



# Le juge est-il le garant du respect des principes éthiques relatifs à l'être humain ?

**Frédérique Dreifuss-Netter**

DANS **ARCHIVES DE PHILOSOPHIE DU DROIT 2018/1 Tome 60** , PAGES 355 À 361  
ÉDITIONS **DALLOZ**

ISSN 0066-6564

ISBN 9782247179596

DOI 10.3917/apd.601.0370

Date de mise en ligne : 19/08/2021

Article disponible en ligne à l'adresse

<https://droit.cairn.info/revue-archives-de-philosophie-du-droit-2018-1-page-355?lang=fr>



Découvrir le sommaire de ce numéro, suivre la revue par email, s'abonner...  
Scannez ce QR Code pour accéder à la page de ce numéro sur Cairn.info.



**Distribution électronique Cairn.info pour Dalloz.**

Vous avez l'autorisation de reproduire cet article dans les limites des conditions d'utilisation de Cairn.info ou, le cas échéant, des conditions générales de la licence souscrite par votre établissement. Détails et conditions sur [cairn.info/copyright](https://cairn.info/copyright).

Sauf dispositions légales contraires, les usages numériques à des fins pédagogiques des présentes ressources sont soumises à l'autorisation de l'Éditeur ou, le cas échéant, de l'organisme de gestion collective habilité à cet effet. Il en est ainsi notamment en France avec le CFC qui est l'organisme agréé en la matière.

## Le juge est-il le garant du respect des principes éthiques relatifs à l'être humain ?

Frédérique DREIFUSS-NETTER

*Agrégée des facultés de droit*

Déjà sollicitée, en tant que professeur de droit, en 1999, lors d'un colloque<sup>1</sup>, pour réfléchir sur une problématique analogue, il m'incombe aujourd'hui de l'aborder après plusieurs années passées comme conseiller à la Cour de cassation.

Le rôle du juge dont il est question aujourd'hui est celui qu'il met en œuvre dans les grandes décisions, qui ont un impact sur la société en général, ce que les Anglo-Saxons appellent les « *hard cases* », et qui arrivent en général devant la Cour de cassation ou le Conseil d'État. La finalité des jugements est en effet double, selon une terminologie de Ricoeur<sup>2</sup> : une finalité « courte » de résolution et d'apaisement d'un litige déterminé, et une finalité « longue » en ce qu'il contribue à attribuer à chacun une place dans la société. Ou comme le disait Alain Sériaux lors du colloque précité, en jouant sur le sens des mots, le droit est dit « pour le prochain », mais le droit est aussi dit « pour le lointain »<sup>3</sup>.

Donc ce que je vais essayer de décrire, c'est comment la Cour de cassation a mis en œuvre certains principes éthiques relatifs à l'être humain, plus particulièrement ceux qui ont été consacrés par le législateur dans les lois dites de bioéthique et leurs révisions successives, dans les articles 16 et suivants du code civil issus de la loi n° 653 du 29 juillet 1994.

Au premier rang de ces principes, la sauvegarde de la dignité de la personne humaine contre toute forme d'asservissement et de dégradation, à laquelle le Conseil constitutionnel a conféré une valeur constitutionnelle au regard de l'article 1<sup>er</sup> de la Constitution de 1946. Le Conseil a ajouté que « la primauté de la personne humaine, le respect de l'être humain dès le

---

<sup>1</sup> F. Dreifuss-Netter, « La conscience du juge dans le droit des personnes et de la famille », in *La conscience du juge dans la tradition juridique européenne*, Jean-Marie Carbasse & Laurence Depambour-Tarride (dir.), Puf, 1999, p. 313 et s.

<sup>2</sup> P. Ricoeur, « La conscience et la loi », in *Le juste*, Esprit, 1995, p. 185 et s.

<sup>3</sup> A. Sériaux, « Les enjeux éthiques de l'activité de *juridictio* », in *La conscience du juge*, précité, p. 293 et s.

commencement de la vie, l'inviolabilité, l'intégrité et l'absence de caractère patrimonial du corps humain ainsi que l'intégrité de l'espèce humaine » tendent à en assurer le respect<sup>4</sup>.

À partir du moment où ces principes sont inscrits dans la loi, il appartient au juge de les faire prospérer, ce qui a été la tâche de la Cour de cassation, dans un certain nombre de domaines. De manière non exhaustive, on peut citer la jurisprudence qui, depuis l'affaire *Érignac*<sup>5</sup>, limite la publication d'images choc lorsqu'elles sont de nature à porter atteinte à la dignité de la personne<sup>6</sup>.

Couplé avec le principe d'intégrité du corps humain, le principe de dignité a également permis l'élaboration d'une jurisprudence extensive de la première chambre civile, relative au droit des patients d'obtenir réparation du préjudice lié à l'absence d'information sur leur état de santé, même en l'absence de toute perte de chance<sup>7</sup>, préjudice limité, il est vrai, dans un second temps, aux conséquences psychologiques de l'impréparation<sup>8</sup>.

Bien plus, avant même que la loi du 19 décembre 2008 ne prolonge, dans un article 16-1-1 du code civil, le respect du corps humain après la mort, la Cour de cassation a décidé que ce principe préexistait à la loi et que dès lors, une cour d'appel, qui a relevé qu'un contrat d'assurance avait pour objet de garantir les conséquences de l'annulation d'une exposition utilisant des dépouilles et organes de personnes humaines à des fins commerciales, en a exactement déduit que, bien qu'ayant été conclu avant l'entrée en vigueur de l'article 16-1-1 du code civil, ce contrat avait une cause illicite et, partant, qu'il était nul<sup>9</sup>.

Ces quelques exemples ne sont pas surprenants, ils ne font pas du juge un gardien des principes éthiques en eux-mêmes, mais de leur traduction juridique dont il appartient au juge de définir les contours et la portée, ce qui est son rôle traditionnel.

La véritable question qui s'est posée, et qui légitime la problématique qui m'a été soumise, c'est que dans un certain nombre de cas, qui sont arrivés jusque devant la Cour de cassation, justifiant parfois la réunion d'une assemblée plénière, on a pu s'interroger sur l'opportunité de prendre en compte, en tant que telles, et en dehors des principes juridiques qu'elles soutiennent, les valeurs constituant les objectifs du législateur de 1994 et de les intégrer à la jurisprudence. Je me limiterai à deux exemples, les plus emblématiques, l'affaire *Perruche* et la gestation pour autrui (GPA). Ce qu'ils ont en commun, c'est qu'ils ont donné lieu à des controverses d'une ampleur inégalée fondées sur l'idée que certaines solutions jurisprudentielles pourraient entrer en contradiction avec les droits fondamentaux de l'être humain, en particulier le respect de la dignité de la personne, et qu'il appartiendrait au juge d'être le gardien des principes et de les faire prévaloir en toutes circonstances. Dans ces hypothèses

<sup>4</sup> Décision n° 94-343/344DC du 27 juil. 1994.

<sup>5</sup> Civ. 1<sup>re</sup>, 20 déc. 2000, pourvoi n° 98-13.875, *Bull. civ.* 2000, I, n° 341.

<sup>6</sup> Civ. 1<sup>re</sup>, 1 juil. 2010, pourvoi n° 09-15.479, *Bull. civ.* 2010, I, n° 151 dans l'affaire *Ilan Halimi*.

<sup>7</sup> Civ. 1<sup>re</sup>, 3 juin 2010, pourvoi n° 09-13.591, *Bull. civ.* 2010, I, n° 128.

<sup>8</sup> Civ. 1<sup>re</sup>, 23 janv. 2014, pourvoi n° 12-22.123, *Bull. civ.* 2014, I, n° 13.

<sup>9</sup> Civ. 1<sup>re</sup>, 29 oct. 2014, pourvoi n° 13-19.729, *Bull. civ.* 2014, I, n° 178, affaire *Our Body*.

particulières, le rôle du juge est beaucoup plus controversé, ce qui apparaît lorsqu'on entreprend de rappeler ces jurisprudences et d'en tirer quelques pistes de réflexion :

### L'AFFAIRE *PERRUCHE* ET SES SUITES

Très brièvement, on rappellera que le jeune Nicolas Perruche est né, atteint d'un handicap gravissime, dû à la rubéole contractée par sa mère durant la grossesse. Or, il avait été démontré que le médecin traitant avait commis des fautes qui avaient fait perdre des chances de diagnostiquer l'anomalie fœtale et donc d'interrompre la grossesse.

Cette affaire a donné lieu à une polémique doctrinale inégalée et à une initiative législative expressément destinée à faire obstacle à la jurisprudence de la Cour de cassation.

En effet, l'Assemblée plénière, s'en tenant au droit de la responsabilité, avait jugé que le professionnel de santé fautif devait indemniser l'ensemble des préjudices subis par l'enfant, né handicapé, et par ses parents<sup>10</sup>. Le Conseil d'État, quant à lui, dans une autre affaire, l'affaire *Quarez*<sup>11</sup>, n'avait pas admis l'action exercée par l'enfant lui-même, même s'il indemnisait, en la personne des parents, toutes les charges particulières découlant, tout au long de la vie de l'enfant, du handicap.

Cette différence de jurisprudence était en partie due à l'idée, soutenue devant le Conseil d'État, selon laquelle la reconnaissance du préjudice de naissance de l'enfant lui-même reviendrait à considérer que certaines vies ne vaudraient pas la peine d'être vécues, en contradiction avec le principe de dignité impliquant que toutes les vies humaines ont la même valeur.

La Cour de cassation mettait en œuvre une éthique plus pragmatique, selon laquelle toute faute entraîne obligation de réparer le dommage subi par les victimes, quelles qu'elles soient, et en l'espèce le principal intéressé, la personne handicapée.

On sait qu'à l'occasion du vote de la loi n° du 4 mars 2002, le législateur a voté un article 1<sup>er</sup>, devenu l'article L.114-5 du code de l'action sociale et des familles, parfois désigné comme « loi anti-Perruche », mettant fin aux deux solutions jurisprudentielles en instituant une sorte d'immunité à l'égard des fautes de diagnostic prénatal, limitant la responsabilité à des fautes caractérisées, et la réparation au préjudice moral subi par les parents, la compensation du handicap relevant de la solidarité nationale.

Il est vrai que le choix du législateur était loin de s'expliquer exclusivement par des considérations d'ordre éthique, qu'il avait mises en avant, puisque les échographistes et les compagnies d'assurances avaient mené une campagne très efficace pour faire valoir les conséquences économiques d'une indemnisation trop généreuse des erreurs ayant entraîné la naissance d'un enfant handicapé.

<sup>10</sup> Ass. plén. 17 nov. 2000, *Bull.* n° 9.

<sup>11</sup> Conseil d'État, 14 fév. 1997, n° 133238, publié au *Lebon*.

Mais ce n'était pas la fin de la jurisprudence *Perruche*, la Cour de cassation s'étant dès lors employée à priver d'effet le plus possible les dispositions transitoires de la loi selon lesquelles les nouvelles dispositions s'appliqueraient rétroactivement aux instances en cours. C'est qu'à vouloir mettre en œuvre les nouvelles dispositions dès leur entrée en vigueur, on en venait à priver des familles de toute indemnisation alors même qu'elles avaient déjà obtenu réparation en première instance, ce qui pouvait entraîner la restitution des sommes déjà perçues.

Sans entrer dans les détails, qu'il suffise de dire que, après que deux arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme condamné la France pour violation de l'article 1<sup>er</sup> du Protocole additionnel à la Convention n° 1 relatif au respect des biens<sup>12</sup>, après que le législateur ait à nouveau adopté un dispositif rétroactif dans la loi du 11 février 2005 relative notamment à l'égalité des droits et des chances des personnes handicapées, et que le Conseil constitutionnel, saisi d'une QPC, ait abrogé ce dispositif<sup>13</sup>, la première chambre civile, en formation plénière, dans un arrêt du 15 décembre 2011, a fait renaitre de ses cendres la jurisprudence *Perruche*<sup>14</sup> :

En l'espèce, saisie par les parents du cas d'un enfant né en 1988, donc avant l'entrée en vigueur de la loi, et atteint d'une anophtalmie bilatérale non diagnostiquée pendant la grossesse, la Cour de cassation a écarté l'application de la nouvelle loi, alors même que les parents n'avaient intenté leur action en justice qu'en 2006, soit après son entrée en vigueur : prenant acte de ce que l'abrogation par le Conseil constitutionnel ne prévoyait pas de report dans le temps, elle a retenu le droit commun de l'application de la loi dans le temps, lequel, en matière de responsabilité civile, renvoie au droit en vigueur au moment du fait générateur, la négligence ayant été commise pendant la grossesse, et le dommage s'étant révélé à la naissance, à une époque où le législateur n'était pas intervenu. La Cour de cassation, en cantonnant la nouvelle loi aux naissances postérieures à son entrée en vigueur, a maintenu contre vents et marées ses exigences relatives à la réparation du préjudice né d'une faute qui étaient à la base de l'arrêt *Perruche*.

## LA GESTATION POUR AUTRUI

La GPA est l'illustration d'un phénomène intéressant, dans la mesure où elle a d'abord été interdite en France par le biais de la jurisprudence sur le seul fondement de principes éthiques.

En effet, en 1991, l'Assemblée plénière de la Cour de cassation<sup>15</sup> a refusé à une femme d'adopter l'enfant de son conjoint, issu d'une « mère porteuse » (à l'époque il ne pouvait s'agir que d'une insémination et non d'une fécondation *in vitro*), au motif que la demande était l'aboutissement d'un processus d'ensemble comprenant un contrat tendant à l'abandon

<sup>12</sup> Arrêts *Maurice et Draon*, 6 oct. 2005, Requêtes n°s 1513/03 et 11810/03.

<sup>13</sup> Décision 2010-2 QPC du 11 juin 2010.

<sup>14</sup> Pourvoi n° 10-27.473, *Bull. civ.* n° 216 ; Comp. Conseil d'Etat, arrêt d'Assemblée du 13 mai 2011, n° 329290.

<sup>15</sup> Ass. plén., 31 mai 1991, n° 90-20.105, *Bull. civ.* n° 4.

de l'enfant à la naissance par sa mère, et, en portant atteinte aux principes de l'indisponibilité du corps humain et de l'état des personnes, ce processus constituait un détournement de l'adoption.

On retrouve dans cette argumentation des considérations morales, le principe de l'indisponibilité du corps humain, la conception téléologique de l'adoption (une famille pour un enfant). Il convient de préciser que l'arrêt, rendu sur pourvoi dans l'intérêt de la loi, est intervenu après une audition, en tant qu'*amicus curiae*, du président du Comité consultatif national d'éthique, créé depuis peu, le professeur Jean Bernard.

Si quelques voix se sont fait entendre pour critiquer la procédure exceptionnelle suivie<sup>16</sup>, ou le fait que les enfants se retrouvaient sans filiation maternelle, voire paternelle dans un cas où le mari, finalement, n'avait pas voulu assumer l'enfant, dans l'ensemble, il y avait un *consensus* pour dénoncer des pratiques inacceptables et contraires à la dignité de la personne humaine, au prix assumé de quelques sacrifices des intérêts individuels.

C'est dans ce contexte de convergence éthique que le législateur est intervenu, de sorte que, pendant longtemps, il y a eu peu de contentieux, jusqu'aux années 2010 où la pratique de la GPA à l'étranger s'est généralisée, grâce à la fécondation *in vitro* permettant de dissocier la gestatrice et la mère génétique, et en raison de la concrétisation du désir d'enfant chez les couples d'hommes.

Le développement des filières étrangères a fait déplacer les litiges de la question de l'adoption à celle de la reconnaissance en France de la filiation de l'enfant par rapport à ses « parents d'intention », filiation établie à l'étranger.

C'est dans ce cadre que la première chambre civile a rendu des arrêts les 6 avril 2011<sup>17</sup> et 13 septembre 2013<sup>18</sup>.

Dans la première série d'arrêts, en 2011, il s'agissait de couples de sexe différent, dont l'épouse était atteinte d'une forme de stérilité lui interdisant une grossesse. Et les actes de naissance, obtenus dans des États américains, à la suite de jugements, faisaient mention du couple d'accueil (d'intention) comme parents de l'enfant.

La première chambre civile s'est fondée, pour refuser la transcription, non sur l'indisponibilité ou la non-marchandisation du corps humain, mais sur l'indisponibilité de l'état des personnes, qui est une règle destinée à assurer la stabilité de l'identité des individus à des fins de sécurité juridique, voire de police, interdisant de contrevénir à la loi sur la filiation, en vertu de laquelle, notamment, la mère est celle qui accouche (principe *Mater semper certa est*).

<sup>16</sup> Voir par ex. le professeur Michelle Gobert, « Réflexion sur les sources du droit et les principes d'indisponibilité du corps humain et de l'état des personnes », *Revue trimestrielle de droit civil*, 1992, p. 513 et s.

<sup>17</sup> Civ.1<sup>re</sup>, 6 avril 2011, n° 09-17.130, *Bull. civ.* n° 70 précité ; n° 09-66.486, *Bull. civ.* n° 71 et n° 10-19.053, *Bull. civ.* n° 72.

<sup>18</sup> Civ. 1<sup>re</sup>, 13 sept. 2013, n° 12-18.315 et 12-30.138, *Bull. civ.* n° 176.

Plus délicates étaient les circonstances des cas soumis à la première chambre civile en 2013. En l'espèce, les demandeurs étaient des hommes et l'acte de naissance, établi notamment en Inde, mentionnait comme mère une femme portant un nom indien, puisque les demandeurs n'avaient pas l'intention d'établir une filiation maternelle en France. Le raisonnement précédent n'était donc plus pertinent. C'est pourquoi les arrêts, fondés sur la fraude à la loi française, sanctionnent le fait de chercher à obtenir la reconnaissance en France d'un mode de gestation qui y est prohibé. La fraude sert à faire respecter une illicéité, pas nécessairement une immoralité, même si les deux vont parfois de pair.

On sait que depuis lors, la Cour de cassation, en assemblée plénière, par deux arrêts du 3 juillet 2015<sup>19</sup>, dont les solutions ont été confirmées en juillet 2017 par cinq arrêts de la première chambre civile<sup>20</sup>, a modifié sa jurisprudence pour se conformer à l'arrêt rendu par la CEDH le 26 mai 2014<sup>21</sup>, en validant la paternité, dont la réalité n'était pas contestée, des demandeurs, la cour de Strasbourg ayant affirmé, notamment, qu'« au regard de l'importance de la filiation biologique en tant qu'identité de chacun, on ne saurait prétendre qu'il est conforme à l'intérêt supérieur de l'enfant de le priver d'un lien juridique de cette nature ».

La primauté du droit européen sur le droit interne rendait cette solution inévitable. Mais le revirement de jurisprudence s'explique par la hiérarchie des normes et non par une évolution d'ordre éthique, par laquelle l'Assemblée plénière aurait été convaincue de l'existence d'un « droit naturel biologique ». En effet, les arrêts sont fondés sur l'article 47 du code civil, relatif à la validité des actes d'état civil étrangers, texte technique aux enjeux diplomatiques, assurant des relations apaisées entre États, mais dépourvu de toute connotation éthique au regard de la personne. Pour la jurisprudence actuelle<sup>22</sup>, la filiation paternelle doit être transcrite car elle correspond à la « réalité » au sens de l'article 47 précité, tandis que la filiation maternelle d'une femme qui n'a pas accouché ne peut l'être<sup>23</sup>.

Au terme de ces évolutions, lesquelles révèlent que, pour la Cour de cassation, les principes éthiques n'interviennent au soutien des décisions relatives aux personnes qu'en tant qu'ils sont intégrés dans la loi, faut-il, comme une partie de la doctrine, s'en scandaliser ou comme d'autres auteurs s'en réjouir ?

Comme en 1999, il convient tout d'abord de rappeler une évidence : que le juge tranche le litige en fonction des règles qui lui sont applicables, les arrêts fondés sur l'équité étant susceptibles de cassation<sup>24</sup>. Ou, comme l'avait écrit à l'époque le Premier président Canivet dans un

<sup>19</sup> Ass. plén., 3 juil. 2015, pourvoi n° 14-21.323, et pourvoi n° 15-50.002, *Bull. civ.* 2015, Ass. plén., n° 4.

<sup>20</sup> Civ. 1<sup>re</sup>, 5 juil. 2017, pourvois n°s 15-28.597, 16-16.901, 16-50.025, 16-16.455, 16-16.495.

<sup>21</sup> *Mennesson c. France*, n° 65192/11 ; *Labassée c. France*, n° 65941/11 ; *Foulon et Bouvet c. France*, 21 juil. 2016, n°s 9063/14 et 10410/14 ; *Laborie c. France*, 19 janv. 2017, n° 44024/13.

<sup>22</sup> Voir les arrêts du 5 juillet 2017 précités.

<sup>23</sup> On précisera que la Cour de cassation, revenant sur la jurisprudence de 1991, admet la faculté, pour la mère d'intention, d'adopter l'enfant s'il y va de l'intérêt de celui-ci.

<sup>24</sup> Ce qui a été rappelé par un arrêt de la chambre commerciale, lequel n'a pas eu l'écho qu'il méritait, Com. 16 avril 1996, n° 93-20.664.

autre ouvrage collectif<sup>25</sup>, la fonction de magistrat implique une certaine adhésion à « l'idéologie collective du corps social qui reçoit la règle ».

La déontologie du juge lui interdit de mettre en avant ses convictions personnelles. S'il est en désaccord fondamental avec le régime politique en place ou avec les lois du pays, sa conscience doit lui imposer de démissionner, et s'il ne le fait pas, il se condamne lui-même, comme l'ont fait les juges du régime de Vichy, à appliquer des lois scélérates.

Quant au justiciable, il a droit à accéder à une justice impartiale et égalitaire. Et c'est pourquoi j'avais conclu, en 1999, ma contribution par un vœu : qu'il n'ait pas le sentiment, au sortir du prétoire, que sa cause a été entendue différemment selon que son juge croyait au ciel ou selon qu'il n'y croyait pas<sup>26</sup>.

Après quelques années d'expérience à la Cour de cassation, ce vœu me semble encore plus d'actualité tant les clivages idéologiques se sont renforcés dans la société, notamment lorsqu'il s'agit de la bioéthique. En revanche, ce que la fonction de magistrat m'a enseigné, c'est l'importance de deux garde-fous contre la tentation, bien humaine, du juge, de faire entrer ses convictions, aussi légitimes soient-elles, dans ses décisions : la collégialité et la motivation.

La collégialité est la garantie que le juge, pour rendre recevable l'expression de ses convictions, devra nécessairement la modérer lors du délibéré et entendre celles de ses collègues, ce qui est de nature à éviter, en toute hypothèse, des décisions inspirées par des idéologies extrêmes.

La motivation, c'est la condition pour que l'éthique s'intègre dans l'application du droit en général, et dans la hiérarchie des normes, dans les mêmes conditions pour tous les justiciables. Un jugement bien motivé ne peut pas être totalement injuste. C'est pourquoi, paraphrasant la formule célèbre de Jean Bernard « ce qui n'est pas scientifique n'est pas éthique », je conclurai que, s'il est vrai que l'application du droit n'est pas, à elle seule, une garantie de bonne justice, il ne faut pas craindre d'affirmer que ce qui n'est pas juridique n'est pas éthique.

frederique.dreifuss-netter@justice.fr>

<sup>25</sup> « La méthode jurisprudentielle à l'épreuve du juste et de l'injuste », in *De l'injuste au juste*, Marie-Anne Frison-Roche (dir.), Dalloz, 1997, p 101.

<sup>26</sup> « La conscience du juge », article précité, p. 330.