en statuant ainsi, alors que le recours à la gestation pour autrui à l'étranger ne fait pas, en lui-même, obstacle au prononcé de l'adoption, par l'époux du père, de l'enfant né de cette procréation, si les conditions légales de l'adoption sont réunies et si elle est conforme à l'intérêt de l'enfant, la cour d'appel a violé les textes susvisés ;

Et sur le second moyen, pris en sa deuxième branche :

Vu les articles 348 et 361 du code civil ;

Attendu, selon le premier de ces textes, que lorsque la filiation de l'enfant est établie à l'égard de son père et de sa mère, ceux-ci doivent consentir l'un et l'autre à l'adoption ;

Attendu que, pour rejeter la demande d'adoption, l'arrêt retient encore que le consentement initial de Mme Y..., dépourvu de toute dimension maternelle subjective ou psychique, prive de portée juridique son consentement ultérieur à l'adoption de l'enfant dont elle a accouché, un tel consentement ne pouvant s'entendre que comme celui d'une mère à renoncer symboliquement et juridiquement à sa maternité dans toutes ses composantes et, en particulier, dans sa dimension subjective ou psychique ;

Qu'en statuant ainsi, par des motifs inopérants, alors qu'elle constatait l'existence, la sincérité et l'absence de rétractation du consentement à l'adoption donné par la mère de l'enfant, la cour d'appel a violé les textes susvisés ;

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

CASSE ET ANNULE, en toutes ses dispositions, l'arrêt rendu le 24 mars 2016, entre les parties, par la cour d'appel de Dijon ; remet, en conséquence, la cause et les parties dans l'état où elles se trouvaient avant ledit arrêt et, pour être fait droit, les renvoie devant la cour d'appel de Paris ;

Document 3 : LAMBERT-GARREL (Lucile), « Une nouvelle étape en demi-teinte vers la reconnaissance du "second parent" des enfants nés de GPA à l'étranger », RDS, n° 79, 2017, p. 693-694.

Les juges du quai de l'Horloge viennent de rendre leur copie. La Cour de cassation a tranché, sans véritable surprise, en faveur de la retranscription partielle à l'état civil du parent « social » ou « d'intention », pour des enfants nés de mère porteuse à l'étranger. Cela ne signifie pas, pour autant, que les états civils de tous ces enfants pourront être transcrits. La haute juridiction a refusé, en effet, la transcription automatique dans la mesure où, ne l'oublions pas, la pratique de la maternité de substitution reste prohibée en France (art. 16-7 et 16-9 C. civ.). Le cas échéant, cela reviendrait à accepter et à normaliser la pratique.

Les juges de cassation nuancent ainsi leur position selon le cas qui leur est soumis. Précisons, à titre liminaire, ce que recouvre la notion de parent « d'intention » ou parent « social ». Dans

un couple d'hommes, le parent d'intention est le « second » père, celui qui n'a pas donné son sperme pour concevoir l'enfant. Dans un couple homosexuel féminin ou un couple hétérosexuel, la mère « d'intention » est celle qui n'a pas accouché, peu importe son lien biologique avec l'enfant.

Dans la première affaire (arrêt n° 824 du 5 juillet 2017, n° 15-28.597), il est question de savoir si, dans un couple hétérosexuel, la mère « sociale » peut être reconnue comme parent. La solution apportée par la Cour de cassation est qu'« en cas de GPA réalisée à l'étranger, l'acte de naissance peut être transcrit sur les registres de l'état civil français en ce qu'il désigne le père, mais pas en ce qu'il désigne la mère d'intention, qui n'a pas accouché ». « L'article 47 du Code civil ne permet de transcrire à l'état civil français que ceux des actes étrangers dont les énonciations sont conformes à la réalité : il est donc impossible de transcrire un acte faisant mention d'une mère qui n'est pas la femme ayant accouché » (voir communiqué de presse). La position des hauts magistrats confirme celle adoptée par les juges du fond. La transcription n'est que partielle.

Dès lors, le sort à réserver à la mère « d'intention » reste en suspens. Conscients des critiques à venir, les juges de cassation se défendent de toute atteinte disproportionnée au droit au respect de la vie privée et familiale de l'enfant (art. 8 Conv. EDH) dans la mesure où « les autorités françaises n'empêchent pas ce dernier [l'enfant] de vivre en famille, qu'un certificat de nationalité française lui est délivré et qu'il existe une possibilité d'adoption par l'épouse ou l'époux du père ».

Dans la deuxième affaire, jugée conjointement, il s'agit de trancher, au sujet de l'adoption de l'enfant du conjoint dans un couple de même sexe, la fameuse question de distinguer ou pas selon le mode de conception du nouveau-né sachant que le législateur ne l'opère pas (art. 345-1 C. civ.). La haute juridiction a estimé qu'une GPA réalisée à l'étranger « ne fait pas obstacle, à elle seule, à l'adoption de l'enfant par l'époux du père ». Cette décision est à rebours de la position adoptée par le tribunal dijonnais (v. arrêt n° 826 du 5 juillet 2017, n° 16-16.455. – casse et annule CA Dijon, 24 mars 2016, v. notamment notre commentaire « Un homme ne peut pas adopter l'enfant issu d'une GPA de son conjoint », *RDS*, n° 72, p. 551).

Ainsi, les juges se sont-ils calqués sur l'évolution de leur jurisprudence à propos de l'adoption au sein des couples de femmes d'enfant né d'une insémination avec tiers donneur (IAD) à l'étranger en dépit de l'interdiction absolue de la GPA. Il appartient, toutefois, au juge de vérifier que les conditions légales de l'adoption sont réunies et qu'elle est conforme à l'intérêt de l'enfant (art. 353 C. civ. ; art. 3 § 1 Conv. NY relative aux droits de l'enfant).

En pareille hypothèse, le choix était difficile. Il ne pouvait être que celui « du moindre mal ». Même si la voie de l'adoption choisie par les juges se révèle plus conforme à la réalité biologique, il n'en demeure pas moins qu'elle n'apporte aucune garantie pour lutter contre les risques d'un marché de la procréation humaine.

La position française ambiguë d'interdire formellement la pratique de la GPA tout en reconnaissant ses effets est-elle soutenable à long terme ?

Un vent contraire soufflera-t-il de la Cour européenne des droits de l'Homme ? Pour l'instant, les juges strasbourgeois s'en tiennent à faire reconnaître le lien de filiation entre l'enfant et

son parent biologique dans l'état civil français. Ils ne se sont pas encore prononcés sur le devenir de l'autre parent, le parent « d'intention ». Le débat est encore loin d'être clos !

Document 4 : Jacques FOYER, Réception en France des Gestation pour autrui étrangères, Répertoire de droit international, Dalloz, Décembre 2017

Section 1 - Réception en France des gestations pour autrui étrangères

215. Il paraît préférable d'exposer, en premier, les différents arguments pro et contra sur la réception ou non de la GPA en France (V. infra, nos 216 s.), avant d'exposer les réponses qui lui ont été apportées par le droit positif et spécialement la jurisprudence (V. infra, nos 229 s.).

Actualisation

215 s. Revirement de la Cour de cassation. - Ces arrêts de l'Assemblée plénière de la Cour de cassation opèrent un revirement de la position de la Cour en disposant que la convention de GPA conclue entre les parties, dont l'une est française, ne fait pas obstacle à la transcription sur les registres de l'état civil français des actes de naissance établis à l'étranger et rédigés dans les formes usitées dans ce pays, lorsque ceux-ci ne sont ni irréguliers, ni falsifiés et que les faits qui y sont déclarés correspondent à la réalité, en particulier en ce qui concerne l'identité des parents biologiques au regard de l'article 47 du code civil et de l'article 7 du décret du 3 août 1962 (Cass., ass. plén., 3 juill. 2015, nos 14-21.323 et 15-50.002, D. 2015. 1438, obs. Gallmeister - V. Bioéthique).

Art. 1 - Querelle doctrinale

216. Deux camps, difficilement conciliables, s'opposent : pour certains, il faut privilégier l'intérêt de l'enfant issu de ce procédé (V. infra, nos 217 s.) ; pour d'autres, il est nécessaire d'interdire le tourisme procréatif (V. infra, nos 220 s.). Ce sont en réalité deux conceptions de la morale sociale qui s'opposent, encore que certains auteurs appartiennent en même temps aux deux camps et que l'on débouche ainsi sur la quadrature du cercle : comment protéger l'enfant né de ces pratiques tout en continuant à interdire la GPA et, à un moindre titre, la PMA ?

§ 1 - Défense de l'intérêt de l'enfant

217. Cette thèse est défendue par de très nombreux auteurs, avec des nuances (V. not. LAGARDE, Rev. crit. DIP 2009. 320 - FULCHIRON et BIDAUD-GARON, Dans les limbes du droit. À propos de la situation des enfants nés à l'étranger avec l'assistance d'une mère porteuse, D. 2013. Chron. 2349 - BERTHIAU et BRUNET, article préc. [supra, no 28], D. 2011. Chron. 1522 - BOLLÉE, JDI 2009. 577 - GODECHOT-PATRIS, L'enfant venu d'ailleurs face à l'interdit. Perspective de droit international privé, in Au-delà des codes, Mélanges en l'honneur de Marie-Stéphane Payet, 2012, Dalloz, p. 293. - MURAT, Dr. fam. 2002. 16 ; Gestation pour autrui : les palinodies de la cour d'appel de Paris, Dr. fam., juin 2009. 27. - FARGE, Quand la promotion internationale de l'ordre public français aboutit à une solution boiteuse inadmissible, Dr. fam., sept.-oct. 2010. 23. - de GEOUFFRE de La PRADELLE, D. 2010. 1683 - CALLÉ, Defrénois 2014. 633, art. 116j7, et art. 118h5, 2014. 1318. - DIONISI-PEYRUSSE, note AJ fam. 2013. 532 - MARGUÉNAUD, La revalorisation de l'intérêt de l'enfant né à l'étranger d'une gestation pour autrui, RTD civ. 2014. 835 - VIGANOTTI, Gaz. Pal. 23-24 juill. 2014, p. 13. - Adde : BANDRAC, DELAISI de PARCEVAL, DEPAGT-SEBAG, Repenser la prohibition de la gestation pour autrui ?, D. 2008. 434).

218. En simplifiant, deux séries d'arguments sont présentés en faveur d'une réception en France des GPA pratiquées à l'étranger. En premier lieu, on stigmatise le sort réservé aux enfants innocents. « Ne punissez pas les enfants des fautes de leurs pères », écrivent H. FULCHIRON et C. BIDAUD-GARON (D. 2014. Chron. 1773 ; V. article cité infra, no 255). Le refus de la reconnaissance de la filiation frappe celle-ci de clandestinité juridique et empêche la communauté de vie effective et affective des enfants et de leurs parents (V. les arguments développés devant la CEDH, dans ses arrêts du 26 juin 2014 et, sur ceux-ci entre autres, VIGANOTTI, Gaz. Pal. 23-24 juill. 2014, p. 13 s.). L'impossibilité d'obtenir des actes de l'état civil français complique concrètement la vie familiale dans l'accomplissement de diverses formalités administratives, scolaires ou autres... et plus particulièrement la difficulté d'obtenir la nationalité française ou

d'hériter de leurs parents. « On fait peser sur les enfants les conséquences du choix malheureux des parents. Autrement dit, on fait payer aux enfants les errements des parents (VIGANOTTI, p. 14). On s'interroge aussi sur le sort réservé à ces enfants en cas de refus de la transcription de leur acte de naissance.

219. En second lieu, l'argument essentiel est fondé sur la contrariété aux textes internationaux, comme l'article 8 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (Conv. EDH) et l'article 3 de la Convention internationale des droits de l'enfant (CIDE) qui proclament sous plusieurs formes le respect de l'intérêt de l'enfant, la protection de la vie familiale et le respect de la vie privée. Ce sont les arguments qui seront retenus par la CEDH en 2014 (V. infra, nos 249 s.). Ces divers arguments n'ont pas convaincu plusieurs auteurs qui se placent sur un plan entièrement différent.

§ 2 - Condamnation du tourisme procréatif

220. Les adversaires les plus déterminés de la réception des GPA en France sont nombreux. L'un des plus déterminés est Jean HAUSER (V. not. ses différentes observations, RTD civ. 2007. 556 ; RTD civ. 2009. 106 ; RTD civ. 2010. 96 ; RTD civ. 2010. 317 ; RTD civ. 2012. 302 ; RTD civ. 2013. 586 ; RTD civ. 2013. 816 ; RTD civ. 2014. 355 ; et, en dernier lieu : La délocalisation de la fabrication des enfants : avis... de tempête, RTD civ. 2014. 872). Mais il n'est pas le seul (V. aussi MIRKOVIC, PMA, GPA : La controverse juridique, 2014, éd. Téqui ; Mère porteuse : maternité indéterminée, Dr. fam. 2009. Étude 24. - NEIRINCK, Dr. fam., juin 2009. 27. - CHÉNEDÉ, obs. AJ fam. 2013. 532 ; et note [infra, no 249], D. 2014. 1797, note Chénéde . - Adde, la très vive critique de : FABRE-MAGNAN, note D. 2013. 2384 ; La gestation pour autrui, fictions et réalité, 2013, Fayard. - V., sur cet ouvrage, l'analyse bibliographique de PIMONT et FORRAY, RTD civ. 2013. 455 s.). Les arguments présentés par ces auteurs sont nombreux. Ils ont d'ailleurs reçu l'appui d'hommes politiques, tels J. DELORS et L. JOSPIN, et d'associations féministes, dans une lettre adressée au président de la République, ainsi que dans une déclaration du Premier ministre M. VALLS.

221. L'argument principal est fondé sur l'article 16-7 du code civil, issu de la loi bioéthique du 29 juillet 1994, aux termes duquel : « Toute convention portant sur la procréation ou la gestation pour le compte d'autrui est nulle ». L'article 16-9 ajoute : « Les dispositions du présent chapitre sont d'ordre public » (V. l'abondante bibliographie citée sous cet article, dans le code civil 2015, Dalloz. - V. Bioéthique). Sans le dire expressément, la règle se fonde, comme l'avait fait l'assemblée plénière de la Cour de cassation dans son arrêt du 31 mai 1991 (Cass., ass. plén., 31 mai 1991, no 90-20.105 . - V. infra, no 231), sur l'atteinte à l'indisponibilité du corps humain et sur l'indisponibilité de l'état des personnes. Cette interdiction de la gestation pour autrui a été confirmée par la loi no 2011-814 du 7 juillet 2011 relative à la bioéthique. Comme l'a remarqué Jean-Christophe GALLOUX (Droits et libertés corporels, D. 2012. Pan. 308 , spéc. p. 319), « les deux assemblées et le gouvernement ont été unanimes sur ce point : les condamnations de l'Académie de médecine et du Conseil d'État, prononcées en 2009 [...] ont incontestablement pesé sur ce refus. La position du législateur français a reçu un nouveau soutien de la part du Parlement européen [...] Dans une résolution du 5 avril 2011, il dénonce cette pratique comme une violence faite aux femmes qui sont vues comme des marchandises sur le marché international de la reproduction ». À quoi sert d'affirmer aussi solennellement de tels principes, si l'on en autorise la violation ?

222. Il semble que l'on puisse opposer également à la réception de la GPA de nombreuses autres critiques : elles s'appuient sur les dangers du tourisme procréatif, sur le comportement des parents d'intention et enfin sur les conséquences redoutables de l'admission des GPA en France.

223. Que la pratique du tourisme dit procréatif (V., sur celui-ci, LEMOULAND, Le tourisme procréatif, LPA 28 mars 2001, p. 24 s.) soit discutable, peu en doutent (V., pour une appréhension objective de cette pratique, FULCHIRON, La lutte contre le tourisme procréatif : vers un instrument de coopération internationale ?, JDI 2014. 563. - FULCHIRON et GUILLARTE MARTIN-CALERO, L'ordre public international à l'épreuve des droits de l'enfant : non à la GPA, oui à l'intégration de l'enfant dans sa famille. À propos de la décision du Tribunal supremo espagnol du 6 février 2014, Rev. crit. DIP 2014. 531).

La terminologie employée est en elle-même discutable. Parler de tourisme procréatif est un moyen de gommer les aspects répréhensibles de la GPA. L'expression ne peut faire oublier que le tourisme n'est pas nécessairement innocent : on pense au tourisme sexuel, à celui d'avortement ou à celui d'euthanasie. Par ailleurs, l'expression de délocalisation procréative, parfois employée, est volontairement ambiguë : y a-t-il délocalisation du lieu de naissance de l'enfant ou du ventre qui le portera ?

224. À bien d'autres égards, la pratique de la gestation pour autrui apparaît discutable. Sans recourir au schéma marxiste, il semble bien y avoir là souvent une exploitation du pauvre par le riche. Au surplus, l'enfant devient un objet et donc l'instrument d'une négociation entre les parents d'intention et la mère porteuse, obligée de vendre son enfant pour survivre. L'affaire sordide, récemment révélée par la presse, de parents australiens, ayant commandé des jumeaux et qui n'en prennent qu'un seul, pour le prétexte que l'autre est handicapé, a révolté l'opinion mondiale. Il est d'autres exemples également choquants. On s'aperçoit que les candidats à la GPA se tournent actuellement vers des pays dont les tarifs sont plus avantageux ; ainsi la jurisprudence récente montre un déplacement des contrats de mère porteuse de certains États des États-Unis, tel le Minnesota, vers des pays comme l'Inde où l'obtention d'un enfant est moins onéreux. Le constat a été fait par la Conférence de La Haye (note établie par le Bureau permanent, mars 2011, no 11) qui montre que les enjeux financiers de cette pratique sont considérables (FULCHIRON, article préc. [supra, no 223], JDI 2014. 563, spéc. p. 564). Il semble s'être développé dans certains pays de véritables fabriques d'enfants ou d'usines à bébés (V. les informations données par LAMARCHE, Gestation pour autrui : deux femmes et un seul congé maternité, Dr. fam. 2013. Focus 54).

225. On invoque avec raison l'intérêt de l'enfant, mais on fait bon marché (si l'on peut dire) de l'intérêt de la mère porteuse obligée de livrer l'enfant qu'elle a porté pendant neuf mois, aux parents dits d'intention (l'expression en elle-même est révélatrice de la fictivité de l'opération). Celle-ci n'a sans doute pas la possibilité de le garder à la naissance parce qu'elle sera pratiquement dans l'impossibilité de rendre l'argent qu'elle a reçu et qu'elle a dû dépenser pour survivre.

226. Une autre critique porte sur le comportement des parents d'intention. Ceux-ci ont sciemment entrepris de violer la règle posée par l'article 16-7 du code civil. En réalité, on demande au juge français de s'incliner devant le fait accompli, de régulariser une situation illégale à la source, c'est-à-dire de permettre à des citoyens de se faire juges du bien-fondé d'une loi qui contrarie leur propres désirs. Jean HAUSER parle à cet égard d'« enfant fait accompli » (État civil : après l'enfant conventionnel, un autre nouveau-né, l'enfant fait accompli !: après l'enfant conventionnel, un autre nouveau-né, l'enfant fait accompli !, RTD civ. 2014. 563). Est-on en présence d'une « interchangeabilité des droits par promotion des volontés individuelles (HAMMJE, Maternité pour autrui, possession d'état et état civil, Rev. crit. DIP 2011. 722 , spéc. p. 730) ?

227. Une autre critique porte sur les modalités pratiques de la GPA. Contrairement à l'adoption internationale qui est encadrée en France, notamment par un agrément à l'adoption et un contrôle juridictionnel (V. Adoption. - TERRÉ et FENOUILLET, op. cit. [supra, no 141], p. 711 s., nos 767 s.), le marché de la gestation pour autrui se pratique sans aucun contrôle ; nul ne vérifie les aptitudes des parents d'intention, ni, semble-t-il, les qualités physiques et morales de la mère, ni l'état physiologique de l'enfant à naître. On est dans le domaine du non-droit, d'autant plus qu'on ne se préoccupe guère de l'intérêt de la mère porteuse.

228. Enfin, on peut légitimement redouter les conséquences éventuelles de la reconnaissance en France par les juges français de la filiation des enfants nés par GPA. Nul doute que cette décision ouvrirait largement la porte au grand marché international des ventres à louer et des enfants à acheter. Encore une fois, il est naturel de s'attendrir sur le sort des enfants nés par un tel procédé, mais on ne peut dissocier le sort de l'enfant et l'admission de la GPA. C'est sans doute ce qui a motivé la jurisprudence française jusqu'à ce jour, qui s'est opposée à la réception en France des GPA étrangères. En conservera-t-elle encore le pouvoir à l'avenir ?

Art. 2 - Réponses du droit positif

229. Les solutions du droit français (V. infra, nos 230 s.) risquent fort à l'avenir d'être influencées par la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme (V. infra, nos 248 s.).

§ 1 - Solutions françaises

230. Les réponses en ce domaine émanent essentiellement de la jurisprudence judiciaire. On doit cependant citer également la circulaire du 25 janvier 2013 (dite circulaire Taubira, BOMJ no 2013-01 du 31 janv. 2013, JUSC1301528C. - V., sur celle-ci, BINET, JCP 2013. Actu. 161. - MATHEY, JCP 2013. Actu. 162. - BRUNETTI-PONS, Gaz. Pal. 3-4 déc. 2014, p. 8. - NEIRINCK, Dr. fam. 2013. Comm. 42. - CORPART, RJP 2013, no 3. - LARRIBAU-TERNEYRE, Dr. fam. 2013. Repère 3) sur l'obtention de certificats de nationalité française aux enfants nés à l'étranger de Français, « lorsqu'il apparaît, avec assez de vraisemblance, qu'il a été fait recours à une convention portant sur la procréation ou la gestation pour le compte d'autrui ». Cette circulaire, faisant droit aux demandes d'obtention de ces certificats, a fait l'objet d'un recours devant le Conseil d'État de la part de l'Association des juristes pour l'enfance. Dans son arrêt du 12 décembre 2014 (CE 12 déc. 2014, req. no 365779), le Conseil d'État a rejeté la requête des demandeurs, en estimant, dans son considérant 12, que cette circulaire n'était contraire ni à la Constitution, ni aux conventions des Nations unies contre la criminalité internationale, ni à la Convention du Conseil de l'Europe sur la lutte contre la traite des êtres humains (GOUTTENOIRE, Le Conseil d'État améliore le sort des enfants nés de la gestation pour autrui, JCP 2015. 44 s.).

Actualisation

230 s. Gestation pour autrui : établissement de la filiation à l'égard des parents dits « d'intention ». - Dans quatre affaires jugées conjointement et mettant en cause la gestation pour autrui lorsque la convention de mère porteuse a été consentie à l'étranger, la Cour de cassation apporte des réponses en ce qui concerne l'établissement de la filiation à l'égard des parents dits « d'intention ». Dans le premier cas, elle juge que le recours à la gestation pour autrui à l'étranger ne fait pas, en lui-même, obstacle au prononcé de l'adoption de l'enfant né de cette procréation par l'époux du père, si les conditions légales de l'adoption sont réunies et si elle est conforme à l'intérêt de l'enfant. De plus, en ce qui concerne le consentement de la mère, selon l'article 348 du code civil, lorsque la filiation de l'enfant est établie à l'égard de son père et de sa mère, ceux-ci doivent consentir l'un et l'autre à l'adoption. En l'espèce, l'existence, la sincérité et l'absence de rétractation du consentement à l'adoption donné par la mère de l'enfant ont été constatés par le juge, il n'y a donc pas lieu de rejeter la demande d'adoption simple. Puis, dans le second cas, la Cour de cassation confirme sans surprise sa logique à l'égard de la mère d'intention qui n'a pas « accouché » en rejetant la transcription à l'état civil français à l'égard de la mère d'intention. Elle juge, au visa de l'article 47 du code civil, que la mère d'intention n'ayant pas accouché des enfants, les actes de naissance étrangers n'étaient pas conformes à la réalité en ce qu'ils la désignaient comme mère, de sorte qu'ils ne pouvaient, s'agissant de cette désignation, être transcrits sur les registres de l'état civil français ; la transcription ne pouvant s'étendre qu'au père biologique, seule situation juridique conforme à la réalité dite « biologique ». Elle considère que ce refus de transcription de la filiation maternelle d'intention ne porte pas une atteinte disproportionnée au droit au respect de la vie privée et familiale des enfants (Conv. EDH, art. 8) (Civ. 1re, 5 juill. 2017, no 16-16.455 , no 16-16.901 , no 15-28.597 et no 15-50.025, FS-P+B+R+I, D. 2017. 1423. – V. Bioéthique).

Gestation pour autrui et transcription sur les registres de l'état civil français. - La Cour de cassation réitère sa solution en matière de transcription sur les registres de l'état civil d'un acte de naissance établi à l'étranger dans le cadre d'une convention de gestation pour autrui. Elle ne retient que la transcription à l'égard du père biologique, seule situation juridique conforme à la réalité au sens de l'article 47 du code civil et la rejette à l'égard de la mère d'intention car concernant la désignation de la mère dans les actes de naissance, la réalité, au sens de ce texte,

est la réalité de l'accouchement (Civ. 1re, 29 nov. 2017, FS-P+B, no 16-50.061 , D. 2017. 2477 . – V. Bioéthique).

231. On peut citer aussi un arrêt du Conseil d'État, en date du 4 mai 2011 (CE 4 mai 2011, req. no 348778 , D. 2011. 1347, obs. Gouttenoire ; Dr. fam. juin 2011. 99, p. 34 ; D. 2011. Pan. 1995, obs. Bonfils et Gouttenoire ; D. 2012. Pan. 308, obs. Galloux ; D. 2012. Pan. 390, obs. Jault-Seseke ; D. 2012. Pan. 1432, obs. Granet-Lambrechts ; AJ fam. 2011. 328, obs. Miloudi ; AJCT 2011. 414, obs. Siffrein-Blanc ; Dr. fam. 2013, no 157, obs. Neirineck ; RID comp. 2013. 109, obs. Brunetti-Pons ; RJPJF 2011-11/36, obs. Corpart ; RTD civ. 2011. 530, obs. Hauser). Dans cette affaire, qui a suscité des interprétations diverses, était en cause une décision du consul de France à Bombay qui avait décidé de surseoir à la délivrance de passeport à des enfants issus d'une gestation pour autrui. Le juge des référés du tribunal administratif de Lyon avait enjoint au ministre des Affaires étrangères de faire bénéficier les enfants en cause d'un document de voyage leur permettant d'entrer sur le territoire français. Le Conseil d'État, se fondant sur l'article 47 du code civil, confirme la décision du juge des référés du tribunal administratif de Lyon, mais reconnaît qu'il n'appartient qu'au tribunal de grande instance de Nantes de se prononcer sur le refus de transcription des actes de naissance des enfants. Certains y ont vu la mansuétude du juge administratif, comparée à la sévérité du juge judiciaire (V., en ce sens, GOUTTENOIRE, D. 2011. 1347) ; on peut y voir aussi la manifestation de la prudence de la haute juridiction administrative qui reconnaît la compétence du juge judiciaire dans le domaine de l'état des personnes.

232. Le juge judiciaire s'est, en ce domaine, montré, dans l'ensemble, beaucoup plus sévère. Même si elle a pu changer ses motivations, la Cour de cassation est toujours restée ferme dans sa condamnation de principe de la gestation pour le compte d'autrui. L'arrêt de principe est en ce domaine l'arrêt de l'assemblée plénière civile du 31 mai 1991, rendu sous l'autorité du premier président Pierre DRAI (Cass., ass. plén., 31 mai 1991, no 90-20.105 , D. 1991. 417, rapp. Chartier , note Thouvenin ; JCP 1991. II. 21752, communic. Bernard, concl. Donteville, note Terré ; Rev. crit. DIP 1991. 711, note Labrusse ; RTD civ. 1991. 517, obs. Huet-Weiller ; Defrénois 1991. 948, obs. Massip). Dans une déclaration solennelle, la Haute Assemblée a affirmé : « La convention par laquelle une femme s'engage, fût-ce à titre gratuit, à concevoir et à porter un enfant pour l'abandonner à sa naissance contrevient tant au principe d'ordre public de l'indisponibilité du corps humain qu'à celui de l'indisponibilité des personnes ». Rendue dans l'ordre interne, il ne faisait aucun doute que cette condamnation valait également dans l'ordre international. La question s'était en effet posée pour une GPA pratiquée à l'étranger qui avait été autorisée en France par un arrêt de la cour d'appel de Paris (Paris, 15 juin 1990, D. 1990. 540, note F. Boulanger ; JDI 1990. 982, note Gaudemet-Tallon). Cette décision n'avait pas fait l'objet d'un pourvoi. Mais les interprètes pensaient non sans raison que la solution affirmée par l'assemblée plénière s'appliquait nécessairement aux GPA pratiquées à l'étranger.

233. La solution a été reprise par la loi bioéthique du 29 juillet 1994 (V. Bioéthique. - Numéro spécial Bioéthique, LPA 14 déc. 1994) dans un chapitre intitulé « Du respect du corps humain ». Selon l'article 16-7 du code civil : « Toute convention portant sur la procréation ou la gestation pour le compte d'autrui est nulle ». L'article 16-9 ajoute que « les dispositions du présent chapitre sont d'ordre public » (V. supra, no 221) et l'article 227-12 du code pénal prévoit des peines pour le fait de s'entremettre en vue d'une GPA.

234. Il semble que pendant près de vingt ans, la pratique des GPA internationales n'ait pas suscité un contentieux important, mais la question était déjà posée (GOBERT, Réflexions sur les sources du droit et les « principes » d'indisponibilité du corps humain et de l'état des personnes [À propos de la maternité de substitution], RTD civ. 1992. 489). Puis, à partir du début des années 2000, au contraire, les tribunaux français ont été de plus en plus souvent saisis de demandes présentées par des Français souhaitant voir reconnaître leur parenté à l'égard d'enfants nés à l'étranger à la suite d'un contrat de gestation pour autrui, soit pour obtenir une transcription d'un acte de

naissance étranger sur les registres de l'état civil français, soit pour obtenir un certificat de nationalité française, soit enfin pour voir reconnaître en France une adoption d'un enfant né par GPA. La Cour de cassation dans sa condamnation a eu le plus souvent recours à l'exception d'ordre public (V. infra, nos 235 s.), puis plus récemment elle s'est tournée vers la fraude à la loi (V. infra, nos 239 s.).

A. - Recours à l'exception d'ordre public international

235. La GPA a tout d'abord suscité des décisions de cours d'appel, dont certaines ont accepté de transcrire les actes de naissance étrangers consacrant une telle filiation (V., par ex., Paris, 25 oct. 2007, RTD civ. 2008. 93, obs. Hauser . - Rennes, 21 févr. 2012, RG no 11/02758, D. 2012. 878, obs. Mirkovic ; D. 2012. Pan. 1432, obs. Granet-Lambrechts ; D. 2013. Pan. 663, obs. Galloux ; JCP 2012. Actu. 353, obs. Marais ; Dr. fam. 2012, Comm. 67, 3e esp., note Neirinck ; AJ fam. 2012. 226, obs. Siffrein-Blanc . - V., pour un exposé complet de la question, HAUSER, RTD civ. 2012. 304 . - V. déjà Rennes, 4 juill. 2002, D. 2002. 2902 ; Dr. fam. 2002. 16, note Murat. - Paris 26 févr. 2009, Dr. fam. juin 2009. 27, note Murat. - Paris, 18 mars 2010, Menesson, D. 2010. 1683, note de La Pradelle ; JCP 2010. Actu. 498, note Mirkovic ; RTD civ. 2010. 317, obs. Hauser ; Dr. fam., sept. 2010. Étude 23, note Farge).

236. Par une suite continue d'arrêts conformes, la Haute Juridiction a déclaré contraires à l'ordre public international les filiations obtenues par GPA. Dans deux affaires connues sous le nom des jumelles « Menesson » et de Juliette « Labassée », la Cour de cassation a affirmé : « Est justifié le refus de transcription d'un acte de naissance établi en exécution d'une décision étrangère, fondé sur la contrariété à l'ordre public international français de cette décision, lorsque cette décision heurte des principes essentiels du droit français (Civ. 1re, 6 avr. 2011, nos 09-66.486 et 10-19.053 , D. 2011. 1522, note Berthiau et Brunet ; D. 2011. Pan. 1995, obs. Bonfils et Gouttenoire ; D. 2011. 1064, entretien Labbée ; D. 2011. Pan. 1585, obs. Granet-Lambrechts ; D. 2012. Pan. 1228 ; JCP N 2011, no 16, obs. Fongaro ; D. 2012. Pan. 308, obs. Galloux et Gaumont-Prat ; Gaz. Pal. 2011, 1489, avis M. ; Dr. fam. 2011. Étude 14, obs. Neirinck ; AJ fam. 2011. 265, obs. Haftel ; AJCT 2011. 301, obs. Siffrein-Blanc ; Rev. crit. DIP 2011. 722, note Hammje . - V., sur cet arrêt, HAUSER, L'externalisation et la délocalisation de la fabrication des enfants : arrêt sur image de la maternité pour autrui, RTD civ. 2011. 340). Le nombre considérable de réactions à ces arrêts est l'illustration de la passion engendrée par la question de la gestation pour autrui. Ces deux arrêts ont par la suite fait l'objet de deux décisions de la CEDH (V. infra, nos 248 s.). Il faut cependant signaler l'étude, volontairement plus technique, de Bertrand ANCEL (L'épreuve de vérité. Propos de surface sur la transcription des actes de naissance issus d'une gestation pour autrui délocalisée, in *Le droit entre tradition et modernité : Mélanges à la mémoire de Patrick Courbe*, 2012, Dalloz, p. 1 s.). L'auteur se fonde à dessein sur le régime de la transcription des actes d'état civil étrangers.

237. La Cour de cassation avait déjà eu recours à l'ordre public dans une décision antérieure (Civ. 1re, 17 déc. 2008, no 07-20.468 , JCP 2009. II. 10020, note Mirkovic ; JCP 2009. II. 10021, note d'Avout ; D. 2009. 166, note Égée ; D. 2009. 332, avis Sarcelet ; D. 2009. 340, note Brunet ; D. 2009. Pan. 773, obs. Granet-Lambrechts ; D. 2009. 1557, obs. Jault-Seseke ; JCP 2009. I. 102, no 10, obs. Rubellin-Devichi ; Dr. fam., févr. 2009. 27, note Murat ; JDI 2009. 577, note Bollée ; RTD civ. 2009. 106, obs. Hauser) qui avait déjà suscité une certaine passion. La Haute Juridiction a repris cet argument par la suite (Civ. 1re, 26 oct. 2011, no 09-71.369 , JDI 2012. 176).

238. Ces décisions, à quelques exceptions près (V. not. HAUSER, préc. RTD civ. 2009. 106 . - V. également les auteurs cités supra, no 220), ont soulevé, de la part d'une grande part de la doctrine, de vives critiques. Il n'est pour s'en rendre compte que de reprendre quelques-uns des titres des différents commentaires : « Dans les limbes du droit. À propos de la situation des enfants nés à l'étranger avec l'assistance d'une mère porteuse » (FULCHIRON et BIDAUD-GARON, article préc. [supra, no 217], D. 2013. Chron. 2349 s.) ; « Quand la promotion internationale de l'ordre public français aboutit à une solution boiteuse inadmissible » (FARGE, article préc. [supra, no 217], Dr. fam., sept. 2010. 23), « L'ordre public au préjudice de l'enfant » (BERTHIAU et BRUNET, article préc. [supra, no 28], D. 2011. Chron. 1522) ; « Gestation pour autrui : les palinodies de la cour d'appel de Paris » (MURAT, article préc. [supra, no 217], Dr. fam., juin 2009. 27) ou encore « L'intransigeance de l'ordre public international face à la gestation pour autrui » (HAMMJE,

article préc. [supra, no 226], Rev. crit. DIP 2011. 722 , plus spéc. p. 729). Ces critiques se résument, comme il a été dit précédemment (V. supra, no 217), à l'atteinte à l'intérêt de l'enfant et au non-respect des conventions internationales. Est-ce pour cette raison que la Cour de cassation a changé sa motivation ?

B. - Recours à la fraude à la loi

239. « Est justifié le refus de transcription d'un acte de naissance fait en pays étranger et rédigé dans les formes usitées dans ce pays lorsque la naissance est l'aboutissement, en fraude à la loi française, d'un processus d'ensemble comportant une convention de gestation pour le compte d'autrui, convention qui, fût-elle licite à l'étranger, est nulle d'une nullité d'ordre public aux termes des articles 16-7 et 16-9 du Code civil ». Cette affirmation très claire dans deux arrêts de principe de la Cour de cassation a été, comme on pouvait s'y attendre, très commentée et très critiquée (Civ. 1re, 13 sept. 2013, nos 12-30.138 et 12-18.315 , D. 2013. 2382, obs. Gallmeister ; D. 2013. Chron. 2349, obs. Fulchiron et Bidaud-Garon ; D. 2013. 2377, avis C. Petit ; D. 2013. 2384, note Fabre-Magnan ; D. 2013. 2349, note Fabre-Magnan ; D. 2014. Pan. 689, obs. Douchy-Oudot ; D. 2014. Pan. 954, obs. Dionisi-Peyrusse ; JCP 2014. Doctr. 43, no 4, obs. Gouttenoire ; AJ fam. 2013. 579, obs. Dionisi-Peyrusse ; AJ fam. 2013. 600, obs. Richard et Berdeaux-Gacogne ; AJCT 2013. 517, obs. Méssa ; Rev. crit. DIP 2013. 909, note Hammje ; JDI 2014. 133, note Guillaumé ; RTD civ. 2013. 816, obs. Hauser ; Defrénois 2014. 633, obs. Callé).

240. La même solution a été réaffirmée, dans les mêmes termes, dans un arrêt du 19 mars 2014 (Civ. 1re, 19 mars 2014, no 13-50.005 , D. 2014. 901 , avis Jean ; D. 2014. 905, note Fulchiron et Bidaud-Garon ; AJ fam. 2014. 244, obs. Chénéde ; AJ fam. 2014. 211, obs. Dionisi-Peyrusse ; Dalloz actualité, 2 avr. 2014, obs. Mesa ; Defrénois 2014. 1318, obs. Callé), et a suscité les mêmes appréciations contrastées que les arrêts rendus l'année précédente.

241. Ces décisions reprennent l'argument de la contrariété à l'ordre public, mais y ajoutent celui de la fraude à la loi (V. not., sur cette notion complexe, AUDIT, Fraude à la loi, J.-Cl. Int., fasc. 535, et les nombreux auteurs cités). Ainsi qu'il a été remarqué (GUILLAUMÉ, note préc., JDI 2014. 140), « le choix de l'exception de fraude exprime l'approche globale adoptée par la Cour de cassation en matière de gestation pour autrui. Car, si les actes de naissance ne sont pas par eux-mêmes frauduleux, la filiation résulte d'une fraude à la loi française. L'approche globale permet au ministère public d'agir sur le fondement de l'article 336 du code civil : en refusant la transcription de l'acte étranger, il conteste la filiation frauduleuse ».

242. Comme il fallait s'y attendre, ces arrêts ont fait l'objet de nouvelles critiques qui s'ajoutent aux précédentes (V. en particulier FULCHIRON et BIDAUD-GARON, L'enfant de la fraude... Réflexions sur le statut des enfants nés avec l'assistance d'une mère porteuse, D. 2014. 905 s. - FULCHIRON, Fraus omnia corrumpit ? À propos de la filiation des enfants nés par insémination artificielle avec don de sperme dans un couple de femmes, D. 2014. Point de vue 1162). Celles-ci s'articulent autour de plusieurs idées. Tout d'abord, le sort de l'enfant aurait encore empiré avec le recours à la fraude puisque l'acte de naissance de l'enfant, établi à l'étranger, ne peut produire effet en France (V. cep. l'interprétation différente de GUILLAUMÉ, note préc., JDI 2014. 140, qui considère que la transcription pourrait être admise en l'absence de fraude). Comme l'écrivent Hugues FULCHIRON et Christine BIDAUD-GARON (article préc., D. 2014. 905), « comment après avoir ajouté la fraude à l'ordre public pour refuser de transcrire l'acte de naissance ou annuler la reconnaissance, pourrait-on, en fin de compte, déduire que l'acte de naissance étranger fait la preuve d'une filiation susceptible d'être reconnue en France ? Lorsque l'ordre public était le seul fondement invoqué à l'encontre de la transcription des actes de naissance étrangers des enfants nés par GPA, son effet atténué aurait pu justifier que la filiation produise ses effets en France. Cela ne semble plus possible avec la fraude puisque, affirme-t-on, elle corrompt tout ».

243. Par ailleurs, il a été reproché à la Cour de cassation de faire une double confusion entre, d'une part, « la formule selon laquelle la naissance est le résultat d'un processus frauduleux, comme si l'existence d'une personne pouvait être frauduleuse » et « d'autre part sur les conséquences attachées à cette prétendue fraude » (FULCHIRON et BIDAUD-GARON, article préc. [supra, no 242], D. 2014. 905 s., spéc. p. 907, 1re col.).

244. Enfin, un doute a été exprimé sur l'existence même d'une fraude à la loi en l'espèce, au sens du droit international privé. Celle-ci suppose, en effet, un changement de nationalité ou de domicile. Bien plus, « tirer d'un adage, dont on s'applique à souligner les limites lorsqu'on le présente aux étudiants de première année, des conséquences aussi radicales est d'autant plus critiquable qu'il s'agit bien des conséquences de la fraude d'un tiers par rapport à la personne dont les droits sont niés » (FULCHIRON et BIDAUD-GARON, D. 2014. 905 s. spéc. p. 907, 1^{re} col.). Cette critique, qui revient à remettre en cause la notion même de fraude à la loi, peut paraître exagérée. Autant dire que plus rien n'est frauduleux (V., pour une défense de la fraude après l'arrêt « Cornelissen », CLAVEL, La place de la fraude en droit international privé contemporain, Trav. Com. fr. DIP 2010-2012. 255 s.).

245. À notre sens, mis à part l'intérêt de l'enfant, aucune de ces critiques n'est, à son tour, à l'abri de la critique. Poussées à l'extrême, elles débouchent sur une remise en cause de la notion de fraude, qu'il conviendrait selon certains de ranger au magasin des accessoires juridiques inutiles. Il a été fort bien démontré (GUILLAUMÉ, article préc. [supra, no 239], JDI 2014. 143 s.) qu'il ne s'agit pas là d'une fraude au sens du droit international privé, mais bien « le fait d'avoir délibérément recherché une décision à l'étranger, dans le but d'obtenir un résultat, avec ou sans utilisation d'une règle de conflit de lois » (AUDIT, article préc. [supra, no 241], J.-Cl. Int., fasc. 535, no 66), et d'ailleurs depuis l'arrêt « Hainard » (V. supra, no 201) et l'arrêt « Munzer » (V. supra, no 203) la notion de fraude dans le contrôle de la régularité des jugements étrangers est largement entendue (V. not. LOUSSOUARN, BOUREL et de VAREILLES-SOMMIÈRES, op. cit., p. 876 s., no 875 s.).

246. Il s'agit, a-t-il été dit (FULCHIRON et BIDAUD-GARON, article préc. [supra, no 242], D. 2014. 905 s., spéc. no 213), « de faire la balance entre les intérêts en présence : intérêts collectifs et intérêts individuels ». Le choix n'est pas simple, d'autant que les deux intérêts sont étroitement liés. La Cour de cassation parle d'un « processus frauduleux ». « La transcription des actes étrangers et la réception du contrat de mère porteuse se confondent » (GUILLAUMÉ, article préc. [supra, no 239], JDI 2014. 141). Il paraît évident que si l'on fait triompher les intérêts individuels, on sacrifie les intérêts collectifs. À notre sens, la Cour de cassation, en refusant la transcription, respecte sa mission de gardienne de la loi. Ses décisions ont cependant été partiellement censurées par la CEDH (V. infra, nos 248 s.).

247. Trouver des remèdes à une telle situation n'est pas évident. Il est généreux de rechercher l'intérêt de l'enfant, encore qu'il s'agisse plus d'un intérêt abstrait que d'un intérêt concret. Comme l'écrit Jean HAUSER (RTD civ. 2014. 618), celui-ci « peut conduire à tout permettre et à ne rien interdire puisqu'il [l'enfant] suffit qu'il soit là ». Contrairement à l'adoption internationale, la gestation pour autrui se pratique sans aucun contrôle des aptitudes des parents d'intention à élever l'enfant. Il a été proposé de se tourner vers le droit pénal (LAGARDE et BOLLÉE, notes préc. supra, no 217), mais, indépendamment de la délicate mise en œuvre de ces sanctions, celles-ci ne visent pratiquement que les intermédiaires qui ne sont pas toujours français et échappent à la loi pénale française. On pourrait aussi se tourner vers le droit social ou envisager une convention internationale à la vérité quelque peu utopique (FULCHIRON, article préc. [supra, no 223], JDI 2014. 563). Devant l'attitude de la Cour de cassation, l'espoir des adversaires de la jurisprudence actuelle a donc reposé sur les juridictions internationales.

§ 2 - Juridictions européennes

248. La question de la licéité des GPA a été posée principalement, comme on pouvait s'y attendre, à la Cour européenne des droits de l'homme (V. infra, nos 249 s.). Elle l'a été aussi de manière indirecte à la Cour de justice de l'Union européenne (V. infra, nos 258 s.).

A. - Réponse de la CEDH

249. La CEDH a rendu deux décisions, déjà abondamment commentées, le 26 juin 2014 (CEDH 26 juin 2014, req. nos 65192/11 et 65941/11, D. 2014. 1797, note Chénéde ; D. 2014. Chron. 1773, obs. Fulchiron et Bidaud-Garon ; D. 2014. 1806, note d'Avout ; D. 2014. Pan. 1787, obs. Gouttenoire ; JCP 2014. 832, p. 1412, obs. Sudre ; JCP 2014. 827, obs. Pastre-Belda ; Gaz. Pal. 23-24 juill. 2014, p. 12, note

Viganotti). Ces décisions réjouiront sans doute les thuriféraires de cette juridiction. Saisie de recours contre les arrêts de la Cour de cassation, rendus dans les affaires « Menesson » et « Labassée » (Civ. 1re, 6 avr. 2011, préc. supra, no 241), la Cour européenne avait à apprécier si l'article 8 de la Conv. EDH avait été ou non respecté. Ces décisions ont été qualifiées, par certains, de « mesurées [...] au nom de l'intérêt de l'enfant » (GOUTTENOIRE, obs. préc., D. 2014. Pan. 1787) ou d'arrêts « très balancés » (SUDRE, obs. préc.). D'autres (CHÉNEDÉ, note préc., D. 2014. 1797) y voient une « instrumentalisation des droits de l'homme ». La Cour a fait une distinction subtile : s'agissant de l'ingérence de l'État dans la vie familiale des parents d'intention, elle a estimé à l'unanimité que la Cour de cassation française n'avait pas violé le droit au respect de la vie familiale des requérants. En revanche, elle a estimé qu'il y avait eu violation du droit des enfants au respect de leur vie privée. Les exégètes de la pensée particulièrement subtile de la jurisprudence de la CEDH (V., à cet égard, la leçon d'herméneutique européenne de MARGUÉNAUD, RTD civ. 2014. 307 s. - Et la réponse de CHÉNEDÉ, RTD civ. 2014. 829 s.) expliqueront sans doute qu'il n'y a aucune contradiction entre ces deux affirmations, en se fondant sur les précédents arrêts de la Cour, mais cela peut paraître difficile à comprendre à ceux qui ne maîtrisent pas les subtilités de la jurisprudence de cette juridiction. On comprend mal comment la Cour européenne peut donner à la fois raison et tort à l'État français. Certains ont pu parler de « schizophrénie » juridique. Il faut y ajouter les deux arrêts de renvoi devant la Grande Chambre dans l'affaire « Paradiso et Campanelli c/ Italie » (CEDH 27 janv. 2015, req. no 25358/12, AJ fam. 2015. 77, obs. Dionisi-Peyrusse ; D. 2015. Pan. 702, obs. Granet-Lambrechts ; RTD civ. 2015. 325, obs. Marguénaud) qui soulève la difficulté de coordonner le respect de la vie familiale et l'intérêt de l'enfant (MARGUÉNAUD, obs. préc.).

250. Selon un plan classique, on peut essayer, après d'autres, de dégager le sens et la portée de ces arrêts. Sur le premier point, les deux arrêts, rédigés en termes similaires, concèdent, du bout des lèvres, qu'« il est concevable que la France puisse souhaiter décourager ses ressortissants de recourir à l'étranger à une méthode de procréation qu'elle prohibe sur son territoire », mais elle ajoute que « les effets de la non-reconnaissance en droit français du lien de filiation entre les enfants ainsi conçus et leurs parents d'intention ne se limitent pas à la situation de ces derniers, qui seuls ont fait le choix des modalités de procréation que leur reprochent les autorités françaises : ils portent aussi sur celle des enfants eux-mêmes » (CEDH 26 juin 2014, Menesson, req. no 65192/11 , et Labassée, req. no 65941/11 , respectivement § 99 et § 78).

251. En conséquence, la Cour européenne juge légitimes et proportionnées les « ingérences » dans la vie familiale, lorsque celle-ci est appréciée du chef des parents. La sanction des parents est considérée comme admissible, car ils sont seuls les auteurs du comportement illicite ou frauduleux et peuvent être exposés à en répondre en termes de déchéance du droit d'invoquer leur parenté (d'AVOUT, note préc. [supra, no 249], D. 2014. 1806). En revanche, au regard des enfants, la Cour estime que « le droit d'établir sa filiation participe de la vie privée et est protégé par l'article 8 de la convention ». Ce qui lui paraît intolérable, c'est qu'un enfant vivant en France soit privé du droit de faire établir judiciairement sa filiation, singulièrement à l'encontre de son père biologique.

252. Il n'y a pas lieu de s'attarder sur la « manipulation » par la Cour européenne de la notion de « marge nationale d'appréciation », concept à géométrie variable, qui a justement été stigmatisée par plusieurs auteurs (V. not. SUDRE, obs. préc., JCP 2014. 832. - d'AVOUT, note préc. [supra, no 249], D. 2014. 1806), ni sur celle de « l'ingérence des États » dans la vie privée de leurs concitoyens qui porte une sérieuse atteinte à la souveraineté étatique, ni encore sur la vigoureuse critique de François CHÉNEDÉ (note préc. [supra, no 249], D. 2014. 1797) qui constate que « la CEDH [...] s'est depuis longtemps détachée de toute contrainte démocratique en choisissant, au cas par cas, au gré de son opinion morale sur les questions en cause, de revenir ou non sur les arbitrages politiques opérés par les élus du peuple ».

253. La question essentielle est de prévoir les conséquences dans l'ordre juridique français de ces deux décisions, c'est-à-dire de résoudre la contradiction entre les deux affirmations de la

Cour européenne sur la non-atteinte au respect de la vie familiale et l'atteinte à la vie privée de l'enfant. Sur ce point, les interprètes sont interrogatifs. On peut hésiter entre une réaction maximale et une réaction minimale (d'AVOUT, note préc. [supra, no 249], D. 2014. 1806).

254. La réaction la plus maximale, si l'on ose dire, serait d'admettre en France les GPA étrangères, mais cela conduirait l'État français à se renier après avoir affirmé, dans l'article 16-7 du code civil, la nullité de principe des GPA (Adde : V. supra, no 221). Sans aller jusque-là, certains proposent d'admettre une reconnaissance partielle de la filiation biologique découlant des jugements et actes publics étrangers, mais cette solution ne vaudrait que dans l'hypothèse où le père d'intention est le père biologique des enfants. De plus, comme il a été justement remarqué (d'AVOUT, note préc. [supra, no 249], D. 2014. 1810), cette coexistence coïnciderait avec le refus en France de reconnaître le lien de filiation unissant l'enfant et sa mère établie à l'étranger puisque celui-ci a été créé dans des circonstances contraires à l'ordre public français, ce qui peut paraître paradoxal.

255. Une réaction minimale, plus raisonnable, reposerait sur le maintien de la condamnation de principe de l'effet en France des GPA pratiquées à l'étranger, en raison de la contrariété à l'ordre public et de la fraude commise par les parents ; mais, corrélativement, il serait concevable de passer du conflit de juridictions ou d'autorité au conflit des lois pour permettre éventuellement d'établir la filiation de l'enfant. Mais cette voie n'est pas exempte d'embûches : la mise en œuvre des articles 311-14, 311-15 et 311-17 du code civil, n'étant pas nécessairement facile en l'espèce (V. la subtile typologie présentée par FULCHIRON et BIDAUD-GARON, Ne punissez pas les enfants des fautes de leurs pères [Regard prospectif sur les arrêts Labassée et Mennesson de la CEDH du 26 juin 2014], D. 2014. Chron. 1773 , spéc. p. 1776, qui montrent tous les pièges auxquels on risque de se heurter). En réalité, il semble difficile d'apporter une réponse globale à la variété des solutions qui peuvent se présenter devant le juge judiciaire (V. la liste de ces difficultés qui n'est sans doute pas exhaustive chez FULCHIRON et BIDAUD-GARON, article préc.).

256. Les deux arrêts de la CEDH semblent donc poser plus de questions qu'ils n'apportent de réponses (quid, par exemple, de la question du respect de la dignité des femmes obligées de conclure des contrats de gestation pour autrui ? - VIGANOTTI, note préc.). On peut adhérer aux conclusions mesurées de Frédéric SUDRE (JCP 2014. 1413) : « Il reste que les arrêts de la Cour, rendus au nom de l'intérêt supérieur de l'enfant sont source d'incohérence juridique à l'égard de la GPA. D'abord, parce qu'ils confèrent des effets juridiques à une situation formellement interdite par le législateur. Ensuite, parce qu'ils placent les enfants issus d'une GPA pratiquée à l'étranger dans une situation différente quant à leur filiation paternelle et à leur filiation maternelle. À cet égard, les arrêts n'ont pour seul effet que d'imposer à la France la reconnaissance de la filiation paternelle fondée sur la vérité biologique... Par contre, la mère d'intention étant laissée à l'écart par l'arrêt de la Cour européenne, la question de la reconnaissance de la filiation maternelle reste entière ». La GPA n'a pas fini de dévoiler ses mystères.

257. Comme le relève Marie LAMARCHE (article préc. [supra, no 224], Dr. fam. 2013. Focus 54), aux Indes, des « usines à bébé » ou « cliniques de mère porteuse » se développent et le marché indien de la gestation pour autrui est évalué à plus d'un milliard de dollars par an (20 000 dollars par les futurs parents et 8 000 reçus par la mère porteuse). Ce phénomène de marchandisation des enfants à naître (BUREAU et MUIR WATT, op. cit., p. 172, no 778) pose un problème de principe, mais aussi des problèmes particuliers au fur et à mesure que certains États ferment les yeux sur ces pratiques. L'affaire soumise à la CJUE en est l'illustration. Il en est de même des faits de l'affaire « Paradiso et Campanelli c/ Italie » (préc. supra, no 249) qui sont révélateurs des comportements discutables de certains intermédiaires.

B. - Réponse de la CJUE

258. La Cour de justice de l'Union européenne a dû répondre à deux questions relatives aux effets indirects posés par la GPA sur l'admission du congé de maternité au profit des mères

d'intention. La question a été posée à la Cour respectivement par un tribunal britannique et un tribunal irlandais. Dans les deux affaires, les conclusions des avocats généraux ont été publiées, étant précisé que le droit britannique régit la gestation pour autrui et que le droit irlandais l'ignore, mais ne l'interdit pas (CJUE 18 mars 2014, aff. C-167/12 , concl. Kokott, aff. C-363/12, concl. Niels Wahl ; D. 2014. 778 ; AJ fam. 2014. 211, obs. Dionisi-Peyrusse ; Dr. fam. 2014. Alerte 54, obs. Lamarche).

259. La question de l'effet des GPA a été abordée indirectement, sous l'angle du droit social : la mère commanditaire a-t-elle droit à un congé de maternité ou celui-ci est-il réservé à la seule mère gestatrice ? Plusieurs textes européens peuvent, à cet égard, être invoqués et notamment la directive no 92/85/CEE du 19 octobre 1992. Comme il a été justement relevé (LAMARCHE, obs. préc., Dr. fam. 2014. Alerte 54), la question amène à réfléchir sur les fondements juridiques du congé maternité : celui-ci est-il accordé en faveur de la santé de la mère durant la grossesse et durant l'accouchement, auquel cas il serait réservé à la mère porteuse, ou bien est-ce un droit de la femme dans le cadre de son travail, auquel cas il peut être accordé à la mère d'intention ?

260. La difficulté de la question est illustrée par le fait que les deux avocats généraux ont donné des réponses différentes à cette même question. Dans l'affaire britannique, l'avocat général a proposé un fractionnement du congé maternité entre les deux mères ; dans l'affaire irlandaise, l'avocat général a eu une analyse différente : selon lui, il n'y aurait pas à dissocier les différentes époques de la maternité, dès lors que la directive vise la période en son entier, avant, pendant et après la naissance. Plus curieusement, celui-ci affirme que « rien ne distingue l'homme de la femme entre les parents commanditaires ; le versement d'une seule indemnité à la mère constituerait une “discrimination” à l'encontre des hommes devenus pères, qui impliquerait « une différence qualitative de la maternité par opposition à la qualité de parent en général ». En réalité, cette analyse conduit à distinguer le congé maternité et le congé parental (LAMARCHE, Gestation pour autrui : deux femmes et un seul congé maternité, Dr. fam., nov. 2013. Focus 4).

261. Il semble que, dans les deux affaires soumises au juge européen, il se soit agi de GPA internes ; aucune allusion n'est faite aux mères porteuses étrangères, résidant hors de l'Union européenne, lesquelles supportent cependant la durée de la grossesse et éventuellement l'allaitement. Serait-il juste qu'elles soient privées du paiement d'une indemnité de congé maternité, tout en reconnaissant que ce versement peut soulever des difficultés pratiques en cas de paiement à l'étranger. Admettre le fractionnement de la prestation, peut-on le remarquer, serait une manière d'encourager la pratique des GPA.

262. La CJUE a tranché cette question délicate de manière négative dans deux décisions en date du 18 mars 2014 (CJUE 18 mars 2014, aff. C-167/12 et C-363/12 , préc. supra, no 258 ; Dr. fam., juill.-août 2014. Focus 36, note Brechot ; AJ fam. 2014. 310, obs. Roberge). Elle a estimé, en répondant aux deux questions préjudicielles présentées devant elle, que le droit de l'Union n'impose pas aux États membres d'ouvrir le droit à un congé de maternité à la femme qui a eu un enfant par la voie d'une convention de mère porteuse. Comme le dit un commentateur, « la Cour s'en est tenue à une conception biologiste et moniste de la maternité qui, au plan du droit du travail, induit une protection uniforme et continue courant du début de la grossesse au terme du congé de maternité » (ROBERGE, obs. préc., AJ fam. 2014. 310, spéc. p. 311). Sur un seul plan théorique, la Cour écarte toute idée de traitement discriminatoire entre la femme qui porte et donne naissance à un enfant et la mère commanditaire qui ne peut donc prétendre à un congé payé équivalent à un congé de maternité. Sur un plan simplement pratique, elle évite ainsi de procéder à une délicate répartition des droits entre mère porteuse et mère de substitution. Elle coupe court ainsi aux nombreuses difficultés que risquerait de susciter à l'avenir, en droit européen, la reconnaissance de la GPA. Mais elle ouvre la réflexion sur la nature du congé de maternité.

