

Droits et libertés corporels

Jean-Christophe Galloux, Professeur à l'Université de Panthéon-Assas (Paris II), Responsable du Centre de droit médical

Hélène Gaumont-Prat, Professeur à l'Université de Saint-Denis (Paris VIII), Ancien membre du Comité consultatif national d'Éthique, Directeur du Laboratoire droit de la santé (EA 1581)

*
****L'essentiel**

Le processus de révision de la loi du 6 août 2004 relative à la « bioéthique » a été engagé voici plus de trois ans (V. notre précédent panorama, D. 2010. 604) avec l'instauration par le président de l'Assemblée nationale d'une mission parlementaire sur ce thème, confiée aux députés Alain Claeys et Jean Léonetti au mois de juillet 2008. Ces derniers ont rendu un rapport sous les auspices de l'Office parlementaire pour les choix scientifiques et technologiques (Rapport AN n° 1325, 20 nov. 2008 et Sénat n° 107, 17 déc. 2008), qui a été suivi par autant de nouvelles études que d'organismes officiels intéressés (Comité national consultatif d'éthique, Agence de biomédecine, Académie de médecine, Conseil d'Etat, etc.) et par une vaste consultation nationale couronnée par des « états généraux de la bioéthique » (A. Graf, Rapport final, Etats généraux de la bioéthique, 1^{er} juill. 2009). Ce n'est toutefois que le 20 octobre 2010 que le gouvernement a déposé sur le bureau de l'Assemblée nationale un projet de loi « relatif à la bioéthique » (n° 2911). Les débats parlementaires se sont eux-mêmes échelonnés sur huit mois pour déboucher sur la loi n° 2011-814 du 7 juillet 2011. C'est assez dire que le nouveau texte a été discuté dans ses orientations et ses détails.

Le résultat ne satisfait ni les « libéraux-libertaires » qui soutenaient la légalisation de la gestation pour autrui, ni certains scientifiques qui prônaient la légalisation de la recherche sur l'embryon, ni les milieux religieux, notamment catholiques, qui considèrent toujours comme contraires à l'éthique les dérogations permettant cette même recherche et le recours aux techniques de procréation médicalement assistée. Faut-il pour autant conclure que ce travail long et approfondi a été inutile (en ce sens, M. Dini, séance Assemblée nationale, 23 juin 2011) ? La réponse est affirmative si l'on considère le chemin législatif parcouru dans le domaine biomédical depuis l'après-guerre : un à un les grands interdits posés par le législateur ont été emportés (avortement, procréation médicalement assistée, expérimentation sur l'homme sain, expérimentation sur l'embryon). De ce point de vue, la loi du 7 juillet 2011 marque à tout le moins une pause. La réponse est négative si l'on considère les innovations apportées par le texte non seulement sur des questions techniques mais aussi au plan des droits fondamentaux, ces instruments si nécessaires à la protection de la personne humaine et de sa dignité dans un domaine où elles se trouvent si menacées : l'autorisation de ratification de la Convention d'Oviedo (art. 1^{er}) et l'introduction d'une clause de conscience pour les chercheurs (art. 53).

Le Conseil d'Etat avait fait une surprenante volte-face sur l'agaçante question de la ratification de la convention sur la biomédecine et les droits de l'homme, signée à Oviedo en 1997 et que la France, qui avait pourtant activement participé à son élaboration (Gros-Espiel et alii, *La Convention sur les droits de l'homme et la biomédecine*, 2010, Economica), refusait jusqu'à présent de ratifier, sur son instigation même (V. son avis défavorable rendu en 1997, Etudes et documents du Conseil d'Etat, n° 49, p. 88) en concluant : « (...) l'évolution législative intervenue dans notre pays n'a pas montré de divergence avec le contenu de la Convention d'Oviedo et le rôle de cette convention et de ses protocoles doit au contraire être renforcé pour lutter contre le risque de "moins disant" éthique à l'échelon international ». Il ouvrait la voie à cette ratification. Elle est due à l'initiative du Sénat contre l'avis du gouvernement (Séance du 5 avr. 2011, amendements Hermange et Fischer). Le ministre français chargé des affaires européennes, Jean Léonetti, l'a ratifiée le 13 décembre 2011 au siège du Conseil de l'Europe à Strasbourg de même que les deux protocoles additionnels à cette convention, le premier concernant la transplantation d'organes et de tissus d'origine humaine et le second sur les tests génétiques à des fins médicales. Le texte devrait entrer en vigueur en France le 1^{er} avril 2012 (V. A. Mirkovic, *La ratification (enfin !) de la Convention d'Oviedo sur les droits de l'homme et la biomédecine*, D. 2012. 110).

La loi introduit, par ailleurs, un nouvel article L. 2151-7-1 au code de la santé publique (amendement déposé en seconde lecture de l'Assemblée nationale le 27 janv. 2011) : « *Aucun chercheur, aucun ingénieur, technicien ou auxiliaire de recherche quel qu'il soit, aucun médecin ou auxiliaire médical n'est tenu de participer à quelque titre que ce soit aux recherches sur des embryons humains ou sur des cellules souches embryonnaires autorisées en application de l'article L. 2151-5* ». La clause de conscience était reconnue expressément par le législateur seulement en matière d'avortement (art. L. 2212-8 CSP) et de stérilisation volontaire (art. L. 2123-1). Elle permet à un médecin ou à un auxiliaire médical de refuser d'accomplir un acte médical, parce que cet acte, bien qu'autorisé par la loi, est contraire à ses convictions éthiques ou religieuses. Ces dispositions reliaient l'article 47 du code de déontologie médicale, aux termes duquel le médecin a le droit de refuser ses soins pour raisons professionnelles ou personnelles, sous réserve de cas d'urgence (art. 223 c. pén.) ou de manquement aux devoirs d'humanisme ou d'assistance. Le motif de conscience peut constituer l'une de ces raisons personnelles. La reconnaissance d'une clause de conscience en matière de recherches sur l'embryon fait le pendant à la licéité - certes limitée - de telles recherches : si l'homme ne doit pas être contraint d'agir contre sa conscience, il ne doit pas être empêché non plus d'agir selon sa conscience. Comme le proclamait déjà en 1993 l'Encyclique « *Evangelium Vitae* », il s'agit d'« *un droit essentiel qui, en tant que tel, devrait être prévu et protégé par la loi civile elle-même. (...) Ceux qui recourent à l'objection de conscience doivent être exempts non seulement de sanctions pénales, mais encore de quelque dommage que ce soit sur le plan légal, disciplinaire, économique ou professionnel* ».

Les développements, qui suivent le plan traditionnel de la matière adopté depuis les origines de ces panoramas, reprendront, sous une forme évidemment résumée, les principales dispositions de la loi du 7 juillet 2011 mais aussi les textes publiés au cours de l'année 2011, voire 2010, les jurisprudences, avis et recommandations concernant les droits et libertés corporels.

I - Les données relatives au corps**A - Les tests génétiques**

Les données génétiques utilisées à visée médicale sont variées et concernent l'ensemble des tests génétiques : les tests à des fins médicales, le diagnostic anténatal et l'information génétique familiale.

1 - Tests génétiques à des fins médicales

La loi n° 2011-814 du 7 juillet 2011, relative à la bioéthique, a consacré le titre I^{er} à l'examen des caractéristiques génétiques à des fins médicales. L'article 3 de la loi prévoit une reformulation de l'article L. 1131-2 du code de la santé publique qui précise qu'un arrêté du ministre chargé de la santé, pris sur proposition de l'Agence de la biomédecine et de la Haute Autorité de santé, définira les règles de bonnes pratiques applicables à la prescription et à la réalisation de l'examen des caractéristiques génétiques d'une personne et de son identification par empreintes génétiques à des fins médicales. A ce propos, dans un rapport du 15 février 2011, sur le projet de loi relatif à la bioéthique adopté à l'Assemblée nationale en première lecture le 15 février 2011 (<http://www.academie-medecine.fr>), l'Académie nationale de médecine soulignait que les règles de bonnes pratiques, étant susceptibles d'évoluer rapidement avec les progrès des

techniques, devraient faire l'objet d'une mise à jour régulière par l'Agence de la biomédecine plutôt que d'être définies avec précision par arrêté ministériel.

L'article 4 de la loi introduit un nouvel article L. 1131-2-1 au code de la santé publique prévoyant un nouveau régime d'autorisation pour les laboratoires réalisant des activités de génétique à des fins médicales (examen des caractéristiques génétiques d'une personne ou son identification par empreintes génétiques à des fins médicales) afin d'encadrer plus strictement le recours à ces examens, à l'instar des principes posés par l'article L. 1131-3 du code de la santé publique visant les praticiens agréés par l'Agence de la biomédecine. Il prévoit également les conditions que doivent remplir les laboratoires établis dans un autre Etat membre de l'Union européenne ou partie à l'accord sur l'Espace économique européen pour réaliser la phase analytique des examens des caractéristiques génétiques d'une personne ou son identification par empreintes génétiques à des fins médicales.

L'article 6 de la loi vient renforcer le dispositif relatif à l'examen des caractéristiques génétiques de la personne par la mise en oeuvre de sanctions pénales inscrites à l'article 226-28-1 du code pénal (P. Mistretta, Droit pénal de la bioéthique, le coup de grâce, JCP 2011. 845). Ainsi, « *le fait pour une personne de solliciter l'examen de ses caractéristiques génétiques ou de celles d'un tiers ou l'identification d'une personne par ses empreintes génétiques en dehors des conditions prévues par la loi est puni de 3 750 € d'amende* ». Cette disposition a pour effet de lutter contre les recours aux tests de paternité de plus en plus nombreux réalisés en dehors de toute procédure judiciaire : tests de paternité post-nataux pour détecter l'enfant adultérin et ses conséquences financières (pension alimentaire, succession...). Récemment est apparu le test de paternité précoce du laboratoire anglais EasyDNA permettant de détecter le géniteur dès la 9^e semaine de grossesse (Interview de P. Gaudray, membre du CCNE, *Le Figaro*, 25 nov. 2011). Cependant, les travaux préparatoires (Rapport n° 571 (2010-2011) de M. A. Million, faits au nom de la commission des affaires sociales, déposé le 1^{er} juin 2011) avaient souligné la difficulté à contrôler l'ensemble de l'offre, notamment sur internet, en matière de tests génétiques.

H. G.-P.

2 - Diagnostic anténatal : diagnostic prénatal (DPN) et diagnostic préimplantatoire (DPI)

Dans son rapport d'activité annuel publié en 2010 (Rapport de l'Agence de la biomédecine du 25 août 2010, <http://www.agence-biomedecine.fr>), l'Agence de la biomédecine précise que 2009 est la première année d'exercice de toutes les missions qui lui ont été confiées par le législateur. Elle évoque les neuf orientations stratégiques conjointement définies avec les ministères chargés de la santé et du budget, notamment celle touchant à l'amélioration des conditions de prise en charge de l'assistance médicale à la procréation et du diagnostic prénatal, préimplantatoire et génétique, afin de renforcer l'aide apportée à la femme enceinte en matière de dépistage anténatal (CCNE, Avis n° 107, sur les problèmes éthiques liés aux diagnostics anténatals : le diagnostic prénatal et le diagnostic préimplantatoire, 15 oct. 2009, http://www.ccne-ethique.fr/docs/Avis_107.pdf). Le rapport indique qu'il existe 137 laboratoires autorisés pour une ou plusieurs activités biologiques de DPN, 48 centres pluridisciplinaires de DPN (CPDPN) et 3 centres de DPI (CDPI) : Montpellier, Strasbourg, Antoine Béchère/Necker Enfants malades.

Sur le plan biologique, le DPN se rapporte à des prélèvements soit sur le fœtus ou ses annexes (liquide amniotique, villosité chorale, sang foetal) soit sur le sang de la mère. Ces prélèvements permettent d'obtenir un diagnostic ou une probabilité d'atteinte de ce fœtus. Les techniques employées sont la cytogénétique pour l'étude du nombre et de la forme des chromosomes, la génétique moléculaire pour les études de l'ADN foetal et toutes les autres disciplines biologiques (hématologie, immunologie, bactériologie, virologie, biochimie foetale) qui mettent en évidence une pathologie foetale délétère. Pour améliorer les conditions d'accès et de prise en charge du diagnostic préimplantatoire, l'Agence de la biomédecine développe une réflexion pour favoriser l'amélioration des conditions de prise en charge des couples et notamment des délais, car la durée d'attente des patientes diminue leurs chances de bénéficier d'un diagnostic préimplantatoire, la fécondité baissant avec l'âge. Actuellement, les délais de prise en charge des couples demandeurs sont en moyenne de 18 mois, et seulement 300 diagnostics sont réalisés annuellement alors que la demande est estimée par l'Agence à plus de 600. Par arrêté du 24 février 2010 (modifiant l'arrêté du 13 mars 2009 pris pour l'application de l'art. D. 162-8 CSS, JO 26 févr. 2010, et la circulaire n° DGOS/R1/DSS/2010/177 du 31 mai 2010 relative à la campagne tarifaire 2010 des établissements de santé, www.circulaires.gouv.fr), le ministère en charge de la santé a créé un financement spécifique alloué à ces trois centres, au moyen d'une enveloppe « mission d'intérêt général » dédiée à l'activité de DPI. Le Comité consultatif national d'éthique (CCNE) avait déjà suggéré, dans son avis n° 107, d'étudier la possibilité de créer d'autres centres de DPI en France et avait recommandé d'améliorer les moyens des centres existants. De même, la mission d'information sur la révision des lois de bioéthique (Rapport d'information fait au nom de la Mission d'information sur la révision des lois de bioéthique, 20 janv. 2010) avait proposé, dans son rapport rendu public en janvier, la création d'un quatrième centre de DPI et l'augmentation des moyens des autres centres afin de raccourcir les délais d'attente.

Le titre III de la loi relative à la bioéthique du 7 juillet 2011 porte sur le diagnostic prénatal, le diagnostic préimplantatoire et l'échographie obstétricale et foetale qui font l'objet de nouvelles précisions. Le CCNE avait rendu plusieurs avis sur la question du diagnostic anténatal afin d'expliquer le contexte de ces techniques (not., CCNE, Avis n° 107, préc.). Il avait estimé que la loi relative à la bioéthique de 2004 concernant le diagnostic prénatal et le diagnostic préimplantatoire fournissait un cadre juridique globalement satisfaisant et n'appelait pas de remise en cause majeure, précisant que des garde-fous suffisants avaient été placés par le législateur pour faire obstacle aux dérives.

L'article 22 de la loi vise le double DPI (DPI-HLA) organisé à l'article L. 2131-4-1 du code de la santé publique qui permet de sauver un enfant atteint d'une maladie génétique entraînant la mort dans les premières années, grâce au sang de cordon prélevé à la naissance de son frère dont il a été vérifié, lors du double DPI, qu'il n'était pas porteur de la maladie génétique de son aîné et qu'il était compatible génétiquement avec lui (CCNE, Avis n° 72, Réflexions sur l'extension du diagnostic préimplantatoire, 4 juill. 2002, <http://www.ccne-ethique.fr/docs/fr/avis072.pdf>). Ce double DPI légalisé en 2004 se voit pérennisé en 2011, l'article 22 prévoyant de supprimer le terme d'« expérimental », au premier alinéa de l'article L. 2131-4-1 du même code.

H. G.-P.

3 - L'information génétique familiale

La loi du 6 août 2004 relative à la bioéthique avait prévu une procédure « d'information génétique à caractère familial » en cas de diagnostic d'une anomalie génétique grave, posé lors de l'examen des caractéristiques génétiques d'une personne, dès lors que des mesures de prévention ou de soins étaient susceptibles d'être proposées aux membres de la famille. Le décret relatif aux modalités d'application de la procédure d'information à caractère familial, qui se heurtait à d'importantes difficultés juridiques et pratiques, n'ayant pas été pris, cette procédure n'a pu être mise en oeuvre.

L'information du patient sur les résultats de l'examen des caractéristiques génétiques, en cas d'anomalie génétique, obéit à des règles strictes : le médecin prescripteur communique ces résultats à la personne concernée dans le cadre d'une consultation médicale individuelle. L'information des apparentés susceptibles de retirer un bénéfice thérapeutique de cette information médicale apparaît d'une nature radicalement différente et suscite une question éthique et juridique

importante. Il s'agit d'un conflit entre la préservation du secret médical au sein de la relation médecin-patient et de la divulgation à un tiers intéressé par le médecin d'une information médicale particulière, « l'information génétique » concernant son patient. Des dérogations au secret médical sont déjà prévues par la loi dans l'intérêt de la société, notamment en cas d'actions préventives imposées par le code de la santé publique, d'une part, par la déclaration obligatoire de maladies, dans le cadre de la surveillance épidémiologique, motivée par l'intérêt général qui implique que l'on puisse lutter contre certaines épidémies vis-à-vis desquelles le secret médical apparaît de moindre importance et pour lesquelles l'anonymat des données est le principe (art. L. 3113-1 CSP) et, d'autre part, en cas de signalement de maltraitance d'enfant. Par ailleurs, le secret est levé dans certains cas en faveur de l'Institut de veille sanitaire (art. L. 1413-5 CSP).

Ici, ce n'est pas l'intérêt de la société qui est concerné mais celui de quelques personnes, les apparentés, pour lesquelles le secret médical se heurte à la notion d'assistance à personne en danger si des mesures de prévention ou de soins peuvent être proposées à ces personnes. Les avis du CCNE (Avis n° 46, Génétique et médecine, de la prédiction à la prévention, 30 oct. 1995 ; Avis n° 76, L'obligation d'information génétique familiale en cas de nécessité médicale, 24 avr. 2003), comme différents rapports préparatoires à la révision de la loi bioéthique (Etude du Conseil d'Etat, La révision des lois de bioéthique, mai 2009 ; Rapport final des Etats généraux de la bioéthique, 1^{er} juill. 2009), ont souligné l'importance du maintien du secret médical et de la protection de la vie privée du patient, contrairement à d'autres pays comme la Suisse, qui autorisent, dans certaines conditions, la levée du secret médical en dehors de tout consentement de la personne concernée. La loi fédérale suisse sur l'analyse génétique humaine du 8 octobre 2004, qui est l'une des lois les plus complètes sur les tests génétiques en Europe, prévoit que le médecin ne peut communiquer les résultats d'une analyse génétique qu'à la personne concernée ou, si elle est incapable de discernement, à son représentant légal. Il peut, avec le consentement exprès de la personne concernée, communiquer les résultats aux membres de sa famille, à son conjoint ou à son partenaire. Toutefois, si la personne concernée refuse son consentement, le médecin peut demander à l'autorité cantonale compétente d'être délié du secret professionnel, conformément à l'article 321, ch. 2, du code pénal, lorsque la protection d'intérêts prépondérants des membres de la famille, du conjoint ou du partenaire nécessite que ceux-ci soient informés. L'autorité peut solliciter l'avis de la Commission d'experts pour l'analyse génétique humaine (art. 19).

La résolution de ce conflit envisagée par le législateur en 2004 (J.-R. Binet, *Le nouveau droit de la bioéthique : commentaire de la loi n° 2004-800 du 6 août 2004*, Litec, 2005, p. 29 s.) est revenue en débat à l'occasion de la révision de la loi en 2011. Deux principes sont affirmés : la préservation du secret médical et la recherche d'un équilibre intégrant la reconnaissance du droit des tiers. La réponse s'appuie sur deux éléments : la mise en oeuvre d'un régime spécifique de transmission de l'information médicale et une reconnaissance de la responsabilité de droit commun du patient dans certains cas. Les principes de droit commun de la responsabilité civile pourraient s'appliquer lorsque, saisi d'une action en réparation par un apparenté prétendant qu'il a subi un préjudice du fait d'une perte de chance d'être soigné d'une affection génétique liée au défaut de transmission d'une information qui lui aurait permis de prendre des mesures de prévention ou de soin appropriées, le juge civil aurait à rechercher notamment s'il y avait une difficulté ou une impossibilité à communiquer l'information aux apparentés potentiellement concernés.

L'article 2 de la loi du 7 juillet 2011 tente de remédier à l'échec de la procédure mise en place en 2004 et vise à inciter et à favoriser l'information de la parentèle d'une personne pour laquelle une anomalie génétique grave, mais susceptible d'être traitée ou de bénéficier de mesures de prévention, a été diagnostiquée. Le dispositif proposé simplifie cette procédure d'information indirecte et vise à modifier le chapitre 1^{er} du titre III du livre I^{er} de la première partie du code de la santé publique. Sont insérés après l'article L. 1131-1 modifié, les articles L. 1131-1-2 et L. 1131-1-3 prévoyant que : « *Préalablement à la réalisation d'un examen des caractéristiques génétiques d'une personne, le médecin prescripteur informe celle-ci des risques qu'un silence ferait courir aux membres de sa famille potentiellement concernés si une anomalie génétique grave dont les conséquences sont susceptibles de mesures de prévention, y compris de conseil génétique, ou de soins était diagnostiquée. Il prévoit avec elle, dans un document écrit qui peut, le cas échéant, être complété après le diagnostic, les modalités de l'information destinée aux membres de la famille potentiellement concernés afin d'en préparer l'éventuelle transmission. Si la personne a exprimé par écrit sa volonté d'être tenue dans l'ignorance du diagnostic, elle peut autoriser le médecin prescripteur à procéder à l'information des intéressés dans les conditions prévues au quatrième alinéa. En cas de diagnostic d'une anomalie génétique grave, sauf si la personne a exprimé par écrit sa volonté d'être tenue dans l'ignorance du diagnostic, l'information médicale communiquée est résumée dans un document rédigé de manière loyale, claire et appropriée, signé et remis par le médecin. La personne atteste de cette remise. Lors de l'annonce de ce diagnostic, le médecin informe la personne de l'existence d'une ou plusieurs associations de malades susceptibles d'apporter des renseignements complémentaires sur l'anomalie génétique diagnostiquée. Si la personne le demande, il lui remet la liste des associations agréées en application de l'article L. 1114-1. La personne est tenue d'informer les membres de sa famille potentiellement concernés dont elle ou, le cas échéant, son représentant légal possède ou peut obtenir les coordonnées, dès lors que des mesures de prévention ou de soins peuvent leur être proposées. Si la personne ne souhaite pas informer elle-même les membres de sa famille potentiellement concernés, elle peut demander par un document écrit au médecin prescripteur, qui atteste de cette demande, de procéder à cette information. Elle lui communique à cette fin les coordonnées des intéressés dont elle dispose. Le médecin porte alors à leur connaissance l'existence d'une information médicale à caractère familial susceptible de les concerner et les invite à se rendre à une consultation de génétique, sans dévoiler ni le nom de la personne ayant fait l'objet de l'examen, ni l'anomalie génétique, ni les risques qui lui sont associés. Le médecin consulté par la personne apparentée est informé par le médecin prescripteur de l'anomalie génétique en cause ».*


Il est prévu, en outre, un lien avec l'assistance médicale à la procréation pour les enfants issus de dons de gamètes sans remettre en cause le principe de l'anonymat : « *Lorsqu'est diagnostiquée une anomalie génétique grave dont les conséquences sont susceptibles de mesures de prévention, y compris de conseil génétique, ou de soins chez une personne qui a fait un don de gamètes ayant abouti à la conception d'un ou plusieurs enfants ou chez l'un des membres d'un couple ayant effectué un don d'embryon, cette personne peut autoriser le médecin prescripteur à saisir le responsable du centre d'assistance médicale à la procréation afin qu'il procède à l'information des enfants issus du don dans les conditions prévues au quatrième alinéa ».* Enfin, l'article L. 1131-1-3 du code de la santé publique prévoit que, « *par dérogation au deuxième alinéa de l'article L. 1111-2 et à l'article L. 1111-7, seul le médecin prescripteur de l'examen des caractéristiques génétiques est habilité à communiquer les résultats de cet examen à la personne concernée ou, le cas échéant, aux personnes mentionnées au second alinéa de l'article L. 1131-1 ».*



H. G.-P.

B - Les empreintes génétiques

1 - Empreintes génétiques à des fins d'identification en matière civile

Le droit se trouve depuis presque deux décennies face au pouvoir d'individualisation des données génétiques, notamment en matière civile. « L'identité génétique » est reconnue dans le droit de la filiation comme nouveau mode de preuve, en cas de contentieux relatif à la filiation, qu'il s'agisse de son établissement ou de sa contestation. La jurisprudence de la Cour de cassation selon laquelle « *l'expertise biologique est de droit en matière de filiation, sauf s'il existe un motif légitime de ne pas y procéder* », vient conforter l'importance accordée à la vérité biologique.

Une décision de la Cour de cassation (**Civ. 1^{re}, 17 mars 2010, n° 08-16.798**, D. 2010. 1442, obs. F. Granet-Lambrechts ) vient nourrir la notion de motif légitime de ne pas ordonner une expertise biologique dans les actions relatives à la filiation. En l'espèce, à l'occasion d'un partage successoral, un enfant a introduit une action en contestation de la reconnaissance faite par le père d'une fille née hors mariage. La Cour de cassation rejeta le pourvoi au motif « *qu'après avoir constaté, d'une part, que M. X n'a pas contesté sa paternité pendant plus de soixante ans et a déclaré en octobre 2004 au notaire rédacteur de la donation que M^{me} Y était sa fille, d'autre part, qu'il a reconnu avoir eu au moins une relation sexuelle avec la mère de celle-ci, la cour d'appel qui a relevé que la demande en annulation de la reconnaissance formée en mai 2006, outre son caractère déstabilisateur pour une personne actuellement âgée de 62 ans, n'était causée que par un intérêt strictement financier, a ainsi caractérisé l'existence d'un motif légitime pour ne pas procéder à l'expertise sollicitée* ». Ne peut-on pas nuancer cette affirmation en relevant qu'en matière de contestation d'une filiation, les intérêts sont soit d'ordre affectif, soit d'ordre financier, soit les deux réunis ? L'un de ces critères l'emporte-t-il sur les autres pour écarter l'expertise génétique ?

Une décision récente de la Cour de cassation (**Civ. 1^{re}, 16 juin 2011, n° 08-20.475**, D. 2011. 1757, obs. C. Siffrein-Blanc ; AJ fam. 2011. 376, obs. F. Chénéde  ; RTD civ. 2011. 524, obs. J. Hauser ) vient trancher la question de l'établissement de la preuve en matière de possession d'état, rejetant le recours à l'expertise biologique, en affirmant qu'« *en matière de constatation de possession d'état, il ne peut y avoir lieu à prescription d'une expertise biologique* ».

L'article 6 de la **loi n° 2011-267 du 14 mars 2011** d'orientation et de programmation pour la performance de la sécurité intérieure a procédé à une réécriture de l'article 16-11 du code civil concernant l'identification d'une personne par ses empreintes génétiques. L'article 16-11 du code civil est ainsi modifié : « *L'identification d'une personne par ses empreintes génétiques ne peut être recherchée que : 1° Dans le cadre de mesures d'enquête ou d'instruction diligentées lors d'une procédure judiciaire ; 2° A des fins médicales ou de recherche scientifique ; 3° Aux fins d'établir, lorsqu'elle est inconnue, l'identité de personnes décédées* ».

Sont ensuite détaillées les différentes modalités : « *En matière civile, cette identification ne peut être recherchée qu'en exécution d'une mesure d'instruction ordonnée par le juge saisi d'une action tendant soit à l'établissement ou la contestation d'un lien de filiation, soit à l'obtention ou la suppression de subsides. Le consentement de l'intéressé doit être préalablement et expressément recueilli. Sauf accord exprès de la personne manifesté de son vivant, aucune identification par empreintes génétiques ne peut être réalisée après sa mort* ».

Lorsque l'identification est effectuée à des fins médicales ou de recherche scientifique, le consentement exprès de la personne doit être recueilli par écrit préalablement à la réalisation de l'identification, après qu'elle a été dûment informée de sa nature et de sa finalité. Le consentement mentionne la finalité de l'identification. Il est révocable sans forme et à tout moment.

Lorsque la recherche d'identité mentionnée au 3° concerne soit un militaire décédé à l'occasion d'une opération conduite par les forces armées ou les formations rattachées, soit une victime de catastrophe naturelle, soit une personne faisant l'objet de recherches au titre de l'article 26 de la loi n° 95-73 du 21 janvier 1995 d'orientation et de programmation relative à la sécurité et dont la mort est supposée, des prélèvements destinés à recueillir les traces biologiques de cette personne peuvent être réalisés dans des lieux qu'elle est susceptible d'avoir habituellement fréquentés, avec l'accord du responsable des lieux ou, en cas de refus de celui-ci ou d'impossibilité de recueillir cet accord, avec l'autorisation du juge des libertés et de la détention du tribunal de grande instance. Des prélèvements aux mêmes fins sur les ascendants, descendants ou collatéraux supposés de cette personne peuvent être également réalisés. Le consentement exprès de chaque personne concernée est alors recueilli par écrit préalablement à la réalisation du prélèvement, après que celle-ci a été dûment informée de la nature de ce prélèvement, de sa finalité ainsi que du caractère à tout moment révocable de son consentement. Le consentement mentionne la finalité du prélèvement et de l'identification. Les modalités de mise en oeuvre des recherches d'identification mentionnées au 3° de l'article 16-11 du code civil sont précisées par décret en Conseil d'Etat.



L'article 8 de la loi du 14 mars 2011 modifie les articles L. 1133-3 et L. 1133-4 du code de la santé publique ainsi que les articles 226-27 et 226-28 du code pénal.

H. G.-P.

2 - Empreintes génétiques à des fins d'identification en matière pénale

Saisi par la Cour de cassation le 11 juin 2010 (**Crim. 11 juin 2010, n° 09-88.083 QPC**), le Conseil constitutionnel s'est prononcé sur la conformité à la Constitution des trois articles 706-54, 706-55 et 706-56 du code de procédure pénale relatifs aux prélèvements biologiques destinés à permettre l'analyse d'identification de leur empreinte génétique et au fichier national automatisé des empreintes génétiques (FNAEG).

Le requérant ayant refusé de se soumettre à un prélèvement biologique avait été condamné par une juridiction d'appel. Il a introduit un pourvoi en cassation à l'occasion duquel il a demandé à la Cour de cassation de renvoyer au Conseil constitutionnel la question de la conformité des textes précités aux droits et libertés garantis par la Constitution et la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen. La Cour de cassation a accueilli la demande, aux motifs que la question présente un caractère sérieux en ce que, en raison de son champ d'application et des modalités de mise en oeuvre du prélèvement génétique, ce dispositif pourrait être regardé, « *sous certains de ses aspects, comme portant atteinte à des droits et libertés garantis par la Constitution* ».



Le Conseil constitutionnel, dans une décision du 16 septembre 2010 (**Cons. const., 16 sept. 2010, n° 2010-25 QPC**, AJ pénal 2010. 545 , étude J. Danet ) juge ces textes conformes sous deux réserves d'interprétation. Il écarte d'abord notamment les griefs fondés sur la liberté individuelle, les principes de sauvegarde de la dignité humaine et d'inviolabilité du corps humain, le respect de la vie privée, la présomption d'innocence.

Le Conseil constitutionnel rappelle que le prélèvement biologique visé aux deuxième et troisième alinéas de l'article 706-54 du code de procédure pénale ne peut être effectué sans l'accord de l'intéressé et qu'il ne comporte aucun procédé douloureux, intrusif ou attentatoire à la dignité des personnes ; que la disposition contestée n'autorise pas l'examen des caractéristiques génétiques des personnes ayant fait l'objet de ces prélèvements mais permet seulement leur identification par les empreintes génétiques. Le Conseil relève que le recours au fichier est permis dans le cadre d'enquêtes pour des infractions où l'empreinte génétique peut utilement concourir à la manifestation de la vérité et qu'il est entouré d'un ensemble suffisant de garanties (contrôle du fichier par un magistrat et par la CNIL, procédure d'effacement des informations, droit d'accès des intéressés) ; que, dès lors, « *ces dispositions sont de nature à assurer, entre le respect de la vie privée et la sauvegarde de l'ordre public, une conciliation qui n'est pas manifestement déséquilibrée* ».

Le Conseil constitutionnel formule enfin deux réserves d'interprétation fondées sur l'article 9 de la Déclaration des droits de l'homme de 1789 selon lequel « *tout homme étant présumé innocent jusqu'à ce qu'il ait été déclaré coupable, s'il est jugé indispensable de l'arrêter, toute rigueur qui ne serait pas nécessaire pour s'assurer de sa personne doit être sévèrement réprimée par la loi* ». La première réserve concerne la durée de conservation des empreintes au fichier. Le Conseil

constitutionnel juge qu'elle doit être proportionnée à la nature ou à la gravité des infractions concernées et être adaptée aux spécificités de la délinquance des mineurs. Le dernier alinéa de l'article 706-54 renvoie au décret le soin de préciser notamment la durée de conservation des informations enregistrées. La seconde réserve porte sur les infractions qui permettent un prélèvement d'empreintes génétiques aux fins de rapprochement avec les données du fichier. L'article 706-54, alinéa 3, du code de procédure pénale autorise les officiers de police judiciaire à procéder, d'office ou à la demande du procureur de la République ou du juge d'instruction, à un rapprochement de l'empreinte de toute personne à l'encontre de laquelle il existe une ou plusieurs raisons plausibles de soupçonner qu'elle a commis un crime ou un délit, avec les données incluses au fichier, sans toutefois que cette empreinte puisse y être conservée. Selon le Conseil, l'expression « crime ou délit » ici employée par le législateur doit être interprétée comme renvoyant aux infractions énumérées par l'article 706-55, c'est-à-dire les infractions pour lesquelles le FNAEG peut conserver les empreintes génétiques.

L'article 9 de la loi n° 2011-267 du 14 mars 2011 a modifié l'article 706-54 du code de procédure pénale relatif au fichier national automatisé des empreintes génétiques.

Le Conseil constitutionnel, dans une décision du 30 septembre 2011 (**Cons. const., 30 sept. 2011, n° 2011-173 QPC**, AJ fam. 2011. 549, obs. F. Chénéde  ; RTD civ. 2011. 743, obs. J. Hauser ), a déclaré l'article 16-11, alinéa 5, du code civil conforme à la Constitution. Le Conseil constitutionnel a été saisi le 6 juillet 2011 par la Cour de cassation (Civ. 1^{re}, 6 juill. 2011, n° 11-10.769) d'une question prioritaire de constitutionnalité posée par M. Louis C, M^{me} Jacqueline P et M. Lucien C, relative à la conformité aux droits et libertés que la Constitution garantit de la dernière phrase du cinquième alinéa de l'article 16-11 du code civil. Cet article énumère les cas dans lesquels l'identification d'une personne par ses empreintes génétiques peut être recherchée. Le cinquième alinéa dispose qu'en matière civile, cette identification ne peut être recherchée qu'en exécution d'une mesure d'instruction ordonnée par le juge saisi d'une action tendant soit à l'établissement ou la contestation d'un lien de filiation, soit à l'obtention ou la suppression de subsides. Il précise que le consentement de l'intéressé doit être préalablement et expressément recueilli. Aux termes de la dernière phrase de ce cinquième alinéa « *sauf accord exprès de la personne manifesté de son vivant, aucune identification par empreintes génétiques ne peut être réalisée après sa mort* ». Selon les requérants, l'interdiction de recourir à l'identification par les empreintes génétiques sur une personne décédée, dans une procédure civile en matière de filiation, porte atteinte au respect de la vie privée et au droit de mener une vie familiale normale. Le Conseil constitutionnel rappelle les termes de l'article 34 de la Constitution selon lesquels « *la loi fixe les règles concernant l'état et la capacité des personnes* » ; à ce titre, il appartient au législateur de déterminer les règles de preuve applicables en matière d'établissement et de contestation des liens de filiation, notamment lors de l'exercice d'actions en justice ; il est à tout moment loisible au législateur, statuant dans le domaine de sa compétence, de modifier des textes antérieurs ou d'abroger ceux-ci en leur substituant, le cas échéant, d'autres dispositions, dès lors que, ce faisant, il ne prive pas de garanties légales des exigences constitutionnelles ». Il précise qu'en disant que « *les personnes décédées sont présumées ne pas avoir consenti à une identification par empreintes génétiques, le législateur a entendu faire obstacle aux exhumations afin d'assurer le respect dû aux morts ; il n'appartient pas au Conseil constitutionnel de substituer son appréciation à celle du législateur sur la prise en compte, en cette matière, du respect dû au corps humain ; par suite, les griefs tirés de la méconnaissance du respect dû à la vie privée et au droit de mener une vie familiale normale doivent être écartés* ».

H. G.-P.

C - L'image du corps

1 - Biométrie

La biométrie regroupe l'ensemble des techniques informatiques permettant d'identifier un individu à partir de ses caractéristiques physiques, biologiques ou comportementales. Les données biométriques présentent la particularité d'être uniques et permanentes, permettant le traçage et l'identification des individus. Le rôle de la CNIL (Commission nationale de l'informatique et des libertés) est majeur dans ce domaine. Elle n'autorise certains dispositifs que s'ils sont fondés sur un fort impératif de sécurité et satisfont aux quatre critères suivants : la finalité du dispositif, la proportionnalité, la sécurité et l'information des personnes concernées.

Le 18 mars 2010, la formation contentieuse de la CNIL a ordonné l'interruption d'un système biométrique reposant sur la reconnaissance des empreintes digitales mis en oeuvre par une société spécialisée dans le commerce de gros d'habillement militaire. Ce système, non autorisé par une décision du 25 avril 2007, avait fait l'objet d'une mise en oeuvre illicite. Le 1^{er} avril 2010, elle a autorisé l'expérimentation par Banque Accord d'un système de paiement avec authentification du réseau veineux du doigt, considérant que l'utilisation de cette technologie était proportionnée et conforme à ses préconisations en matière de biométrie. En effet, le réseau veineux est considéré, en l'état de la technologie, comme une biométrie « sans trace », c'est-à-dire non susceptible d'être captée à l'insu de la personne. Le 15 avril 2010, elle a autorisé le Centre Oscar Lambret, Centre régional de lutte contre le cancer du Nord-Pas-de-Calais, à expérimenter un dispositif biométrique permettant de contrôler l'identité des patients pris en charge en radiothérapie. Ce dispositif repose sur la reconnaissance de l'empreinte digitale assortie de la constitution d'une base de données centralisée afin d'éviter tout risque d'erreur médicale. Le 12 mai 2011, la CNIL a autorisé le recours à un dispositif biométrique reposant sur la reconnaissance combinée de l'empreinte digitale et du réseau veineux des doigts de la main. Ce système est utilisé pour contrôler l'accès aux locaux sur les lieux de travail. La CNIL a refusé, le 30 novembre 2011, la mise en place d'un dispositif biométrique basé sur la reconnaissance de l'utilisation du réseau veineux des doigts de la main dans une cantine scolaire d'un collège. Ce dispositif avait pour but de permettre de débloquent le plateau de la cantine et de suivre les passages des utilisateurs. La Commission a estimé, au regard des risques existants et de la nature de la population concernée (élèves mineurs), que le dispositif biométrique envisagé était disproportionné par rapport au but recherché (améliorer la gestion de la cantine scolaire). Elle a, en outre, souligné que la gestion des accès à la cantine pouvait être réalisée par d'autres moyens comme un badge remis à chaque utilisateur ou le recours à la biométrie du contour de la main.

H. G.-P.

2 - Utilisation des neurosciences : encadrement de l'imagerie cérébrale

La loi n° 2011-814 du 7 juillet 2011 relative à la bioéthique a mis en place, pour la première fois, un encadrement des applications des neurosciences en réglementant l'accès aux techniques de l'imagerie cérébrale (art. 45, titre VIII, Neurosciences et imagerie cérébrale), afin de créer un cadre protecteur des droits de la personne que ni la loi de 1994 ni celle de 2004 n'avaient envisagé. Différents rapports d'évaluation de la loi de bioéthique préalables à sa révision avaient souligné la nécessité d'un encadrement des neurosciences (rapport de l'Agence de biomédecine consacré au bilan d'application de la loi relative à la bioéthique en octobre 2008 ; rapport de l'OPECST, n° 1325, sur l'évaluation de l'application de la loi n° 2004-800 du 6 août 2004, déposé le 20 nov. au Sénat et le 17 déc. 2008 à l'Assemblée nationale, recommandant d'évaluer périodiquement l'impact de ces recherches au plan médical, mais aussi social et environnemental, d'assurer un accès équitable à ces nouvelles technologies, de protéger les données issues de ces techniques, d'éviter l'interconnexion des fichiers et d'interdire l'utilisation en justice de la neuroimagerie). Un bilan très documenté des enjeux éthiques des neurosciences avait été dressé par le Centre d'analyse stratégique en mars 2009 (Centre d'analyse stratégique, Impact des neurosciences : quels enjeux éthiques pour quelles régulations ?, note de

veille n° 128, mars 2009).

L'inquiétude sous-jacente porte sur les dérives similaires déjà identifiées en matière de génétique : que les gènes ou les configurations neuronales du cerveau, siège de la pensée, puissent être appréhendés comme reflétant la vérité de la personne ou que l'on utilise ces savoirs contre elle, pour prédire son comportement. Un certain nombre de questions éthiques ainsi ciblées (utilisation de l'IRMf comme détecteur de mensonges au profit des assureurs, employeurs, voire à finalité judiciaire, détournement possible à des fins non thérapeutiques des implants cérébraux, utilisation d'un pouvoir prédictif potentiel des résultats de l'imagerie cérébrale, manque de fiabilité à l'échelle individuelle des résultats de l'IRMf du fait de la complexité des données informatiques...) ont permis au législateur de mieux cerner les enjeux et les risques susceptibles d'affecter la protection de l'intimité de l'individu, pour réglementer utilement ce nouveau domaine (C. Puigellier et C. Tijus, L'hypnose en tant que moyen de preuve, in *Science, éthique et droit*, Ed. O. Jacob, 2007 ; H. Chneiweiss, Cerveau préservé, réparé, amélioré ; F. Ramus, Quel pouvoir prédictif de la génétique et des neurosciences ? ; C. Byk, Neurosciences et administration de la preuve pénale aux Etats-Unis ; F. Terré, Droit, éthique et neurosciences, in *Actes du Colloque, Avancées biomédicales et protection des libertés*, ss. la dir. H. Gaumont-Prat, Médecine et Droit, n° 106, janv.-févr. 2011, Elsevier ; K. Murphy, *Robustly measuring vascular reactivity differences with breath-hold : normalising stimulus-evoked and resting state BOLD fMRI data*, in *NeuroImage* 54, 2011, 369-379, Elsevier ; H. Gaumont-Prat, La loi du 7 juillet 2011 relative à la bioéthique et l'encadrement des neurosciences, LPA 21 nov. 2001 ; C. Vidal, *Le cerveau évolue-t-il au cours de la vie ?*, Ed. Le Pommier, 2009).

Le législateur a choisi d'encadrer les techniques d'imagerie cérébrales en 2011 en les soumettant aux grands principes bioéthiques inscrits au code civil. Il en circonscrit le domaine d'accès en fonction de trois finalités reconnues comme légitimes (finalité médicale, de recherche scientifique et judiciaire) afin de limiter les conséquences potentiellement graves pour l'homme de l'image du régime élaboré dans le domaine de la génétique, pour réglementer dès 1994 « *les examens des caractéristiques génétiques* ». Le nouvel article 16-14 du code civil prévoit que : « *Les techniques d'imagerie cérébrale ne peuvent être employées qu'à des fins médicales ou de recherche scientifique, ou dans le cadre d'expertises judiciaires. Le consentement exprès de la personne doit être recueilli par écrit préalablement à la réalisation de l'examen, après qu'elle a été dûment informée de sa nature et de sa finalité. Le consentement mentionne la finalité de l'examen. Il est révoquant sans forme et à tout moment* ». L'article 45 de la loi précise en outre qu'après le titre III du livre I^{er} de la première partie du code de la santé publique, il est inséré un titre III bis ainsi rédigé « *Neurosciences et imagerie cérébrale* » avec un chapitre unique comportant un article L. 1134-1 qui prévoit : « *Un arrêté du ministre chargé de la santé définit les règles de bonnes pratiques applicables à la prescription et à la réalisation des examens d'imagerie cérébrale à des fins médicales. Ces règles tiennent compte des recommandations de la Haute Autorité de santé* ». L'article 46 de la loi fixe les modifications insérées au code de la santé publique. L'article L. 1412-3 mentionne le rôle dévolu à des organismes susceptibles d'apporter un contrôle du suivi et de l'évolution des neurosciences : CCNE, Agence de biomédecine et Office parlementaire d'évaluation des choix scientifiques et technologiques.

On observe, toutefois, que le législateur a ignoré le risque de discrimination spécifique à l'utilisation de données cérébrales bien que ceci ait été évoqué lors des travaux parlementaires. On peut regretter qu'une disposition similaire à celle de l'article 16-13 du code civil, prévoyant que « *nul ne peut faire l'objet de discriminations en raison de ses caractéristiques génétiques* », et dont l'atteinte est visée à l'article 225-1 et sanctionnée à l'article 225-2 du code pénal, n'ait pas été envisagée. De même, la loi ne prévoit pas de sanctions pénales spécifiques en cas de mésusage de la technique d'imagerie cérébrale, en violation de l'article 16-14 du code civil, contrairement aux atteintes à la personne résultant de l'examen de ses caractéristiques génétiques ou de l'identification par ses empreintes génétiques sanctionnées aux articles 226-25 à 226-30 du code pénal.

H. G.-P.

II - Le corps, ses éléments et ses produits

A - Les règles générales relatives au statut du corps humain

1 - La protection de l'intégrité corporelle

Le corps du vivant de la personne : la stérilisation. La stérilisation des personnes handicapées souffrant d'un déficit intellectuel ou de problèmes psychologiques fait partie des sujets les plus délicats de la biomédecine. Désormais, l'article L. 2123-2 du code de la santé publique, issu de la loi n° 2001-588 du 4 juillet 2001, interdit la ligature des trompes ou des canaux déférents à visée contraceptive sur les mineurs et sur les majeurs handicapés mentaux placés sous tutelle ou sous curatelle, sauf s'il existe « *une contre-indication médicale absolue aux méthodes de contraception ou une impossibilité avérée de les mettre en oeuvre efficacement* ». Le texte subordonne l'intervention à une décision du juge des tutelles après avis d'un comité d'experts. Le juge doit avoir entendu la personne concernée. Si elle est apte à exprimer sa volonté, son consentement doit être systématiquement recherché et pris en compte après fourniture d'une « *information adaptée à son degré de compréhension* ». Il ne peut être passé outre au refus de l'intéressé ou à la révocation de son consentement. Le juge doit aussi entendre les parents ou le représentant légal ainsi que « *toute personne dont l'audition lui paraît utile* ». Cette pratique reste très sous-évaluée, selon un rapport récent de l'IGAS (Inspection générale des affaires sociales), et se trouve souvent associée à une forme de maltraitance des personnes concernées. La cour d'appel de Paris a été saisie de cette question (**Paris, 11 mars 2011, n° 08/18958**). Les faits sont antérieurs à la loi de 2001 et à la loi du 29 juillet 1994 consacrant dans l'article 16-3 du code civil le respect du corps humain. Une jeune femme souffrant de troubles psychologiques et placée pour cela sous curatelle fit l'objet d'une ligature des trompes alors qu'elle résidait dans un établissement spécialisé, à la demande de sa curatrice (sa mère). Plus d'une quinzaine d'années plus tard, la mesure de curatelle ayant été levée et la femme s'étant mariée, celle-ci découvre qu'elle ne peut plus avoir d'enfant et les raisons de sa stérilité définitive. Elle assigne en responsabilité sa mère et les médecins ayant procédé à sa stérilisation. La cour de Paris la déboute, jugeant l'action prescrite : elle a en effet retenu la qualification extra-contractuelle de la responsabilité, ce qui est discutable (en ce sens, J.-R. Binet, Dict. perm. bio., avr. 2011. 6). Un contrat médical a été conclu entre la patiente et les médecins auprès desquels elle a valablement consenti à l'opération. Toutefois, pouvait se poser la question de la finalité de cette intervention médicale : à l'époque des faits, la jurisprudence n'admettait qu'un but thérapeutique (Crim. 1^{er} juill. 1937, DH 1937. 537, la fameuse affaire des « stérilisés de Bordeaux »).

L'euthanasie. Le Sénat a rejeté le 25 janvier 2011 une nouvelle proposition de loi sur l'euthanasie (proposition de loi Sénat n° 229, 18 janv. 2011), fusion de trois propositions similaires sur le sujet. Selon ce texte, toute personne capable majeure en phase avancée ou terminale d'une affection accidentelle ou pathologique grave et incurable lui infligeant une souffrance physique ou psychique qui ne peut être apaisée ou qu'elle juge insupportable pouvait solliciter une assistance médicalisée afin de lui administrer une mort rapide et sans douleur. En dépit de ce rejet, nul doute que le sujet de l'euthanasie sera de nouveau examiné au cours des prochaines législatures. De manière concomitante la Cour européenne des droits de l'homme a jugé le 20 janvier 2011 (**CEDH 20 janv. 2011, n° 31322/07, Haas c/ Suisse**, D. 2011. 925, note E. Martinet, M. Reynier et F. Vialla ; RTD civ. 2011. 311, obs. J.-P. Marguénaud) des conditions dans lesquelles un individu peut solliciter une telle aide au suicide dans un Etat qui en reconnaît la possibilité. La Suisse, qui se trouve dans ce cas, pose toutefois quelques conditions à la délivrance à une personne qui en fait la demande, de médicaments provoquant la mort comme le pentobarbital sodique : elle doit se faire sur ordonnance médicale établie à la suite d'une expertise psychiatrique approfondie. Un désespéré, souffrant au demeurant de troubles d'ordre psychique, s'étant vu refuser la délivrance de substances mortifères sans ordonnance et par l'intermédiaire d'une association d'aide

au suicide, a poursuivi l'Etat suisse sur le fondement de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme (Conv. EDH), estimant que son droit de décider du moment et des moyens de mettre fin à ses jours n'était pas respecté. En réponse, la Cour de Strasbourg, estimant que le choix d'éviter une fin de vie indigne relève de la vie privée (CEDH 29 avr. 2002, n° 2346/02, *Pretty c/ Royaume-Uni*, D. 2002. 1596 ; AJDA 2003. 1383, note B. Le Baut-Ferrarèse ; GADS, 2010, n° 16 ; RDSS 2002. 475, note P. Pedrot ; RSC 2002. 645, obs. F. Massias ; RTD civ. 2002. 482, obs. J. Hauser, et 858, obs. J.-P. Marguénaud), considère toutefois qu'un Etat n'est pas tenu de garantir un accès libre à des substances mortifères. En l'absence de consensus entre les Etats membres de la CEDH sur la question de l'euthanasie, la marge d'appréciation qui leur est reconnue en ce domaine doit être importante : les restrictions - au demeurant libérales - mises en place par la législation helvétique pour l'accès aux substances mortifères sont jugées justifiées par l'intérêt légitime de protéger la personne contre une décision précipitée, voire d'éventuels abus. Si la Cour ne reconnaît pas un « droit de mourir », ce qu'elle avait refusé de faire également dans l'affaire *Pretty*, elle admet aujourd'hui, au nom de l'autonomie personnelle que « le droit d'un individu de décider de quelle manière et à quel moment sa vie doit prendre fin à condition qu'il soit en mesure de forger librement sa propre volonté à ce propos et d'agir en conséquence est l'un des aspects du droit au respect de sa vie privée au sens de l'article 8 de la Convention ».

Le corps de l'enfant à naître : l'interruption volontaire de grossesse (IVG). L'interruption volontaire de grossesse n'est pas un droit. Dans une décision attendue mettant en cause l'Irlande face à trois requérantes qui avaient été contraintes, dans des circonstances de fait différentes, de se rendre à l'étranger pour subir une IVG, la grande chambre de la CEDH apporte des précisions importantes (CEDH 16 déc. 2010, n° 25579/05, D. 2011. 1360, chron. S. Hennette-Vauchez ; RDSS 2011. 293, note D. Roman ; Constitutions 2011. 213, obs. E. Dubout ; RTD civ. 2011. 303, obs. J.-P. Marguénaud). Avant d'examiner le recours, la Cour de Strasbourg prend bien soin de rappeler combien le peuple irlandais a entendu conserver au sein de l'Union européenne une position originale et son attachement à la défense de la vie de l'enfant à naître, jusqu'à obtenir que les Traités européens ne puissent remettre en cause les dispositions constitutionnelles y référant : les restrictions imposées par la loi irlandaise ont été « basées sur des valeurs morales profondes concernant la valeur de la vie ». En substance, la grande chambre estime qu'un « Etat peut ne pas consacrer un droit à l'avortement pour tous motifs afin de protéger les droits de l'enfant à naître » ; elle reconnaît à l'Etat irlandais une large marge d'appréciation pour déterminer si un juste équilibre a été ménagé entre la protection de l'enfant à naître et le droit des requérantes au respect de leur vie privée garanti par l'article 8 de la Convention. En effet, la grande chambre de recours estime qu'il n'existe pas de consensus européen sur la définition scientifique et juridique des débuts de la vie, de sorte que le point de départ du droit à la vie relève de la marge d'appréciation des Etats et que le point d'équilibre entre la protection de la vie de l'enfant et les droits de la mère relève nécessairement de la même marge d'appréciation. Davantage, l'interdiction de l'avortement pour motifs de santé ou de bien-être de la femme ne viole pas l'article 3 de la Convention (prohibition des traitements inhumains ou dégradants). La loi irlandaise prévoyant, toutefois, des circonstances dans lesquelles le recours à l'IVG est licite, notamment lorsque la vie de la mère se trouve menacée, la Cour condamne l'Irlande pour avoir manqué à son obligation de permettre à une femme d'établir si elle peut obtenir un avortement pour la sauvegarde de sa vie, ce qui constitue une violation de l'article 8 de la Convention.

L'interruption volontaire de grossesse n'est pas davantage un droit en France : elle est strictement encadrée par les dispositions des articles L. 2211-1 et suivants du code de la santé publique. La première chambre civile de la Cour de cassation le rappelle dans une décision du 26 mai 2011 (Civ. 1^{re}, 26 mai 2011, n° 10-15.550). Elle approuve une cour d'appel qui a retenu la responsabilité civile d'un médecin gynécologue ayant administré à une patiente enceinte un médicament destiné à préparer une IVG, sans avoir attendu l'écoulement du délai de réflexion d'une semaine prévu par l'article L. 2212-5 du code de la santé publique et sans avoir obtenu son consentement écrit exigé par le même article. Ce délai de réflexion et la formalisation du consentement par écrit sont destinés à s'assurer de la détermination de la patiente : dans le cas d'espèce, la patiente avait pris sa décision sous le coup de l'émotion de la découverte d'une grossesse non désirée. En soi, leur non-respect par le praticien ou le centre médical où l'entretien se déroule constitue une faute de nature à engager leur responsabilité (Bordeaux, 17 mars 2005, JCP A 2005. 1237, p. 923, concl. Chemin). Reste à déterminer quel préjudice peut alléguer la patiente ; ici, elle obtient une indemnisation pour un préjudice consistant en des difficultés d'ordre psychologique résultant de ce qu'elle avait accepté de s'engager trop rapidement perdant ainsi une chance de prendre sa décision dans la sérénité après l'avoir mûrie.

La loi n° 2011-814 du 7 juillet 2011 a modifié les dispositions de l'article L. 2213-1 du code de la santé publique sur l'IVG pour motif médical, en lien avec l'évolution du diagnostic prénatal (DPN). Notamment, l'équipe pluridisciplinaire chargée d'examiner la demande d'IVG passe à quatre personnes au lieu de trois.

Le transfert d'embryon post mortem. L'Assemblée nationale avait introduit en première lecture la possibilité de procéder au transfert d'embryon après le décès du père lorsque ce dernier aurait consenti par écrit de son vivant à une telle opération ; ce transfert aurait été possible dans un délai de 6 à 18 mois *post mortem* et après autorisation de l'Agence pour la biomédecine. Cette possibilité, envisagée favorablement par le CCNE dans ses avis des 17 décembre 1993 et 10 février 2011 a été rejetée par le Sénat et finalement abandonnée. L'argument développé par M^{me} Mirkovic (dans son commentaire de la décision **Rennes, ch. 6, 22 juin 2010, n° 09/07299**, JCP 2010. 1670 ; V. égal. D. 2011. 1585, obs. F. Granet-Lambrechts), relative à une insémination *post mortem*) a emporté la décision : la pratique des embryons surnuméraire est moralement contestable et il est souhaitable que les médecins y mettent fin peu à peu (il y aurait près de 150 000 embryons congelés en France) ; prévoir la possibilité de transfert *post mortem* conduit à pérenniser cette pratique, alors qu'une telle demande ne se présentera que de manière très exceptionnelle (ce qui préconise désormais l'art. L. 2141-3 nouv. CSP).

L'expérimentation sur l'embryon. C'était l'une des questions phares de la révision de la loi dite « bioéthique » : fallait-il maintenir l'interdiction de l'expérimentation sur l'embryon humain en l'assortissant d'exceptions ciblées, comme c'était le cas depuis 2004, ou fallait-il, au nom de l'honnêteté intellectuelle selon certains, lever au contraire cette interdiction et assortir le principe de liberté d'expérimenter de limites précises ? Les débats ont été vifs, tant dans l'enceinte parlementaire qu'au dehors. Finalement, le Parlement a maintenu le principe de l'interdiction assorti d'exceptions mais il ne s'agit pas d'un *statu quo*. Il faut y voir un symbole dans une matière où ils sont essentiels : la conservation du principe d'interdiction marque le respect dû au corps humain (nous verrons dans le paragraphe suivant combien cet aspect est important) et à son caractère hors du commerce (ce qui exclut en principe des utilisations lucratives comme non lucratives). Le principe de l'interdiction apparaît par ailleurs seul conforme aux exigences de l'article 3 de la Convention d'Oviedo, qui lie désormais le législateur français, et selon lequel « l'intérêt et le bien-être de l'être humain doivent prévaloir sur le seul intérêt de la société ou de la science ». Le texte de l'interdiction englobe désormais de manière explicite les cellules souches embryonnaires et les lignées de cellules souches (art. L. 2151-5 CSP). L'article L. 2151-2 ajoute une nouvelle interdiction : celle de créer des embryons transgéniques ou chimériques (utilisant la technique du clonage, des chercheurs ont ainsi obtenu des embryons chimériques à partir d'un noyau de cellule humaine placé au sein d'un ovocyte de lapine ou de vache, préalablement énucléé ; ces embryons sont dotés d'un matériel génétique pour l'essentiel humain associé à de l'ADN animal, présent dans les mitochondries du cytoplasme de l'ovocyte). En octobre 2007, le Parlement britannique a, contrairement à la France, admis la licéité de telles « créations ». L'interdiction vaut pour la recherche autant que pour la production commerciale. Les recherches sur l'embryon restent donc admises à titre dérogatoire ; cependant, l'ancien moratoire de cinq ans issu de la loi de 2004 a été abrogé et de nouvelles conditions de recherche ont été édictées (art. L. 2151-5 CSP). Le projet de recherche doit révéler « une pertinence scientifique » et il convient d'établir l'impossibilité de parvenir au résultat escompté par le biais d'une recherche ne recourant pas à des embryons humains. Cette disposition est importante car, comme l'a justement relevé le professeur Testard lors des états généraux de la



bioéthique organisés à Marseille, le recours aux embryons humains est largement favorisé par le fait que cette « ressource » est gratuite et quasiment illimitée (elle provient essentiellement des embryons surnuméraires congelés et ne faisant plus l'objet d'un « projet procréatif ») à la différence des embryons d'animaux, de primates en particulier. On notera que les conditions posées par le législateur en matière d'expérimentation sur l'embryon restent cependant en deçà des conditions posées pour l'expérimentation sur les animaux (Dir. n° 2010/63/UE, 22 sept. 2010 relative à la protection des animaux utilisés à des fins scientifiques).











Le corps après le décès. Le respect dû au corps des personnes décédées ne cesse de progresser en France, comme en témoignent les textes adoptés récemment, relayés par une jurisprudence de plus en plus protectrice. La **loi n° 2011-525 du 17 mai 2011** de simplification et d'amélioration de la qualité du droit a créé un nouveau chapitre dans le code de procédure pénale (art. R. 230-28 à R. 230-31) consacré aux autopsies judiciaires. L'autopsie est dite « judiciaire » ou « médico-légale » lorsqu'elle est ordonnée par le juge d'instruction ou par le procureur de la République sur le fondement de l'article 74 du code de procédure pénale. Un rapport présenté en janvier 2006 par la mission interministérielle en vue d'une réforme de la médecine légale avait constaté que « *l'absence de cadre légal ou réglementaire est une caractéristique majeure de la médecine légale française* », car elle ne faisait l'objet d'aucune disposition particulière dans le code de procédure pénale, alors qu'elle constitue une atteinte à l'intégrité du cadavre qui peut être vécue de façon douloureuse par les familles et que le régime juridique des autopsies médicales (menées à des fins thérapeutiques ou scientifiques) a été quant à lui clarifié par la loi du 6 août 2004 relative à la bioéthique. Les dispositions nouvelles ont été inspirées par la proposition de loi déposée en juin 2010 à l'Assemblée nationale (n° 2615) et les recommandations du Médiateur de la République de 2009. L'article R. 230-28 du code de procédure pénale précise désormais que, sous réserve des nécessités de l'enquête ou de l'information judiciaire, le conjoint, le concubin, le partenaire lié par un pacte civil de solidarité, les ascendants ou les descendants du défunt sont informés dans les meilleurs délais de ce qu'une autopsie a été ordonnée et que des prélèvements biologiques ont été effectués. Lorsque l'autopsie a été réalisée et que la conservation du corps du défunt n'est plus nécessaire à la manifestation de la vérité, l'autorité judiciaire délivre dans les meilleurs délais l'autorisation de remise du corps et le permis d'inhumer. Il est procédé à la meilleure restauration possible du corps avant sa remise aux proches du défunt (comme le prescrit l'art. L. 1232-5 CSP pour les autopsies scientifiques). Il ne peut être refusé aux proches du défunt qui le souhaitent d'avoir accès au corps avant sa mise en bière, sauf pour des raisons de santé publique. L'accès au corps se déroule dans des conditions qui leur garantissent respect, dignité, décence et humanité. Une charte de bonnes pratiques, dont le contenu est défini par voie réglementaire, informe les familles de leurs droits et devoirs. Elle est obligatoirement affichée en un lieu visible. A l'issue d'un délai d'un mois à compter de la date de l'autopsie, les proches du défunt ayant qualité pour pourvoir aux funérailles peuvent demander la restitution du corps auprès du procureur de la République ou du juge d'instruction, qui doit y répondre par une décision écrite dans un délai de quinze jours (art. R. 230-29 c. pr. pén.). Ces dispositions sont les bienvenues car le manque de précisions sur les conditions de restitution de la dépouille avait donné lieu à une condamnation de la France par la CEDH (30 oct. 2001, n° 37794/97, *Pannullo et Forte c/ France*, RTD civ. 2002. 393, obs. J.-P. Marguénaud [📄](#)). Les prélèvements effectués lors de ces autopsies n'étaient pas concernés par les articles R. 1335-9 à R. 1335-12 du code de la santé publique, qui fixent les règles relatives à l'élimination des pièces anatomiques recueillies à l'occasion des activités de soins ou d'activités assimilées (enseignement, recherche et production industrielle dans les domaines de la médecine humaine et vétérinaire ainsi qu'activités de thanatopraxie), comme l'a relevé la cour d'appel de Toulouse dans son arrêt du 28 avril 2009. Le nouvel article R. 230-30 du code de procédure pénale prévoit désormais que, lorsque les prélèvements biologiques réalisés au cours d'une autopsie judiciaire ne sont plus nécessaires à la manifestation de la vérité, l'autorité judiciaire compétente peut ordonner leur destruction. Cette disposition confirme la position traditionnelle de la jurisprudence pénale selon laquelle les prélèvements effectués à l'occasion de l'autopsie « *ne constituent pas des objets susceptibles de restitution au sens de l'article 99 du code de procédure pénale* » (**Crim. 18 janv. 2011, n° 10-83.386**). Leur destruction s'effectue selon les modalités prévues par l'article R. 1335-11 du code de la santé publique. Toutefois, sous réserve des contraintes de santé publique et lorsque ces prélèvements constituent les seuls éléments ayant permis l'identification du défunt, l'autorité judiciaire compétente peut autoriser leur restitution en vue d'une inhumation ou d'une crémation. Le rattachement (partiel) du sort des prélèvements au régime du code de la santé publique, outre son caractère logique, devrait mettre fin aux situations pénibles dont les décisions précitées sont l'expression, situations d'autant plus douloureuses qu'elles touchent en priorité les proches des victimes d'infractions pénales.

La loi n° 2008-1350 du 19 décembre 2008 a introduit dans le code civil un article 16-1-1 (V. notre précédent panorama, D. 2010. 604) ainsi libellé : « *Le respect dû au corps humain ne cesse pas avec la mort. Les restes des personnes décédées y compris les cendres de celles dont le corps a donné lieu à la crémation, doivent être traités avec respect, dignité et décence* ». Il a également complété l'article 16-2 par les mots : « *y compris après la mort* ». Ces dispositions ne font que consacrer une jurisprudence qui rattachait déjà le respect du corps mort, en tous ses états, au respect du corps de la personne vivante. Comme l'ensemble du titre dont elles relèvent, ces dispositions sont d'ordre public : il existe donc en France une sorte d'ordre public de la mort et des morts dont le respect irrigue toutes les branches du droit, même celles qui sembleraient en être le plus éloignées comme le droit du travail. Dans un arrêt du 19 janvier 2011 (**Soc. 19 janv. 2011, n° 09-68.934**), la chambre sociale vient de le rappeler en approuvant une cour d'appel ayant retenu le caractère de faute lourde à l'encontre d'un employé de crématorium qui avait mélangé des cendres humaines provenant des crémations à des ordures ménagères dans des sacs poubelles. L'atteinte grave au respect dû aux restes humains après la crémation justifiait cette qualification.






Le droit funéraire n'a pas à être moins protecteur au chapitre du respect dû aux restes humains : la première chambre civile l'a signifié de manière claire dans un arrêt du 16 juin 2011 (**Civ. 1^{re}, 16 juin 2011, n° 10-13.580**, D. 2011. 1757 ; AJDA 2011. 1758 [📄](#) ; AJCT 2011. 574, obs. B. Hédin [📄](#)) en tranchant dans le sens d'une plus grande rigueur la délicate question du régime de la « réduction des corps ». L'article R. 2213-40 du code général des collectivités territoriales impose que toute exhumation soit autorisée tant par les plus proches parents du défunt que par le maire de la commune : la Cour suprême, en sanctionnant la cour de Dijon, juge que la réduction des corps « *s'analyse en une exhumation* » et nécessite donc ces autorisations préalables. Rappelons que cette opération consiste à déposer dans une boîte à ossements (ou reliquaire) les restes d'une ou de plusieurs personnes décédées cinq ans au minimum après l'inhumation des corps et dans l'hypothèse où il ne reste que des ossements, dans le but de libérer une ou plusieurs places dans la sépulture et permettre à cette dernière d'accueillir des corps supplémentaires (V. D. Dutrieux, *Opérations funéraires*, J.-Cl. Collectivités territoriales, Fasc. 717, n° 78). Une certaine confusion régnait depuis de nombreuses années en raison de l'absence de toute réglementation spécifique. A l'occasion d'une réponse ministérielle (Rép. min. n° 5187, JO Sénat Q, 14 avr. 1994, p. 873), l'administration de l'intérieur avait indiqué qu'elle penchait en faveur de la qualification d'exhumation. Elle n'a pas toujours été suivie par les juridictions administratives ou judiciaires. Le Conseil d'Etat a subtilement jugé que lorsque le corps est « *physiquement sorti* » de la sépulture, la réduction n'est pas une exhumation (CE 11 déc. 1987, n° 72998, *Lebon*. 413 [📄](#) ; D. 1988. 378, obs. F. Moderne et P. Bon ; V. toutefois, CE 17 oct. 1997, n° 167648, *Ville de Marseille c/ Cts Guien*, *Lebon* T 978 [📄](#)). Dans une décision du 19 mai 2005 la cour d'appel de Caen a confirmé l'analyse faite en 1987 par le Conseil d'Etat (n° 03/03750, Coll. terr. oct. 2005. Comm. 185, p. 29, note D. Dutrieux). En condamnant cette approche, la Cour de cassation n'entre pas dans ces distinctions byzantines relatives à la sortie des corps hors de la sépulture : la manipulation des restes humains n'est pas seulement une question technique pouvant intéresser la salubrité publique, elle est aussi et d'abord une question éthique intéressant au premier chef les familles qui leur rendent encore un culte.

2 - La non patrimonialité et indisponibilité











La non patrimonialité : la brevetabilité des embryons. La Cour de justice de l'Union européenne a rendu le 18 octobre 2011 un important arrêt (CJUE 18 oct. 2011, n° C-34/10, Assoc. Greenpeace, D. 2011. 2596, obs. J. Daleau, et note De Malherbe et Galloux, à paraître ; AJ fam. 2011. 518, obs. A. Mirkovic ) dans lequel elle définit la notion d'embryon humain et les limites de la brevetabilité dans le cadre d'une utilisation de ceux-ci, interprétant les termes de l'article 6.2 c), de la directive n° 98/44/CE du 6 juillet 1998 sur la protection juridique des inventions biotechnologiques. Était en cause un brevet portant sur des cellules immatures qui ont la capacité de former des cellules matures du système nerveux, notamment des neurones, isolées et purifiées, qui sont produites à partir de cellules souches embryonnaires humaines. Le Bundespatentgericht (Tribunal fédéral des brevets, Allemagne), à la demande de Greenpeace, avait déclaré nul le brevet dans la mesure où il porte sur des procédés permettant d'obtenir des cellules précurseurs à partir de cellules souches d'embryons humains alors que la directive n° 98/44/CE relative à la protection juridique exclut du champ d'application de la brevetabilité les utilisations des embryons à des fins industrielles ou commerciales. En appel, la Cour fédérale de justice allemande a décidé de poser une question préjudicielle à la CJUE sur l'interprétation notamment de la notion d'« embryon humain » non définie par la directive n° 98/44/CE. Il s'agit de savoir si l'exclusion de la brevetabilité de l'embryon humain concerne tous les stades de la vie à partir de la fécondation de l'ovule ou si d'autres conditions doivent être satisfaites, par exemple qu'un certain stade de développement soit atteint. La Cour dit pour droit que le législateur de l'Union ayant entendu exclure toute possibilité de brevetabilité en raison du respect dû à la dignité humaine, il en résulte que la notion d'« embryon humain » doit être comprise largement. Dès lors, tout ovule humain doit, dès le stade de sa fécondation, être considéré comme un « embryon humain » dès lors que cette fécondation est de nature à déclencher le processus de développement d'un être humain. L'ovule humain non fécondé, dans lequel le noyau d'une cellule humaine mature a été implanté, et l'ovule humain non fécondé induit à se diviser et à se développer par voie de parthénogenèse, doivent également être qualifiés d'« embryon humain ». La question s'est ensuite posée de savoir si l'exclusion de la brevetabilité qui porte sur la notion d'« utilisations d'embryons humains à des fins industrielles et commerciales » couvre également l'utilisation à des fins de recherches scientifiques. La Cour observe que l'octroi d'un brevet à une invention implique, en principe, son exploitation industrielle et commerciale, par la suite, de sorte que, même si le but de la recherche est initialement scientifique, la demande de brevet confère à l'opération une finalité industrielle ou commerciale, étant observé que la recherche sur les embryons n'est pas nécessairement illicite. L'invention suppose le prélèvement de cellules souches obtenues à partir d'un embryon humain au stade du blastocyste, et le prélèvement entraîne la destruction de cet embryon. Ne pas exclure de la brevetabilité une telle invention aurait pour conséquence de permettre au demandeur d'un brevet d'éluder l'interdiction de brevetabilité par une rédaction habile de la revendication. En conclusion, la Cour estime, comme l'a fait la grande chambre de recours dans une décision voisine le 25 novembre 2008 dans une affaire WARF (J.-C. Galloux, D. 2009. 578 ) , qu'une invention n'est brevetable lorsque la mise en oeuvre du procédé requiert soit la destruction d'embryons humains, soit leur utilisation comme matériau de départ, même si, lors de la demande de brevet, la description de ce procédé, comme en l'espèce, ne fait pas de référence explicite à l'utilisation d'embryons humains.

L'indisponibilité : la gestation pour autrui. La loi du 7 juillet 2011 n'a pas légalisé la gestation pour autrui malgré le soutien de certains parlementaires. Les deux assemblées et le gouvernement ont été unanimes sur ce point : les condamnations émanant notamment de l'Académie de médecine et du Conseil d'Etat, prononcées en 2009 (V. notre précédent panorama) ont incontestablement pesé dans ce refus. La position du législateur français a reçu un nouveau soutien, de la part du Parlement européen cette fois-ci. 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. Elle favorise également les adoptions illégales par-delà les frontières nationales (Résolution PE, 2010/2209(INI), § 21). Si elle n'a aucune valeur contraignante, cette résolution met en lumière la problématique de la dignité de la parturiente, pudiquement occultée par celle du désir d'enfant et du miracle de la médecine. Le maintien de la prohibition en France (art. 16-9 c. civ.) n'empêche nullement certains couples infertiles de pratiquer ce mode de procréation dans des pays qui le réglementent ou qui le tolèrent. Se pose alors la question de l'établissement du lien de filiation maternel en France. Certains pays considérant le contrat de mère porteuse comme nul ont néanmoins adopté, comme l'Espagne, des dispositions permettant la reconnaissance de la filiation à l'égard du couple « donneur d'ordre » si elle a été établie de manière licite dans le pays où la convention de mère porteuse a été exécutée (Résolution DGRN du 5 oct. 2010, BOE nr 243, sect. 1, p. 84 803). Telle n'est pas la situation en France. Par trois arrêts du 6 avril 2011 (Civ. 1^{re}, 6 avr. 2011, n° 09-17.130, n° 09-66.486 et n° 10-19.053, D. 2011. 1522, note D. Berthiau et L. Brunet , 1001, édito F. Rome , 1064, entretien X. Labbée , 1585, obs. F. Granet-Lambrechts , et 1995, obs. P. Bonfils et A. Gouttenoire ; AJ fam. 2011. 262 , 265, obs. B. Haftel , et 266, interview M. Domingo  ; AJCT 2011. 301, obs. C. Siffrein-Blanc  ; Rev. crit. DIP 2011. 722, note P. Hammje  ; RTD civ. 2011. 340, obs. J. Hauser ) , la première chambre civile a approuvé le refus de transcrire, sur les registres français d'état civil, la filiation établie à l'étranger à l'égard du couple « donneur d'ordre » d'enfants nés d'une mère porteuse. Selon la haute juridiction, l'ordre public international français s'oppose à la transcription des actes de naissance sur les registres d'état civil français mais aussi à la transcription de l'acte de notoriété constatant la possession d'état d'enfant légitime. L'ordre public international français était ici affecté dans la mesure où se trouvaient en cause des principes essentiels du droit français, ceux dégagés par l'assemblée plénière dans son arrêt du 31 mai 1991 (n° 90-20.105, Bull. ass. plén. n° 4 ; D. 1991. 417 , rapp. Y. Chartier  et note D. Thouvenin , 318, obs. J.-L. Aubert , et 1992. 59, obs. F. Dekeuwer-Défossez  ; GAJC, 12^e éd., 2007, n° 50 ; GADS, 2010, n° 17 ; RFDA 1991. 395, étude M. Long  ; Rev. crit. DIP 1991. 711, note C. Labrusse-Riou  ; RTD civ. 1991. 517, obs. D. Huet-Weiller , 1992. 88, obs. J. Mestre , et 489, étude M. Gobert ) et consacrés par les articles 16-7 et 16-9 du code civil. La première chambre civile apporte deux précisions importantes : elle écarte la critique fondée sur les dispositions de l'article 3.1 de la Convention internationale des droits de l'enfant évoquant l'intérêt supérieur de l'enfant, car celui issu de la gestation pour autrui n'est pas dépourvu de filiation (ils découlent des actes d'état civil étrangers et pourront être invoqués en France) ; elle écarte également la critique fondée sur la violation de l'article 8 de la Convention EDH (protection de la vie privée) au motif que le défaut de reconnaissance du lien de filiation demandé n'empêche pas le vécu du lien affectif avec le parent français.

Dans un arrêt confirmatif du 17 mars 2011 (Paris, 17 mars 2011, n° 10/09648), la cour d'appel de Paris a refusé l'exequatur d'une décision rendue par la Cour supérieure de l'Etat de Californie déclarant pères deux hommes à l'égard des enfants issus d'un couple hétérosexuel marié avec lequel ils avaient conclu un « contrat de procréation ». Les deux hommes, revenus en France, y ont conclu un PACS. Par anticipation vis-à-vis des décisions précédemment rapportées, la cour relève, d'une part, la contrariété du « contrat de procréation » au regard de l'ordre public français et, d'autre part, l'incompatibilité, au regard du même droit, d'attribuer la filiation d'un enfant à deux hommes (situation à distinguer de la filiation établie à l'égard d'un homme, le second pouvant être un adoptant simple ; en ce sens, A. Mirkovic, Dict. perm. bio., avr. 2011. 7).

Dans une ordonnance de référé du 4 mai 2011, le Conseil d'Etat a toutefois assoupli les conséquences du refus judiciaire de transcription (CE 4 mai 2011, n° 348778, D. 2011. 1347, et 1995, obs. P. Bonfils et A. Gouttenoire  ; AJDA 2011. 928  ; AJ fam. 2011. 328, obs. F. Miloudi  ; AJCT 2011. 414, obs. C. Siffrein-Blanc  ; RTD civ. 2011. 530, obs. J. Hauser ) en estimant que l'Administration ne pouvait pas refuser de délivrer un document de voyage permettant à des enfants nés à l'étranger d'une gestation pour autrui à la demande de ressortissants français d'entrer sur le territoire national. Il ne s'agit que d'une mesure provisoire qui ne saurait toutefois remettre en cause la solution judiciaire précitée.

Le législateur, qui connaissait cette jurisprudence au moment du vote de la loi du 7 juillet 2011, et qui ne pouvait en être

surpris puisqu'elle avait été annoncée par l'arrêt rendu par la même chambre le 17 décembre 2008 (Civ. 1^{re}, 17 déc. 2008, n° 07-20.468, D. 2009. 166, obs. V. Egéa , 340, note L. Brunet , 332, avis J.-D. Sarcelet , 773, obs. F. Granet-Lambrechts , 1557, obs. F. Jault-Seseke , et 2010. 604, obs. J.-C. Galloux  ; AJ fam. 2009. 81, obs. F. Chénéde  ; Constitutions 2010. 78, obs. P. Chevalier  ; Rev. crit. DIP 2009. 320, note P. Lagarde  ; RTD civ. 2009. 106, obs. J. Hauser ), en a confirmé la teneur en rejetant lors des débats les amendements tendant précisément à l'infléchir. Au-delà des considérations techniques tenant au droit de la filiation et à la conception de l'ordre international français, cette solution est nécessaire pour préserver le cadre législatif français. La prise de conscience des effets déléatoires du « moins disant » éthique dans le cadre de la mondialisation de la médecine et de la recherche, déjà soulignée par le Conseil d'Etat, a été réelle chez le législateur de 2011. Il n'est plus question de s'aligner systématiquement sur les pays dont la « ligne éthique » est moins contraignante qu'en France, sous les prétextes trop souvent avancés de la fuite des chercheurs, des centres de recherche ou celui de l'isolement éthique. Accepterait-on les conséquences en France d'atteintes aussi graves à nos valeurs, en droit du travail ou de l'environnement sous prétexte qu'elles sont licites à l'étranger ? Cette solution, refusant de donner un effet juridique en France à des comportements profondément contraires à ses lois et commis à l'étranger afin d'échapper à leur rigueur, constitue le moyen le plus efficace pour préserver les valeurs dont elle a fait le choix. Les juridictions allemandes adoptent la même solution (Verwaltungsgericht Berlin, 15 avr. 2011, VG 23L 79-11).

J.-C. G.

B - La réglementation des éléments et les produits du corps

1 - Les organes

Le 7 avril 2011, le CCNE rendait un avis n° 115 sur le don d'organes, certes réglementé par la loi mais au sujet duquel la réflexion éthique continue. S'agissant des prélèvements *post mortem*, le CCNE estime qu'il convient de diffuser plus largement l'information relative aux dons, de façon à ce que davantage de personnes laissent des directives de leur vivant. S'agissant des équipes chargées des prélèvements, le Comité considère qu'il est essentiel de maintenir une séparation stricte entre, d'une part, les équipes chargées de ceux-ci et, d'autre part, les équipes de réanimation. Un effort tout particulier doit être fourni pour la restauration tégumentaire du corps. Le CCNE marque enfin une grande prudence à l'égard de la technique d'arrêt cardiaque contrôlé, c'est-à-dire provoqué par l'arrêt d'un traitement. Cette technique, non autorisée en France même dans le cadre de la loi Léonetti, doit le demeurer ; l'arrêt d'un traitement ne doit pas être justifié par la volonté d'effectuer un prélèvement.

La loi du 7 juillet 2011 a partiellement entendu le CCNE. Elle renforce, en effet, l'information sur le don d'organes en étendant par exemple celle-ci aux populations scolarisées (art. L. 312-17-2 c. éduc.), lors de la journée de la défense nationale, en faisant davantage connaître le registre national prévu à l'article L. 1232-1 du code de la santé publique, en insérant des mentions dans le dossier médical ou sur la carte électronique d'assurance maladie ou en lui consacrant une journée nationale (art. 10 de la loi). De façon plus technique et pour le don effectué par les personnes vivantes, le législateur de 2011 élargit le cercle des donneurs (il demeurerait limité aux parents, grands-parents, frères et soeurs, fils ou filles et conjoint), d'une part, en l'ouvrant à toute personne « *ayant un lien affectif étroit, stable et avéré depuis au moins deux ans avec le receveur* » (art. L. 1231-1 CSP) et, d'autre part, en autorisant le « don croisé », l'anonymat étant toutefois conservé des deux côtés (art. L. 1231-1 CSP). Ces deux mesures ne sont pas exemptes de critiques et n'ont pas fait l'unanimité lors des débats. A l'égard de la première, il est permis de s'interroger sur la pertinence de maintenir le principe d'un don au sein de l'espace familial - à l'origine pour des raisons évidentes de compatibilité biologique - alors que des exceptions s'étendent désormais à des tiers liés par un fragile « *lien affectif étroit* ». La seconde marque une rupture profonde avec la logique traditionnelle : à celle du don, de la gratuité, s'ajoute maintenant celle de l'échange. Avec quel retentissement psychologique (D. Vigneau, Commentaire de la loi, Dict. perm. bio., sept. 2011. 15) ? La loi nouvelle prolonge l'incitation au don et sa protection, notamment pour le don croisé, par des mesures destinées à empêcher toute discrimination envers les donneurs, notamment de la part des organismes d'assurance (art. 1231-1 CSP et L. 118-8 c. assur.).

J.-C. G.

2 - Le placenta et le sang de cordon

Le sang de cordon et les précieuses cellules hématopoïétiques qu'il renferme ne sont plus considérés comme un déchet opératoire : l'article 7 de la loi reconnaît enfin leurs vertus thérapeutiques en alignant leur statut sur celui des tissus, cellules et produits du corps humain. Néanmoins, la loi nouvelle en fait la chose de la mère : or le placenta, le cordon et le sang qu'ils contiennent appartiennent, du point de vue biologique, autant à la mère qu'à l'enfant.

La loi confirme aussi que la collecte du sang de cordon ne peut se faire que dans le cadre d'un don anonyme et gratuit. La conservation à des fins personnelles ou intrafamiliales se trouve donc exclue, sauf si une nécessité thérapeutique a été reconnue au moment de la naissance et du prélèvement pour bénéficier à l'enfant ou à un membre de sa fratrie. Dans tous les cas, la conservation pour un usage futur hypothétique est interdite. Il en est de même pour le prélèvement et la conservation à des fins autologues à l'étranger, supprimant la légitimité des banques commerciales.

Ces solutions se justifient tant sur le plan financier (il ne saurait être question pour le système de santé de prendre en charge systématiquement le coût du recueil et de la conservation) que sans doute technique (il n'est pas toujours possible de recueillir ou de conserver des éléments de « bonne qualité »). Néanmoins, plusieurs aménagements auraient pu être apportés par la loi. Est-il justifié que des éléments corporels soient collectés et stockés à des fins allogéniques tout en refusant qu'une part de ceux-ci soit conservée à des fins autologues (cette question n'ayant un sens que si des prélèvements sont suffisants pour que les deux finalités soient remplies) ? Si une telle conservation dépasse le cadre de la solidarité nationale, au nom de quoi serait-elle interdite si elle est financée par les familles elles-mêmes ? Les personnes ont la libre disposition de leur corps, dans les limites du respect de l'ordre public et du respect de la dignité de la personne. En quoi la conservation d'un élément corporel prélevé dans des conditions conformes à la législation sanitaire, qui ne fait courir aucun risque à autrui ou à la personne prélevée, dans un but de simple précaution sanitaire, serait-elle contraire à cet ordre public et au respect de la dignité des personnes ? Dans ces conditions, le recours à un organisme public ou privé financé par les familles elles-mêmes pour la conservation de greffons en vue d'une utilisation autologue future au profit de l'enfant aurait dû être admise, bien encadrée. Par ailleurs, l'intervention d'organismes privés dans le prélèvement, la conservation et la transformation de produits ou d'éléments du corps humain n'est pas en elle-même illicite : elle se trouve déjà prévue par le code de la santé publique (art. L. 1243-1 et L. 1243-2 CSP not.).

J.-C. G.

3 - Les gamètes

La loi nouvelle donne une définition des techniques d'assistance médicale à la procréation (art. L. 2141-1 CSP) : « *L'assistance médicale à la procréation (AMP) s'entend des pratiques cliniques et biologiques permettant la conception in vitro, le transfert d'embryons et l'insémination artificielle, ainsi que toute technique d'effet équivalent permettant la procréation en*

dehors du processus naturel, dont la liste est fixée par arrêté du ministre chargé de la santé, après avis de l'Agence de la biomédecine (ABM) ». Une liste des procédés d'AMP sera établie par voie d'arrêté après avis de l'ABM. La technique de congélation ovocytaire ultrarapide (vitrification) se trouve expressément autorisée (art. L. 2141-1 CSP). Une nouvelle fois, la philosophie des lois « bioéthiques » a été conservée s'agissant de l'accès aux techniques d'AMP : elles doivent demeurer un remède médical à l'infertilité de couples en âge de procréer. L'ouvrir à d'autres couples - homosexuels, femmes ménopausées - comme a tenté de le faire le Sénat en première lecture, aurait changé le paradigme éthique pour consacrer un « droit à l'enfant ». Seule marque de libéralisation, la condition de deux ans de vie commune exigée auparavant des concubins a été supprimée.

L'information sur le don de gamètes a été renforcée mais n'a pas été étendue aux populations scolaires, ce qui eût été excessif compte tenu de la particularité de ce don. Le donneur de sperme doit désormais avoir procréé avant de donner (art. L. 1244-2 CSP) et se voit proposer une auto-conservation de ses cellules sexuelles. Le don d'ovocytes est encouragé par la prise en charge du temps d'hospitalisation afin que la donneuse ne subisse aucune perte de salaire du fait de sa démarche (art. L. 1244-5 CSP). Très débattue avant le vote de la loi, la question de la levée de l'anonymat du don de gamètes n'a guère progressé avec le texte final : le principe de l'anonymat a été conservé, malgré de méritoires tentatives pour l'aménager, notamment en rendant sa levée volontaire. A l'inverse, la loi nouvelle renforce le rôle de la CNIL (art. L. 1244-6 CSP).

J.-C. G.

4 - Le sang

Par arrêt du 9 décembre 2010 (**CJUE 9 déc. 2010, n° C-421/09, Humanplasma**), la Cour de justice de l'Union européenne applique les dispositions du Traité concernant la libre circulation des marchandises au sang humain dans le cadre d'échanges intracommunautaires. En l'espèce, une entreprise commerciale allemande se plaignait d'avoir été écartée d'un appel d'offres lancé par des établissements hospitaliers autrichiens concernant la fourniture de produits sanguins au motif que la loi autrichienne interdit l'importation de produits sanguins provenant de donneurs rémunérés, même au sens d'une indemnisation des frais, en violation des dispositions de l'article 28 du Traité de fonctionnement de l'Union européenne. En d'autres termes, la société allemande voyait dans la réglementation autrichienne une mesure d'effet équivalent à une restriction quantitative (MEERQ). Faisant application de l'analyse de droit commun, la Cour considère que, même si « *la réglementation en cause au principal [a] pour objectif, d'une part, de garantir que le sang et les composants sanguins commercialisés en Autriche répondent à des critères de qualité et de sécurité élevés, et, d'autre part, d'atteindre l'objectif consacré à l'article 20, § 1, de la directive n° 2002/98, à savoir encourager les dons de sang volontaires et non rémunérés, répond à des préoccupations de santé publique* ». Il apparaît que « *l'obligation selon laquelle le don de sang doit avoir été effectué sans donner lieu à aucun remboursement des frais exposés par le donneur n'est, en tout état de cause, pas nécessaire pour garantir la qualité et la sécurité du sang et des composants sanguins* » (pt 43). L'exclusion du remboursement de frais et de légères compensations comme une collation et une boisson étant disproportionnée par rapport à l'objectif de santé publique poursuivi par la réglementation nationale, la loi autrichienne peut être considérée comme une MEERQ. La loi française, dans la mesure où elle n'impose pas une approche de la gratuité aussi absolue, ne se trouve donc pas menacée.

J.-C. G.

5 - Les déchets opératoires

L'arrêté du 23 août 2011 (JO 3 sept.) fournit la liste des déchets d'activités de soin à risque infectieux (DASRI) produits par les patients en auto-traitement que les pharmacies et les laboratoires de biologie sont tenus de collecter gratuitement selon les articles R. 1335-8-1 et suivants du code de la santé publique.

J.-C. G.

Mots clés :
PERSONNE HUMAINE * Panorama 2011